

**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ  
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL  
Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional**

**O PARTO ANÔNIMO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO  
BRASILEIRO**

Olívia Pinto de Oliveira Bayas Queiroz

Matr. 0724532/7

Fortaleza - CE

Maio, 2010

OLÍVIA PINTO DE OLIVEIRA BAYAS QUEIROZ

O PARTO ANÔNIMO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO  
BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Gina Vidal Marcílio Pompeu.

Fortaleza – Ceará

2010

---

Q3p Queiroz, Olívia Pinto de Oliveira Bayas.

O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro / Olívia Pinto de Oliveira Bayas Queiroz. - 2010.

154 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.

“Orientação: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu.”

1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade humana. 3. Planejamento familiar. 4. Abandono infantil. I. Título.

CDU 342.7

---

OLÍVIA PINTO DE OLIVEIRA BAYAS QUEIROZ

**O PARTO ANÔNIMO À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO  
BRASILEIRO**

Data de aprovação: \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR  
Orientadora

---

Profa. Dra. Preciliana Barreto de Moraes  
UNIFOR

---

Profa. Dra. Fabíola Santos Albuquerque  
UFPE

Aos meus pais e ao meu esposo,  
simplesmente por existirem.

## AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de registrar agradecimento especial a pessoas que me incentivaram ao ingresso no curso de mestrado, bem como tornaram menos árdua a trajetória acadêmica até a finalização da presente dissertação.

Em primeiro lugar, como sempre, aos meus pais, Antonio Pinto de Oliveira Neto e Maria Inês Marcelo Pinto de Oliveira, e ao meu esposo, Sérgio Raymundo Bayas Queiroz, a quem sou grata por me acompanharem ativamente em todas as jornadas da minha vida.

Especial agradecimento à professora-orientadora Gina Vidal Marcílio Pompeu, por ter aceitado a tarefa de me orientar em tempo recorde e haver desempenhado papel impecável, com contribuições fundamentais e estímulo nas horas mais difíceis.

Às professoras doutoras Preciliana Barreto de Morais e Fabíola Santos Albuquerque, por terem prontamente aceitado o convite para comporem a banca examinadora.

Agradeço à amiga Caroline Sátiro de Holanda, pelo apoio fraterno e, ainda, pelos debates acadêmicos realistas e objetivos.

Aos amigos, colegas e professores que contribuíram direta ou indiretamente para a fase em que me encontro: Ana Vlândia Feitosa, Beatriz Rosa, Dayse Lopes, Goretti Távora, Isabela Fares, Michele Camelo, Walléria Linhares, Luiz de Freitas Jr., José Almeida Jr., Ana Carla H. Matos, Ana Maria D'ávila, Arnaldo Vasconcelos, Joyceane Menezes, Lília Sales, Martônio Mont'alverne, Newton Albuquerque, Núbia Garcia, Paulo Albuquerque e Suelene Oliveira.

E aos meus alunos, fonte eterna de estímulo para a pesquisa e para que eu me transforme todos os dias em uma pessoa melhor.

“Tanto é criminoso tomar o filho da mãe que deseja criá-lo, como mantê-lo com a mãe que o rejeita”.

Lelong

## RESUMO

No Brasil, a clandestinidade do abandono, atrelada à ausência de efetivação de direitos fundamentais e ao estado puerperal, faz com que recém-nascidos sejam expostos em condições subumanas. Por diversas razões, os genitores rejeitam seus filhos desde a gestação, deixando de proporcionar-lhes desenvolvimento adequado. Tal sentimento não justifica o abandono indigno e a conseqüente condenação de bebês à morte. Não há dúvidas de que melhor seria a inexistência de crianças enjeitadas, contudo, nem sempre os genitores desejam se tornar pais. Não obstante a previsão no ordenamento brasileiro quanto à responsabilidade parental advinda do poder familiar, sabe-se que afeto não se exige, sente-se. Partindo do pressuposto de que a família contemporânea retrata o afeto como seu elemento fundamental, importa para a presente pesquisa as repercussões jurídicas da gravidez indesejada. Realizado um corte epistemológico, afastou-se o aborto como opção e deteve-se o estudo à análise da viabilidade de implementação do parto anônimo no Brasil mediante políticas públicas. Conhecido anteriormente por roda dos enjeitados ou roda dos expostos, o instituto ganhou uma nova roupagem antes de ser legalmente proposto, em 2008, ao Congresso Nacional. Tratar-se-ia, segundo as justificativas elencadas, de uma substituição do abandono pela entrega, mediante a qual o recém-nascido seria entregue a hospitais ou instituições especializadas que se responsabilizariam pelos cuidados com sua saúde e, posteriormente, as encaminhariam para a adoção. A dissertação busca, pois, responder aos questionamentos oriundos da possível instituição do parto anônimo no Brasil, bem como analisar suas conseqüências no âmbito jurídico, em especial no tocante aos sujeitos envolvidos no exercício do direito ao parto anônimo; à existência da liberdade da gestante não ser mãe; se o mencionado direito esbarraria no respeito à vida digna do nascente e na paternidade responsável; a decisão da entrega do recém-nascido pela genitora deve ser preponderante ou não ao direito do genitor paterno; e se o parto em anonimato fere o direito ao conhecimento da ascendência genética. A pesquisa contou com metodologia de caráter exploratório e descritivo, quanto aos objetivos; qualitativo, quanto à natureza; e pura, quanto aos resultados. Dividiu-se o trabalho em quatro capítulos. Inicialmente, apresenta-se uma evolução histórica do parto anônimo no Brasil, bem como experiências internacionais e principais polêmicas no Brasil sobre a implementação do parto anônimo. A partir das críticas enfrentadas, os três capítulos seguintes buscam esmiuçar os questionamentos elencados sob a perspectiva da dignidade humana e dos princípios constitucionais da liberdade, personalidade, convivência familiar afetiva e solidariedade, numa tentativa de possibilitar a análise do instituto à luz do constitucionalismo brasileiro. A conclusão revela o posicionamento da autora acerca dos questionamentos levantados, notadamente no que tange à constitucionalidade do parto anônimo e sua possível implementação no país.

Palavras-chave: Parto anônimo. Planejamento familiar. Liberdade da gestante não ser mãe. Direito ao conhecimento da ascendência genética. Princípio da convivência familiar afetiva.

## ABSTRACT

In Brazil, the clandestinity of abandonment, increased to the absence of realization of fundamental rights and the puerperal psychosis, causes newborns are exposed under subumanas. For various reasons the biological parents reject their children since gestation, while providing them with proper development. This sentiment does not justify the abandonment unworthy and the consequent condemnation babies to death. There is no doubt that it would be better the absence of rejected children, however, not always biological's mother and father wish to become parents. Despite the forecast into Brazilian planning regarding parental responsibility associated to family power, the affection is not required, it is felt. Assuming the contemporary depicts the family affection as its fundamental, what matter to this search are the legal consequences of unwanted pregnancies. Conducted a cross-sectional epistemological, departed the abortion as option and have the study examining the feasibility of implementation of "safe haven" in Brazil through public policies. Formerly knowing rejected's wheel or exposed's wheel, the Institute has won a new appearance before being legally proposed in 2008 in the National Congress. According to detailed justifications, this would be a replacement of abandonment by delivery, whereby the newborn would be delivered to hospitals or specialized institutions that would be responsible for taking care for his health and, subsequently, for tagging him to adoption. The dissertation looking for the answers to inquiries from the possible institution of "safe haven" in Brazil, as well as a review of its juridical consequences, in particular as regards the subjects involved in the exercise of the right to anonymous birth; the existence of liberty of pregnant woman not being mother; if the mentioned law would confront the right to respect the newborn's worthy life and responsible parenthood; the decision of the delivery of newborns by biological mother should be affirmed or not the biological father's right; and if anonymous birth offends the right to knowledge of genetic ancestry. The search was exploratory nature methodology and descriptive, objectives; qualitatively, as to its nature; and pure. This research was divided in four chapters. Initially, a historical evolution of the "safe haven" in Brazil, as well as international experiences and main polemics in Brazil on the implementation of anonymous birth. From criticisms faced, the three following chapters looking for examine detail all the inquiries listed under the perspective of human dignity and constitutional principles of liberty, personality, affective family coexistence and solidarity, in an attempt to enable the analysis of the Institute under the Brazilian constitutionalism. The conclusion reveals the author's positioning about the issues raised, notably with respect to anonymous birth constitutionality and possible implementation in the country.

Keywords: Anonymous birth. Family planning. Liberty of pregnant woman not being mother. Right to knowledge of genetic ancestry. Principle of affective family coexistence.

# SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O PARTO ANÔNIMO NO BRASIL.....	14
1.1 A realidade social brasileira e o abandono de crianças.....	14
1.2 O parto anônimo no Brasil: da “roda dos expostos” ao Projeto de Lei nº 3.220/2008.....	19
1.3 Os sujeitos do parto anônimo.....	31
1.4 O parto anônimo e a experiência internacional.....	37
1.5 As críticas à implementação do parto anônimo no Brasil .....	46
2 O PARTO ANÔNIMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	50
2.1 A dignidade humana: fundamento do Estado Democrático de Direito.....	52
2.2 O parto anônimo e o respeito à vida.....	56
2.3 O parto anônimo e o direito à liberdade.....	60
2.4 O parto anônimo e os direitos de personalidade.....	64
2.4.1 Liberdade <i>versus</i> personalidade: colisão?.....	70
2.5 O parto anônimo e o direito à convivência familiar afetiva.....	76
3 O PARTO ANÔNIMO E AS RELAÇÕES FAMILIARES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.....	79
3.1 O gênero e suas influências na transformação da família brasileira.....	80
3.2 A repersonalização das relações familiares.....	83
3.3 O parto anônimo e o direito ao livre planejamento familiar.....	99
4 O PARTO ANÔNIMO E O CUIDADO ENQUANTO VALORES JURÍDICOS.....	102
4.1 O parto anônimo e a proteção integral da criança.....	104
4.2 O parto anônimo e a adoção no Brasil.....	108
4.3 O parto anônimo e o princípio do cuidado na Constituição da República Federativa do Brasil.....	111
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS.....	120
APÊNDICE.....	129
ANEXOS.....	136

## INTRODUÇÃO

No Brasil, a clandestinidade do abandono, atrelada à ausência de efetivação de direitos fundamentais e ao estado puerperal, faz com que recém-nascidos sejam expostos a condições subumanas.

Segundo relatam Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Ribeiro Sales (2008, p. 160-161), nos anos de 2006 e 2007 foram noticiados diversos casos de abandono de bebês em lata de lixo, às margens de rio, ao longo de estrada, embaixo de carro, em ferro velho, banheiro público, armário e outros locais degradantes.

Por diversas razões, os genitores rejeitam seus filhos desde a gestação, não havendo condição de proporcionar-lhes crescimento e desenvolvimento adequados. Tal sentimento não justifica o abandono indigno e a consequente condenação do bebê à morte. Importante ressaltar que não se pretende discutir aqui sobre a existência ou não de direitos do nascituro, mas sim a garantia de direitos de uma pessoa recém-nascida, o nascente.

Não há dúvidas de que melhor seria a inexistência de crianças enjeitadas. Contudo, nem sempre os genitores desejam se tornar pais. Não obstante a previsão no ordenamento brasileiro quanto à responsabilidade parental advinda do poder familiar, sabe-se que afeto não se exige, sente-se. Logo, partindo do pressuposto de que a família atual retrata o afeto como seu elemento fundamental, observa-se que “genitores” e “pais” não são palavras sinônimas.

A perspectiva pós-moderna familiar pressupõe a paternidade como fruto de uma relação afetiva entre pais e filhos, prevalecendo a relação socioafetiva sobre a biológica. A legislação vigente retrata a evolução social no sentido de atribuir fática e juridicamente como pais aqueles que criam, educam e convivem com seus filhos. Um exemplo desse avanço é a regulamentação da reprodução assistida, mediante a

qual podem os interessados utilizar de material genético e ventre alheios para conceberem seus filhos.

Para a presente dissertação, importa a questão da gravidez indesejada e suas repercussões jurídicas. Parte-se do pressuposto da inexistência do instinto maternal, sem, contudo, ser afastada a responsabilidade parental. A insatisfação com a gestação ou a inexistência de uma relação afetiva entre genitores e filho deveria resultar, no máximo, em uma entrega da criança à adoção. No entanto, o sistema judicial brasileiro exige procedimentos aos quais, nem sempre, os genitores estão dispostos a se submeter, como, por exemplo, o reconhecimento da paternidade por meio de registro civil e, conseqüentemente, a destituição do poder familiar com a participação de um juiz, de um membro do Ministério Público e de uma equipe interdisciplinar.

A desistência de disponibilizar um filho biológico para a adoção também é fruto do medo de um enquadramento em conduta criminosa<sup>1</sup>, sem mencionar o desconhecimento, o repúdio e a ignorância de uma sociedade que julgará moralmente os genitores responsáveis pela entrega da criança. Todos esses fatores concorrem para o abandono clandestino de recém-nascidos.

Ressalte-se que o interesse do Estado é a erradicação do sub-registro civil, tendo sido firmado em 25 de março de 2009, inclusive, o protocolo de cooperação federativa intitulado “Compromisso Mais Nordeste pela Cidadania” entre a União e os Estados nordestinos, prevendo, para tanto, o fortalecimento das declarações de nascido vivo – DNVs para a emissão de certidão de nascimento, com a colocação de unidades interligadas de cartório de registro civil nas maternidades. Dessa forma, os recém-nascidos já saem dos hospitais com personalidade jurídica.<sup>2</sup>

Trata-se de uma facilitação ao exercício da cidadania. Contudo, em se tratando de gravidez indesejada, decerto que a prioridade dos genitores não é o registro civil

---

<sup>1</sup> “Art. 134/CP. Expor ou abandonar recém-nascido para ocultar desonra própria. Pena – detenção, de seis meses a dois anos”.

<sup>2</sup> Diversos hospitais cearenses já contam com tal facilidade, como, por exemplo, o Hospital Municipal Gonzaga Mota de Messejana.

da criança como filho, mas sim a sua entrega aos cuidados do Estado, afastando vestígios biológicos ou registraís.

Uma análise preventiva à situação do abandono familiar direciona o estudo ao planejamento familiar. A educação sexual, o incremento de laqueaduras e vasectomias e a utilização de mecanismos anticoncepcionais, quando implementados pelo Estado, figuram como políticas públicas preventivas à gravidez indesejada. Em razão de falhas no sistema de efetivação do planejamento familiar<sup>3</sup>, é imprescindível que o Estado ofereça mecanismos alternativos para que a vida da criança e a liberdade dos genitores sejam igualmente preservadas.

A liberdade individual de ordem privada não deve colidir com o direito à vida do nascente. Nesse contexto, foram apresentados três projetos de lei ao Congresso Nacional – projetos de lei nº 2.748/2008, 2.834/2008 e 3.220/08. Os respectivos projetos objetivam instituir o parto anônimo no Brasil. Conhecido anteriormente por roda dos enjeitados ou roda dos expostos, o instituto do parto anônimo ganhou uma nova roupagem antes de ser legalmente apresentado ao órgão legislador. Tratar-se-ia, segundo as justificativas apresentadas, de uma substituição do abandono pela entrega, mediante a qual a criança seria entregue a hospitais ou a instituições especializadas que se responsabilizariam pelos cuidados com sua saúde e, posteriormente, as encaminhariam para a adoção.

É importante ressaltar, outrossim, não somente a perspectiva da criança ou de sua genitora, mas também a de seu genitor paterno, o que não ocorre nos projetos de lei mencionados. As propostas de implementação do parto anônimo no Brasil, portanto, preservariam exclusivamente direitos da criança e de sua genitora. Desta forma, omitiu-se o legislador acerca da figura do genitor paterno, não havendo disposição sobre a necessidade de sua autorização para a entrega do bebê, ou, pelo menos, a apresentação de provas de que o mesmo foi informado sobre o nascimento de seu filho biológico.

---

<sup>3</sup> Lei do Planejamento Familiar nº 9263 de 12 de janeiro de 1996, publicada no Diário Oficial da União em 15 de janeiro de 1996.

A dissertação busca, pois, responder aos questionamentos oriundos da possível implementação do instituto em comento, bem como tratar sobre as consequências no âmbito jurídico. Para tanto, o estudo que ora se apresenta tem como escopo analisar: a existência de liberdade dos genitores de uma criança em fase gestacional de não serem pais; se o mencionado direito esbarraria no respeito à vida digna do nascente e na paternidade responsável; a decisão da entrega do recém-nascido pela genitora deve ser preponderante ou não ao direito do genitor paterno; os sujeitos envolvidos no exercício do direito ao parto anônimo; e se o anonimato fere o direito pessoal ao conhecimento de sua ascendência genética.

A metodologia utilizada na pesquisa foi de caráter exploratório e descritivo, quanto aos objetivos, justificando-se pela análise de um tema pouco estudado no país e contando com levantamento bibliográfico nacional e estrangeiro; qualitativo, quanto à natureza, vez que parte de um estudo subjetivo do assunto para o seu aprofundamento; e puro, quanto aos resultados, contando com análise teórica para a ampliação do conhecimento sobre o tema em questão.

Na tentativa de sistematizar a abordagem do tema, divide-se o trabalho em quatro capítulos. Inicialmente, o direito ao parto anônimo é apresentado mediante análise da evolução histórica, partindo da fase Imperial até a realidade atual brasileira, com a tramitação dos projetos de lei sobre o assunto como um possível direito a ser assegurado pelo Brasil. Posteriormente, apresentam-se algumas experiências internacionais e principais polêmicas no Brasil sobre a implementação do parto anônimo. A partir das críticas enfrentadas, os três capítulos seguintes buscam esmiuçar os questionamentos elencados na perspectiva da dignidade humana e dos princípios constitucionais da liberdade, personalidade, convivência familiar e solidariedade, numa tentativa de possibilitar a análise do parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro.

A conclusão, por sua vez, revela o posicionamento da autora acerca dos questionamentos aqui levantados, notadamente no que tange à constitucionalidade do parto anônimo no Brasil e sua possível implementação no país.

# 1 O PARTO ANÔNIMO NO BRASIL

A realidade social é condicionada pelo local, momento histórico e organização econômica de uma comunidade. A partir da constatação da realidade social brasileira, no que tange ao abandono de crianças, e respeitando as condicionantes mencionadas para a análise, pretende-se identificar as causas prováveis de abandono selvagem e analisar a proposta de implementação do parto anônimo no Brasil.

Para tanto, parte-se de alguns pressupostos conceituais: a) entende-se por criança abandonada aquela desamparada dos cuidados de seus pais ou responsáveis, encontrando-se ou não em abrigos infantis, aguardando o encaminhamento a uma família substituta; e b) o abandono selvagem é o caracterizado pela renegação da criança em local impróprio e degradante, agravado pela falta de dignidade e respeito à criança, pessoa também a quem são conferidos direitos.

Uma vez esclarecidos tais conceitos, e ciente de que crianças abandonadas e abandonos selvagens permeiam a realidade social brasileira, busca-se analisar o parto anônimo no Brasil, desde a sua origem no período colonial até o trâmite dos projetos de lei que visam a sua instituição legal no país. Após, identificam-se os sujeitos envolvidos no parto em anonimato, a experiência internacional sobre o assunto e as críticas apresentadas pelos estudiosos, com objetivo de uma posterior análise quanto à sua constitucionalidade e implementação no Brasil.

## 1.1 A realidade social brasileira e o abandono de crianças

O abandono de crianças no Brasil é um fato social presente em todas as fases da história do país. Ainda no período colonial, crianças pobres e sozinhas chegavam ao “Novo Mundo” nas naus de Portugal, após se arriscarem no trabalho braçal das

caravelas, tendo sido enviadas muitas vezes como órfãs do Rei, para se casarem com os súditos da Coroa (RAMOS, 2009, p. 19).

A ausência de registros e do domínio da escrita impede a identificação exata da quantidade de crianças abandonadas no início da história brasileira, mas pesquisas constataam o grande número de mortalidade infantil e de enjeitados, principalmente nas áreas urbanas (TRINDADE, 1999, *online*). A criança, portanto, não era valorizada, tampouco recebia proteção estatal. Sua condição de hipossuficiência não era reconhecida pela sociedade ou pelos governantes.

Mesmo após a publicação de leis protetivas, como o Código de Menores (1927), a Declaração dos Direitos da Criança (1959), da qual o Brasil é signatário, e a vigência da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, inaugurada com a Constituição Federal de 1988, e regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), o país ainda mantém índices altos de mortalidade infantil, mortes fetais, conforme quadro constante no apêndice.

Importante levar em consideração também os últimos números apurados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística referentes ao índice de nascimento de crianças em relação à idade das genitoras, bem como em relação à renda familiar, conforme quadro (cf. apêndice). Após a análise dos quantitativos apresentados, constata-se um maior índice de nascimentos de crianças em famílias com renda inferior a um salário mínimo, além do grande número de gestantes entre quinze e dezessete anos de idade, o que revela a ausência de educação, seja no âmbito escolar ou referente à educação sexual.

Ressalte-se que, até o final do século XIX, a expressão “criança abandonada” não possuía o alcance e o significado de hoje. Quando utilizada, referia-se a menores infratores, enquanto as crianças desamparadas eram chamadas de enjeitadas ou excluídas (VENÂNCIO, 1999, p. 20). Com o passar do tempo, outras nomenclaturas foram utilizadas como sinônimas a crianças abandonadas: crianças carentes, meninos de rua.

Fúlvia Rosemberg (1993, p. 72), ao tratar mais especificamente das crianças de rua, atribui-lhes a condição de “situação familiar irregular”, revelando que o

abandono é oriundo de um lar familiar desestruturado. Ao se estabelecer um liame com o tema do presente trabalho, fica claro que a exposição de uma criança ou o seu infanticídio pode ser ocasionado por uma maternidade indesejada.

O aborto também é uma opção para a mulher grávida, ainda que tratado pelo ordenamento brasileiro como uma conduta criminosa. Isso é o que revela a pesquisa apresentada pela Organização Não-Governamental IPAS Brasil:

O número estimado de abortos inseguros, em 1992, era equivalente a 43% dos nascimentos vivos, mostrando que uma elevada proporção das gestações não foi desejada, levando estas mulheres a recorrer ao abortamento.

Esta proporção cai para 31% em 1996, mas apesar de ter diminuído na década de 1990, ainda corresponde a cerca de 30% dos nascimentos em 2005. Isto consolida também a idéia de que a anticoncepção no Brasil ainda não atingiu um nível de cobertura suficiente para evitar a elevada proporção de gestações indesejadas. (ADESSE; MONTEIRO, 2007, *online*)

No tocante às diferenças regionais das taxas anuais de abortos inseguros por grupo de 100 mulheres de 15 a 49 anos nas grandes regiões brasileiras, durante o período de 1992 a 2005, a supramencionada pesquisa indica que “Há uma diversidade regional grande no risco de aborto inseguro entre a população feminina em idade fértil. Em 1992, este risco era bem maior na Região Nordeste (5,41 abortos/ 100 mulheres), e na Região Sul (1,97 abortos/ 100)” (ADESSE; MONTEIRO, 2007, *online*). Os autores da pesquisa ainda constatarem o alto índice de abortamento entre adolescentes e entre as principais causas de mortalidade materna:

Entre as adolescentes de 15 a 19 anos a distribuição geográfica aponta para as Regiões Norte e Nordeste como as que apresentam maiores riscos de aborto inseguro, junto com o Distrito Federal e os Estados do Mato Grosso do Sul e do Rio de Janeiro.

O abortamento é uma das principais causas da mortalidade materna. Nas regiões mais carentes, como o Norte e o Nordeste do Brasil, é grande o índice de mortes decorrentes do aborto inseguro e os serviços de saúde pública registram como o segundo procedimento obstétrico mais realizado nas unidades de internação, a curetagem pós-abortamento. O grande número de abortos inseguros que produzem agravamentos à saúde da mulher resultam em complicações físicas, infecções, infertilidade e até mesmo na morte. (ADESSE; MONTEIRO, 2007, *online*)

Afastando a possibilidade do aborto, tendo em vista o polêmico assunto não ser o objeto do presente estudo, restariam duas opções à mulher para a sua gravidez indesejada: dar continuidade à maternidade com a maternagem<sup>4</sup> daquela criança não planejada, ou entregá-la mediante os trâmites legais a uma família substituta.

É importante esclarecer que, não obstante o mito do amor materno de que a maternidade e a maternagem estariam presentes em todas as mulheres (MOTTA, 2007, p. 251), a verdade é que nem toda mulher deseja ou tem condições psicológicas para exercer a maternidade. O ato de gerar ou parir um ser humano não torna seus genitores aptos para o papel de mãe ou pai. Nesse sentido, Elisabeth Badinter (1985, p. 11) contesta “o caráter inato do sentimento materno e o fato de que seja partilhado por todas as mulheres”.

Logo, caso uma mãe biológica decida pelo exercício da maternidade, tendo em vista o preconceito social existente relativo ao abandono de criança, e a relação afetiva entre mãe e filho não tenha sucesso, isso pode ocasionar situações problemáticas logo no início da relação, notadamente para a figura hipossuficiente da relação, o nascente, o qual poderá sofrer maus-tratos e, até mesmo, ser vítima de abandono selvagem.

Conforme relato apresentado por Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Pinheiro Sales (2008, p. 160), são altos os índices de abandonos indignos no Brasil:

Apenas nos anos de 2006 e 2007 foram noticiados pela mídia vários casos de recém-nascidos abandonados em condições subumanas. Jogados em lagoas (Letícia - jan./06 - Minas Gerais); em rios poluídos (Michelle - out./07 - Minas Gerais); em riachos (fev./07 - Rio Grande do Sul); na saída de esgotos (nov./07 - Maranhão); boiando em valões, cercados por urubus (fev./07 - Rio de Janeiro); deixados em banheiros de estações de trem (abr./06 - São Paulo); em terrenos baldios, enrolados em toalhas de sangue quase pisoteados por vacas (maio/06 - Minas Gerais); enrolados em sacos plásticos, ainda com cordão umbilical (Vitor Hugo - fev./07 - São Paulo; nov./07 - Rio Grande do Sul; nov./07 - Recife); abandonados em quartos vazios (fev./07 - Sergipe), casas abandonadas (mar./07 - Espírito Santo) ou em escadarias de igrejas (dez./07 - São Paulo); deixados em ferro-velho

---

<sup>4</sup> Segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (HOUAISS; VILLAR, 2001, p. 1868), a palavra maternagem pode ser entendida aqui como “tratar maternalmente”, ou seja, demonstrando dedicação e carinho.

(maio/07 - Mato Grosso); nas ruas, debaixo de chuva (ago./07 - Paraná); dentro de caixa de sapatos sob frio de 1°C (ago./07 - Santa Catarina); misturados ao lixo (João Pedro - fev./06 - São Paulo; Ângela - out./07 - São Paulo; bebês gêmeos - maio/06 - Minas Gerais); mortos em armário (out./07 - São Paulo); sob rodas de caminhão (out./07 - Bahia); debaixo de carros (Marcos - out./07 - Bahia); na rua sob folhagens, terra e formigas (Clara - nov./07 - Bahia) ou atropelados dentro de sacolas plásticas (fev./07 - Rio de Janeiro). Dos casos mencionados poucos sobreviveram, sendo que a maioria morreu em razão dos ferimentos/hemorragias, infecções generalizadas e edemas cerebrais ocasionados pela violência do abandono.

É importante estabelecer que a entrega de uma criança difere do seu abandono, principalmente quando a entrega configura um ato protetivo. Nesse sentido, Maria Antonieta Pisano Motta (2007, p. 251) defende:

Há certa tendência em encarar toda 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.

Diz o mito que a criança, se a própria natureza for respeitada, deve ser criada pela mãe, caso contrário terá sido 'abandonada'.

[...]

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

Com a assunção desse princípio nos esquecemos de que muitas entregas são protetivas da criança e algumas se configuram em verdadeiro ato de amor da mãe pela criança.

Temos que as próprias mulheres, criadas nessa mesma cultura, não conseguem se 'autorizar' a fazer a entrega de seu filho livres de culpa ou remorso. Para muitas, o temor do castigo, advindo do companheiro, da família, da sociedade de um modo geral é mais forte que o seu receio de deixar seu filho num banco de praça. Para outras, com condições psicológicas já precárias, 'livrar-se' do filho anônima e rapidamente é a única alternativa possível.

O afeto é elemento fundamental para a formação familiar, razão pela qual a Constituição vigente prevê uma pluralidade de entidades familiares e não mais a instituição matrimonial como único sinônimo para família. Assim, não há que se falar em preponderância do laço biológico sobre o afetivo.

Partindo-se do pressuposto de que não somente o direito da criança a uma vida digna deve ser resguardado, devendo-lhe ser assegurada proteção integral e

prioritária, cabe ao Estado preocupar-se com o nascente, com seus pais biológicos e com a família que está para lhe receber.

## **1.2 O parto anônimo no Brasil: da “roda dos expostos” ao projeto de lei nº 3.220/2008**

A origem do parto anônimo no Brasil remonta à fase colonial, quando foi autorizada a implantação da primeira “roda dos expostos” por D. João VI no ano de 1726, em Salvador. Tal nomenclatura devia-se ao fato de

ser fixado no muro ou na janela, normalmente das Santas Casas de Misericórdia, hospitais ou conventos, um artefato de madeira no qual era colocada a criança e mediante um giro era conduzida ao interior daquelas dependências. Um toque na campainha, ou um badalar de sino era o sinal dado que na ‘roda’ havia uma criança e quem a colocou não queria ser identificada. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 142-143)

Tratava-se de um espaço cilíndrico com uma divisória ao meio, instalado na parede lateral ou frontal da Santa Casa de Misericórdia, o qual proporcionava que a criança a ser exposta fosse introduzida diretamente da rua, sem a necessidade de identificação daquele que a estivesse abandonando. Após colocar o menor na roda, o expositor acionava um sino e girava a roda, dando conhecimento de que mais uma criança havia sido enjeitada. Entende-se, portanto, por enjeitada ou exposta, a criança recém-nascida abandonada nas portas das igrejas, das casas, nas ruas ou, mais comumente, na roda dos expostos, que foi importada da Europa, tendo se originado dos átrios ou vestíbulos de mosteiros e de conventos medievais, utilizados para outras finalidades, como, por exemplo, evitar o contato dos religiosos com o mundo exterior (VALDEZ, 2004, p. 110-112).

O surgimento da “roda dos excluídos” encontrou guarida na cruel realidade das crianças durante o segundo e o terceiro séculos do Brasil Colônia, período marcado pelo surgimento do abandono selvagem de menores. No entanto, as Casas de Misericórdia já se responsabilizavam informalmente pelo acolhimento de crianças expostas antes da implementação das rodas.

Inicialmente, os números de órfãos eram encontrados nas tribos indígenas, principalmente em virtude do falecimento de adultos em razão da ausência de sistema imunológico resistente às enfermidades trazidas pelos colonizadores.

Segundo Venâncio (2008, p. 189), diante do crescimento desse número, os jesuítas criaram os Colégios de Meninos, “instituições destinadas a abrigar legiões de indiozinhos sem pai, de tribos dizimadas pela peste, fome e conflitos com os brancos”.

Após esse período, foi verificado um aumento de órfãos também entre portugueses colonizadores. À medida que cidades e capitanias cresciam, a população e a pobreza também aumentavam. Diferentemente do meio rural, nos centros urbanos o trabalho infantil não era tão valorizado. Logo, em virtude da ausência de condições financeiras para o sustento de uma criança, muitos pais costumavam abandonar seus rebentos ao relento.

Não é difícil encontrar nos textos de bilhetes dos séculos XVIII e XIX exemplos de ‘expostos brancos’ que foram abandonados em razão da pobreza dos pais:

[...] vai esta menina já batizada e chama-se Ana e pelo Amor de Deus se pede a Vossa Mercê e queira mandar criar atendendo a pobreza de seus pais.

[...] trouxe bilhete o qual seu teor é o seguinte [...] vai este menino para essa Santa Casa pela indigência e necessidade de seus pais.

[...] as duas meninas portadoras desta carta foram deixadas por necessidade de sua mãe em casa de uma pobre, que vive de esmola dos fiéis, e por isso que elas vêm agora procurar asilo desta Casa da Santa da Misericórdia.

[...] morreu sua mãe e por pobreza e falta de leite se enjeita esta batizada chamada Joaquina, e por dita esmola ficamos pedindo a Deus pela saúde e vida decente. (VENÂNCIO, 2008, p. 199)

Não somente a dificuldade financeira para cuidar dos filhos foi responsável por pais e mães desvencilharem-se dos mesmos, mas também a ausência de condições para enterrá-los. O ritual do enterro de recém-nascidos era valorizado em razão de a sociedade acreditar em sua transformação em “anjinhos”, crença que acalentava o sofrimento das famílias. Dessa forma, quem ousasse não realizar a cerimônia fúnebre do filho inocente, além de sofrer com a perda do filho, ainda teria que suportar o não recebimento do mesmo pelo Senhor na qualidade de “anjinho”. A origem do embelezamento da morte dos inocentes advinha da tentativa dos jesuítas em amenizar os efeitos dos altos índices de mortalidade infantil.

A idealização de que foram objeto os meninos filhos dos índios nos primeiros tempos da catequese e da colonização – época, precisamente, de elevada mortalidade infantil, como se depreende das próprias crônicas jesuíticas – tomou muitas vezes caráter meio mórbido; resultado, talvez, da identificação da criança com o anjo católico. A morte da criança passou a ser recebida quase com alegria; pelo menos sem horror. De semelhante atitude subsiste a influência em nossos costumes: ainda hoje entre matutos e sertanejos, e mesmo entre a gente pobre das cidades do Norte, o enterro de criancinha, ou de anjo, como geralmente se diz, contrasta com a sombria tristeza dos enterros de gente grande. Nos tempos da catequese, os jesuítas, talvez para atenuar entre os índios o mau efeito do aumento da mortalidade infantil que se seguiu ao contato ou intercurso em condições disigênicas, entre as duas raças, tudo fizeram para enfeitar ou embelezar a morte da criança. Não era nenhum pecador que morria, mas um anjo inocente que Nosso Senhor chamava para junto de si. (FREYRE, 2006, p. 203)

Através da vestimenta infantil utilizada na época, constata-se que até mesmo “o *status* dos inocentes era ambíguo: metade gente, metade espírito” (VENÂNCIO, 2008, p. 198), vestindo

cotidianamente roupas com as quais seriam recebidos no céu. Por encarnarem a pureza, o ser sem pecado, ou pelo menos sem a consciência do pecado, seus trajes deveriam combinar o vermelho, simbolizando o sangue, o azul e o branco, cores marianas que exprimiam o desapego aos valores do mundo, cores da alma em contato com Deus. (VENÂNCIO, 2008, p. 198)

Os preconceitos sociais e de gênero e a escravidão também contribuíram para o crescimento do índice de crianças expostas. A moral vigente no Brasil Colonial, que perdurou por longo período no país, impedia – e ainda hoje influencia! – que uma mulher engravidasse ainda solteira, ou de homem diverso de seu esposo. Tal ocorrência gerava atitudes abortivas ou, ainda, a entrega do filho às rodas. Cartas costumavam acompanhar os bebês, explicando o ocorrido e revelando o lamento pelo afastamento imposto por valores sociais da época.

Os bilhetes deixados com os expostos, em sua maioria, explicitavam a falta de recursos, por parte da mãe ou do pai, para criar o rebento, porém não era raro os expostos serem filhos de adultério, de concubinato, ou seja, de mães que ocupavam um certo prestígio social e não poderiam criá-los e, por isso, os abandonavam. (VALDEZ, 2004, p. 114)

Mães escravas<sup>5</sup> preferiam entregar seus filhos às Casas de Misericórdia, numa tentativa de que os mesmos tivessem uma chance de encontrar a liberdade longe de seus braços.

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

[...] mandou-se entregar a Júlia Telles da Silva, um seu escravo menor de nome Thomé que fora lançado à Roda dos Expostos'. (VENÂNCIO, 2008, p. 202)

Nem todo afastamento entre mãe e filho era sinônimo, portanto, de abandono; nem todo filho enjeitado foi abandonado. Fala-se, então, na entrega do filho biológico pela mãe como um ato de amor. Outras vezes, a doença ou a morte da mãe logo após o parto justificavam o destino de recém-nascidos aos cuidados das Santas Casas de Misericórdia.

Mães internadas em enfermarias do Hospital da Misericórdia podiam, por sua vez, recorrer à ajuda concedida aos expostos. Em julho de 1759, a pardinha Ana foi matriculada na Casa da Roda de Salvador; à margem do texto da ata foi feita a seguinte anotação: 'a qual nasceu neste hospital e sua mãe se acha doente'.

Para essas mulheres, o envio do filho à casa dos expostos consistia em expediente provisório até elas recuperarem plenamente a saúde. Os administradores da instituição de caridade não colocavam barreira alguma a tal prática, o que nos leva a relativizar a própria noção de abandono. Em situações extremas, quando a mãe falecia no hospital, os administradores assimilavam o órfão à condição de enjeitado: 'fica sendo esse Enjeitado desta Santa Casa, por ter falecido a mãe no Hospital da Caridade' (VENÂNCIO, 2008, p. 193).

Grandes nomes foram entregues à roda dos expostos, como, por exemplo, o do regente brasileiro Diogo Antônio Feijó, "que foi batizado como 'filho de pais incógnitos' em 17 de agosto de 1784 na igreja da Sé, em São Paulo" (CALDEIRA,

---

<sup>5</sup> Diversamente, Valdez (2004, p. 113) afirma que "não há nada que comprove o abandono de filhos por parte da sociedade indígena ou dos escravos provindos da África".

1999, p. 12).<sup>6</sup> E, na Europa do século XVIII, tem-se notícia de que Jean-Jacques Rousseau entregou seus cinco filhos na roda dos expostos (VALDEZ, 2004, p.113).

Não obstante as fontes do período colonial serem bastante escassas, o quantitativo de criança enjeitadas pode ser comprovado mediante registros de batismo da Igreja Católica. Afinal, a religião foi um importante mecanismo de colonização, constituindo-se o batismo um rito de socialização da criança. Vale ressaltar, ainda, que a Igreja Católica não repudiava a prática da entrega do filho, valendo-se, para tanto, da história bíblica do abandono de Moisés, que teria sido abandonado em cesto nas águas do rio Nilo, para salvar-se da perseguição mortal do rei Herodes.

A importância do significado do batismo para a época justifica a busca dessas fontes na investigação sobre o abandono. O direito de ser batizado era estendido a todas as crianças, sem distinção, até mesmo as ilegítimas, filhas de relações chamadas ilícitas (ou não abençoadas pela Igreja Católica). Os concílios normatizaram a questão da ilegitimidade, prescrevendo que 'o inocente não deveria pagar pelos pecadores'. Nesse caso, os filhos do pecado (filhos de padres, prostitutas, adúlteros etc) também teriam direito à salvação, ou seja, ao batismo. (VALDEZ, 2004, p. 108)

A família brasileira durante os períodos colonial, imperial e, até mesmo, republicano, resumia-se a uma instituição matrimonial, hierarquizada, de caráter

---

<sup>6</sup> Sobre o Padre Diogo Feijó, o *site* do Senado apresenta a seguinte referência: "De todos os Presidentes do Senado durante o Império, o padre Diogo Antônio Feijó foi aquele que possuiu uma história pessoal singular. Seu nascimento e inserção no mundo real seguiram uma trajetória, conduzida, por assim dizer, por um cajado divino. Sua situação de paternidade sobre a qual 'existem muitas dúvidas sobre os seus verdadeiros nomes, até mesmo, por não constarem do seu assento de batismo, onde se lê: 'pais incógnitos'.

As histórias relatadas a esse respeito são variadas. Uma, porém, vale a pena transcrevê-la pelo seu sentido e linguagem metafórica: 'Diogo Feijó veio ao mundo como vêm os parasitas vegetais, cujas sementes os ventos e as aves vão depositar nos troncos e galhos das árvores gigantes da floresta e ahi vicejam e dão flores lindas e fructos, que os insectos e passarinhos famintos aspiram devoram. Ninguém sabe a sua proveniência. Ninguém sabe de onde veio Feijó...

Sua história começa assim:

Na madrugada de 17 de agosto de 1784, bateram à porta do padre Fernando Camargo, vigário da cidade de S. Paulo, e indo uma escrava ver quem era, foi surpreendida com um choro de recém-nascido e não encontrou alli mais ninguém. Era um enjeitado. A mucamba recolhe a criança retirando-a da soleira da porta e, aquecendo-a ao colo, corre a comunicar o ocorrido ao vigário, que já se preparava para a missa das 5 horas. Foi uma alegria geral; toda a família do vigário mostrava-se satisfeita com o precioso presente. Nesse mesmo dia, o padre Camargo fez baptizar, na sé paulista, o recém-nascido, pelo coadjutor José Joaquim da Silva, constando da certidão que o menino Diogo era filho de pais incógnitos. Foram seus padrinhos o vigário Camargo e D. Maria Gertrudes Camargo, viúva e parente do vigário, que lhe serviu de pai de criação". (BRASIL, SENADO, 2009, *online*)

patriarcalista e patrimonialista, regida pelo chefe familiar, o “paterfamília”, conforme herança portuguesa aqui implantada. Tais características refletem-se, também, na perspectiva jurídica familiar, conforme dispõe Rosana Amara Girardi Fachin (2001, p. 8):

O Direito de Família que o colonizador português, entre os séculos XVI e XVIII, transpôs para o território brasileiro, aqui sofreu muitas modificações, pelas circunstâncias peculiares de sua gente, embora a herança lusitana nessas terras seja um fenômeno marcante para caracterizar o modelo colonial dominante de família.

Tal padrão se projetou, em parcela significativa, da Colônia para o Império, lançando seqüelas na codificação emergente da República.

A família do Código Civil do começo do século era hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal, de forte conteúdo patrimonialista vez que colocava a instituição em primeiro plano: o indivíduo vivia para a manutenção e fortalecimento da instituição, que se caracterizava como núcleo de apropriação de bens nas classes abastadas.

Sabe-se, no entanto, que a coexistência de diversos tipos de famílias sempre foi uma realidade. Contudo, em virtude de aspectos políticos, econômicos, sociais e religiosos, a família da “casa grande” destacou-se como “a história íntima de quase todo brasileiro: da sua vida doméstica, conjugal, sob o patriarcalismo escravocrata e polígamo; da sua vida de menino; do seu cristianismo reduzido à religião de família e influenciado pelas credices da senzala” (FREYRE, 2006, p. 44).

Ainda que o Brasil não possuísse uma legislação civil no período imperial, quiçá familiarista, a moral vigente favorecia a rigidez comportamental feminina. A mulher subjugava-se ao seu esposo, numa relação desigual e hierárquica. Numa tentativa de evitar o esfacelamento de suas famílias, bem como a rejeição social, as mães expunham suas crianças.

A entrega dos enjeitados costumava ocorrer em razão de aspectos morais e amores proibidos, sem mencionar a ausência de proteção aos filhos espúrios. Logo, “não é exagero afirmar que a história do abandono de crianças é a história da dor feminina” (VENÂNCIO, 2008, p. 189).

Existiram rodas dos expostos em diversas cidades brasileiras: Salvador, Rio de Janeiro, Recife, Fortaleza, Minas Gerais, Goiás, tendo sido a de São Paulo a última

a funcionar, finalizando suas atividades por volta de 1950. Tem-se notícia de que a Santa Casa de Misericórdia paulista tenha recebido o total de 5.696 expostos (MÉDICO ..., 2007, *online*), enquanto Rio de Janeiro e Salvador receberam cerca de 50 mil enjeitados durante os séculos XVIII e XIX (VENÂNCIO, 2008, p. 190).

Diversos motivos contribuíram para o desprestígio e a desativação das rodas, como, por exemplo: a motivação inadequada das mulheres criadeiras e a ausência dos cuidados necessários para com os bebês. Nem sempre os enjeitados deixavam a Santa Casa para viverem em famílias substitutas. As Câmaras e as Casas da Roda costumavam contratar “mães de aluguel”, mulheres livres ou escravas, para cuidarem das crianças. Em troca, ofereciam-se no máximo pequenos valores ou menores encargos no “mercado de amas escravas” aos seus senhorios.

As mães de aluguel, contratadas pela câmara ou Santa Casa, podiam ser livres ou escravas, devendo o senhor assinar o termo de compromisso junto à instituição de assistência. Em 27 de agosto de 1797, João, bebê mulatinho, foi enviado à Santa Casa de Salvador; na ata, o escrivão observou: ‘dado a criar [...] ao Senhor Capitão Joaquim José de Souza Portugal, para criar uma sua escrava’. Experiência semelhante foi vivida por Carlota, pardinha baiana, enviada a ‘2 de agosto de 1805 a Victoriano Francisco do Patrocínio Pereira, à Ladeira de Santa Thereza, casa n. 337, para criar uma sua escrava’. (VENÂNCIO, 2008, p. 194)

Outras mulheres disponibilizavam-se para criar gratuitamente os menores, buscando alcançar graças divinas. Entretanto, a grande preocupação era quando o motivo para o acolhimento da criança caracterizava-se por ser de ordem puramente financeira. Nesses casos, os maus tratos eram inevitáveis, vindo a acarretar até a morte do bebê.

Na residência dos criadores, o exposto, além de ser muitas vezes submetido à amamentação artificial, nem sempre recebia os mimos e atenções necessárias. Muitas amas impacientavam-se com a criança, misturando aguardente ao leite para acalmá-la mais rapidamente (sic) prática de tal maneira difundida que levou à elaboração de uma lei prevendo trinta dias de prisão para quem assim procedesse. Outras acolhiam o recém-nascido no próprio leito, ‘volvendo mecanicamente o grande corpo, podendo apertar e pisar o tenro e delicado menino, quebrar-lhe algum membro, sufocá-lo, e matá-lo’. (VENÂNCIO, 2008, p. 197)

Frequentemente os bebês expostos eram vítimas do emprego de métodos nada saudáveis, notadamente no que se refere à amamentação artificial, entendida como aquela utilizada em substituição ao leite materno. 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 ministrados com panos de linho, colheres de pau, de marfim, de prata, bonecas de algodão ou esponja forradas com linho. O contato do alimento com o ar atmosférico alterava-o ou decompunha-o, sem mencionar que o uso de panos poderia provocar o embaraço da livre entrada de ar aos pulmões e, conseqüentemente, a sufocação (GONÇALVES, 1859 *apud* VENÂNCIO, 2008 p. 196). Registros outros indicavam como principais diagnósticos de falecimento de expostos os seguintes:

Segundo os 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 de 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 pequeninos? 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 sífilítica ou decorrer de inflamação generalizada no aparelho gastrointestinal, havendo ainda a possibilidade de as aftas resultarem de estomatite aftosa ou de fungos tropicais. (VENÂNCIO, 2008, p. 215)

Contudo, esperava-se algo diferenciado: em vez do abandono, a entrega de uma criança e a esperança de uma vida digna daquele que acabou de nascer. Afinal:

a Roda tinha por finalidade precípua não constranger pessoa alguma, nem quem levava a criança, nem tampouco quem a recolhia. A sociedade acobertava o abandono, principalmente quando ele não adquiria feições selvagens, colocando em risco a vida do bebê. (VENÂNCIO, 2008, p. 194)

A roda recebia os expostos, mas não lhes oferecia uma vida digna, seja mediante a utilização de técnicas adequadas em suas próprias dependências, seja por um controle das mulheres criadeiras ou famílias substitutas que receberam os recém-nascidos<sup>7</sup>. Logo, não poderia ser outro o destino, senão a desativação das rodas dos enjeitados.

---

<sup>7</sup> Nem todo enjeitado tinha a mesma sorte. O médico Renato Costa Monteiro foi enjeitado por sua mãe biológica e deixado na roda dos expostos paulista, tendo tido a oportunidade de ser recebido e criado por família substituta, a qual lhe adotou e proporcionou sua educação e desenvolvimento (RODA..., 2009, *online*).

Não obstante a roda dos expostos haver sido extinta há mais de cinquenta anos, o problema do abandono de crianças ainda está presente na realidade brasileira, de forma que, além do Estado ter o dever de evitar o abandono de crianças por seus familiares, deve, mais do que nunca, preocupar-se em assegurar suas vidas.

[...] não há mais a roda dos expostos, agora é a roda viciosa da pobreza que continua expondo crianças e adolescentes a inúmeras situações de riscos. Uma grande parte da sociedade reage contra isso, insistindo que 'lugar de criança é na escola, na família e na comunidade'. O importante é não aceitar o abandono como algo normal e que faz parte de uma sociedade com grandes diferenças sociais. (VALDEZ, 2004, p. 126)

Diante de tal realidade, foi apresentado à Câmara dos Deputados no dia 11 de fevereiro de 2008 o projeto de lei nº 2.747/2008 pelo deputado do partido dos trabalhadores de Rondônia, Eduardo Valverde, objetivando a criação de mecanismos para coibir o abandono materno e dispendo sobre o instituto do parto anônimo no Brasil. O mencionado projeto de lei possui 12 artigos e prevê a possibilidade de qualquer mulher, independentemente de classe raça, etnia, idade e religião, realizar o acompanhamento pré-natal e o parto no Sistema Único de Saúde em sigilo, somente podendo ser reveladas as informações referentes às origens biológicas do nascente mediante autorização judicial do interessado. A entrega do nascente pela genitora exime-a de responsabilização civil e criminal, sendo-lhe garantido o prazo de até oito semanas para desistir da entrega e reivindicar seu filho. O mesmo prazo é garantido aos parentes biológicos do nascente.

Posteriormente, foram pensados a este, principal, dois outros projetos de lei acerca do parto anônimo: projetos de lei nº 2.834/2008 e 3.220/2008. O primeiro, apresentado em 19 de fevereiro de 2008 pelo deputado do partido do movimento democrático brasileiro de Mato Grosso, Carlos Bezerra, busca a instituição do parto anônimo no Brasil mediante alteração no artigo 1638 do Código Civil Brasileiro, o qual passaria a prever mais uma possibilidade judicial de suspensão ou extinção do poder familiar: quando o pai ou a mãe opte pelo parto anônimo. O dispositivo conteria ainda um parágrafo contendo a definição do instituto: "Considera-se parto anônimo aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixará a criança na maternidade, logo após o parto, a qual será encaminhada à Vara da

Infância e da Adolescência para adoção” (BRASIL, CÂMARA, PROJETO DE LEI Nº 2.834, 2008, *online*).

Já o projeto de lei nº 3.220/2008, apresentado no dia 09 de abril de 2008 pelo deputado do partido dos trabalhadores da Bahia, Sérgio Barradas, e de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família, objetiva a implantação e regulamentação do parto anônimo de uma forma mais completa do que os demais, o que pode ser comprovado mediante análise do quadro comparativo entre os três projetos de lei, o qual se encontra em anexo. Além de prever a regulamentação do direito ao parto em anonimato por uma lei federal autônoma, dispõe em 16 artigos de forma minuciosa sobre o exercício de tal direito pela gestante que não deseja ser mãe e a forma como o nascente será encaminhado à adoção, preocupando-se com o necessário fornecimento pela genitora de informações relativas à verdade biológica do nascente, resguardando seu direito de personalidade caso ocorra futura autorização judicial para que os dados sigilosos sejam revelados. Diferentemente do projeto de lei nº 2.747/2008, garante um período de apenas dez dias para a genitora arrepender-se de sua decisão e reivindicar a maternidade.

Importante ressaltar que todos os três projetos de lei mencionados permanecem omissos no que tange à figura do genitor paterno e à necessidade de sua autorização para a entrega do nascente ao Estado para a colocação em família substituta.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados apresentou críticas aos três projetos de lei em trâmite. Inicialmente, cabe registrar que a elaboração do projeto de lei nº 2.741/2008 é marcada por atecnia, podendo ser constatada pela repetição de “caputs” e má elaboração dos dispositivos. Diferentemente, o projeto de lei nº 2.834/2008 apresenta formulação técnica, porém é omissos sobre o funcionamento do instituto. O projeto de lei nº 3.220/2008, último a ser apensado aos demais, revela-se o mais completo e minucioso quanto ao funcionamento do parto anônimo no país, não obstante também seja omissos quanto à figura do genitor paterno.

Apesar de sofrerem críticas até mesmo no tocante à ausência de técnica empregada em sua elaboração, os projetos de lei mencionados apresentam uma

visão moderna da roda dos enjeitados, tornando possível a entrega voluntária e sigilosa ao Estado de um recém-nascido por sua genitora, logo após o seu nascimento. Dentre as justificativas apresentadas, ressalte-se a garantia à vida e proteção do nascente, em virtude dos altos índices de abandonos selvagens, bem como o direito de liberdade da genitora não ser mãe.

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. (sic)

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.

[...]

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. (BRASIL, CÂMARA, PROJETO DE LEI Nº 3.220, 2008, *online*)

Na Câmara dos Deputados, os projetos foram encaminhados primeiramente à Comissão de Seguridade Social e Família, que entendeu pela inconstitucionalidade, injuridicidade e, conseqüentemente, rejeição dos três projetos de lei, ratificando em 03 de setembro de 2008 o parecer da deputada do partido da social democracia brasileira do Espírito Santo, Rita Camata, e relatora da referida comissão. Em seguida, os projetos foram encaminhados para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que aprovou em 16 de abril de 2009, por unanimidade, o parecer do deputado do partido dos trabalhadores da Paraíba, Luiz Couto, relator desta Comissão, negando seguimento aos projetos legislativos nos seguintes termos:

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. (BRASIL, CAMARA, 2009, *online*)

O parecer da Câmara de Constituição e Justiça e de Cidadania é terminativo quando constitucionalidade e juridicidade da matéria, conforme o artigo 54<sup>8</sup> do regimento Interno da Câmara dos Deputados. Tendo o deputado, relator da referida comissão, devolvido os projetos sem qualquer alteração em seu parecer que decidiu pela inconstitucionalidade e injuridicidade da matéria, cabe agora recurso ao Presidente da Câmara, nos termos do artigo 58<sup>9</sup> do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Inobstante a ausência de uma legislação específica sobre o assunto, alguns juízes estaduais já implantaram de forma inovadora um sistema capaz de

---

<sup>8</sup> “Art. 54. Será terminativo o parecer: I - da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria; II - da Comissão de Finanças e Tributação, sobre a adequação financeira ou orçamentária da proposição; III - da Comissão Especial referida no art. 34, II, acerca de ambas as preliminares”.

<sup>9</sup> “Art. 58. Encerrada a apreciação conclusiva da matéria, a proposição e respectivos pareceres serão mandados à publicação e remetidos à Mesa até a sessão subsequente, para serem anunciados na Ordem do Dia. § 1º Dentro de cinco sessões da publicação referida no *caput*, poderá ser apresentado o recurso de que trata o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal. § 2º Durante a fluência do prazo recursal, o avulso da Ordem do Dia de cada sessão deverá consignar a data final para interposição do recurso. § 3º O recurso, dirigido ao Presidente da Câmara e assinado por um décimo, pelo menos, dos membros da Casa, deverá indicar expressamente, dentre a matéria apreciada pelas Comissões, o que será objeto de deliberação do Plenário. § 4º Fluído o prazo sem interposição de recurso, ou improvido este, a matéria será enviada à redação final ou arquivada, conforme o caso. § 5º Aprovada a redação final pela Comissão competente, o projeto de lei torna à Mesa para ser encaminhado ao Senado Federal ou à Presidência da República, conforme o caso, no prazo de setenta e duas horas”.

acompanhar a mulher grávida que não deseja ser mãe. A 1ª Vara da Infância e Juventude do Distrito Federal desenvolveu um procedimento de acompanhamento de gestantes que desejam entregar seu filho à adoção, consistindo numa medida preventiva de recebimento da criança em segurança e evitando, conseqüentemente, infanticídios e exposição a situações de risco. Ressalte-se, ainda, que tal “acompanhamento perpassa desde o pré-natal, o parto e o processo de adoção, permitindo que todo esse procedimento se dê dentro dos limites legais” (VARA..., 2008, p. 127), afastando as adoções à margem da lei.

Uma vez constatada a possibilidade de implementação estatal do parto anônimo no Brasil, sem a necessária existência de uma legislação federal própria sobre o tema, necessária se faz a identificação dos sujeitos envolvidos no parto em anonimato.

### **1.3 Os sujeitos do parto anônimo**

Os projetos de lei analisados não apresentam de forma clara se o parto anônimo é um direito ou uma política estatal de planejamento familiar. É importante tal desfecho para que se possam identificar os sujeitos de direito ou exigir do Estado a disponibilização, publicidade e qualidade nas políticas públicas a serem empregadas.

Antes da análise aprofundada dos sujeitos que estariam envolvidos no exercício do parto anônimo no Brasil, é necessário esclarecer o pressuposto a partir do qual o presente estudo se utiliza: a existência de direitos subjetivos da pessoa humana.

Segundo Pietro Perlingieri (2007, p. 120), há duas definições tradicionais de direitos subjetivos, as quais se contrapõem entre si. A primeira, parte do direito subjetivo como “poder da vontade”; e, a segunda, como “interesse protegido”. Ambas formam a atual e mais completa definição: “o direito subjetivo é [...] o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito” (PERLINGIERI, 2007, p. 120).

A partir da teoria jurídica dos direitos subjetivos de Alexy (2008, p. 180-183), pode-se depreender que, sob o enfoque ético-filosófico, o homem é um sujeito de

direitos enquanto ser liberto, coexistindo em uma coletividade, respeitando e sendo respeitado como pessoa; e sob o enfoque jurídico-dogmático, o homem é um sujeito de direito com base nas previsões de um determinado ordenamento.

No entanto, o interesse do sujeito não deve ser considerado apenas na sua singularidade, mas também enquanto membro de uma coletividade, sendo este o grande desafio. Nas palavras de Pietro Perlingieri (2007, p.121):

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.

Essa perspectiva do direito subjetivo e a noção de solidariedade são recepcionadas pelo modelo distinto de Estado em construção a partir da crise do “Welfare State”, chamado de Estado Pós-social. Nas palavras de Daniel Sarmento (2008, p. 33-34):

Trata-se de um Estado subsidiário, que restitui à iniciativa privada o exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando, através de privatizações e reengenharias múltiplas. De um Estado que também vai buscar parcerias com a iniciativa privada e com o terceiro setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, sempre sob a sua supervisão e fiscalização. É um Estado que não apenas se retrai, mas que também modifica a sua forma de atuação, e passa a empregar técnicas de administração consensual. Ao invés de agir coercitivamente, ele tenta induzir os atores privados, através de sanções premiais ou outros mecanismos, para que adotem os comportamentos que ele deseja. As normas jurídicas que este Estado produz são muitas vezes negociadas em verdadeiras mesas-redondas, e o Direito se torna mais flexível, sobretudo para os que detêm poder social.

[...] Desmistifica-se o dogma do monopólio estatal de produção de normas de conduta. O pluralismo jurídico volta à tona, e com ele o reconhecimento da existência de instâncias não estatais de regulação social e de arbitragem de conflitos. [...]

Assim, se no Estado Social o público avançara sobre o privado, agora ocorre fenômeno inverso, com a privatização do público. Público e privado cada vez mais se confundem e interpenetram, tornando-se categorias de difícil apreensão neste cenário de enorme complexidade.

A privatização do espaço público oriunda da transformação do Estado não implica necessariamente em ausência de proteção da pessoa humana, sendo

necessária, portanto, vinculação maior dos particulares aos direitos fundamentais, ou seja, eficácia horizontal dos direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam, os direitos sociais. Assim, “recupera-se a noção de solidariedade, revestindo-a de juridicidade” (SARMENTO, 2008, p. 35). É necessário, portanto, que haja um reposicionamento do valor do ser humano, o que de fato já está ocorrendo: afastar a pessoa enquanto ser insular e posicioná-la na coletividade, revelando uma perspectiva solidária.

É certo que o exercício do parto em anonimato provoca reflexos no nascente, em seus pais biológicos e no Estado. E um primeiro momento, o Estado disponibilizaria o parto anônimo como opção à gravidez indesejada, que caberia com exclusividade à mulher grávida pleitear o exercício de tal direito. A preocupação do Estado nesse momento é tanto com a gestante como com o nascituro, que estaria recebendo cuidados que lhe assegurassem um nascimento digno. Por ocasião do parto e já na qualidade de nascente, a preocupação do Estado remete-se à garantia da sua convivência familiar, com a sua inserção em família substituta após processo de adoção.

O exercício do direito ao parto anônimo envolve a ativa e necessária participação da gestante, a quem caberá entregar seu filho às instituições públicas de saúde, após o parto oriundo de uma gravidez indesejada, podendo, ainda, arrepende-se durante um prazo certo e reivindicar a maternidade. Entretanto, tal exercício de direito não pode afastar o direito do genitor à paternidade, que deve ser preferido às demais pessoas para a assunção do nascente em um lar familiar.

Registre-se que em momento algum se pretende levantar o questionamento ou analisar a situação do nascituro, haja vista o entendimento de que o parto em anonimato não se trata de uma expectativa de direito. É certo que ao nascituro são asseguradas expectativas de direito e, atualmente, até mesmo alguns direitos, como os sucessórios e os alimentos gravídicos. Contudo, o direito ao parto anônimo não tem como ser exercido pelo nascituro, que apenas sofre as preocupações pelo Estado e por seus pais biológicos no tocante ao desenvolvimento intrauterino.

Uma vez esclarecidas as duas fases constantes do exercício do parto anônimo, conforme se deduz do projeto de lei nº 3.220/2008, é importante definir o papel de

cada um dos envolvidos: do homem enquanto pai, da mulher enquanto mãe, do nascente enquanto filho e do Estado Brasileiro enquanto Democrático de Direito.

A Constituição Federal é clara ao assegurar especial proteção à família, sendo livre o planejamento familiar pelo casal e fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável<sup>10</sup>. Ainda, a família e o Estado têm o dever de assegurar direitos básicos à criança, dentre eles: o direito à vida, à dignidade, à convivência familiar, afastando-a de toda forma de negligência e crueldade<sup>11</sup>. Nessa perspectiva, é crime: o aborto provocado pela gestante, o abandono de incapaz e a exposição ou abandono de recém-nascido, sendo tais condutas tipificadas no Código Penal Brasileiro<sup>12</sup>.

Os genitores devem resguardar os direitos daquele que está para nascer, em especial seu direito à vida, inclusive obrigando-se à realização de exames pré-natais. E, após o nascimento, os pais são obrigados a prestar assistência, criar e educar os filhos menores<sup>13, 14</sup>.

---

<sup>10</sup> “Art. 226/CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

<sup>11</sup> “Art. 227/CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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”.

<sup>12</sup> “Art. 124/CP. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos”.

“Art. 133/CP. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos”.

“Art. 134/CP. Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena - detenção, de seis meses a dois anos”.

<sup>13</sup> “Art. 229/CF. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

<sup>14</sup> Sabe-se que há diferença no tocante à paternidade biológica, registral e sócio-afetiva. No entanto, o objetivo aqui não é a análise dos casos de reprodução assistida ou adoção à brasileira, mas apenas a possibilidade dos pais biológicos entregarem ao Estado seu filho, afastados de uma tipificação penal, e mantido o bem-estar da criança. E, uma vez possível, identificar de quem é esse direito, os envolvidos e seus respectivos papéis.

Um casal possui liberdade para se relacionar afetiva e sexualmente, podendo ter filhos ou não. Entretanto, caso os tenha, deve assumir responsabilidades, do contrário o Estado deverá supri-las. Trata-se do princípio da paternidade responsável, o qual será objeto de posterior análise.

Partindo-se do pressuposto de que o aborto é tipificado penalmente no Brasil, é fato que os pais biológicos são responsáveis pelo filho desde a fase gestacional, momento quando o ser humano depende integralmente da gestante para sobreviver.

Não se pretende, no entanto, descartar a responsabilidade estatal prevista inclusive constitucionalmente, quando, expressamente, dispõe acerca do direito à vida e dos direitos de personalidade da criança e do adolescente. O que se deseja, no entanto, é identificar objetivamente a quem deve ser assegurado o parto anônimo. Para tanto, propõe-se a análise de três situações frente ao exercício do direito em questão, tal como se encontra previsto no projeto de lei nº 3.220/2008: a) a gestante e o genitor do nascente não desejam tornar-se pais; b) a gestante não deseja tornar-se mãe, mas o genitor do nascente deseja tornar-se pai; c) o genitor do nascente não deseja ser pai, mas a gestante quer se tornar mãe.

Em razão do consenso entre os genitores na situação “a”, não há que se falar em impossibilidade do exercício do parto anônimo, uma vez que o Estado garanta tal possibilidade. Nesse caso, e nos termos do que prescreve o projeto de lei nº 3.220/2008, a gestante poderá entregar seu filho após o nascimento, contando com o consentimento do pai biológico. Ainda assim, caso algum parente biológico deseje permanecer com a criança, a adoção ser-lhe-á priorizada.

Diferentemente, os outros dois casos revelam um confronto quanto à entrega da criança ao Estado. Na hipótese “b” o genitor deseja exercer a paternidade, em contraposição ao desejo da gestante de ser mãe. Contudo, o projeto de lei assegura à gestante o direito a entregar seu filho sem que haja a permissão do genitor paterno. Dez dias após a entrega, o recém-nascido é encaminhado ao Juizado da Infância e Juventude e sua adoção será priorizada aos parentes biológicos, momento em que o seu genitor poderá comprovar o laço biológico e levar consigo o seu filho. Na última suposição, não interessa o fato de o genitor paterno querer

entregar seu filho ao Estado, uma vez que a gestante deseja seguir com a maternidade, prevalecendo, portanto, a vontade da gestante.

Desde que o bebê tenha sido autorizado por sua genitora a ser encaminhado à adoção, inexistente dispositivo legal no projeto de lei nº 3.220 que impeça esse procedimento. Entretanto, se a adoção será priorizada aos parentes biológicos, não se verifica empecilho algum para que os parentes evitassem o desgaste do recém-nascido de permanecer em um hospital a pedido de sua genitora e contrariamente aos interesses dos parentes ou até mesmo do pai biológico. O máximo a ser considerado seria o intervalo de dez dias para a desistência da entrega pela genitora, o que deveria ser sopesado em relação ao bem-estar e melhor interesse do nascente.

Segundo as proposições legislativas apresentadas ao Congresso Nacional, o direito ao parto anônimo somente poderá ser exercido pela gestante e por ela ratificado após o parto da criança. Não obstante o exercício de tal direito recaia sobre ambos os genitores, o nascente e o Estado, somente pode ser exercido pela genitora da criança.

Valendo-se da liberdade de autodeterminação humana, cabe ao Estado, portanto, possibilitar o direito ao parto em anonimato em razão da gravidez indesejada, proporcionando ao nascente um pré-natal e nascimento saudáveis e, ainda, o direito à convivência familiar afetiva. Cabe ao Poder legislativo apreciar novamente a matéria apresentada, caso ocorra recurso sobre o parecer terminativo da Câmara de Constituição e Justiça e de Cidadania, sob o enfoque da realidade social brasileira e a dignidade humana. Inobstante, pode o Poder Executivo apresentar políticas públicas visando à implementação de tal direito, tendo em vista a ausência de previsão legal contrária.

Não há dúvidas sobre a igualdade entre os genitores, o direito à liberdade de autodeterminação de ambos, bem como à sua liberdade de planejamento familiar ainda que não preventivo. No entanto, o processo gestacional da mulher legitima-a ao exercício ou não do direito ao parto anônimo. Isso não afasta a possibilidade de mediação do interesse do genitor pela paternidade, principalmente se o objetivo é o melhor interesse da criança.

O exercício do direito ao parto em anonimato recai diretamente na figura do nascente, que se vê afastado do contato materno-biológico logo após seu nascimento, e sob a proteção do Estado, que deverá dispensar os cuidados necessários a sua sobrevivência e o encaminhamento a uma família substituta. O respeito à vida do nascente e a intermediação ao convívio familiar afetivo são efeitos reflexos do exercício do parto anônimo pela gestante.

#### 1.4 O parto anônimo e a experiência internacional

A instituição de roda dos expostos iniciou-se durante a Idade Média. Contudo, tem-se notícia de que já nos séculos IV e V existiam locais destinados especificamente ao recebimento de crianças órfãs, frutos do abandono materno.

Na França, conhecemos a existência de instituições destinadas a acolher crianças abandonadas desde (sic) os séculos IV e V, sendo que no século XII, na idade média, temos inúmeros relatos. Durante séculos a preocupação central era a organização e facilitação do acolhimento de crianças em risco de infanticídio ou de abandono e, nesse sentido, encontramos alguns textos desde o início do século XIV, nos quais o poder público já se preocupava com esse fenômeno.

No século XVI, no final da guerra de religiões, François I, rei da França (sic) favoreceu a multiplicação de estabelecimentos para acolher os órfãos. As obras de caridade dessa época se confrontavam a obstáculos quase intransponíveis: o grande número de crianças abandonadas em razão da extrema miséria de toda uma classe social (a fome, as epidemias e a mortalidade elevada das mulheres durante o parto, a dificuldade de alimentar os bebês na ausência de leite materno etc). (IUCKSCH, 2009, *online*)

A Itália foi precursora na criação da Roda, havendo registros da prática no ano de 787 com a instalação na entrada de alguns conventos (IUCKSCH, 2009, *online*). Sabendo que o acolhimento de crianças expostas está intimamente relacionado com a Igreja, não é de se espantar que o berço da Igreja Católica tenha proporcionado o início do processo de recebimento de enjeitados anonimamente. Segundo Valdez (2004, p. 112):

O Papa Inocêncio III (1198-1216) dedicou uma atenção especial à infância, quando, de acordo com Marcílio, pescadores retiraram do rio Tibre, em suas redes, um número elevado de bebês mortos, vítimas, provavelmente, do infanticídio, fato que teria comovido Inocêncio III, fazendo com que destinasse um hospital ao lado do Vaticano para receber os expostos e abandonados. A Igreja inaugurou, então, a contraditória roda dos expostos, que se espalhou para outros locais com a finalidade de frear o abandono e as mortes dos bebês.

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

Em meados do século XVII, a França passava por um período de grande miséria, como já conhecera inúmeras outras. São Vicente de Paulo, padre francês, sensibilizado pela questão das crianças, na maioria, «*frutos do pecado*», abandonadas, condenadas a morte, promoveu, uma ação revolucionária, criando toda uma formalização do acolhimento dessas crianças que se manteve, nas grandes linhas até os últimos anos. A organização proposta por ele era composta de dois pólos e de uma administração:

O primeiro pólo, onde se acolhiam as crianças, teve vários nomes: «*casa do parto*», «*hospício*» e finalmente «*hospital das crianças encontradas*». Ali ficava um grande número de «*nourrices*», cujos critérios de recrutamento e remuneração, nunca foram fáceis (sic) de definir ao longo das diferentes épocas.

O modo de admissão mais comum das crianças era o sistema de «*roda*», uma espécie de cilindro que permitia as mães, parteiras ou qualquer outra pessoa que havia encontrado uma criança, de ali colocar o recém-nascido, sem que fosse vista e sua identidade revelada. [...] Na França, Napoleão organizou e generalizou o seu uso, no início do século XIX, impondo a instalação de «*rodas*» em todas as comarcas.

O segundo pólo, na organização proposta por S. Vicente de Paulo, era constituído pelas «*nourrices*» que recebiam as crianças a partir desse primeiro lugar de acolhimento e que eram levadas pelas próprias mulheres, que viam buscá-las ou por pessoas que eram pagas para exercer essa função. (IUCKSCH, 2009, *online*)

A regulamentação da roda dos expostos na França, mediante publicação legislativa atribuindo o nome de “nascimento anônimo” à prática, ocorreu pela primeira vez em 2 de setembro de 1941, tendo sido em 15 de abril de 1943 disciplinado por meio Decreto, assegurando que em cada prefeitura deveria haver uma maternidade e, em 1993, a matéria é introduzida no Código Civil Francês, artigo 341-1, o qual ainda se encontra vigente (GOZZO, 2006, p. 126). A norma civil tem o objetivo de evitar:

[...] 1) que a mulher busque no aborto uma solução para a gravidez, por não se sentir em condições de ter esse filho; ou 2) o infanticídio; ou, por fim 3) o abandono do filho, o que muitas vezes resulta na morte deste, por ficar sem os cuidados necessários para sua sobrevivência. Enfim, o objetivo da legislação francesa sempre foi o de preservar o *direito à vida*, seja esta *intra* ou *extra-uterina*, a qualquer custo, ainda que para isso tenha tido de optar pelo anonimato da mãe perante o filho. (GOZZO, 2006, p. 126)

O “accouchement sous X” permite que o nascente, entregue por sua genitora, possua em seu registro de nascimento um “X” no local destinado, preservando a intimidade da mãe biológica. Essa situação resultou no ajuizamento do processo Odièvre c. França junto à Comissão Europeia dos Direitos do Homem em 12 de março de 2008, tendo sido o mesmo encaminhado ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em 1º e novembro de 1998, no qual a sra. Pascale Odièvre alega que “o sigilo de seu nascimento e a impossibilidade para ela, conseqüentemente, de conhecer as suas origens constituíam uma violação de seus direitos garantidos pelo artigo 8 da Convenção e uma discriminação contrária ao artigo 14” ( CONSELHO..., 2008, p. 74-75).

O dispositivo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>15</sup> dispõe sobre o respeito à vida privada e familiar, que, segundo Pascale Odièvre, ampara a busca por sua identidade; e o artigo 14 prescreve a proibição de discriminação, tendo sido enquadrado o sigilo como discriminação fundada sobre o nascimento.

#### Artigo 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a

---

<sup>15</sup> “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950 sob a égide do Conselho da Europa, instituiu um sistema original de protecção internacional dos Direitos do Homem, proporcionando às pessoas o benefício de um controlo judicial do respeito dos seus direitos. A Convenção, ratificada por todos os Estados-Membros da União, instituiu diversos órgãos de controle sediados em Estrasburgo: Uma Comissão encarregada de examinar previamente os pedidos apresentados por um Estado ou, eventualmente, uma pessoa. Um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao qual a Comissão ou um Estado-Membro podem recorrer na sequência de um relatório da Comissão (em caso de decisão judicial). Um Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, que desempenha o papel de ‘guardião’ da CEDH, ao qual se pode recorrer a fim de obter uma resolução política do diferendo, sempre que um processo não tenha sido submetido ao Tribunal. O número crescente de processos a tratar impôs uma reforma do mecanismo de controle instituído pela Convenção. Foi assim que estes órgãos foram substituídos, em 1 de Novembro de 1998, por um único Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A simplificação das estruturas permitiu reduzir a duração dos procedimentos e reforçar o carácter judicial do sistema” (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, *online*).

protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

#### Artigo 14º: Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Fundamentando-se nos artigos supramencionados, Pascale Odièvre apresentou em 27 de janeiro de 1998 recurso junto ao tribunal de segunda instância de Paris, com o objetivo de obter o levantamento do sigilo de seu nascimento, com a autorização de que lhe seja transmitido todas as informações e documentos referentes ao seu nascimento, tendo em vista haver tomado conhecimento sobre a existência de três irmãos biológicos (CONSELHO..., 2008, p. 77-78).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos recebeu o recurso, mas julgou-o em 13 de fevereiro de 2003 improcedente por entender que não houve violação aos artigos 8º e 14 da Convenção mencionada, não tendo o Estado francês excedido a margem de apreciação que deve ser à França “reconhecidamente atribuída em razão do caráter complexo e delicado da questão que levanta o sigilo das origens com relação ao direito de cada um à sua história, à escolha dos pais biológicos, ao vínculo familiar existente e aos pais adotivos” (CONSELHO..., 2008, p. 100); tampouco realizado ato discriminatório com a sra. Pascale Odièvre em decorrência da qualidade de sua filiação, afinal de contas:

[...] de um lado, ela dispõe de um vínculo de filiação em relação a seus pais adotivos com um fator patrimonial e sucessório em jogo e, por outro lado, ela não poderia pretender, com relação à sua mãe biológica, que ela se encontra numa situação comparável àquela de crianças que tem (sic) uma filiação estabelecida no que se refere a delas.

Em 22 de janeiro de 2002, foi publicada na França a lei nº 2002-93, referente ao acesso às origens das pessoas adotadas e pupilas do Estado, que “não recoloca em pauta o princípio do parto anônimo, mas permite organizar a reversibilidade do sigilo da identidade sob reserva do acordo da mãe e da criança” (CONSELHO..., 2008, p. 82).

Rodrigo da Cunha Pereira (2007, *online*) indica a situação do parto anônimo em diferentes países, bem como perante a ordem jurídica internacional:

A corte européia de Direitos Humanos, em 2003 confirmou a eficácia da lei do Parto Anônimo na França, que vigora desde 1993. Na Itália, desde 1997. Na Alemanha, por duas vezes, o parlamento adiou a discussão para aprovação desta lei. Por outro lado, em Hamburgo, em 1999, foi criada a 'portinhola para o bebê' ou 'janela de Moisés', onde mantenedores ligados às igrejas garantem uma espécie de guichê para que a mãe possa depositar seu filho anonimamente, e sem a possibilidade de ser identificada. Cada uma dessas 'janelas' é equipada com berçinhos aquecidos, e coloca à disposição das mães materiais informativos, em vários idiomas, sobre entidades em que ela pode buscar ajuda, inclusive psicológica. No Japão, embora não tenha lei específica sobre a questão, foi anunciada em 2007 a construção de um hospital com essas 'janelas', assim como já existem em outros países, com alto índice de abandono de crianças, como Índia, Paquistão, África do Sul, Hungria, dentre outros.

O projeto de lei nº 3.220/2008 apresenta, em sua justificativa, nações onde o parto anônimo é permitido, nele se encontrando: França, Luxemburgo, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria e vários estados dos Estados Unidos, todos com legislação específica sobre o assunto. Entretanto fazem uso do mencionado instituto também países desprovidos de normatização expressa, como é o caso da Alemanha. Outros, como o Brasil e a Coreia do Sul, discutem o assunto ainda em nível legislativo.

Nos Estados Unidos, “desde 1999 até hoje, mais de trinta e cinco Estados promulgaram leis que permitiram a legalização dos assim chamados ‘self-havens’, lugares seguros onde bebês poderiam ser entregues” (PRATA, 2008, p. 102).

Mesmo não possuindo tradição no tocante ao parto anônimo, existe na Alemanha o chamado “babyklappe”<sup>16</sup> (portinhola para bebês). Trata-se de uma espécie de incubadora que interliga o interior do hospital e seu exterior, podendo dela se utilizar a genitora que não deseje permanecer com seu bebê, sendo

---

16 “According to the pro anonymous birth camp, the lives of eight babies might have been saved if their mother had been able to deposit her new-born infants in what's known in Germany as a “Babyklappe,” a heated, incubator-like container usually built into a hospital wall” (GERMANY, 2006, *online*). Tradução livre: “De acordo com o movimento pró-parto anônimo, as vidas de oito bebês poderiam ter sido salvas se suas mães pudessem depositar seus filhos recém-nascidos no que se conhece como ‘babyklappe’, que existe na Alemanha e funciona como uma espécie de incubadora, aquecida e construída geralmente nos muros de hospitais”.

desnecessária a sua prévia, ou mesmo posterior, identificação. Débora Gozzo (2006, p. 130) afirma que:

[...] no mínimo desde o ano de 2000, até onde se tem conhecimento, muitas cidades alemãs voltaram a ter a chamada *Babyklappe*<sup>28</sup> – no Brasil mais conhecida pelo nome de *roda*. Trata-se de uma prática levada a cabo por uma instituição que tem por intuito recolher bebês que lhe sejam entregues, de forma anônima, e como ocorre na França, tal como acima mencionado, encaminhando-os posteriormente para adoção. Garante-se à mulher, desse modo, a possibilidade de levar avante sua gravidez, pois ela é consciente de que não precisará ficar com a criança, podendo entregá-la a essa instituição, sem ter de identificar-se.

Pela *Babyklappe* ou *roda*, além de se procurar evitar o aborto, busca-se impedir a prática do infanticídio e do abandono da criança pela mulher. A realidade fática alemã, na tentativa de salvar vidas, não se constitui só de *rodas* espalhadas pelo país. Aos poucos, e principalmente com o apoio da Igreja Católica alemã, alguns hospitais começaram a oferecer à mulher, a possibilidade de um parto anônimo. Dessa forma, a mulher dirige-se a essa instituição, informa que deseja manter-se incógnita por ocasião do nascimento do bebê, e sua vontade é respeitada. Após o parto, a direção do hospital encaminha o bebê para as autoridades competentes, a fim de que ele seja registrado, sem que haja qualquer indicação sobre quem seja a mãe.

Nas últimas décadas o debate sobre o assunto intensificou-se na Alemanha. Segundo Henrique Moraes Prata (2008, p. 102):

Ainda durante as discussões acerca da descriminalização do aborto ou da reforma do direito de adoção de 1976, sob o lema ‘entregar em vez de abortar’, foi cada vez mais reivindicada a simplificação da entrega para adoção, para que se tornasse efetiva já durante o pré-natal, no intuito de se verem livres deles sem precisarem abortar.

[...] em julho de 1999, teve início, também na Alemanha, o que se poderia chamar de ‘Campanha para a salvação de bebês’; nessa época a organização *Donum Vitae in Bayern e. V.* inaugurou o projeto Moisés, em Amberg, no Estado da Baviera, oferecendo a possibilidade da entrega anônima, porém pessoal, de uma criança. Em abril de 2000, em Hamburgo, foi aberta a primeira, e logo em seguida, em agosto, a segunda portinhola de bebês, bem como ofertada a possibilidade de parto anônimo, com suporte ideológico e financeiro do então governo vermelho-verde. Em seguida, surgiram, por todo o país, um sem-número de portinholas de bebês – os números chegariam a algo em torno de 50 a 70 –, bem como inúmeras ofertas de parto anônimo.

Foi apresentado, portanto, um projeto de lei (BT-Drs. 14/4425, de 12 out. 2000) no ano de 2000 ao Parlamento Alemão, com o objetivo de aumentar o prazo para o registro do filho, passando de uma para dez semanas, caso a mãe procure o serviço

de aconselhamento à grávida. O projeto, no entanto foi recusado pelo parlamento alemão, conforme dispõe Débora Gozzo (2006, p. 128):

Ocorre que, de acordo com o Projeto, o serviço de aconselhamento, passado o prazo estipulado de dez semanas, teria a obrigação de requerer a lavratura do termo de nascimento, declinando o nome da mãe. Ora, o que levaria uma mulher, perguntam-se Frank e Helms, motivada a abandonar, a matar ou a abortar, a procurar esse serviço, se depois de passado o prazo de dez semanas, ela se tornaria visível, em razão da obrigação constante no texto? O Projeto, portanto, seria contraditório.

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'.

Assim, um novo projeto de lei (BT-Drs. 14/8856, de 23 abr. 2002) foi apresentado em 2002, visando expressamente à possibilitação do parto anônimo na Alemanha. Contudo, o mesmo foi considerado inconstitucional em razão da ausência de possibilitação do acesso pelo nascido de parto em anonimato à sua origem biológica, contrariando frontalmente o disposto na Constituição alemã (GOZZO, 2006, p. 128). No mesmo ano, outro projeto de lei (BT-Drs. 506/02, de 6 jun. 2002.) foi apresentado, contendo ressalva ao direito de personalidade referente ao conhecimento da ascendência genética pelo nascido de parto anônimo, caso a mãe biológica assim permitisse. Tal projeto também foi rejeitado por inconstitucionalidade. Sobre o assunto, Débora Gozzo (2006, p. 129-130) relata:

[...] a mãe teria, após o parto, um prazo de oito semanas para decidir se ficaria ou não com a criança. Durante esse período ela deveria ser aconselhada sobre as conseqüências de sua atitude, e decidiria sobre revelar ou não sua identidade, a fim de que a criança, ao alcançar os dezesseis anos completos, pudesse ter acesso aos dados de sua ascendência genética. Este Projeto previa, ainda, que os custos hospitalares seriam ressarcidos pelo Estado, como na França.

Curioso é que todos esses Projetos foram elaborados depois da entrada em vigor, em 1998, da reforma do direito de filiação alemão, em que restou estabelecido no §1591 do 'BGB'<sup>17</sup>, que 'mãe é aquela que dá à luz'. Esse texto foi introduzido na lei civil alemã, para eliminar as dúvidas surgidas em decorrência das novas técnicas de reprodução assistida, que permitem à

---

<sup>17</sup> "Bürgerliches Gesetzbuch", ou seja, Código Civil Alemão.

mulher gerar um ser que não provém da fecundação de seu óvulo. Tanto é que nem contratualmente se pode estabelecer, que a doadora do óvulo, depois do nascimento da criança, poderá registrá-la como sua. Enfim, determinante para o direito alemão não é o que consta do termo do Registro Civil, que é utilizado como um mero meio de prova, mas sim o *parto*, pelo qual se identifica com toda clareza a mulher que deu à luz. Assim, qualquer tentativa de correção do registro de nascimento está impedida, no caso da mulher, que trouxe a criança ao mundo, não ser sua mãe biológica<sup>26</sup>. Questiona-se, todavia, a constitucionalidade desse dispositivo, a partir do momento que, como afirmado acima, pela Carta Magna alemã, todos têm direito a saber sua ascendência genética, o que neste caso estaria sendo negado.

As iniciativas alemãs no sentido de regulamentar essa matéria pararam aí. E, como não há texto legal disciplinando o 'nascimento anônimo', mister perguntar-se, se todas as mães biológicas, de fato, constam do registro de nascimento de seus respectivos filhos. A resposta para essa indagação é negativa.

Logo, diante do funcionamento ilegal das rodas na Alemanha, que contrariam os textos civil e constitucional, “não se descarta a ideia de que dessa tolerância poderá nascer a concordância para a elaboração de um novo Projeto de Lei sobre o tema” (GOZZO, 2006, p. 130).

O Japão, por sua vez, possui uma legislação específica sobre o assunto, entretanto utiliza o dispositivo das “janelas de Moisés” para evitar o abandono e a morte trágica de recém-nascidos (PEREIRA; SALES, 2008, p. 166).

Enquanto a legislação sobre o assunto na Coreia do Sul<sup>18</sup> é discutida, tem-se notícia de bebê morto por inanição, em razão dos pais preferirem o vício dos jogos

---

<sup>18</sup> “A lawmaker Wednesday called on the Ministry for Health, Welfare and Family Affairs to take a close look at the country's high abortion rates to come up with a realistic solution to falling birth rates. Rep. Park Sun-young of the minor Liberty Forward Party (LFP) told *The Korea Times* that allowing pregnant women to give birth anonymously will help slow down the falling rates, saying the ministry's spending-oriented work and family policy alone was not effective enough to stop the trend. [...] Park submitted to the National Assembly last year the preventive measure for abortions, which was co-signed by 21 lawmakers of the governing Grand National Party, the main opposition Democratic Party and the LFT. Under the proposed scheme, pregnant women who express their willingness to carry to term and give birth anonymously are considered as giving up the custody of their babies. Social workers will link the babies to families looking to adopt” (“ANONYMOUS...”, 2009, *online*). Tradução livre: “Uma política foi chamada na quarta-feira ao Ministério da Saúde, Bem-Estar e Assuntos de Família para dar uma olhada minuciosa nas altas taxas de aborto e apresentar uma solução realista às taxas de aborto. A deputada Park Sun – jovem integrante do partido Liberty Forward (LFP), disse ao jornal *The Korea Times* que a permissão do parto anônimo a mulheres grávidas ajudará a diminuir as taxas de aborto, informando que os gastos do ministério somente com assistência social e políticas familiares não serão eficazes para a diminuição das taxas. [...] Park submeteu à Assembléia

de computador em casas de “lan-house”, esquecendo-se do filho em casa e de alimentá-lo<sup>19</sup>.

As rodas foram desativadas na Europa no final do século XIX, em razão de seu aspecto contraditório. Tendo sido criadas para receber enjeitados e intermediarem o seu encaminhamento a famílias substitutas, tais instituições não estavam preparadas para prestar o auxílio adequado às crianças, resultando na morte prematura de sua grande maioria. Passados alguns anos, a problemática do abandono selvagem de crianças ainda é uma constante, o que proporcionou a retomada por diversas nações da ideia central da roda dos expostos, adaptando-a à realidade atual e tentando corrigir os erros de outrora. Busca-se a manutenção do sigilo/anonimato da genitora da criança e, principalmente, o afastamento dos altos riscos de morte de enjeitados.

Logo, seja na qualidade de parto anônimo, portinhola de bebês, janela de Moisés ou roda dos expostos, a substituição do abandono de criança pela entrega é um tema recorrente nacional e internacionalmente, restando provada, portanto, sua

---

Nacional no ano passado uma medida preventiva para abortos, que contou com a assinatura de vinte e um legisladores do Grande Partido nacional, partido do governo e principal oposição ao partido democrático e ao LFP. Segundo a proposta, mulheres grávidas que manifestem vontade de levar adiante sua gravidez e deem à luz anonimamente serão consideradas como renunciando ao direito à custódia de seus bebês. Assistentes sociais encaminharão os bebês para famílias interessadas em adoção”.

<sup>19</sup> “Um casal viciado em jogos *online* foi preso nesta quinta-feira, acusado de abuso infantil e negligência após deixar sua filha de três meses de idade morrer de fome enquanto cuidava de uma filha virtual em um MMORPG (“*Massively Multiplayer Online Role-Playing Game*”) chamado PRIUS. De acordo com o site TG Daily, o casal de sul-coreanos conhecido como The Kims deixava o bebê em casa enquanto passava até 12 horas por noite em *cybercafés*. Ao ser preso, confessou às autoridades coreanas que alimentava sua filha com leite em pó estragado e agredia a criança para fazê-la parar de chorar. Uma noite, em setembro, após voltarem da lan house, o pai Kim Yoo-chul, de 41 anos, e a mãe Choi Mi-sun, de 25, encontraram a filha da vida real morta, e chamaram a emergência. Ao explicar o fato à polícia, disseram que encontraram o bebê já sem vida ao acordarem de manhã, mas os oficiais desconfiaram do aspecto do corpo, que mostrava uma grave desidratação. O *site* do jornal inglês The Sun conta que a polícia tentou prender os pais após a autópsia confirmar que a causa da morte foi desnutrição, mas eles desapareceram após o enterro do bebê. Os sul-coreanos tinham outra vida no jogo Prius, onde trabalhavam e cuidavam de uma filha provavelmente bem melhor do que cuidaram da criança de verdade. Na vida real, o casal (que se conheceu em um chat, em 2008) estava desempregado e vivia com a mãe da mulher, que parece também pouco ter se importado com sua neta chorando e definhando por falta de alimentação. A Coreia é conhecida por seus sérios problemas com viciados em jogos *online*, situação tão preocupante que professores e agentes de saúde já tentam classificar o problema como uma doença cerebral, com padrões similares aos do vício por cocaína” (PAIS..., 2010, *online*).

relevância e necessidade de aprofundamento sobre as questões interrelacionadas, principalmente as críticas que lhe são lançadas.

### **1.5 As críticas à implementação do parto anônimo no Brasil**

São várias as críticas em torno da implementação do parto anônimo no Brasil. Claudia Fonseca (2008, *online*) chega a defender que o parto anônimo seria “uma medida na contramão da história” pelos seguintes motivos: a) não se trata de inovação, pois já existe a possibilidade de uma mãe biológica gozar de sigilo ao entregar seu filho ao Estado para a adoção; b) não descriminaliza o abandono de filhos, pois a entrega para a adoção não é crime, mas somente a exposição da criança à situação de perigo; c) o sigilo da maternidade nem sempre é buscado pela mãe biológica, mas por uma situação de incesto ou abuso que é repudiada moral e juridicamente, a qual seria acobertada pelo parto em anonimato; d) a ausência de previsão acerca da participação da figura paterna no procedimento proporciona à mãe biológica o poder de decisão supremo sobre a entrega da criança à adoção, enquanto a mesma poderia viver com seu pai biológico e não com uma família substituta; e) estimula e garante a clandestinidade da origem genética do indivíduo, contrapondo-se com a legislação internacional e o movimento atual a favor da circulação mais livre de informação; e f) favorece o aumento de tráfico de crianças quando atribui responsabilidades administrativas à categoria médico-hospitalar sobre o recebimento de recém-nascidos.

Lucilda Dadalto Penalva (2009, p. 87) defende que, em se tratando de parto anônimo, o cerne da questão a ser enfrentado refere-se ao “choque entre a liberdade da mulher e o direito à identidade do filho”, ou seja, liberdade *versus* direito de personalidade. Ivana Coelho de Souza e Maria Regina Fay de Azambuja (2008, p. 65) entendem que, mais do que a colisão de direitos ora levantada, o projeto legislativo para a instituição do parto anônimo no Brasil é desnecessário em virtude das previsões constantes na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, tratando-se de um retrocesso com relação aos avanços e conquistas internacionais e brasileiras quanto à proteção da criança, responsabilidade dos pais e direitos de personalidade. No mesmo sentido, Laura Affonso Costa Levy (2009,

*online*) também entende ser desnecessário o projeto de Lei para a instituição no Brasil do parto anônimo

[...] em face das disposições previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, afastando, inclusive, a eventual iniciativa de aperfeiçoamento. Ao invés de acrescentar, retrocede, desconsiderando avanços e conquistas importantes na normativa já existente de nosso país.

Fundamentando-se em sua tese da tridimensionalidade do direito de família, Belmiro Pedro Welter (2008, *online*) entende que “a normatização do parto anônimo deve transitar pela condição humana tridimensional e, principalmente, por toda a principiologia constitucional, mediante a adoção da jurisdição constitucional”. O ser humano, portanto, comportaria um modo existencial de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo-(des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico . E, com esse argumento, o autor defende a possibilidade de implementação do parto anônimo no Brasil, desde que seja esclarecido à população que “o anonimato evitará que o nome da gestante se torne de conhecimento público, mas os dados pessoais deverão ser fornecidos mediante ordem judicial, para que o filho tenha o direito à sua condição humana tridimensional” (WELTER, 2008, *online*).

Douglas Phillips Freitas ([s. d.], *online*), por sua vez, evidencia alguns pontos polêmicos por ele identificados e aos quais apresentou manifestação propositiva:

Embora signifique um grande avanço, o tema objeto da proposição legislativa em comento apresenta alguns pontos polêmicos que merecem exame.

O projeto do parto anônimo prevê duas situações: (i) sem identificação da mãe (que deixará a criança na portinhola de bebês); (ii) com identificação da genitora (quando esta a requerer – verdadeiro parto anônimo).

No tocante à primeira modalidade, há necessidade de mudança da nomenclatura, não do texto da proposta, pois servirá para incentivar as mães que tencionam ‘jogar o filho fora’ a entregá-lo para adoção sem que sejam identificadas. Já na segunda, residem graves problemas que precisam ser discutidos previamente à edição da lei respectiva.

♦ Poder Familiar – Nos termos propostos, caberá à mãe prestar informações sobre o pai e a família, sem qualquer previsão quanto à oitiva destes acerca do interesse ou não em criar a criança no seio familiar. A primeira impressão é que a vontade materna suplanta a de toda família ou, numa inversão histórico-jurídica, o antigo pátrio poder teria retornado como *mátrio-poder*, ao invés do poder familiar que, em regra, deve ser exercido por AMBOS os pais.

Sendo assim, entendemos imprescindível uma pesquisa no endereço fornecido pela mãe e no cartório onde esta tem seu registro civil, entre outros atos, a fim de saber se há cônjuge ou companheiro conhecido, bem como avós maternos ou paternos, sob pena de a hipótese configurar-se seqüestro infantil praticado pela genitora (em relação ao pai e demais familiares) com o consentimento estatal.

♦ Registro do Menor e Armazenamento de Informações dos Adotantes – Embora os procedimentos de registro e armazenamento de informações dos envolvidos na adoção de pessoa nascida de parto anônimo não tenham sido tratados de forma clara pelo legislador, é necessário observar as formalidades exigidas para a adoção comum, a fim de permitir o “rastreamento” da criança adotada e dos adotantes.

♦ Vícios de Vontade – Nos casos em que a mãe expressa sua intenção de valer-se do parto anônimo, há necessidade de pronta intervenção psicossocial, visando afastar qualquer vício em sua vontade, em decorrência de fatores socioeconômicos ou mesmo de estado puerperal. Assim, o papel da equipe multidisciplinar (profissionais que integram o Conselho Tutelar e entidades paraestatais) será detectar eventuais ‘pedidos de socorro’ da mãe que decidiu entregar o filho apenas por não ver outra saída para tornar realidade a sua criação. Nos Estados Unidos da América há um prazo para a mãe poder revogar seu ato que é de aproximadamente 14 (catorze dias). Não há esta previsão no projeto. Será então o ato irrevogável?

♦ Presença de Advogado – Tratando-se de ato em que a mãe abre mão dos direitos sobre o filho, não podendo jamais reavê-los, deve ser-lhe assegurada assistência jurídica, além da psicológica e social, a fim de que se torne ciente dos efeitos irreversíveis de sua declaração de vontade.

É importante mencionar que o projeto de lei nº 3.220/2008 prevê expressamente em seu artigo 6º a possibilidade de acesso às informações referentes à identidade biológica. É verdade que somente poderia ocorrer em caráter de excepcionalidade, mas não afasta totalmente o direito ao conhecimento da ascendência genética, o que revela a inadequação da nomenclatura “parto anônimo”. Afinal, o conteúdo dos três projetos de lei referentes ao assunto trata do parto em sigilo e não em anonimato, o que será oportunamente explicado.

Fabíola Santos Albuquerque (2008, p. 158) reconhece as inúmeras controvérsias sobre o tema, porém afirma que “o parto anônimo encontra eco no direito de família”, por tratar-se do “único instituto que, por ora, apresenta-se com uma função prestante, ainda que não seja a melhor e a mais indicada, qual seja: garantir a vida, a integridade e a dignidade da criança que a mãe não pode ou não desejou criar”.

Diante das polêmicas apresentadas, faz-se necessária a análise da institucionalização do parto anônimo frente à Constituição Federal de 1988, objetivando a verificação da sua viabilidade no Brasil.

## 2 O PARTO ANÔNIMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não obstante se respeite o direito de autodeterminação dos povos e o multiculturalismo, os direitos humanos são uma realidade construída dia-a-dia, notadamente no mundo ocidental, os quais remontam à filosofia iluminista (SARMENTO, 2008, p. 4).

Não há que se falar em princípio na liberdade ilimitada do indivíduo, ou em supremacia do privado sobre o público (perspectiva liberal). A liberdade ilimitada do indivíduo no estado absenteísta, caracterizadora dos direitos fundamentais de primeira dimensão, cede lugar inicialmente às prestações positivas estatais através de políticas intervencionistas, marcantes dos direitos de segunda dimensão, destinados a garantir o exercício da coletividade, numa perspectiva social essencialmente organicista.

Entretanto, “os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e esta é ameaçada tanto pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência ao indivíduo” (SARMENTO, 2008, p. 20). Vê-se, portanto, a necessária vertente democrática do Estado Social, numa “tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais” (SARMENTO, 2008, p. 20), respeitando a proteção do mínimo existencial.

Talvez o Brasil tenha “evoluído” historicamente sem, contudo, ter vivenciado um estado liberal ou social propriamente ditos, razão pela qual suas instituições não possuam uma base sólida. A fase dita liberal foi marcada pelo patriarcalismo e por uma política escravocrata; e, a segunda fase, pela tecnocracia exacerbada, clientelismo, consumismo e normas de caráter programático.

No entanto, não há como negar que o Brasil se encontre, a exemplo de outros países ocidentais, numa fase pós-social. Desde o final do século XX, o país realiza reformas de ordem econômica e jurídica, proporcionando abertura de mercado, diminuição de barreiras internacionais, privatizações, redução de gastos com a Administração Pública, flexibilizando relações trabalhistas e jurídicas como um todo. Vivencia-se uma era globalizada, transnacional e marcada por uma política neoliberalista.

Nessa perspectiva histórico-jurídica, fala-se numa cosmovisão do Estado, o qual vem sendo chamado de Estado Pós-Social. Evidencia-se em tal período o necessário equilíbrio entre liberdade e respeito à coletividade, evitando sobreposição a direitos individuais, especialmente direitos de personalidade não patrimoniais, “pois o esvaziamento das liberdades públicas, ainda que em nome de supostos interesses da coletividade, importa em totalitarismo e aniquilamento da dignidade humana” (SARMENTO, 2008, p. 22), sem mencionar a realidade teórico-constitucional brasileira, a qual se denomina Estado Democrático de Direito.

E, na qualidade de Estado Social e Democrático de Direito, o Brasil apresenta expressamente na Constituição Federal de 1988 um rol não taxativo de direitos fundamentais individuais e sociais, todos existentes à luz da dignidade humana. A propósito, segundo Jorge de Miranda (2009, p. 168), não existe necessariamente uma ligação histórica entre direitos fundamentais e dignidade humana:

Não existe historicamente uma conexão necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Aqueles sistemas que funcionalizam os direitos a outros interesses ou fins [...] não assentam na dignidade da pessoa humana, Assim como concepções doutrinárias de dignidade da pessoa humana, de matriz religiosa ou filosófica, podem não ser acompanhadas – e não o foram até o final do século XVIII – de catálogos de direitos fundamentais.

A ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com o Estado social de Direito e, mais rigorosamente, com as Constituições e os grandes textos internacionais subseqüentes à segunda guerra mundial, e não por acaso. Surge em resposta aos regimes que ‘tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana’ (preâmbulo da Constituição francesa de 1946) e quando se proclama que ‘a dignidade da pessoa humana é sagrada’ (art. 1º da Constituição alemã de 1949). E, ao afirmar-se que ‘o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem’ tinham conduzido ‘a actos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade’ e que ‘o reconhecimento da dignidade a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo’ (preâmbulo da Declaração Universal).

Certamente que o autor se refere a direitos previstos em um determinado ordenamento jurídico como fundamentais, sem, contudo, pertencerem a um Estado Democrático de Direito, o que não é o caso do momento histórico que se vive no Brasil, tampouco o da Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, é importante partir-se de um conceito sobre direitos fundamentais. Nas palavras de Ana Maria D'ávila Lopes (2001, p. 35), podem ser definidos como “princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”. Vale ressaltar, ainda, que os direitos fundamentais encontram proteção especial no ordenamento jurídico brasileiro em face do poder derivado, bem como possuem aplicação imediata<sup>20</sup>.

As principais polêmicas geradas pelo parto anônimo relacionam-se especialmente à inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, aos direitos de personalidade, ao direito à convivência familiar. Vale ressaltar que o presente estudo parte do pressuposto de que este último direito é fundamental, devendo ser revelada a justificativa do argumento oportunamente.

Seguindo a proposta inicial do presente trabalho, passa-se agora à análise do parto anônimo com enfoque nos direitos fundamentais com os quais se inter-relaciona. Parte-se do exame da dignidade humana, delimitando-a enquanto princípio e fundamento do Estado de Direito. A importância do tema remete-se ao fato de os direitos fundamentais serem estudados à luz da dignidade humana.

## **2.1 A dignidade humana: fundamento do Estado Social e Democrático de Direito**

A Constituição Federal de 1988<sup>21</sup> prevê expressamente em seu texto a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

---

<sup>20</sup> Conforme dispõem os seguintes dispositivos: “Art. 5º/CF, §1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; “Art. 60/CF, §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”.

<sup>21</sup> “Art. 1º/CF 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

Significa dizer que se trata de uma meta do Estado de Direito brasileiro, podendo ser constatada com a leitura do inciso III do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre os objetivos fundamentais. Ingo Sarlet (2009, p. 73-74) ressalta ainda que o constituinte brasileiro:

[...] além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Nesse sentido, e partindo do pressuposto de que a dignidade humana se traduz como uma qualidade inerente ao ser humano, o mesmo autor afirma que:

[...] justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição de outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. (SARLET, 2009, p. 29)

A propósito, Kant (1986, p. 77) defende que a dignidade afasta-se da reificação, pois o que tem preço é substituível, e o que está acima do preço tem dignidade. Lembrando que todos os seres humanos são dotados igualmente da mesma dignidade (SARLET, 2009, p. 32).

A previsão constitucional da dignidade humana revela a evolução histórico-jurídica pela qual passou o Brasil, influenciada por transformações locais e mundiais. A dignidade humana promove a unidade do sistema constitucional. Mais que isso, Jorge Miranda (2009, p. 169) defende que:

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz. O 'homem situado' do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.

---

fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

No tocante à perspectiva da dignidade humana no contexto da pós-modernidade, Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2009, p. 252) afirma:

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

Conforme citação supra, o autor, acompanhado da doutrina majoritária, entende ser a dignidade humana uma norma-princípio, assim como também o faz Ingo Sarlet (2009, p. 78) quando defende que:

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positivada dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto [...] a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.

Isso não quer dizer, entretanto, que a dimensão principiológica da dignidade humana exclua a sua dimensão de norma-regra (SARLET, 2009, p. 80). No mesmo sentido, entende Robert Alexy (2009, p. 111), com base:

no fato de a norma da dignidade humana ser tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de existir, para o caso da dignidade, um amplo grupo de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que, sob essas condições, o princípio da dignidade humana prevalecerá contra os princípios colidentes.

Ressalte-se que a distinção entre princípio e regra refere-se a uma diferenciação entre duas espécies de normas (CANOTILHO, 1998, p. 1034), que compõem a Constituição, enquanto sistema aberto e em constante transformação (MANZATO, 2005, p. 150) Sobre a diferenciação entre princípios e regras, Ronald Dworkin (2002, p. 39-42) afirma:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribuiu para a decisão. [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.

Daniel Sarmiento (2001, p. 54) dispõe sobre a relevância constitucional da distinção entre princípios e regras:

No plano constitucional, a distinção entre regras e princípios possui especial relevância, já que normalmente as cartas constitucionais valem-se destas duas espécies de normas. E é natural que assim seja. Por um lado, a adoção de um sistema constitucional que se alicerçasse exclusivamente sobre princípios, carregaria ao ordenamento uma dose inaceitável de incerteza e insegurança, já que a aplicação dos princípios opera-se de modo mais fluido e menos previsível do que a das regras. De outra banda, a instituição de um modelo que se fundasse unicamente sobre as regras, não daria conta da crescente complexidade das situações que a Constituição propõe-se a tutelar, pois engessaria o intérprete e o legislador infraconstitucional, subtraindo-lhes a maleabilidade necessária à acomodação dos conflitos que naturalmente se estabelecem, em casos concretos, entre diversos interesses concorrentes.

Entende-se, portanto, que a dignidade humana é norma-princípio de caráter supra, que fundamenta o Estado Democrático de Direito brasileiro, e, portanto, fundamenta todas as normas constitucionais e, conseqüentemente, as infraconstitucionais. Logo, ao tratar dos direitos fundamentais, partir-se-á do pressuposto de que as normas fundamentais devem ser compreendidas à luz da dignidade humana.

Rosalice Fidalgo Pinheiro (2008, p. 287-288) retrata essa colocação ao identificar os reflexos no indivíduo enquanto pessoa e membro de uma família, não obstante isso não signifique a estatização das relações familiares:

Os laços dessa relação [entre família e Estado] são tecidos pela concepção democrática de Estado de direito, enunciado pela Constituição da República de 1988. Ao eleger como seu núcleo o princípio da dignidade da pessoa humana, a relação entre pessoa e família passa a ser constituída sob os contornos de uma axiologia material, que se traduz no reconhecimento de direitos fundamentais que garantam o livre desenvolvimento da personalidade humana: o grupo familiar passa a existir para o indivíduo.

Delinea-se um espaço de emancipação dos indivíduos em relação à família, caracterizado por um processo de definição e garantia de direitos individuais pelo Estado democrático de direito. Substituindo a subjetividade abstrata pela subjetividade concreta, o Estado elege setores da sociedade, submetendo-os a uma regulamentação específica, com vistas a alcançar a igualdade material.

[...]

Resta indagar qual é o papel do Estado em relação à família, com vistas a promover o desenvolvimento da personalidade humana. Aponta-se que do Estado espera-se tão-somente tutela, e não necessariamente sua intervenção.

Não há que se falar em intervenção, vez que a “autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 1986, p. 79). Dignidade e liberdade são indissociáveis. Note-se que a liberdade recebe maior destaque que o direito à vida, também previsto expressamente na Constituição. Não se pode concluir, contudo, que exista uma hierarquia entre vida e liberdade. Entende-se, outrossim, que a vida, na realidade, trata-se de um pressuposto para a existência de direitos e que o direito ao respeito à vida coexista em igual hierarquia com a liberdade e os demais direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.2 O parto anônimo e o respeito à vida**

A Constituição Federal de 1988 prescreve uma lista de direitos e deveres fundamentais, partindo do pressuposto da inviolabilidade do direito à vida, nos termos do *caput* do art. 5º. A previsão constitucional do resguardo ao direito à vida não é suficiente para se extrair sua conceituação e abrangência, tampouco uma relação com o parto anônimo. Assim, cabe à ciência do Direito tal incumbência.

Não obstante a própria Constituição Federal de 1988 estabeleça o direito à vida como um direito fundamental, questiona-se: seria o direito à vida um direito propriamente dito, ou um pressuposto para se ter direitos? E qual a sua relação com o parto anônimo?

No âmbito internacional, o direito à vida também é incluso no rol dos direitos humanos, como dispõe a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, em seu art. III: “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 inova ao valorizar sobremaneira os direitos humanos, prevendo expressamente em quais termos os tratados internacionais se equivalerão às emendas constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro ou, ainda que não possuam tal caráter, não poderá o Brasil desrespeitar a norma internacional<sup>22</sup>.

No entanto, afastando a perspectiva legalista, a vida pode ser enquadrada como um pressuposto para se ter direitos. Ademais, segundo Gustavo Miguez de Mello (2005, p. 273), “retirado o direito à vida nenhum outro poderá ser exercido”.

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, a quem cabe “o reconhecimento da vida que lhe antecede, amparando-a; não a concede, não a outorga; seu papel é protegê-la como dado axiológico máximo e anterior que é” (MEIRELLES, 2008, p. 220).

No cenário internacional pode-se constatar tal percepção mediante a leitura do Pacto de São José da Costa Rica, publicado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 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 e, em geral, a partir do momento da concepção”. Segundo Gustavo Miguez de Mello (2005, p. 266):

Como a Constituição Federal ao garantir o direito à vida não definiu ‘vida’ como em decorrência do postulado da racionalidade do Legislador ele nada faz de inútil (não utiliza palavras inúteis), temos de recorrer à Ciência para saber quando se inicia a vida e, com ela, a proteção constitucional.

Importante mencionar que o início da vida não é o objeto de estudo do presente trabalho, porque se parte do pressuposto de que o direito ao parto anônimo preveniria abortos e, conseqüentemente, diminuiria o número de nascituros e

---

<sup>22</sup> “Art. 5º/CF. [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

mulheres mortas após utilização de técnicas abortivas, não interessando, portanto, em qual fase biológica o feto se encontrava naquele momento.

É suficiente apenas a identificação doutrinária acerca da valoração da vida intra e extrauterina no ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito interno, o debate jurídico encontra como ponto de partida o disposto no art. 2º do Código Civil Brasileiro: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Tal dispositivo revela um tratamento diferenciado entre o nascente e o nascituro, assim como o faz o Direito Penal, quando prevê penas diferenciadas para os crimes de aborto, infanticídio e homicídio.

À gestante responsável por aborto aplica-se pena de um a três anos de detenção; à mãe que mata seu filho sob a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, cumprirá pena de detenção de dois a seis anos; enquanto o homicídio simples do filho por sua mãe tem como pena seis a vinte anos de reclusão<sup>23</sup>.

A vida intra-uterina, portanto, não possui o mesmo grau de proteção da vida extra-uterina, sendo certo que este posicionamento é prevalecente (SARMENTO, 2007, p. 33), seja no âmbito, doutrinário, jurisprudencial, ou mesmo legalista, conforme se constatou nos dispositivos supracitados.

Logo, a partir dos dispositivos supracitados, deduz-se: a) O ordenamento jurídico brasileiro trata diferentemente a figura do nascituro; b) Não se exige a forma humana para o início da personalidade civil, mas tão somente o nascimento com vida de um ser oriundo de uma mulher grávida; b) O nascituro não é pessoa, mas possui direitos resguardados desde sua concepção.

---

<sup>23</sup> “Homicídio Simples. Art. 121/CP - Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. “Infanticídio. Art. 123/CP - 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”. “Aborto Provocado pela Gestante ou com Seu Consentimento. Art. 124/CP - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

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 nascituro, conforme os dispositivos aqui já delineados. Biologicamente, tem-se nesse momento um embrião. Contudo, sustenta-se a idéia de que pré-embrião, embrião e feto, todos na qualidade de nascituro, encontram seus direitos resguardados, haja vista a impossibilidade de discriminação em virtude de sua idade ou idade mínima, garantindo-lhe, ainda, o direito à igualdade (MELLO, 2005, p. 272). Protege-se, portanto, não somente a vida do ser humano enquanto pessoa, mas também enquanto mantém uma vida intra-uterina.

Não obstante o nascituro não seja pessoa, haja vista a personalidade civil no Direito Brasileiro iniciar-se a partir do nascimento com vida, isso não significa que já não seja um ser humano. Seja na qualidade de pré-embrião, embrião ou feto, trata-se de uma vida oriunda da fecundação entre os gametas humanos masculino e feminino – espermatozóide e óvulo –, os quais formam um ser humano em potencial, principalmente pelo fato de não se exigir no nascimento forma humana para ser considerado de fato uma pessoa humana, mas tão somente fruto da fecundação entre os mencionados gametas e gestacionado em uma mulher.

Saliente-se que a vida é um bem a ser preservado a todo custo, razão pela qual os projetos de lei que visam instituir o parto anônimo no Brasil preocupam-se em garantir o direito à vida do nascituro, ou seja, direito de existência, bem como o respeito à vida do nascente, o qual pode ser abandonado por pais desesperados que não desejem exercer a paternidade, fugindo de uma condenação criminal, social e moral.

Diferentemente da questão do aborto no Brasil, o parto anônimo não visa à liberdade da mulher em dispor de seu próprio corpo em contraposição ao direito à vida do nascituro, que depende diretamente da gestante enquanto ser em desenvolvimento intra-uterino. Trata-se de garantir, em um primeiro momento, o direito à vida do nascituro e o respeito à vida do nascente.

Importante ressaltar que vive aquele que o faz com dignidade. Dessa forma, não há que se falar em vida digna quando se vive em um lar no qual não 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 mãe (BADINTER, 1985, p.16). 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 humanas 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 compreendem. (BADINTER, 1985, p. 18)

Nessa perspectiva, observa-se que a relação do parto anônimo com o direito e respeito à vida é ampla, visando tal direito a proteção do nascente, bem como a da sua genitora.

Não há que se falar, portanto, em colisão de direitos: a suposta liberdade de não ser mãe *versus* o respeito à vida do nascente. Na realidade, ambos se complementam, culminando com a garantia de viver dignamente.

### 2.3 O parto anônimo e o direito à liberdade

A liberdade é um direito fundamental de primeira dimensão, oriundo da cultura francesa do *laissez-faire*, sendo concebido originalmente como um direito negativo. Para Alexy (2008, p. 222), “se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma ‘liberdade negativa’. Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação”.

Prevista no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988<sup>24</sup>, a liberdade do ser humano diz respeito, outrossim, à autonomia de vontade e à autodeterminação. Sobre o assunto, Luiz Edson Fachin (2006, p. 26) entende que:

[...] o sujeito moderno é concebido como ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao desenvolvimento autônomo da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e a natureza por meio da razão.

---

<sup>24</sup> O direito de liberdade está previsto ao longo de toda a Constituição Federal de 1988, entretanto faz-se necessário registrar pelo menos o *caput* do artigo 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”.

Perez Luño (2005, p. 324) afirma, ainda, que:

[...] El pleno desarrollo de La personalidad supone, a su vez, de um lado, El reconocimiento de la total autodisponibilidad, sin interferencias o impedimentos externos, de lãs posibilidades de actuación próprias de cada hombre; de outro, La autodeterminabi3n [...] que surge de la libre proyecci3n hist3rica de La raz3n humana, antes que de uma predeterminaci3n dada por la naturaleza.

Partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais existem à luz da dignidade humana, Daniel Sarmiento (2007, p. 43) explica que

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressup3e que se respeite a esfera de autodeterminaç3o de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decis3es fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferência do Estado ou de terceiros.

Ressalte-se que o princípio democrático é vetor da liberdade de autodeterminaç3o desde a previs3o da dignidade humana enquanto fundamento da ordem jurídica brasileira. É o que se depreende mediante a leitura do que diz Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 17):

[...] Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, por isso, do discurso e da aç3o –, será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condiç3o de objeto.

O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminaç3o; iv) é parte do grupo social, em relaç3o ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

Ressalte-se que as crianças, enquanto sujeitos de direitos, “deixam de ser tratados como objetos passivos, passando a ser, como os adultos, titulares de ‘Direitos Fundamentais’” (PEREIRA, 2008, p. 314). Fala-se, também, portanto, na liberdade de autodeterminaç3o da criança.

Sabe-se, ainda, que o direito de reproduç3o é exercido dentro de uma perspectiva de planejamento familiar, o qual é tratado pela Constituiç3o Federal como um direito fundamental. Mas não é isso o que está em discuss3o. Questiona-se, primeiramente, se o direito à liberdade englobaria a liberdade dos genitores não

exercerem a paternidade; e, em um plano posterior, se essa liberdade poderia ser exercida anonimamente.

Hoje, mais do que nunca, diante das famílias plurais existentes, da evolução tecnológica e do afeto ser considerado a essência da relação familiar, não é absurdo se estabelecer conceitos diferenciados para “genitores” e “pais”; esta expressão diz respeito àqueles que criam, educam, preocupam-se, importam-se, cuidam afetuosamente dos filhos; aquela, envolve um aspecto biológico, referindo-se aos que geraram biologicamente.

Essas definições podem ser claramente observadas quando se analisa famílias adotivas e socioafetivas. Em ambos os casos está presente uma relação de afeto sem a existência de um vínculo consanguíneo, o que não afasta a maternidade e o estado de filiação. Logo, pode-se falar em “genitores” e “pais” sem que haja necessariamente uma identidade entre tais pessoas.

Mediante análise dos projetos de lei, constata-se que o legislador refere-se a uma “liberdade positiva”, porque, até que seja publicada a lei que visa à instituição do parto anônimo ou que o mesmo seja implementado mediante políticas públicas, não há possibilidade de uma gestante decidir pela realização do parto de forma anônima, ou mesmo em sigilo, sem que responda juridicamente por seus atos, tampouco com uma estrutura estatal que lhe assegure tal liberdade. Uma vez vigente a lei, ou implementado um programa estatal de planejamento familiar nesse sentido, haveria a real possibilidade da gestante exercer sua liberdade de não ser mãe, e em sigilo, fosse mediante um permissivo legal ou não.

Excluídos os casos expressamente previstos em lei, bem como a polêmica sobre o assunto, a opção da gestante pelo aborto significa um desrespeito à vida do nascituro e, conseqüentemente, a sua própria liberdade de ser, afinal, “quando alguém viola o direito à vida de outro prejudica gravemente a sua própria liberdade de ser. Na verdade, pratica um ato contrário à principal forma de liberdade, a liberdade para a qual as demais devem convergir” (MELLO, 2005, p. 280).

Entretanto, há possibilidade da gestante não ser mãe, caso assim o deseje, sem a interrupção da gravidez, e os orfanatos revelam isso. Para tanto, as gestantes enfrentam discriminações.

O exercício da maternidade pode representar a destruição da vida para uma mulher, tornando-se uma verdadeira prisão, restringindo, portanto, seu direito de liberdade. A própria gestação, inclusive, já é um processo que provoca mudanças em diversos aspectos da vida de uma mulher. A ideia fixa na mente de uma gestante acerca da obrigatoriedade de seguir com a gestação, a qual provoca mudanças na vida pessoal, profissional, hormonal, e ao final ter que exercer a maternidade quando ainda não está preparada, ou não seja a sua prioridade no momento, pode figurar como tortura, a qual é repudiada pelo ordenamento brasileiro. Seguir com a gestação indesejada depende basicamente de aspectos naturais, diferentemente do exercício da maternidade.

O ideal seria que a população possuísse educação suficiente e o governo realizasse políticas públicas de planejamento familiar adequadas, evitando, assim, a gravidez indesejada. Contudo, a realidade brasileira atual é bem diferente, razão pela qual deve o Estado preocupar-se e oferecer opções nesses casos aos genitores, e em especial à mulher grávida.

Como o Código Penal Brasileiro é expreso ao atribuir conduta criminosa ao aborto, numa tentativa de respeitar a vida do nascituro, fala-se, então, na entrega da criança por seus pais biológicos em substituição ao abandono.

Pretende-se aqui, portanto, analisar o direito fundamental de liberdade da gestante e a possibilidade de sua relativização em detrimento do direito fundamental do nascente à vida digna, que engloba, dentre outros, o direito à convivência familiar.

Primeiramente, indaga-se: há de se falar em direito de liberdade da gestante não ser mãe? Para uma possível resposta, surgem duas situações: a) A gestante não deseja ser mãe e, portanto, interrompe a gravidez; b) A gestante não deseja ser mãe, mas não aborta, e a criança nasce.

Na primeira situação, a interrupção legal da gravidez somente pode ocorrer nos casos de: risco de vida à gestante e gravidez oriunda de estupro. No primeiro caso, relativiza-se o direito à vida do nascituro em detrimento do direito à vida da gestante; no segundo, a integridade física, psicológica e moral da gestante, em detrimento do direito à vida do nascituro. Observa-se claramente que o direito à vida do nascituro não é absoluto.

A doutrina cogita, atualmente, a possibilidade do aborto em virtude de risco à saúde da gestante. Diferentemente, não se trataria de prevalência direta do respeito à vida da gestante, mas do direito à saúde. Sobre o assunto, Daniel Sarmento (2007, p. 40) dispõe:

Em que pese a tutela constitucional conferida à vida pré-natal, não é razoável impor à mulher o Ônus de prosseguir numa gestação que pode lhe comprometer a saúde física ou psíquica. Devidamente comprovado o risco, deve ter a gestante o direito de optar pela interrupção da gestação, no afã de salvaguardar sua própria higidez física e psíquica. Isto porque, como foi assentado anteriormente, a proteção constitucional ao nascituro não tem a mesma intensidade do que a assegurada pela Lei Maior aos indivíduos já nascidos.

O projeto de lei nº 3.220/2008 procurou priorizar não somente a liberdade da genitora de não ser mãe, mas também a dignidade da criança indesejada, buscando evitar um abandono selvagem e oferecer condições para que ela possa seguir sua vida em um lar saudável. Logo, falar em liberdade da gestante não ser mãe não significa afrontar a dignidade humana, mas contribuir para a eficácia dos direitos fundamentais.

Importante observar que a liberdade que aqui se refere está atrelada ao direito de intimidade da genitora, do contrário não se estaria falando em parto “anônimo”. A intimidade, por sua vez, é consequência do direito fundamental de personalidade, razão pela qual a presente questão será analisada no tópico seguinte.

## **2.4 O parto anônimo e os direitos de personalidade**

Segundo Alain Supiot (2007, XXIV), “o Direito não é revelado por Deus nem descoberto pela ciência, é uma obra plenamente humana, da qual participam aqueles que se dedicam a estudá-lo e não podem interpretá-lo sem levar em consideração os valores por ele veiculados”. Partindo desse pressuposto, a

personalidade é um valor e não um direito (PERLINGIERI, 2007, p.154) e, segundo Gizelle Câmara Groeninga (2006, p. 655), “a própria concepção da personalidade se aproxima do valor ‘Dignidade’”.

Alain Supiot (2007, p. 15) refere-se, ainda, à ambivalência dos três atributos da humanidade: a individualidade, a subjetividade e a personalidade:

Indivíduo, cada homem é único, mas também semelhante a todos os outros; sujeito, ele é soberano, mas também e sujeitado à Lei comum; pessoa, ele é espírito, mas também matéria. Essa montagem antropológica sobreviveu à secularização das instituições ocidentais, e esses três atributos da humanidade se encontram, em sua ambivalência, no Homem das declarações dos direitos. A referência a Deus desapareceu do direito das pessoas, sem que desaparecesse a necessidade lógica de referir todo ser humano a uma Instância garante de sua identidade e que simbolizasse a proibição de tratá-lo como uma coisa.

Sendo a personalidade um valor tutelado juridicamente, há de se falar, portanto, em direitos de personalidade. Segundo Gizelle Groeninga (2006, p. 649), “são tidos como Direitos da Personalidade todos os direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa”. Daniel Sarmiento (2008, p. 97-98), por sua vez, afirma:

Segundo a definição clássica, consistiriam eles, basicamente, num direito geral à abstenção, em proveito do seu titular, pelo qual todos os demais sujeitos de direito ficariam adstritos ao dever de não violar os bens jurídicos que integram a sua personalidade. Estes bens, segundo a doutrina dominante, desdobrar-se-iam em dois grupos: os relativos à personalidade física, como a vida, o corpo, a voz, a imagem e o cadáver, e os referentes à personalidade moral ou espiritual, como a intimidade, o nome, a reputação etc.

A Constituição Federal de 1988 prevê como direito fundamental os direitos da personalidade, quando, em seu artigo 5º, X prescreve que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Tendo em vista a condição do Brasil de signatário de diversos tratados internacionais, também é importante ressaltar o previsto pelo Pacto de São José da Costa Rica<sup>25</sup>: “Artigo 3º

---

<sup>25</sup> Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), conhecida como Pacto de São José da Costa Rica – Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos

Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

Observe-se que o rol constante no artigo 5º, X da Constituição Federal de 1988 não é taxativo, mas exemplificativo, do contrário haveria de se falar em hierarquia entre direitos da personalidade. Nesse contexto, constata-se que tantos direitos, como o do conhecimento da ascendência genética – o qual diz respeito à verdade biológica a que todos têm direito, ou seja, saber quem são seus ancestrais biológicos –, imprescindível para o presente estudo, ficaram fora daquele rol.

Uma vez entendido que os direitos de personalidade podem estar implícitos no ordenamento jurídico brasileiro, desde que seu conteúdo esteja intrinsecamente ligado à dignidade humana, é imprescindível a conceituação do direito geral de personalidade.

O ordenamento jurídico brasileiro não apresenta expressamente a conceituação do direito geral de personalidade, prevendo apenas no texto constitucional e em regulamentações nas leis infraconstitucionais direitos de personalidade especiais. No entanto, uma interpretação do artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988 à luz da liberdade e da dignidade humana traduziria a existência do direito do ser humano desenvolver-se livremente enquanto pessoa, em outras palavras, direito geral de personalidade. Ressalte-se que a própria existência de direitos especiais de personalidade espalhados na Constituição Federal de 1988 fortalece a existência de um direito geral de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre o assunto, Pietro Perlingieri (2007, p. 154-155) entende que, “uma vez que o sistema constitucional de normas invioláveis do homem é aberto, pode-se falar em cláusula geral de tutela da pessoa humana”.

---

Humanos, em São José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

Inicialmente, sobre a relação existente entre direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet (2009, p. 95-96) afirma:

[...] situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa, tudo a revelar a já indiciada conexão da dignidade, não apenas com um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos de personalidade em geral.

Acerca da classificação dos direitos de personalidade, Luis Roberto Barroso (2007, p. 16) dispõe:

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

O estudo do direito de personalidade no presente trabalho interessa especialmente no que tange à análise do direito ao anonimato dos pais biológicos e ao conhecimento da ascendência genética do nascente oriundo do parto anônimo, razão pela qual deter-se-à especificamente aos mesmos.

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<sup>26</sup>, o qual “decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade” (DIAS, 2007, p. 326).

Ingo Sarlet (2009, p. 115) enquadra o direito à identidade biológica como direito de personalidade:

Para além do já referido reconhecimento de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana (já que o ser sujeito (titular) de direitos é, à evidência, inerente à própria dignidade e condição de pessoa), tal ocorre,

---

<sup>26</sup> “Art. 27/ECA. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

apenas para citar outro exemplo dos mais contundentes, com a proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, contra excessos cometidos em sede de manipulações genéticas e até mesmo a fundamentação de um novo direito à identidade genética do ser humano, ainda não contemplado como tal (ao menos não expressa e diretamente) no nosso direito constitucional positivo. Também um direito à identidade pessoal (nesse caso não estritamente referido à identidade genética e sua proteção, no caso, contra intervenções no genoma humano) tem sido deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, abrangendo inclusive o direito ao conhecimento, por parte da pessoa, da identidade de seus genitores.

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

Paulo Lôbo (2008, p. 203-204) distingue, com clareza, estado de filiação de direito ao conhecimento da origem genética:

[...] 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 prioridade 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 existenciais.

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. O mesmo tempo é forte e razoável 'a idéia 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 consaguíneos. Portanto, não se deve confundir o direito de personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seu Título II, intitulado Direitos Fundamentais, da seguinte forma:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

[...]

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

O reconhecimento do estado de filiação é exercido pelo filho mediante o ajuizamento da ação de investigação de paternidade ou maternidade. Já a ação de investigação de ascendência genética, a qual em termos de nomenclatura seria a mais adequada para o caso em questão, não tem o condão de reconhecer o estado de filiação, mas tão somente identificar os laços consaguíneos, tomar conhecimento acerca da verdade biológica. Em virtude da discussão do assunto haver se dado por meio do ajuizamento de investigação de paternidade, fundado no princípio da economia processual e em razão das ações investigatórias não guardarem entre si diferenciações quanto ao trâmite processual, poderia o juiz aceitar a investigação de paternidade para a busca da verdade biológica.

A ausência do direito ao reconhecimento do estado de filiação não impede, por sua vez, o direito ao conhecimento da ascendência genética. A ação investigatória ajuizada deve, portanto, produzir efeitos meramente declaratórios e não constitutivos de direitos.

Uma situação em que se pode observar manifestamente o direito ao conhecimento da ascendência genética sem o reconhecimento do estado de filiação é a advinda da procriação artificial. A doação de esperma aos centros de reprodução tem o objetivo de proporcionar a maternidade/paternidade principalmente àqueles que sofrem com problemas de saúde reprodutiva.

Muito ainda se tem discutido sobre o assunto, mas a doutrina é manifesta ao defender que os doadores de material genético não podem ser obrigados a assumir uma paternidade/maternidade somente em virtude de vínculos biológicos. Nas palavras de Luiz Edson Fachin (2003, p. 255), “a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade”. Haveria de se falar também no direito ao anonimato do doador, o qual viria a colidir com o direito à identidade biológica.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 580) dispõe sobre o assunto ao tratar do sigilo da adoção e do anonimato dos pais biológicos:

O sigilo da adoção representa o segredo do estabelecimento dos novos vínculos de parentesco do adotado, o que impede a qualquer pessoa obter informações e, portanto, ter conhecimento sobre determinado indivíduo adotado. E, o anonimato dos pais e parentes naturais do adotado decorre da necessidade da pessoa adotada se desvincular total e absolutamente da família natural, permitindo sua plena e integral inserção na família civil (e substituta).

Mediante a leitura do pensamento do autor supra, constata-se que ao sigilo da adoção corresponde o espelho invertido do anonimato dos pais biológicos.

O projeto de lei nº 3.220/2008 assegura à genitora a possibilidade de não exercer a maternidade. A entrega do bebê ocorre de forma sigilosa ao hospital, sem que sejam divulgadas informações referentes à sua origem. Se o projeto de lei nº 3.220/2008 visa à proteção integral e prioritária do nascente e à liberdade e cuidado da mãe biológica, é evidente que a sua efetivação deve ocorrer em sigilo.

Questiona-se sobre o sigilo ser um empecilho para a efetivação do direito de personalidade relativo à verdade biológica. Inicialmente pode-se constatar que a resposta é negativa. Principalmente após a leitura do próprio projeto, o qual fez a ressalva de que a divulgação dos dados pode ocorrer mediante autorização judicial. A apresentação do projeto de lei nº 3.220/2008 revela a preocupação do legislador com o respeito à vida, e com a manutenção do equilíbrio entre os direitos de liberdade da gestante e de personalidade do nascente oriundo de parto anônimo, conforme se observará a seguir.

#### *2.4.1 Liberdade versus personalidade: colisão?*

O contexto histórico da luta e positivação dos direitos fundamentais, em especial os direitos negativos de primeira dimensão, proporcionaram uma preocupação com a proteção do ser humano na sua individualidade, bem como no âmbito das relações privadas. A partir de então, fala-se não somente em direito fundamental de liberdade, mas também de personalidade.

O princípio da unidade da Constituição (BARROSO, 2004, p. 5) e, conseqüentemente, a inexistência de hierarquia entre direitos fundamentais configuram como razões frequentes de colisões no plano abstrato (BARCELOS, 2006, p. 39). Os direitos fundamentais possuem a mesma carga axiológica e são

protegidos constitucionalmente por estarem enquadrados como cláusulas pétreas, o que leva às seguintes implicações:

A primeira delas é intuitiva: se não há entre eles hierarquia de qualquer sorte, não é possível estabelecer uma regra abstrata e permanente de preferência de um sobre o outro. A solução de episódios de conflito deverá ser apurada diante do caso concreto. Em função das particularidades do caso é que se poderão submeter os direitos envolvidos a um processo de ponderação pelo qual, por meio de compressões recíprocas, seja possível chegar a uma solução adequada.

A segunda implicação relevante do reconhecimento de identidade hierárquica entre os direitos fundamentais diz respeito à atuação do Poder Legislativo diante das colisões de direitos dessa natureza. Nem sempre é singela a demarcação do espaço legítimo de atuação da lei na matéria, sem confrontar-se com a Constituição. No particular, há algumas situações diversas a considerar. Há casos em que a Constituição autoriza expressamente a restrição de um direito fundamental. Aliás, mesmo nas hipóteses em que não há referência direta, a doutrina majoritária admite a atuação do legislador. (BARROSO, 2004, p. 6)

Ressalte-se que as colisões podem ser aparentes ou autênticas. Rüfner (*apud* MENDES, 2003, p. 185) considera como “autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual”. Dessa forma, considerar-se-ia como autêntica a suposta colisão entre os direitos de liberdade da genitora e de conhecimento da ascendência genética do nascido de parto anônimo?

Num primeiro momento, observa-se que os próprios projetos de lei preocuparam-se com a garantia de direitos de personalidade do bebê oriundo de parto anônimo. Não há no plano abstrato, portanto, colisão entre liberdade e direito de personalidade.

No caso da entrega da criança ser realizada sem que a genitora deseje fornecer ou sequer saiba todas as informações necessárias acerca da origem da criança, é de se imaginar que o Estado não deixará de receber tal criança, garantindo-se, assim, o bem maior do ser humano, a vida. Logo, como poderá aquela criança futuramente tomar conhecimento sobre sua ascendência genética? Estar-se-ia privilegiando a liberdade da genitora em detrimento do direito de personalidade do nascente? Haveria aqui uma colisão autêntica de direitos fundamentais? Em sendo afirmativa a resposta, como estabelecer uma solução para tal colisão?

Sobre a existência de colisão de direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes (2003, p. 184) afirma que:

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

Embora não se possa negar que 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). [...] Da mesma forma, tem-se como inquestionável que o direito á vida tem precedência sobre os demais direitos individuais, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos.

[...]

Uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma 'ponderação de bens em vista o 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*).

Partindo-se do pressuposto de que parte das normas de direitos fundamentais possui caráter principiológico, a colisão entre tais normas deve ser solucionada mediante a aplicação da ponderação ou balanceamento de interesses. Sobre o mencionado caráter principiológicos, Luís Roberto Barroso (2004, p. 1-36) entende que os direitos fundamentais possuem as mesmas características normativas dos princípios, tratando-se de uma concretização da dignidade humana. Enquanto Robert Alexy (2008, p. 141) assume postura diversa:

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos.

Acerca da ponderação de bens, J. J. Canotilho (1998, p. 1109) entende que se trata de método utilizado para a manutenção do equilíbrio entre bens juridicamente protegidos.

As idéias de ponderação (*AbWägung*) ou de balanceamento (*Balancing*) surge (sic) em todo o lado onde haja necessidade de ‘encontrar o direito’ para resolver ‘casos de tensão (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos. O método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica. [...]

[...]

Aqui o *balancing process* vai recortar-se em termos autônomos para dar relevo à idéia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso. [...] A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens.

Luis Roberto Barroso (2004, p. 7) ensina que a ponderação é uma “técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas da mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”.

Daniel Sarmiento (2001, p. 37) entende ser adequada a ponderação de bens aplicada à solução das colisões entre princípios constitucionais, mas que esta se trata de apenas um método, ou mesmo uma “técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas” (SARMENTO, 2001, p. 55).

Diante da ausência de hierarquia entre normas de direitos fundamentais e da necessidade de solucionar eventuais colisões, Luis Roberto Barroso (2004, p.5-7) dispõe da seguinte forma:

Os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, temporal e especialização [...] – não são aptos, como regra geral, para a solução de colisões entre normas constitucionais, especialmente as que veiculam direitos fundamentais. Tais colisões surgem inexoravelmente no direito constitucional contemporâneo por razões numerosas. Duas delas são destacadas a seguir: (i) a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores e interesses diversos,

que eventualmente entram em choque; e (ii) sendo os direitos fundamentais expressos, frequentemente, sob a forma de princípios, sujeitam-se [...] à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas.

O método da ponderação de bens, segundo Daniel Sarmento (2001, p. 57) utiliza-se do princípio da proporcionalidade, o qual não possui previsão constitucional expressa. Trata-se de um princípio que permite a “penetração no mérito do ato normativo, para aferição da sua razoabilidade e racionalidade, através da verificação da relação custo-benefício da norma jurídica, e da análise da adequação entre o seu conteúdo e a finalidade por ela perseguida” (SARMENTO, 2001, p. 57). O mesmo autor entende ainda que a ponderação “sofre limitação, especialmente no tocante ao respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, o seu conteúdo mínimo, o qual não pode ser amputado pelo legislador ou pelo aplicador do Direito” (SARMENTO, 2001, p. 60).

Ainda sobre o assunto, oportuno observar o que dispõe Nuno Manuel Pinto Oliveira (2002, p. 81) sobre o direito ao desenvolvimento da personalidade, a partir da “teoria da liberdade geral de acção”<sup>27</sup>, e eventual colisão com direitos ou interesses constitucionais:

A ‘teoria da liberdade geral de acção’ organiza a proteção constitucional da autonomia individual em termos seguramente mais extensos, mas em contrapartida menos intensos – por crescerem os casos de colisão ou de conflito entre o direito ao desenvolvimento da personalidade e os restantes direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, resolver por intermédio de um procedimento de ponderação (racional) de bens.

Conforme analisado, o projeto de lei nº 3.220/2008 busca a proteção da liberdade da gestante não ser mãe, podendo entregar seu filho biológico para o Estado e, portanto, disponibilizá-lo para uma família substituta, bem como o respeito à vida do nascente e garantia de seus direitos de personalidade.

O projeto de lei mencionado é claro ao estabelecer que será garantido o anonimato à mãe que disponibilizar seu filho nos termos do parto anônimo. Contudo,

---

<sup>27</sup> Assim chamada pelo fato do autor encontrar-se analisando o direito ao desenvolvimento da personalidade, a partir do enunciado na Lei Fundamental da República da Alemanha e na Constituição da República Portuguesa, na redação da Lei Constitucional nº 1/97.

o próprio projeto em seu artigo 8º, ao assegurar que “a identidade dos pais biológicos será revelada pelo Hospital, caso possua, somente por ordem judicial”, proporciona ao nascente, após a aquisição da maioridade, a possibilidade de acesso à sua ascendência genética. O dispositivo mencionado preserva o direito à verdade biológica e, portanto, a dignidade da pessoa humana.

Ainda, o anonimato protege o segredo e a mentira, sendo, por isso, contrário aos direitos da criança e do adolescente. A verdade genética é um direito da personalidade, de modo que deve ser resguardado. Por essa razão é que, de forma equivocada, o projeto de lei nº 3.220 prevê a instituição do parto anônimo no Brasil, enquanto seu conteúdo revela a proposição do parto em sigilo.

O projeto de lei nº 3.220/2008 não se opõe à prevalência da verdade biológica, tampouco do direito de intimidade da gestante. Entretanto, o exercício do direito ao conhecimento da ascendência genética, nesse caso, dependerá de ordem judicial ou quando provada a existência de doença genética do filho. O sigilo previsto no projeto de lei nº 3.220/2008 não representa ameaça à efetivação do direito de personalidade do nascente, cabendo apenas ao juiz, diante do caso concreto, ordenar ao Hospital que libere as informações, caso existam, acerca da origem genética do nascente; ou, ainda, deverá o próprio hospital liberar diretamente tal informação, caso fique provada a existência de doença genética do nascente, oportunidade que este poderá contactar seus genitores para a facilitação da busca de uma solução para o seu diagnóstico.

A proposta de implementação do parto anônimo no Brasil evidencia, portanto, uma aparente colisão de direitos fundamentais, apresentando o próprio projeto de lei nº 3.220/2008 a sua resolução quando ressalva o direito ao conhecimento da ascendência genética ao nascente oriundo do parto em sigilo. Nesse caso, não significa que prevaleça o direito de personalidade sobre a liberdade de não ser mãe em sigilo. A parturiente continuará com o direito de entregar seu filho para o Estado, sem assumir as responsabilidades advindas de uma maternidade, porém o sigilo do parto é que poderá ser relativizado, prevalecendo o direito de personalidade.

## 2.5 O parto anônimo e o direito à convivência familiar afetiva

Ao proteger a família, garantindo “especial proteção do Estado”, a Constituição Federal de 1988, conforme dispõe o artigo 226, implicitamente garante a todos o direito ao convívio em família, a fazer parte de uma entidade familiar.

Ainda que não haja previsão expressa no texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao apresentar no Título II, intitulado Direitos Fundamentais, o direito à convivência familiar e comunitária.

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

São direitos fundamentais “os princípios jurídica e positivamente vigentes em ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal” (LOPES, 2001, p. 35).

Afirmar a positivação dos direitos fundamentais não significa necessariamente que os mesmo estejam expressos no texto constitucional. Inclusive, a própria Constituição Federal é manifesta nesse sentido ao dispor em seu artigo 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 decorrentes de tratados internacionais que tenham sido aprovados com quórum qualificado nos termos do artigo 5º, §3, da Constituição Federal de 1988, mas também “outros decorrentes do regime e dos princípios adotado pela CF/1988”. Para tanto, é necessário apenas que apresentem “forte vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a necessidade de limitação do poder” (MARMELSTEIN, 2009, p. 192).

Partindo-se do pressuposto de que direitos fundamentais são aqueles com conteúdo materialmente relacionado à dignidade da pessoa humana, e afastando qualquer discussão acerca da dignidade da pessoa humana tratar-se de princípio, valor ou pura e simplesmente um fundamento do Estado Democrático Brasileiro, já

que esse não é o objeto de discussão, não há que se questionar sobre a ligação existente entre o direito ao convívio familiar e à dignidade da pessoa humana.

Tratando-se a família do primeiro agente socializador do ser humano, na qual o indivíduo deverá crescer e aprender a viver em comunidade, manifesta é a necessidade de proteção familiar e do convívio com entes familiares para a manutenção da dignidade humana. Pietro Perlingieri (2007, p. 178–179) parte do conceito de família como

[...] formação social, lugar comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.

O direito à convivência familiar, nos termos do que prescreve o mencionado Estatuto, pode ser exercido com a família natural, entendida esta pela “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, ou com família substituta, “mediante guarda, tutela ou adoção”.

A análise da relação existente entre o direito ao parto anônimo e o direito à convivência familiar diz respeito à possível existência de choque entre os mesmos, haja vista a permissibilidade aos genitores de uma criança indesejada entregarem a mesma para o Estado desde o seu nascimento e de forma sigilosa. Enquanto o direito à convivência familiar, aqui defendido como um direito constitucional fundamental, porque implícito mediante a leitura do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, assegura a todos o direito de conviver em uma família, a qual possui especial proteção estatal em virtude de se tratar do primeiro grupo ao qual uma pessoa faz parte e de ser um espaço para a realização pessoal-afetiva.

No tocante à relação existente entre o parto anônimo e direito fundamental em questão, Fabíola Santos Albuquerque (2008, p. 158-159) afirma:

Qualquer posicionamento adotado, indubitavelmente, renderá homenagens às regras ou aos princípios. Seguindo-se aquelas, o aborto e o abandono estão tizados ao tipo penal. Rendendo-se a estes, o parto anônimo encontra eco no direito de família contemporâneo, comprometido com uma nova pauta principiológica e realizando a socioafetividade em detrimento dos ditames do biologismo.

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 o condão da primazia da verdade e simplesmente 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 de 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 a mãe.

Fala-se, então, em direito à convivência familiar afetiva. Afinal, assim como não se fala mais em o ser humano existir para o Estado, mas sim este para o ser humano, “não é mais o indivíduo que existe para a família, mas esta que existe para a realização pessoal de seus membros” (PINHEIRO, 2008, p.279). E é isso o que se deduz da leitura do projeto de lei nº 3.220/2008 e de sua justificativa, quando propõe assegurar direitos fundamentais aos sujeitos envolvidos, notadamente o recebimento do nascente pelo Estado, sem oferecer preconceito, medo e dúvida aos pais biológicos 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 afetivo.

### 3 O PARTO ANÔNIMO E AS RELAÇÕES FAMILIARES NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Os direitos fundamentais deixam de representar pura e simplesmente direitos públicos subjetivos, rígidos limites à atuação estatal, como no âmbito do Estado Liberal, no qual prevalecia a autonomia da vontade, ou, no âmbito de Welfare State, direitos oriundos de intervencionismo estatal.

O Código Civil deixa de representar o papel da Constituição da sociedade, gerindo relações supostamente igualitárias entre sujeitos desiguais. E, em meio à vivência de um capitalismo selvagem e à sobreposição do mais forte sobre o mais fraco, diversos ramos jurídicos surgem na tentativa de oferecer equilíbrio às relações ainda que jurídicas, mas marcadas pela autotutela.

O Direito Privado sofre restrições em prol dos interesses da coletividade e mediante políticas públicas intervencionistas. Não de ser aplicados horizontalmente os direitos fundamentais, bem como a interpretação conforme a constituição. Nas palavras de Daniel Sarmento (2008, p. 25):

Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam.

Logo, aplicam-se os direitos fundamentais às relações privadas, especialmente às relações familiares. Ressalte-se que o direito à convivência familiar é entendido como um direito fundamental, corroborando o entendimento de que os direitos fundamentais podem ser aplicados horizontalmente, e, em especial, nas relações familiares.

### **3.1 O gênero e suas influências na transformação da família brasileira**

As transformações familiares sofreram influência da metamorfose jurídica e social do papel da mulher, seja enquanto ser humano, cidadã, mãe ou profissional. Logo, é essencial o estudo prévio da evolução sócio-jurídica da mulher no Brasil e de questões de gênero para, posteriormente, ser analisada a família contemporânea na Constituição Federal de 1988.

Somente a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 passou a ser reconhecida a igualdade, ainda que formal, entre homens e mulheres. Partindo-se do pressuposto de que o Direito surge a reboque dos fatos, a sociedade brasileira passou por muitas transformações até concluir-se que a igualdade jurídica é reflexo do reconhecimento de tal igualdade pela sociedade.

O assunto adquire especial relevância quando se constata que o Direito é uma Ciência Social Aplicada, e, como tal, suas normas são elaboradas com base em fatos e valores (REALE, 1998, p. 66). A propósito, Geraldo Tadeu Moreira Monteiro (2003, p. 2) entende que:

[...] o Direito não pode abstrair-se das suas condições existenciais. O Direito, em suas várias acepções, encontra-se firmemente enraizado na sociedade na qual atua, da qual retira seus valores fundantes, seus ideais, suas significações, suas práticas, suas glórias e seus pecados, sobre a qual normatiza, proíbe, estimula ou pune. Se é inquestionável que o Direito é um fenômeno social, não pode ser outra a orientação da ciência jurídica. Como ciência social aplicada, ela tem suas próprias características, mas compartilha com as demais ciências da sociedade a necessidade de guardar, entre os fatos (substância) e as suas representações (forma), uma certa correspondência.

A produção de normas legislativas é precedida pela construção jurídica das relações sociais, a qual pode ser entendida como um processo cognitivo, constitutivo de princípios orientadores do debate legislativo (MONTEIRO, 2003, p. 13). Nas palavras do mencionado autor, significaria “o processo cognitivo de produção de significações jurídicas” (MONTEIRO, 2003, p. 15). E mais:

[...] a construção é uma prática discursiva de produção e circulação e significações atribuídas pelo Direito a objetos que são, em grande parte, oriundos da sociedade.

[...] a construção social assume, pelo discurso jurídico, um caráter específico por sua referência à razão jurídica, trazendo uma contribuição própria ao processo de produção de identidades sociais. A construção jurídica pode-se definir [...] como o modo específico de construção de identidades sociais por referência aos princípios, conceitos e métodos próprios à razão jurídica. (MONTEIRO, 2003, p. 15)

A partir disso, constata-se também a dinamicidade do Direito e, até mesmo, da Constituição, buscando a compatibilidade com os valores sociais vigentes, seja mediante promulgação de uma nova Carta Constitucional, emendas, ou interpretações com a utilização de princípios e técnicas de hermenêuticas.

Na construção jurídica do princípio da igualdade entre homens e mulheres, aspectos históricos de ordem nacional e internacional merecem destaque. É comum a remissão automática ao ideário da Revolução Francesa: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. No entanto, a liberdade pregada era de ordem burguesa e, portanto, somente referente aos homens, sujeitos de direitos e participantes ativos na sociedade francesa do final do século XVIII.

A igualdade almejada, portanto, seria entre os homens das diferentes camadas sociais, não podendo apreender-se que a palavra homem também englobasse as mulheres na busca por direitos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 trata apenas dos homens porque somente a estes era reconhecida a participação ativa enquanto sujeito de direitos.

Olympe de Gouges chegou a reivindicar a igualdade entre homens e mulheres com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos da Mulher e da Cidadã de 1791 (GOUGES, 1791, *online*), o que já revelava por si só a disparidade entre os dois sexos. Não obstante os ideais libertários da Revolução Francesa e também propulsores dos direitos fundamentais, a igualdade prevista era de ordem apenas formal.

Ainda hoje, após a Revolução Industrial, o surgimento do Estado do Bem-Estar Social, as Guerras Mundiais, a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, numa perspectiva nacional, a vigência da Constituição Federal de 1988, pode-se observar que o direito de igualdade previsto expressamente na Constituição como fundamental no artigo 5º, I é constantemente mitigado no Brasil. Com efeito,

constantemente é noticiada na mídia a descoberta de trabalho escravo, discriminação entre entidades familiares, preconceitos de raça, credo e sexo. Nesse contexto, Lygia Fagundes Telles (2008, p. 670) afirma:

A revolução da mulher foi a mais importante revolução do século XX, disse Norberto Bobbio, um dos maiores pensadores do nosso tempo. [...] Mas a verdadeira revolução à qual se refere o filósofo italiano teria a cabeça mais fria, digamos. No seu planejamento e estrutura seria uma revolução mais prudente e mais paciente, obscura, talvez. Contudo, ambiciosa na sua natureza mais profunda e que teria seu nascedouro visível no fim do século passado para vir a desenvolver-se plenamente durante a Segunda Grande Guerra: os homens válidos partiram para as trincheiras. Ficaram as mulheres na retaguarda e dispostas a exercerem o ofício desses homens nas fábricas. Nos escritórios. Nas universidades. Enfim, as mulheres foram à luta, para lembrar a expressão que começava a ficar na moda. A pátria em perigo abrindo os seus espaços, inclusive em atividades paralelas à guerra, desafios arriscados que enfrentaram com a coragem de assumir responsabilidades até então só exigidas ao Primeiro Sexo.

Diante disso, segundo Maria Alice Rodrigues (2003, p. 7-8), “é preciso ter claro que nenhuma das situações de discriminação, subordinação e segregação sofridas pelas mulheres está desvinculada da construção social dos gêneros”.

É importante estabelecer, para a presente análise, pressupostos conceituais sobre o assunto, ao estabelecer diferenciações entre: sexo e gênero; mulher e feminino. Geraldo Tadeu Madeira Monteiro (2003, p. 17) contribui sobre o assunto explicando que “as relações de gênero definem-se, em primeiro lugar, por oposição ao conceito entre os sexos”, tendo em vista sexo possuir uma “acepção nitidamente biológica – o sexo é uma condição prescrita biologicamente ao indivíduo”, enquanto gênero “preconiza uma visão cultural e psicossocial da condição sexual – o gênero é uma identidade socialmente construída à qual os indivíduos se conformam em maior ou menor grau”. Logo, as palavras homem e mulher referem-se ao tipo de sexo, enquanto masculino e feminino dizem respeito à espécie de gênero.

Partindo desse pressuposto, as relações de gênero são construídas conforme as relações sociais e os valores de uma época. Logo, sendo o gênero “uma identidade que se ‘fabrica’ na interação social” (MONTEIRO, 2003, p. 26), sua transformação revela igualmente transformações sociais, resultados, outrossim, das metamorfoses sofridas pelo papel feminino na família.

### 3.2 A repersonalização das relações familiares

O presente tópico diz respeito à mudança da concepção familiar, suas características e elementos formadores ao longo da evolução da sociedade, e tem como objetivo registrar a mudança de valores em virtude da evolução natural da sociedade.

A existência de vínculos afetivos é algo inerente aos seres vivos em geral. A família, segundo Vicente de Faria Coelho (1956, p. 15), “é um fato natural”. O ser humano, em especial, estabeleceu grupos sociais que se formaram a partir dos laços familiares, ora poligâmicos, ora monogâmicos. A família pré-monogâmica surge na transição da fase média para a fase superior da barbárie (ENGELS, [s.d.], p. 68). A Grécia antiga traz a família monogâmica, mas não como “fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinha a ver, já que os casamentos continuavam sendo, como antes, casamentos de conveniência” (ENGELS, [s.d.], p. 71). A monogamia, segundo Friedrich Engels ([s.d.], p. 71):

[...] não entra de modo algum na história como uma conciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de casamento. Pelo contrário, surge sob a forma de subjugação de um sexo pelo outro, como proclamação de um conflito entre os sexos, ignorado, até então, em toda a pré-história.

Interessante observar o esclarecimento de Sá Pereira (*apud* COELHO, 1956, p. 18) acerca da família como fenômeno natural, e da natureza do homem frente as suas necessidades, prevalecendo seu instinto animal sobre a razão:

A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato e este, então, se produz fora da convenção. O homem quer obedecer ao legislador, mas não pode desobedecer à natureza, e por toda parte ele constitui família, dentro da lei, se é possível, fora da lei, se é necessário.

Clóvis Bevilacqua (1976, p. 17) entende a família como uma criação natural, mas já assume que recebe influências sociais que irão moldá-la e aperfeiçoá-la:

A esses fatores biológicos e psíquicos se vêem aliar outros de natureza sociológica. [...] Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervém, pela religião, pelos costumes, pelo direito, e a sociedade doméstica se vai, proporcionalmente, afeiçoando por moldes mais seguros, mais definíveis e mais resistentes. Somente depois dessa elaboração é que alguns escritores querem que exista a família, que assim seria um produto seródico da vida social. 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, sociais.

Sabe-se que a instituição familiar encontra-se em constante mudança, advinda de aspectos religiosos, culturais, profissionais, sexuais, sociais. Períodos houve em que a religião configurava-se como o elemento identificador da família, que seria uma associação religiosa (COULANGES, 2004, p. 36).

Dessa forma, as alterações sociais modificam a concepção da família ao longo do tempo. Um exemplo claro foi a mudança da família poligâmica e poliândrica para a monogâmica, e do matriarcalismo para o patriarcalismo. No que tange ao sistema patriarcal, sabe-se que o mesmo predominou e, até hoje, influencia a família moderna. No direito romano, que bastante influenciou o direito pátrio, a figura do *pater familias* era a personificação do princípio do patriarcado. O poder do chefe da família, “ascendente comum vivo mais velho” (WALD, 1995, p.22) era tamanho que poderia ser analogamente comparado com o poder estatal: “A analogia é realmente profunda pela sujeição dos membros da família, a uma só soberania e jurisdição, podendo igualar-se a *manus* e *potestas* com a autoridade do rei” (COELHO, 1956, p. 16). Com o passar do tempo, “o pátrio poder se tornou dever de afeição” (WALD, 1995, p. 23).

No Direito Moderno, Clóvis Bevilacqua (1976, p. 17) conceituava a família como:

[...] conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consaguineidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesíaco, o amor, que aproxima os dois sexos, em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar.

Percebe-se que o amor, enquanto elemento constitutivo da família, já anunciava os primeiros sinais do afeto como essencial para a constituição da família. A concepção do afeto como elemento do conceito de entidade familiar tem sido responsável pelo conceito de família plural adotado pela doutrina e jurisprudência vigente.

Outro aspecto a ser observado é a superação do modelo patriarcal pela família nuclear: cônjuges e filhos. Entretanto, as mudanças continuaram. E, hoje, tem-se entendido como entidade familiar não somente o modelo tradicional da família nuclear. A concepção familiar tem-se ampliado, uma vez que trouxe o afeto como elemento fundamental. Dessa forma, são também entidades familiares constitucionalmente reconhecidas a união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Doutrina e jurisprudência têm sido responsáveis pela regulação de outros tipos de entidades familiares que, ainda, não encontram previsão no ordenamento jurídico. Uma vez que as mudanças sociais e familiares são uma constante, constata-se que os fatos sociais antecedem a regulamentação jurídica.

A família foi, portanto, “o primeiro agente socializador do ser humano” (DIAS, 2007, p. 28). E, por fundar-se essencialmente no afeto entre seus membros, o direito moderno vem se opondo à estatização do afeto, de forma que a doutrina dominante posiciona-se pela menor intervenção possível do Estado nas relações familiares. Maria Berenice Dias (2007, p. 28) considera, inclusive, que a família “de há muito deixou de ser uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade”.

Não se fala em decadência da família, mas de mudança de paradigmas. O afastamento entre o público e o privado também provoca repercussões familiares. A especial proteção pelo Estado à família não afasta a relação privada entre seus membros, não podendo o Estado intervir restringindo a autonomia privada, limitando a vontade e a liberdade dos componentes das entidades familiares (PEREIRA, 2005, p. 153). Ressalte-se, ainda, a aplicabilidade do princípio da mínima intervenção estatal, como reflexo da desestatização do afeto.

A concepção familiar pré-Constituição Federal de 1988 guardava elementos da conceituação de Clóvis Bevilacqua (2001, p.30), para quem a família correspondia ao “conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consaguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva

progênie”. Os laços biológicos e matrimônio figuravam como únicos elementos formadores da família, revelando um caráter formal para a constituição familiar.

A família de outrora, matrimonial, patriarcalista, hierarquizada, patrimonialista, cede espaço a uma pluralidade familiar, ou seja, diversidade de entidades familiares onde em quaisquer delas o indivíduo pode buscar a realização da dignidade humana. A despatrimonialização proporciona o surgimento da família como local de realização pessoal e afetiva. Entende-se lar familiar como Lugar de Afeto e Respeito – LAR (DIAS, 2007, p. 49).

Com a mudança de valores sociais, a Constituição vigente ampliou a definição de família, que atualmente não corresponde a um modelo estanque, mas composta por uma diversidade de entidades familiares. Essa diversidade revela o caráter plural da família que, não obstante as diferenças existentes entre os variados tipos familiares, todos guardam entre si um elemento formador: o afeto.

A Constituição em seu artigo 226 apresenta um rol exemplificativo de entidades familiares, composto expressamente de: família matrimonial, família informal ou união estável e família monoparental. Em momento algum o constituinte pretendeu limitar ou excluir alguma entidade familiar. Ocorre que o texto constante na Constituição revela a época histórica em que foi elaborada. Por essa razão, também, é que a união estável, prevista como entidade familiar no texto constitucional originário, permaneceu sem regulamentação até a publicação das leis 8.971/1994 e, posteriormente, da lei 9.278/1996.

A mudança do paradigma formador da família, o qual corresponde atualmente no afeto, é um reflexo da mudança dos valores sociais e, conseqüentemente, familiares, o que provoca repercussões na ordem jurídica. Nesse sentido, Gustavo Tepedino (2004, p. 372) acredita haver:

relatividade do conceito de família que, alterando-se continuamente, se renova como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. Além disso, ajuda a compreender que qualquer estudo sobre o tema deve pressupor a correta interpretação do momento histórico e do sistema normativo vigente. No caso brasileiro, há de se verificar, com base nos valores constitucionais, os novos contornos do direito de família, definindo-se, a partir daí, a disciplina jurídica das entidades familiares.

A família, outrossim, encontra-se em constante transformação, contudo isso não significa dizer que estaria fadada ao fim. Tomando-a como base da sociedade, a família apenas sofre metamorfoses, alterando-se conforme os valores religiosos, culturais e sociais de um determinado tempo e espaço.

Elisabeth Roudinesco (2003, p. 19) explica a evolução familiar, dividindo-a em três momentos: a família tradicional, a moderna e a pós-moderna.

Podemos distinguir três grandes períodos na evolução da família. Numa primeira fase, a família dita 'tradicional' serve acima de tudo para assegurar a transmissão de um patrimônio. Os casamentos são então arranjados entre os pais sem que a vida sexual e afetiva dos futuros esposos, em geral unidos em idade precoce, seja levada em conta. Nessa ótica, a célula familiar repousa em uma ordem do mundo imutável e inteiramente submetida a uma autoridade patriarcal, verdadeira transposição da monarquia de direito divino. Numa segunda fase, a família dita 'moderna' torna-se o receptáculo de uma lógica afetiva cujo modelo se impõe entre o final do século XVIII e meados do XX. Fundada no amor romântico, ela sanciona a reciprocidade dos sentimentos e os desejos carnis por intermédio do casamento. Mas valoriza também a divisão do trabalho entre os esposos, fazendo ao mesmo tempo do filho um sujeito cuja educação sua nação é encarregada de assegurar. A atribuição da autoridade torna-se então motivo de uma divisão incessante entre o Estado e os pais, de um lado, e entre os pais e as mães, de outro. Finalmente, a partir dos anos 1960, impõe-se a família dita 'contemporânea' – ou 'pós-moderna' -, que une, ao longo de uma duração relativa, dois indivíduos em busca de relações íntimas ou realização sexual. A transmissão da autoridade vai se tornando então cada vez mais problemática à medida que divórcios, separações e recomposições conjugais aumentam.

A família tradicional caracteriza-se pelo patriarcalismo, identificando-se o pai, chefe da família, à figura real, divina. Marcada pela autoridade do marido, mulher e filhos subordinam ao homem/pai. Trata-se de uma entidade formada pelo casamento, marcada pela desigualdade entre os cônjuges e os filhos. Além de hierarquizada, também é patrimonialista, tendo seus membros como força de trabalho, unidades de produção.

A mudança do papel feminino, advinda dentre outros motivos da sua necessária entrada no mercado de trabalho, gerou transformações significativas no ambiente familiar.

A luta pela igualdade de gênero trouxe reflexos nas relações familiares, surgindo, assim, a família moderna. Diferentemente da tradicional, aquela se funda no amor, na vontade de ambos os nubentes de unirem-se pelo laço matrimonial.

Entende como família apenas a resultante do vínculo conjugal, entretanto já prevê direitos e deveres a ambos os cônjuges e a possibilidade de divorciar-se.

Nesse contexto, Clóvis Bevilacqua (2001, p. 31), afirma que “os diferentes modos pelos quais se podem estabelecer as relações entre os cônjuges e os filhos determinam várias formas de família”. Logo, o reflexo dos valores da família tradicional desemboca no âmbito jurídico com a limitação da concepção familiar, admitindo-se como família apenas aquela advinda do casamento.

A família pós-moderna, por sua vez, é marcada pelo afeto e pela pluralidade. Não obstante o Estado proteja a família e implicitamente preveja o direito fundamental ao convívio familiar, o que está em voga é a desestatização do afeto. Por tratar-se a família de uma relação entre particulares, não poderia o Estado intervir, senão para garantir a prevalência de direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

A pluralidade revela uma face do Estado Democrático de Direito. Para assegurar a democracia é necessário assegurar o pluralismo. Como poderia ser livre o homem se a ele somente fosse possível enquadrar-se num único modelo familiar existente? Não há, portanto, “o” modelo de família, mas relações familiares marcadas pelo afeto que poderão ser entendidas juridicamente como entidade familiar a título de merecimento de especial proteção do Estado.

Fala-se aqui, também, em família democrática, na qual as relações entre seus membros são regidas pela igualdade e liberdade. Não somente os pais, mas seus filhos possuem direito de participar das decisões familiares. Desaparece a hierarquia entre pais, bem como entre filhos legítimos e ilegítimos, deixando até mesmo de ser referenciada esta última expressão.

José Renato Nalini (2009, p. 399-400) apresenta o quadro da família pós-moderna:

Arranjos pós-modernos salientam a tolerância de práticas que o tradicionalismo repudiaria. Ex-casais se freqüentam para visitar, assistir socorrer, infelizmente sepultar ou – o que é mais prazeroso – para festejar com os filhos comuns. Proles diversas convivem e não se estranham. Filhos aprendem a partilhar com os enteados do pai ou da mãe os seus espaços, seus pertences e seu tempo.

A filha solteira grávida já não tem de sair de casa, banida, repudiada. Pais assumem a criação dos netos e se renovam no contato com a infância. Filhos que preferem iguais já não são ignorados. Convivem diversas formas de reação. Mas a mídia investe massivamente para atenuar a indignação e a revolta. Contribui para evidenciar que o mundo mudou e que o preconceito é crime. Respeitar as diferenças é um valor republicano. É um dever cívico do Estado democrático de direito que o Brasil perfilhou. O valor família continua a residir em todos os discursos. Mas é uma família diferente. Múltiplas as suas conformações. Impossível concluir que uma delas seja vedada pelo ordenamento. O mundo é como é, não como cada um gostaria de que ele fosse.

Não obstante as transformações constatadas, não se pode afirmar que as famílias tradicional e moderna não mais existem. A família pós-moderna é uma realidade a qual coexiste com diversos lares familiares onde predominam ideias mais tradicionais. Esse fato, inclusive, revela o respeito que se deve ter à esfera privada, sem, contudo, afastar a especial proteção do Estado à família, bem como valores constitucionais como liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Sobre o assunto, José Renato Nalini (2009, p. 398) defende que:

Se o fenômeno da transformação dessa entidade chamada família é universal, no Brasil a questão é muito mais trágica. E por quê? Porque o Brasil – instância adequada ao aprofundamento dos estudos antropológicos – é um arquipélago em que convivem muitas ilhas. Ilhas pré-históricas, medievais, modernas e pós-modernas. Tudo às vezes no mesmo espaço físico.

Segundo Luiz Edson Fachin (2003, p. 10), “o corpo da família sem deixar de ser o que é, vive a paixão de ser outro. Sobrevive, pois, na razão jurídica e no espaço social, prefaciando o futuro com a afirmação de sua história em contínua reconstrução, não raro com especial valor ao afeto”.

A propósito, José Renato Nalini (2009, p. 414) entende que a família poderia ser entendida, então, como uma comunidade de amor formada por “um grupo de pessoas que se irmana, se reconhece como portadora de tradições comuns, interesses e afinidades comuns, preordenada a satisfazer a realização pessoal de cada integrante seu, até que todos atinjam a plenitude possível ao ser humano”.

Nas palavras de Hanna Arendt (2008, p. 16), “a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”. E, com a família, também não poderia ser diferente, razão pela qual se fala em famílias plurais, diversidade de entidades familiares.

Partindo-se desse pressuposto, tem-se a família contemporânea – pós-moderna – como instrumento de realização da dignidade humana. Deve o estado, portanto, tutelar adequadamente os interesses dos membros familiares. Para Cristiano Chaves de Farias (2006, p. 2-3), seria a entidade familiar:

[...] o fenômeno humano que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la, senão à luz da interdisciplinaridade, máxime na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas.

[...]

Sobreleva, assim, perceber que as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes na perspectiva espaço-temporal, pretendendo atender às expectativas da sociedade e às necessidades do próprio homem.

Destaca-se, portanto, a necessidade de existência de um ramo próprio do Direito para regular as relações familiares. De tal orientação não diverge Clóvis Bevilacqua (2001, p. 33-34):

Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, fácil é de ver que se torna ela potente foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que é preciso conhecer e firmar. É um círculo dentro do qual se agitam e se movem ações e reações estimuladas por sentimentos e interesses especiais, que lhes emprestam feição suficientemente caracterizada, para exigirem classe à parte, na distribuição das matérias do direito privado.

A regulamentação do casamento, seus efeitos pessoais e econômicos, sua duração e dissolução, a determinação do parentesco, do dever de alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela, são os enfeixamentos de relações principais, que se originam da família e cuja exposição pertence a esta parte do direito civil, a que se dá o título de – direito de família.

O mencionado doutrinador restringe-se basicamente à regulação das relações advindas do casamento, que seria a “regulamentação social do instinto de reprodução, trabalhada de um modo lento, através de muitas e diversíssimas vicissitudes, até a acentuação de sua forma vigente entre os povos cultos” (BEVILAQUA, 1976, p. 33).

A doutrina civilista clássica, nas palavras de Washington de Barros Monteiro (1999, p. 5), entende que o Direito de Família tem o objetivo de “tutelar o grupo

familiar no interesse do Estado”. Maria Helena Diniz (2001, p. 3) afirma que “é o ramo do direito civil concernente às relações unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial”. Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 24) diz que é o direito civilista “integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social”. Observa-se, portanto, a evolução do Direito de Família, afastando-se do conceito restrito exclusivamente ao casamento e seus efeitos.

Atualmente, por “Direito das Famílias” entende-se simplesmente aquele que tem por objeto as relações afetivas (DIAS, 2007, p. 29). Independentemente da existência ou não de casamento civil ou religioso, união estável ou homoafetiva, filhos havidos naturalmente ou através de reprodução assistida, o direito de família regulará as relações em que o afeto seja seu elemento fundamental.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu corpo proteção expressa à família, considerando-a como base da sociedade e garantindo-lhe especial proteção do Estado. O ordenamento constitucional ainda prevê o casamento civil, o casamento religioso com efeitos civis, o reconhecimento da união estável bem como de outras entidades como familiares, os direitos e deveres iguais entre os cônjuges ou companheiros, a possibilidade de dissolução do laço conjugal e outros aspectos. Algumas previsões mencionadas, como, por exemplo, o reconhecimento da união estável entre homem e mulher, são recentes em nosso ordenamento. Isso revela o caráter evolucionista do direito e de que as normas surgem para regular fatos preexistentes. Maria Berenice Dias (2007, p. 25-26) não diverge ao afirmar que:

Pretende o direito, em tese, abarcar todas as situações fáticas em seu âmbito de regulamentação. Daí a instituição de modelos preestabelecidos de relações juridicamente relevantes a sustentar o mito da completude do ordenamento. Entretanto, a realidade social é dinâmica e multifacetada. Ainda que tente a lei prever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação. A moldura dos valores juridicamente relevantes torna-se demasiado estreita para a riqueza dos fatos concretos. A realidade sempre antecede ao direito, os atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas de modo reiterado. A existência de lacunas do direito é decorrência lógica do sistema e surge no momento da aplicação do direito a um caso *sub judice* não previsto pela ordem jurídica.

A união homoafetiva é um exemplo de lacuna no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um fato que ainda se encontra pendente de previsão legal, mas que o Congresso, nem a sociedade, poderão continuar “fechando os olhos” para a existência desse fato social, que traz consequências, haja vista gerar efeitos de ordem afetiva e patrimonial.

A análise da conjuntura atual em que se encontra o Direito de Família no Brasil revela uma evolução jurídica ao longo da formação da sociedade brasileira. E, não obstante o Direito de Família enquadre-se no ramo do Direito Privado, é importante registrar que o chamado neoconstitucionalismo trouxe a necessidade da interpretação conforme a Constituição. Logo, hoje o que predomina é a constitucionalização do Direito Privado. Sobre o assunto, Ingo Sarlet (2006, p. 576-577) afirma:

A assim designada constitucionalização do Direito (e, portanto, também do Direito privado) se manifesta por duas vias: a) a presença da Constituição no Direito Privado, onde se cuida da influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e/ou judicial sobre as normas do Direito Privado e as relações entre particulares, e b) a presença do Direito Privado na Constituição, onde se cuida de institutos originalmente do Direito Privado previstos na Constituição – que, por sua vez, irá influenciar o Direito Privado – situação em que, no fundo, se está a falar de direito constitucional e não propriamente de direito civil-constitucional.

No que tange ao estudo do Direito de Família à luz da Constituição, Maria Berenice Dias (2009, p. 163) entende da seguinte forma:

O Direito de Família, ao receber o influxo do Direito Constitucional, foi alvo de uma profunda transformação e ocasionou uma verdadeira revolução ao banir discriminações no campo das relações familiares. [...] Foi derogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais, além de alargar o conceito de família para além do casamento. A Constituição Federal ao outorgar proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, que albergou vínculos afetivos outros. É meramente exemplificativo o enunciado constitucional ao fazer referência expressa à união estável entre um homem e uma mulher e às relações de um dos ascendentes com sua prole. [...]

Pluralizou-se o conceito de família, que não mais se identifica pela celebração do matrimônio. Não há como afirmar que o art. 226, §3º, da CF, ao mencionar a união estável formada entre um homem e uma mulher, reconheceu somente esta convivência como digna da proteção do Estado. O que existe é uma simples recomendação em transformá-la em casamento. Em nenhum momento foi dito não existirem entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo. Exigir a diferenciação de sexos do casal para merecer a proteção do Estado é fazer ‘distinção odiosa’, postura

nitidamente discriminatória que contraria o princípio da igualdade ignorando a existência de vedação de diferenciar pessoas em razão de seu sexo.

No tocante à família constitucionalizada, Paulo Luiz Netto Lôbo (2006, p. 6) dispõe:

As constituições modernas, quando trataram da família, partiram sempre do modelo preferencial da entidade matrimonializada. Não é comum a tutela explícita das demais entidades familiares. Sem embargo, a legislação infraconstitucional de vários países ocidentais tem avançado, desde as duas últimas décadas do século XX, no sentido de atribuir efeitos jurídicos próprios de direito de família às demais entidades socioafetivas, incluindo as uniões homossexuais. A Constituição brasileira inovou, reconhecendo não apenas a entidade matrimonializada, mas outras duas explicitamente, além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas.

A família pós-moderna encontra respaldo, portanto, na Constituição Federal de 1988, sem que haja a expressa previsão do rol de todas as entidades familiares existentes. Mesmo porque tal feito seria impossível em virtude da constante transformação vivenciada pela família.

Uma vez estabelecidos pressupostos acerca da mudança da concepção jurídico-constitucional da família, necessário se faz estabelecer critérios interpretativos adequados à realidade familiar.

Partindo-se de uma análise constitucional, observa-se que toda e qualquer interpretação normativa deve ter como fundamento a dignidade humana, principalmente levando-se em consideração que a atual concepção familiar revela seu caráter instrumental, ou seja, a família como “instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana” (TEPEDINO, 2004, p. 404).

Logo, deverá o julgador brasileiro atentar-se para tais pressupostos ao analisar casos em que haja a necessidade de enquadrar determinados relacionamentos, como entidade familiar ou não, e as consequências advindas dessa declaração. Afinal, sabe-se há uma diversidade de entidades familiares, falando-se, hoje, em famílias plurais. Segundo Luiz Edson Fachin (2003, p. 6-9):

Progressivamente, com o surgimento do desenho de afeto no plano dos fatos, ela [a família] se inscreve numa trajetória de direitos subjetivos: de espaço do poder se abre para o terreno da liberdade: o direito de ser ou de estar, e como se quer ser ou estar.

Entre tornar-se conceitualmente família e realizar-se como tal, há uma fenomenal distância. O desenlace do conceito de família-poder para a família-cidadã trata também de um programa a construir, especialmente fundado no valor jurídico do afeto. O tema do afeto ganha espaço na doutrina e na jurisprudência [...].

Não haverá cidadania na família sem a plena cidadania social. Advogamos a formação de conceitos sempre a *posteriori*, especialmente para não enjaular, em *numerus clausus*, a arquitetura que, com base no afeto, pode fazer emergir a família. A jurisprudência deve se abrir para compreender e empreender os novos desafios, sem preconceitos ou visões preconcebidas.

Nesse sentido, deverá o julgador adotar critérios na análise interpretativa dos processos de família de sua competência. Gustavo Tepedino (2004, p. 405-406) defende a existência de dois critérios fundamentais: a) inexistência de preferência ou privilégio de uma entidade familiar em detrimento de outra; e b) interpretação extensiva das normas conjugais que visem a disciplinar o casamento como relação familiar e não como ato jurídico solene.

Buscando garantir, portanto, coerência axiológica aos julgados e não somente adequadas soluções casuísticas isoladas, Gustavo Tepedino (2004, p. 405-406) explica:

Assim, por exemplo, a disciplina do regime de bens e o título sucessório decorrente da qualidade jurídica de pessoa casada, bem como a exigência de outorga do cônjuge para a constituição de fiança. Cuida-se de regras que, por encontrarem justificativa no casamento como ato jurídico, não admitem interpretação extensiva para entidades desprovidas daquele ato solene de constituição. Tais normas incidem exclusivamente sobre as relações constituídas pelo casamento, título indispensável à sua aplicação em razão da segurança jurídica. A publicidade inerente à qualidade de pessoa casada vincula-se à *ratio* de tais normas, sendo dado a qualquer interessado constatar, junto aos registros públicos, o regime jurídico do cônjuge com quem se pretende negociar ou cuja consistência patrimonial se quer conhecer. [...]

Ao reverso, as normas que têm sua *ratio* vinculada às relações familiares devem ser estendidas a toda e qualquer entidade familiar, nos termos constitucionais, independentemente da origem da família; tenha sido ela constituída por ato jurídico solene ou por relação de fato; seja ela composta por dois cônjuges ou apenas por um dos genitores, juntamente com seus descendentes. Não há razão, por exemplo, para que um conflito relacionado a qualquer das modalidades constitucionais de entidade familiar seja submetido a uma Vara cível, quando na comarca haja Vara especializada em matéria de família. Tratar-se-ia de discriminação intolerável por parte da lei estadual de organização judiciária.

Os magistrados do Brasil enfrentam dificuldades morais e culturais ao se manifestarem em lides familiares, haja vista muitos ainda se encontrarem arraigados a valores tradicionais e incompatíveis com a base axiológica da Constituição.

Entretanto, essa realidade também se encontra em transformação. Os entendimentos jurisprudenciais a seguir comprovam a existência de julgadores brasileiros empenhados em coadunar suas decisões com os valores da família contemporânea, sem afastar, contudo, a análise do caso concreto que lhe é apresentado. Primeiramente, apresenta-se entendimento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça favorável à possibilidade de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo Poder Judiciário, fundamentando-se principalmente na inexistência de vedação explícita pelo ordenamento brasileiro; em seguida, ainda sobre o reconhecimento da união homoafetiva, segue decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, possibilitando a estipulação de companheiro homossexual como dependente junto ao órgão previdenciário:

Processo: REsp 820475 / RJ RECURSO ESPECIAL 2006/0034525-4  
Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO Órgão julgador: T4 - QUARTA TURMA Data do julgamento: 02/09/2008 Data da publicação: DJe 06/10/2008 EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC.POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 7. Recurso especial conhecido e provido.

Número do processo: 1.0024.07.776452-0/001(1) Relator: UNIAS SILVA Relator do Acórdão: UNIAS SILVA Data do Julgamento: 23/09/2008 Data da Publicação: 10/10/2008 Inteiro Teor: EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA

- RECONHECIMENTO DE DIREITO AO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - CONTRATO FIRMADO COM ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - UNIÃO HOMOAFETIVA COMPROVADA - TENTATIVA DE INCLUSÃO DO COMPANHEIRO COMO DEPENDENTE - INÉRCIA DA CONTRATADA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL QUE VEDE A POSSIBILIDADE DO SEGURADO POSSUIR UM COMPANHEIRO OU COMPANHEIRA - VEDAÇÃO QUE CASO EXISTISSE SERIA NULA DE PLENO DIREITO - PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA QUE NÃO É ACEITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL RESTRITIVA DE DIREITOS DO CONTRATANTE - FRUSTRAÇÃO INDEVIDA DE SUAS EXPECTATIVAS - OBRIGAÇÃO DE PAGAR A PENSÃO PREVIDENCIÁRIA DECORRENTE DA MORTE DO COMPANHEIRO QUE DEVE SER DECRETADA PELO PODER JUDICIÁRIO. - Comprovada a existência de união estável homoafetiva, bem como a dependência entre os companheiros e o caráter de entidade familiar externado na relação, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente o direito de receber benefícios previdenciários decorrentes de plano de previdência privada. Tolher o companheiro sobrevivente do recebimento do benefício previdenciário, ensejaria o enriquecimento sem causa da entidade de previdência privada, que permitia quando da celebração do contrato que o segurado possuísse companheiro e ainda garantia, que este seria beneficiário do plano quando algum sinistro ocorresse, portanto, o fato de tal companheiro ser do mesmo sexo do contratante (união homoafetiva) jamais enseja um desequilíbrio nos cálculos atuariais a impedir o pagamento pleiteado, prejuízos esses, os quais sequer foram comprovados nos autos. (MINAS GERAIS. TJ do Estado de Minas Gerais, A.C. 1.0024.07.776452-0/001(1), Dês. Unias Silva, 10/10/2008)

Importante mencionar que se encontra em trâmite no Congresso Nacional o projeto de lei nº 2.285/2007, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família e apresentado pelo deputado do Partido dos trabalhadores da Bahia, Sérgio Barradas Carneiro, que tem por objetivo a compilação das normas familiaristas e sucessórias em um microordenamento chamado Estatuto das Famílias. O artigo 68<sup>28</sup> do referido Estatuto prevê expressamente a união homoafetiva como entidade familiar, passível, portanto, de produzir efeitos jurídicos

No caso abaixo, constata-se a aplicação da Lei “Maria da Penha” à violência ocorrida entre um casal de namorados. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que, não obstante a imprescindibilidade da análise casuística, a tipificação no crime de violência doméstica pode alcançar relações íntimas afetivas independentemente de coabitação entre o casal.

---

<sup>28</sup> “Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável. Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se: I – guarda e convivência com os filhos; II – a adoção de filhos; III – direito previdenciário; IV – direito à herança”.

Informativo 388 do STJ. Lei Maria da Penha. Ex-namorada. Relação íntima. Afeto. Tribunal Julgador: STJ. LEI MARIA DA PENHA. EX-NAMORADA. RELAÇÃO ÍNTIMA. AFETO. Na espécie, foi lavrado termo circunstanciado para apurar a conduta do réu, suspeito de ameaçar sua ex-namorada. O juízo de Direito declinou da competência para o juizado especial, aduzindo que a conduta narrada nos autos não se encontra dentro das perspectivas e finalidades inerentes à Lei da Violência Doméstica. Por sua vez, o juizado especial criminal entendeu por suscitar conflito perante o Tribunal de Justiça, pois o caso em análise enquadrar-se-ia na Lei Maria da Penha, e este declinou da competência para o STJ. A Min. Relatora entendeu que a Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Contudo é necessário salientar que a aplicabilidade da mencionada legislação a relações íntimas de afeto, como o namoro, deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo 'relação íntima de afeto' para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico. In casu, verifica-se nexos de causalidade entre a conduta criminosa e a relação de intimidade existente entre agressor e vítima, que estaria sendo ameaçada de morte após romper o namoro de quase dois anos, situação apta a atrair a incidência da referida lei. Assim, a Seção conheceu do conflito para declarar a competência do juízo de Direito. Precedente citado: CC 90.767-MG, DJe 19/12/2008. CC 100.654-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 25/3/2009. (BRASIL. STJ, 2010, *online*)

A 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pelo reconhecimento de união estável existente em concomitância com o casamento, relativizando-se a monogamia, entendida por Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p.107) como “princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental:

Número do processo: 1.0017.05.016882-6/003(1) Apelação Cível Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: MARIA ELZA Relator do Acórdão: MARIA ELZA Data do Julgamento: 20/11/2008 Data da Publicação: 10/12/2008 EMENTA: DIREITO DAS FAMÍLIAS. UNIÃO ESTÁVEL CONTEMPORÂNEA A CASAMENTO. UNIÃO DÚPLICE. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO FACE ÀS PECULIARIDADES DO CASO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ao longo de vinte e cinco anos, a apelante e o apelado mantiveram um relacionamento afetivo, que possibilitou o nascimento de três filhos. Nesse período de convivência afetiva - pública, contínua e duradoura - um cuidou do outro, amorosamente, emocionalmente, materialmente, fisicamente e sexualmente. Durante esses anos, amaram, sofreram, brigaram, reconciliaram, choraram, riram, cresceram, evoluíram, criaram os filhos e cuidaram dos netos. Tais fatos comprovam a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isso é família. O que no caso é polêmico é o fato de o apelado, à época dos fatos, estar casado civilmente. Há, ainda, dificuldade de o Poder Judiciário lidar com a existência de uniões dúplices. Há muito moralismo, conservadorismo e preconceito em matéria de Direito de Família. No caso dos autos, a apelada, além de compartilhar o leito com o apelado, também compartilhou a vida em todos os seus aspectos. Ela não é concubina - palavra preconceituosa - mas companheira. Por tal razão, possui direito a reclamar pelo fim da união estável. Entender o contrário é estabelecer um

retrocesso em relação a lentas e sofridas conquistas da mulher para ser tratada como sujeito de igualdade jurídica e de igualdade social. Negar a existência de união estável, quando um dos companheiros é casado, é solução fácil. Mantém-se ao desamparo do Direito, na clandestinidade, o que parte da sociedade prefere esconder. Como se uma suposta invisibilidade fosse capaz de negar a existência de um fato social que sempre aconteceu, acontece e continuará acontecendo. A solução para tais uniões está em reconhecer que ela gera efeitos jurídicos, de forma a evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. (MINAS GERAIS, 2010, *online*)

O próximo caso refere-se à preponderância do elemento afetivo sobre o biológico para a formação da família. Assim, foi decidido pela improcedência do pedido de investigação de paternidade vez que o investigador afirmou desde o início sobre a identificação plena existente entre seu pai registral e sócioafetivo.

APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE SE SOBREPÕE AO VÍNCULO BIOLÓGICO. É absolutamente certo e inquestionável, até admitido pelo autor desde o início da ação, que o pai registral é o verdadeiro pai há quase vinte anos. A paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica. NEGARAM PROVIMENTO. POR MAIORIA. APELAÇÃO CÍVEL. OITAVA CÂMARA CÍVEL Nº 70018836130 COMARCA DE GRAVATAÍ. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, vencido o Relator, em negar provimento ao apelo. Custas na forma da lei. Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA. Porto Alegre, 03 de maio de 2007. DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS, Presidente e Relator. DES. RUI PORTANOVA, Revisor e Redator.

Outro exemplo relativo à percepção contemporânea da família pode ser verificado mediante a apreciação do atual entendimento dominante da jurisprudência acerca do bem de família, que pode ser considerado como tal por pessoas que dividam um espaço comum, independentemente do seu grau de parentesco e, inclusive, por pessoas que vivam solitariamente em suas residências.

RESP 159851/SP; RECURSO ESPECIAL (1997/0092092-5) DJ DATA: 22/06/1998 PG:00100 Relator(a) Min. RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) Data da Decisão 19/03/1998 Ementa Execução. Embargos de terceiro. Lei 8009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família. Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza da proteção de impenhorabilidade, prevista na lei 8009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. Recurso conhecido e provido.

RESP 182223/SP; RECURSO ESPECIAL (1998/0052764-8) DJ DATA: 10/05/1999 PG:00234 REP DJ DATA:20/09/1999 PG:00090 Relator(a) Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (1084) Data da Decisão 19/08/1999

Ementa RESP - CIVIL - IMÓVEL - IMPENHORABILIDADE - A Lei nº 8.009/90, o art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. *Data venia*, a Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. Decisão de 19/08/1999: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, retificando decisão proferida na sessão de 17.12.98, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Fernando Gonçalves e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro William Patterson.

Com efeito, constata-se a transformação sócio-jurídica da concepção familiar, que sofreu metamorfose de ordem valorativa e, não obstante, encontra respaldo na constituição vigente. E a jurisprudência, por sua vez, também se manifesta, ainda que lentamente, no mesmo sentido, entendendo pela existência de famílias plurais fundadas no afeto.

Uma vez tecidas as considerações supra, consiste o fenômeno da repersonalização das relações familiares na mudança do elemento central entre os entes familiares, o qual deixou de ser o patrimônio, passando a ser a proteção da pessoa humana, a solidariedade, o afeto e o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Nas palavras de Cristiano Chaves Farias (2006, p. 11), “ocupa-se a ciência jurídica em tutelar o ser, garantindo proteção avançada do homem, sobrepujando o ter”.

### **3.3 O parto anônimo e o direito ao livre planejamento familiar**

O direito ao livre planejamento familiar encontra-se previsto no artigo 226, §7º da Constituição Federal:

fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, [...] competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Rosalice Fidalgo Pinheiro (2008, p. 289) retrata o direito ao livre planejamento familiar a partir da cláusula geral de tutela humana, dispondo que:

[...] o Estado elege uma regulamentação jurídica aberta, traçando valores e princípios contidos em cláusulas gerais. Paradoxalmente, esta é a técnica legislativa que se mostra como mais adequada para limitar e promover a liberdade dos sujeitos de direito. Identificada tão-somente à liberdade econômica pelo Direito Privado Moderno, ela se traduz em manifestação da personalidade humana. Contudo, esses sentidos não seguem caminhos opostos; antes, convergem para encontrar significado na 'cláusula geral de tutela da pessoa humana'.

Ao enunciar o planejamento familiar, no art. 226, §7º, o constituinte vale-se dessa norma aberta, informando-o com os seguintes princípios: i) a dignidade da pessoa humana; ii) a paternidade responsável e iii) o 'paradigma da reserva familiar'.

Com fundamento na cláusula de abertura do art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, e com conteúdo materialmente amparado na dignidade humana, o livre planejamento familiar é sim um direito fundamental, o qual também pode ser entendido como liberdade reprodutiva e de procriação.

O direito à reprodução, ou o direito a procriar, entendido como “uma das manifestações dos direitos fundamentais e, desse modo, essencial ao respeito à integridade físico-psíquica da pessoa humana” (GAMA, 2003, p. 708) revela-se como uma vertente do planejamento familiar. E, ainda:

[...] o direito à reprodução deve ser reconhecido no âmbito constitucional como direito fundamental, a princípio como reflexo – ou uma das manifestações – do princípio e direito à liberdade, daí a procriação natural em que o homem e a mulher, na esfera do mais privado dos interesses – resolvem manter relação sexual e, responsabilmente, concebem um novo ser dentro do projeto parental que decidiram concretizar.

A emancipação feminina e o avanço da medicina, com o desenvolvimento de métodos contraceptivos como o anticoncepcional, proporcionaram a preocupação com o direito ao livre planejamento familiar, o qual deve ser exercido de forma responsável e, também, sem olvidar da doutrina da proteção integral da criança.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 709), liberdade e responsabilidade também caminham juntas no exercício do direito ao planejamento familiar:

Diante do exposto na norma constitucional relativamente ao planejamento familiar, é perfeitamente invocável o direito de liberdade constante do artigo 5º, *caput* e inciso II, da Magna Carta, com a observância de que o exercício da liberdade pressupõe responsabilidade e a existência de limites imanentes, considerando o postulado basilar da convivência em grupo, ou seja, o respeito à dignidade e aos demais valores e bens jurídicos das outras pessoas no exercício de seus direitos fundamentais.

Importante ressaltar que o planejamento familiar insere-se num espaço de não-intervenção estatal (PINHEIRO, 2008, p. 288). No entanto, cabe ao Estado oferecer mecanismos preventivos e remediativos de planejamento familiar, mediante políticas públicas. Dessa forma, pode o indivíduo exercer livremente e de forma efetiva o direito fundamental ao livre planejamento familiar.

Acerca da implementação de políticas públicas, Ana Paula de Barcellos (2006, p. 40-41) afirma que:

[...] compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.

No tocante aos mecanismos de ordem preventiva, é imprescindível proporcionar o acesso aos métodos pré-conceptivos, como: preservativos, anticoncepcionais, "pílulas do dia seguinte", esterectomia, vasectomia, bem como divulgar informações básicas ao efetivo exercício dos direitos reprodutivos.

Nessa perspectiva, a implementação do direito ao parto em anonimato no Brasil pode revelar-se como política pública de planejamento familiar, assegurando, outrossim, a liberdade de autodeterminação dos pais biológicos e do nascente, o direito ao não exercício da maternidade e da paternidade e o respeito à vida do nascente.

## 4 O PARTO ANÔNIMO E O CUIDADO ENQUANTO VALORES JURÍDICOS

A análise do cuidado enquanto valor jurídico tem sido experimentada no Brasil a partir dos estudos de Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, mediante grupos de estudos entre Brasil e Portugal (PEREIRA, 2008, p. XI). A partir de então, o cuidado vem sendo analisado doutrinariamente no âmbito da infância, da juventude e do idoso.

Importante lembrar que a boa-fé, ao ser inserida no ordenamento brasileiro, passou por uma evolução jurídica semelhante até ser admitida hoje como norma-regra e princípio basilar das relações contratuais, encontrando-se prevista expressamente no Código Civil Brasileiro, a partir de 2003, com a vigência da Lei 10.406/2002. Tal fato revela a transformação sofrida pelo Direito em busca da melhor adequação das normas aos valores sociais vigentes.

Ressalte-se que o cuidado encontra-se presente nas relações interpessoais e institucionais (PEREIRA, 2008, p. XI), sem, contudo, receber atenção própria e individualizada. A sua manifestação é evidente ao deparar-se com uma análise a partir de seus sujeitos: quem deve ser cuidado *versus* quem deve cuidar.

Diante disso, notadamente nas relações familiares, o cuidado deve ser investigado primeiramente como valor jurídico e, posteriormente, como possível princípio constitucional, o que será buscado aqui, objetivando análise mais completa do instituto do parto anônimo no Brasil.

Primeiramente, é importante partir do pressuposto de que o cuidado está intimamente ligado à solidariedade, objetivo e princípio constitucional e direito pleiteado ainda que formalmente na Revolução Francesa. Adriana Antunes M. A. Hapner *et al.* (2008, p. 124-125) afirmam que:

Embora a solidariedade tenha sido posta na base da criação do Estado, que estava no ideário da Revolução Francesa, juntamente com a liberdade e a igualdade, foi ela, a solidariedade, o princípio menos ressaltado, porque inconveniente às pretensões do liberalismo, imperante no século XIX. [...] Todavia, é de se ter em conta que a Constituição insere-se em um contexto completamente diverso daquele que inspirou as codificações oitocentistas. A solidariedade, na Constituição Brasileira de 1988, tem fundamento diverso e, de conseqüência, suas implicações e desdobramentos são outros que não aqueles que resultaram das revoluções burguesas liberais.

A perspectiva constitucional da solidariedade deve ter como destinatário a pessoa humana como um todo e não o indivíduo. Afasta-se o pensamento liberal individualista e volta-se para a o ser humano e sua dignidade enquanto pessoa.

O Direito de Família, conforme já mencionado, sofreu transformações oriundas das mudanças de paradigmas. A repersonalização das relações familiares provocou o surgimento da família eudemonista, tendo o afeto como elemento precípua para a caracterização de uma entidade familiar.

O afeto pode ser estudado também à luz do que entende Leonardo Boff (2005, *online*), para quem o “pathos” (razão) prevalece sobre o “logos” (racional) e que a relação a ser levada em consideração é a sujeito-sujeito e não sujeito-objeto. Nas palavras do mencionado autor:

[...] o dado originário não é o logos (a razão, as estruturas de significação). Mas o pathos (o sentimento, a capacidade de simpatia, de empatia, dedicação, cuidado e de união com o diferente). Tudo começa com o sentimento. É o sentimento que nos faz sensíveis a tudo o que está a nossa volta. Que nos faz gostar ou desgostar. É o sentimento que nos une às coisas e nos envolve com as pessoas. (BOFF, 2005, *online*)

Afeto e cuidado, portanto, estão interligados. Nessa perspectiva, a análise jurídica do cuidado relacionar-se-á com a doutrina da proteção integral da criança, com o instituto da adoção e com a possibilidade do exercício do direito ao parto anônimo no Brasil.

## 4.1 O parto anônimo e a proteção integral da criança

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer em seu artigo 227<sup>29</sup> proteção especial e prioritária à criança pelo Estado, família e sociedade. O Estatuto da Criança e do Adolescente, publicado em 1990, e o Código Civil vigente regulamentam a situação da criança enquanto ser humano e filho. Assim, a criança é reconhecida constitucional e infraconstitucionalmente como sujeito de direitos na sociedade brasileira. É importante o registro de que a doutrina da proteção integral refere-se legal e doutrinariamente à criança e ao adolescente. Contudo, para efeito do presente estudo, realizou-se um corte, objetivando a análise apenas no tocante à criança, tendo em vista o objeto de estudo não se relacionar ao adolescente.

A doutrina da proteção integral fundamenta-se na necessidade de amparo à criança, enquanto pessoa hipossuficiente e dependente de seus tutores legais, bem como pela dignidade humana, buscando assegurar o melhor interesse da criança.

---

<sup>29</sup> “Art. 227/CF. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. §1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos. §2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. §3º - O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins. §4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. §5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. §6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. §7º - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204”.

No tocante às raízes do princípio do melhor interesse da criança, Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 127) escreve:

Em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar, o objetivo era promover sua realização enquanto tal. Por isso, deve-se preservar, ao máximo, aqueles que se encontram em situação de fragilidade. A criança e o adolescente encontram-se nesta posição por estarem em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Assim, têm posição privilegiada na família, de modo que o Direito viu-se compelido a criar formas viabilizadoras deste intento.

Conforme as transformações familiares ocorridas em razão da mudança de paradigma, afastando-se do objetivo patrimonial para o afetivo, a pessoa humana passa a receber destaque e o sujeito torna-se valorizado como figura central da ordem jurídica (PEREIRA, 2006, p. 126-127). Tal evolução remete-se ao processo de repersonalização das relações familiares, já explicado em tópico anterior.

O mencionado autor defende ainda que se trata de um princípio “veiculador da Doutrina da Proteção Integral, que contém em seu bojo o Princípio da Paternidade Responsável” (PEREIRA, 2006, p. 128).

A doutrina da proteção integral também alberga o direito à convivência familiar, e o princípio da paternidade responsável. O primeiro encontra-se previsto expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente como direito fundamental, e já foi aqui tratado enquanto direito à convivência familiar afetiva. O segundo merece maior destaque nesse contexto.

Primeiramente, é cabível uma crítica à nomenclatura “paternidade”, haja vista a ausência de referência à figura materna, conforme entende Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 152-453), que defende a expressão “parentalidade responsável” como nomenclatura mais completa. Uma vez esclarecida sua terminologia, ressalte-se a conceituação do referido princípio por Rosalice Fidalgo Pinheiro (2008, p. 291):

[...] norteia a composição da família, conferindo à paternidade novo significado: não se trata apenas de ‘prover e cuidar da prole’, mas de promover o desenvolvimento do filho como pessoa. Desvinculada do aspecto tão-somente biológico, a paternidade revela-se como uma opção, e não como uma imposição, capaz de conduzir os filhos à autonomia e ao encontro de sua identidade.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 444-453), por seu turno, estabelece um liame entre parentalidade responsável e direito reprodutivo, entendido este último como o “livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”:

A noção de parentalidade responsável [...] traz ínsita a idéia inerente às conseqüências do exercício dos direitos reprodutivos pelas pessoas humanas – normalmente na plenitude da capacidade de fato, mas sem excluir as crianças e os adolescentes que, em idade prematura, vem a exercê-lo – no campo do Direito de Família relacionado aos vínculos paterno-materno-filiais. Sem levar em conta outros dados limitadores – como a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança –, a parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal, ou com recurso a alguma técnica reprodutiva.

Ainda acerca da doutrina da proteção integral da criança, Tânia da Silva Pereira (2008, p. 308) afirma:

[...] Se o Direito brasileiro pode se vangloriar da presença permanente da Declaração de Direitos e Garantias Individuais do Cidadão, Constituição de 88, além de enumerá-los exaustivamente no art. 5º, introduz na Doutrina Constitucional a declaração especial dos Direitos Fundamentais da Infância-Adolescência (art. 227-CF), proclamando a ‘Doutrina Jurídica da Proteção Integral’ e consagrando os direitos específicos que devem ser universalmente reconhecidos.

Ressalte-se que a proteção integral, segundo Tânia da Silva Pereira (2008, p. 338), “é um dever social, e como norma constitucional não é sugestão ou conselho, é determinação”. Nesse sentido, os defensores do parto em anonimato alegam que a sua institucionalização proporcionaria a efetivação da doutrina da proteção integral, preservando o melhor interesse da criança, uma vez que lhe asseguraria o respeito à vida digna, evitando abortos e garantindo-lhe a oportunidade de efetivar seu direito à convivência familiar afetiva. Nesse sentido, Fabíola Santos Albuquerque (2008, p. 158-159) entende que o parto anônimo:

[...] é o único instituto que, por ora, se apresenta com uma função prestante, ainda que não seja a melhor e a mais indicada, qual seja: garantir a vida, a integridade e a dignidade da criança que a mãe não pode ou não desejou criar.

[...]

Os desafios estão postos e precisam ser enfrentados e o parto anônimo é um deles, mas urge sua positivação como alternativa jurídica para reduzir o número de abortos e abandono de crianças.

Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Ribeiro (2008, p. 163) também asseveram que, num contexto onde o abandono selvagem é uma realidade presente no Brasil, surge o parto em anonimato como uma possível solução. E mais:

Essa desvinculação mãe-bebê não precisa ocorrer de forma clandestina, à margem dos direitos fundamentais. Nesse primeiro momento, o parto anônimo alia o direito à vida, saúde e dignidade do recém nascido ao direito de liberdade da mãe. A criança é entregue a Hospitais ou Instituições especializadas que irão cuidar de sua saúde e em seguida irão encaminhá-lo à adoção, assegurando a potencial chance de convivência em família substituta. Por sua vez, a mãe terá assegurada a liberdade de dispor do filho biológico sem ser condenada. (PEREIRA; RIBEIRO, 2008, p. 163)

A liberdade da mãe biológica é o que asseguraria sua tranquilidade em entregar seu filho em segurança, preservando o melhor interesse da criança, mediante a efetivação do respeito à vida e da convivência familiar afetiva.

Em contraposição, Luiz Edson Fachin *et al.* (2009, *online*) entendem que a ausência de estudos científicos de natureza quantitativa com dados acerca do número de abandono de crianças no país, bem como o número de abandono selvagem e abortos resultam num descrédito ao projeto de lei nº 3.220/08, considerando suas motivações apenas de ordem midiática. Defendem, também, que alguns questionamentos de mérito devem ser formulados antes da apresentação de um projeto legislativo como o que institui o parto anônimo no Brasil. Dentre eles, o seguinte:

De alguma forma, a possibilidade do parto anônimo não poderia incentivar a irresponsabilidade e reificação do humano? Uma gravidez indesejada se resolveria com a entrega de seu produto a uma unidade de saúde. Quanto menos responsáveis, menos humanos nos tornamos. Limite e responsabilidade num país e numa sociedade frágeis, sem a função paterna presente e exercida, abre as portas para mais uma hemorragia legislativa, supondo que as leis podem mudar as condições materiais de um povo, isto é, mais uma transformação a partir da elite dominante.

No mesmo sentido, Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay de Azambuja (2008, p. 73) consideram o projeto de lei nº 3.220/2008 desnecessário, tendo em vista “o não aprofundamento psicossocial com que o Projeto trata as causas da violência e ataques a recém-nascidos, salientados pela mídia”, bem como a existência de procedimento próprio para a entrega do filho indesejado pelos pais, conforme previsto no artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente. E continuam:

Pretender acabar com a forma trágica com que os abandonos ocorrem, instituindo o parto, a mãe e o filho anônimos, num verdadeiro conluio de negação e clandestinidade como vem afirmado na parte final da justificativa, em plena égide da Constituição Federal de 1988 é, no mínimo, um retrocesso inaceitável.

Feitas as breves reflexões, constata-se que a justificativa do projeto de lei nº 3.220/2008 é legítima e confirma a busca pela efetivação da doutrina da proteção integral da criança. Porém, o trágico fim das rodas dos expostos e a polêmica em torno de uma suposta legalização do abandono, e a ausência de pesquisa quantitativa no tocante à situação do abandono de crianças no país acarretam descrédito à instituição do parto em anonimato no Brasil.

## **4.2 O parto anônimo e a adoção no Brasil**

A adoção não é um instituto da modernidade. Segundo Fustel de Coulanges (2004, p. 50), os antigos já se utilizavam dela com o objetivo precípua de evitar a extinção da família. Sua origem remonta o Código de Hamurábi e sua maior difusão remete-se ao período pós-guerra (SILVA FILHO, 2009, p. 47-48).

Acerca das características da adoção, Artur Marques da Silva Filho (2009, p. 48) informa que “é ato jurídico que estabelece entre duas pessoas uma relação análoga àquela que resulta da paternidade e da filiação. É ato solene, bilateral e complexo que, por ficção, estabelece o parentesco”.

Encontrava-se disciplinado no ordenamento brasileiro pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, contudo, a aprovação pelo Congresso Nacional do projeto de lei nº 6.222/2005 revogou os dispositivos até então existentes sobre o assunto, unificando-os e acrescentando transformações ao processo e já sugeridas pela Resolução nº 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça.

As principais modificações ao processo de adoção já existentes referem-se à instituição de um cadastro nacional de adoção único, que obrigará os interessados em adotar a respeitar a ordem de procura por crianças.

Acerca do instituto da adoção, o ordenamento brasileiro dispõe que se trata de ato irrevogável, tendo como consequência natural o desligamento “de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Importante ainda

observar que a sentença de adoção implica na expedição de mandado ao Cartório de Registro do adotado, objetivando não somente a consignação do nome dos adotantes como pais e de seus ascendentes, como também o cancelamento do registro original do adotado. A adoção, outrossim, implica na constância do sobrenome do adotante no nome do adotado, podendo até mesmo haver a modificação do prenome deste último.

A adoção, contudo, não impede ao adotado ter conhecimento acerca de sua origem genética. Trata-se de direito de personalidade e, portanto, personalíssimo, indisponível e imprescritível, conforme já tratado em tópico supra.

Uma vez estabelecida a adoção, rompe-se automaticamente os laços com os pais biológicos. Não se quer com isso beneficiar ou acobertar atitudes imorais dos pais que abandonam filhos, mas garantir um convívio familiar adequado no lar adotivo, seja ele composto por família matrimonial, união estável ou monoparental tudo em consonância com a doutrina da proteção integral da criança. Luiz Edson Fachin (2003, p. 239) contribui sobre o tema ao afirmar que:

Anteriormente à Constituição de 1988, exigia-se o estado matrimonial do adotante. Para que a adoção fosse plena, como previa o antigo Código de menores, era necessário o estado matrimonial do adotante, inclusive, um prazo mínimo de carência deste estado. Óbice ultrapassado pela Constituição Federal de 1988, a qual passou a contemplar a família monoparental, família que se forma pelo ascendente e os seus descendentes. Na família monoparental, ilustra-se a superação da exigência de um núcleo matrimonializado básico, no qual se assentaria a adoção.

Permite-se a adoção no Brasil por um casal ou por apenas uma pessoa, independentemente de seu estado civil. Contudo, se um casal decide adotar, é necessário que ambos, homem e mulher, sejam casados ou vivam em união estável. Não pode, portanto, um casal adotar conjuntamente se não convive familiarmente. Nada impede, contudo, que o companheiro adote o filho de sua companheira, ou a esposa adote o filho do marido, desde que conte com o devido consentimento de seu respectivo.

Numa perspectiva contemporânea, a adoção, segundo Florisbal de Souza Del'Olmo (2006, p. 36), é “um instituto no qual o jurídico, o humano e o divino se integram e interagem gerando harmonia e bem-estar no meio social”, mediante a efetivação do direito à convivência familiar afetiva.

A co-relação entre parto anônimo e adoção inicia-se com a análise da mãe biológica que pretende entregar seu filho a uma família substituta. Oportuno ressaltar sobre o assunto o que defende Maria Antonieta Pisano Motta (2007, p. 245):

A mãe que entrega ou pretende entregar seu filho em adoção quase não tem sido objeto de estudos em nosso meio, e muito menos de ações que visem à profilaxia dos danos que a entrega mal-elaborada pode causar a mãe que entrega e especialmente à criança, sem mencionar as seqüelas sociais de tal omissão.

As necessidades da mãe biológica, seus motivos ou circunstâncias. Devidas aos aspectos psicológicos ou de outra ordem que influenciaram na entrega do filho em adoção, via de regra são ignorados, muitas vezes desconhecidos mesmo, pois quase não há quem lhe faça pergunta esclarecedoras.

Se a entrega do filho em adoção é o momento a partir do qual tudo começa, entendemos que este é um caminho a ser aberto, merecedor de atenção para que se alcance a compreensão das condições e necessidades dessas mães ignoradas pelo silêncio imposto à questão.

A substituição do abandono pela entrega somente pode ser viabilizada com a assistência adequada à gravidez indesejada, razão pela qual urge uma pesquisa quantitativa e qualitativa estatal no sentido de identificar o número e o perfil de mulheres grávidas que não desejam se tornar mães.

Maternidade e maternagem não são sinônimos. A maternidade tem sua gênese desde os primórdios da gravidez. A maternagem, por seu turno, somente ocorre após o nascimento com vida, sendo, para tanto, imprescindíveis a dedicação, o afeto e o cuidado do filho pela mãe.

Há quem afirme ser o projeto de lei nº 3.220/2008, o qual visa à instituição do parto anônimo no Brasil, como algo desnecessário juridicamente, porque o sistema de adoção brasileiro em vigor já supriria seus objetivos (SOUZA; AZAMBUJA, 2008, p. 65). No entanto, mais do que proporcionar a efetivação do direito à convivência familiar afetiva, o projeto de lei nº 3.220/2008 busca: a preservação do respeito à vida do nascente, com a facilitação do processo de entrega pela mãe biológica do filho indesejado, independentemente dos motivos que lhe levaram a tomar tal atitude; a garantia da liberdade da mulher, em especial a gestante, de não ser mãe, sem que as instituições estatais lhe julguem por sua escolha.

Maria Antonieta Pisano Motta (2007, p. 246), denunciando o tratamento paradoxal às mães que entregam seus filhos, afirma que:

A atitude social preconceituosa em relação a essas mulheres é um dos fatores que em muito contribui para que essas crianças não cheguem ao Judiciário.

Antes de entregar a criança em adoção, a mãe biológica é frequentemente 'cortejada' 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 para designá-la relegam, então, a mãe biológica a estado de 'não ser', ou à 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 para que a entrega se concretize; de outro, a censura feroz em relação à mesma.

Antes de lidar com o processo de adoção, o Estado deve oferecer o cuidado necessário à mãe biológica que deseja entregar seu filho. Afinal, "cuidar da mãe significa cuidar da criança" (MOTTA, 2007, p. 247).

#### **4.3 O parto anônimo e o princípio do cuidado na Constituição da República Federativa do Brasil**

Não obstante as prévias narrativas acerca do cuidado enquanto elemento presente na doutrina da proteção integral da criança, necessário se faz ressaltar aspectos específicos à problemática do parto anônimo.

Sabe-se que o exercício do direito ao parto anônimo pelos genitores ocasionará o afastamento do dever de cuidar oriundo do poder familiar, naturalmente estabelecido entre pais e filhos desde a gestação. Tratar-se-á de um desligamento legal entre pais e filhos biológicos, o que se opõe teoricamente num primeiro plano aos princípios constitucionais norteadores do Direito de Família: princípio do melhor interesse e proteção integral da criança e da paternidade responsável. A grande questão é: tal situação configurará em abandono?

A perda dos contatos iniciais com sua genitora, o leite e o calor maternos são irreparáveis, porém caberá ao Estado, enquanto ente social-democrático de Direito, oferecer mecanismos alternativos àquela situação e, finalmente, garantir ao

nascente a expectativa do direito fundamental à convivência familiar afetiva, o qual somará as qualidades e direitos necessários ao crescimento e desenvolvimento de uma vida digna.

Percebe-se que aqueles a quem caberia o dever de cuidar eximir-se-ão dessa função e sob os mantos da lei. Contudo, não restaria caracterizada uma situação de abandono, mas de entrega, mantendo-se o respeito à proteção integral da criança. Adriana Antunes M. A. Hapner *et al.* (2008, p. 124) dispõem sobre o assunto da seguinte forma:

Opondo-se ao abandono, essa garantia do desenvolvimento integral deve mirar o interesse prioritário das crianças, dos jovens, dos idosos e daqueles que estão para nascer. Daí a necessidade de apreender esse horizonte que arrasta a justiça e o direito, simultaneamente, e reclama o que de mais profundo acompanha a vida, cuidadosamente.

Diversas são as razões capazes de motivar os pais a não exercerem a maternidade e a paternidade. Mesmo devendo o Estado priorizar a convivência familiar entre pais e filhos ligados por vínculos biológicos, é importante que existam mecanismos públicos ao alcance da população, destinados ao recebimento desburocratizado e despreconceituoso de filhos indesejados. Do contrário, a vida de uma criança pode estar em risco.

A proposta de substituição do abandono pela entrega fundamenta-se, portanto, na preocupação do Estado para com o nascente, que se traduz juridicamente no cuidado enquanto valor a ser assegurado. Roberta Tupinambá (2008, p. 370) entende, ainda, o cuidado como princípio jurídico, implícito na dignidade humana. Importante ressaltar que “a cláusula geral da tutela da pessoa determina que a liberdade deva ser guiada pelo dever de solidariedade” (PINHEIRO, 2008, p. 291). E o que é o cuidado senão um desdobramento da solidariedade?

Ressalte-se que o Estado deve evitar destituições de poder familiar e, conseqüentemente, abrigos por tempo indeterminado, mediante a implementação de políticas públicas preventivas que visem cuidar do nascente, bem como de seus pais biológicos. Assim, estar-se-ia assegurando o direito à convivência familiar afetiva, proporcionando a colocação do nascente em família substituta, mediante processo legal de adoção.

O cuidado prioritário ao nascente deve ocorrer previamente ao seu nascimento, através de seus genitores, em especial à gestante. A mulher precisa tomar conhecimento sobre as suas opções diante de uma gravidez indesejada. Partindo do pressuposto de que legalmente o aborto não é uma opção, à mãe biológica caberá, juntamente com o pai, decidir entre a continuidade da maternidade após o nascimento, ou a entrega do nascente ao Estado. A realidade da mulher grávida muitas vezes não permite tomar tal decisão acompanhada do genitor da criança, motivo pelo qual o Estado deve direcionar políticas públicas à gestante, buscando o cuidado da mesma e de seu filho.

## CONCLUSÃO

O Brasil do século XXI ainda apresenta mazelas sociais enfrentadas desde o período colonial. A realidade das crianças enjeitadas de outrora, por motivos de ordem moral, social, pessoal e econômica, persiste, inobstante a constituição vigente apregoe a doutrina da proteção integral da criança. A realidade da família da pós-modernidade deixa brechas, portanto, para a exposição de recém-nascidos a condições indignas.

A implementação da roda dos expostos no Brasil em meados do século XVIII revelou-se como política pública de combate ao abandono de crianças, uma vez que o Estado responsabilizava-se pelo repasse de valores às Santas Casas de Misericórdia, bem como estimulava a população à amamentação, adoção e cuidados para com os enjeitados. A roda, no entanto, foi extinta em razão do grande número de falecimento de órfãos acolhidos, ocasionado pela ausência de higiene e alimentação adequadas. A motivação da criação da roda nas Santas Casas de Misericórdia, contudo, foi pertinente com a realidade social e econômica enfrentada pela população brasileira, com discriminações de gênero, escravidão, tabus sexuais e alto nível de miserabilidade.

Inobstante a diferença espaço-tempo, o Brasil continua a enfrentar dificuldades próprias de um país egresso de uma colonização predatória, o qual se enquadra economicamente como um país periférico, onde persevera a desigualdade social de sub-cidades e sobre-cidadãos, contando com estatísticas preocupantes do significativo número de gestantes adolescentes (15-17 anos), óbitos fetais, valor da renda domiciliar *per capita*, pessoas pobres e de extrema pobreza, nascimento de filhos em famílias com renda inferior a um salário mínimo, conforme os últimos indicadores sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2010, *online*), relativos ao ano de 1997. Tal realidade, aliada à ausência de políticas públicas

preventivas de planejamento familiar, bem como ao preconceito frente à desmistificação do amor materno, são motivações para o abandono selvagem de recém-nascidos na contemporaneidade.

Diante da veiculação nos meios de comunicação acerca de recém-nascidos encontrados em locais degradantes, tramitam desde o início do ano de 2008 no Congresso Nacional três projetos de lei que apresentam uma repaginação da roda dos expostos sob o enfoque jurídico, adaptando-a à realidade do Brasil no século XXI. Os projetos de lei nº 2.747/2008, 2.834/2008, 3.220/2008 visam à instituição do parto anônimo no país, mediante o qual seria regulamentado o direito à gestante de optar pela entrega de seu filho biológico ao Estado, para que o mesmo possa ter a oportunidade de ser adotado por quem deseja realmente desenvolver a maternagem.

As proposições legislativas encontram-se com limitações de ordem técnica e material, seja pela ausência de utilização do vernáculo próprio, ou pela omissão de aspecto imprescindível, como, por exemplo, a participação da figura paterna no procedimento do parto em anonimato. Esse e outros aspectos de ordem doutrinária constitucional surgem em contraposição à instituição do parto anônimo no Brasil, especialmente os relacionados à dignidade humana, aos direitos à vida, liberdade, solidariedade, personalidade, convivência familiar e melhor interesse da criança, tudo numa perspectiva da doutrina da proteção integral da criança. Diante disso, a presente dissertação analisou as críticas enfrentadas e, ainda, observou a existência do princípio do cuidado como valor jurídico, e sua relação com o parto em sigilo, nomenclatura ora sugerida.

Após a análise dos projetos de lei em trâmite, bem como dos bens jurídicos envolvidos, verificou-se o pressuposto de que o parto anônimo trata-se de um direito e que, na realidade, melhor se adequaria a nomenclatura “direito ao parto em sigilo”. Afinal, com o seu exercício não se estará expurgando e impedindo o registro dos dados biológicos do nascente, mas tão somente resguardando a intimidade de seus genitores, enquanto direito de personalidade e, portanto, fundamental. Ademais, o nascido de parto anônimo interessado em tomar conhecimento sobre os seus dados parentais poderá, mediante autorização judicial em processo de investigação de

ascendência genética, valer-se de direito de personalidade e satisfazer-se com as informações prestadas pela unidade de saúde onde nasceu a criança ou pelo Juizado da Infância e da Juventude, segundo o que prescreve expressamente o artigo 6º e seguintes do projeto de lei nº 3.220/08.

Ressalte-se que o sigilo, quando requerido pela gestante que não deseja tornar-se mãe, garante-lhe uma tranquilidade, desde o pré-natal até o décimo dia posterior ao nascimento do filho, período este em que a genitora poderá arrepender-se do parto em sigilo e dar início à maternagem.

Interessante destacar que nenhum dos projetos de lei faz menção expressa ao genitor paterno do recém-nascido de parto em sigilo. Tal omissão pode revelar-se como ato discriminatório, tratando desigualmente a figura do pai e da mãe biológicos; por outro lado pode refletir uma influência liberalista, feminista e diferença de gênero, ao assegurar à mulher gestante, sem qualquer necessidade de autorização ou ratificação pelo genitor do nascente, a entrega de seu filho biológico ao Estado. Reflete, também, a presença ainda forte do mito do amor materno, ou seja, a expectativa social de que é anormal uma mulher não querer ser mãe, principalmente uma gestante ou uma mulher que acabou de parir, após haver passado por transformações físicas e psicológicas oriundas do processo de gravidez.

A gestação provoca maiores impactos diretos, desde o seu início, na vida da mulher do que na do homem. No entanto, a reprodução é oriunda de genes de ambos os sexos, razão pela qual não deve o genitor do nascente ser descartado pelo Direito quando do desejo da gestante de não se tornar mãe. Afinal, pode o genitor (ou ainda seus parentes) optar por tornar-se pai e, dessa forma, possui preferência a uma família substituta. Uma vez esclarecido tal posicionamento, quando houver referência à liberdade da gestante, esta deve ser compreendida de forma extensiva, referindo-se, também, liberdade do genitor do nascente.

Outra premissa importante é a identificação da vida como pressuposto para se ter direitos. Há de se falar, no entanto, em respeito à vida digna, o que resulta da combinação entre vida e dignidade humana, esta objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito e supra-princípio constitucional, e aquela pressuposto para

existência de direitos. O parto em sigilo reflete uma ponderação de valores e de direitos fundamentais, quando assegura liberdade aos genitores de não se tornarem pais, bem como o respeito à vida digna do nascente.

Tal liberdade é compreendida numa perspectiva de planejamento familiar, de forma que os pais biológicos, numa atitude-remédio, decidem livremente e de forma responsável por não dar seguimento à maternidade e ao poder familiar iniciados desde o momento da concepção do filho.

Pondera-se também o direito ao sigilo e à intimidade dos pais biológicos e o direito ao conhecimento da ascendência genética do filho, todos pertencentes à categoria dos direitos de personalidade. O projeto de lei nº 3.220/08 prevê exceção ao sigilo das informações dos genitores da criança. No entanto, se tal excepcionalidade significar um desestímulo aos pais biológicos de substituírem o abandono pela entrega, deverá prevalecer o sigilo dos dados relativos à verdade biológica do nascido oriundo do parto em sigilo, tendo em vista a credibilidade do instituto e o respeito à vida do nascente.

Não há que se falar também na prescindibilidade do parto em sigilo sob o argumento de que o instituto da adoção supriria seus objetivos. Tal entendimento certamente não leva em consideração o que defende Kazuo Watanabe (2003, p. 45) acerca dos meios informais de controle da sociedade serem normalmente mais rigorosos que os formais. Os primeiros poderiam ser nominados como: Poder Judiciário, Polícia, Ministério Público, enquanto os meios informais são representados pela família, escola, trabalho, vizinhança e outros ambientes sociais.

Entretanto, entende-se que a regulamentação do direito ao parto em sigilo mediante publicação legislativa é desnecessária, bastando que a sua implementação seja realizada mediante políticas públicas de planejamento familiar. Uma vez que a Constituição Federal prevê como fundamentais os direitos à liberdade, personalidade, imbuídos nestes a liberdade da gestante não ser mãe e o direito de intimidade da gestante e do genitor, tornando possível o sigilo quanto à verdade biológica, além de assegurar especial proteção à criança, pode o Estado desenvolver políticas públicas que visem à segurança da mulher, respeito à vida do nascente e diminuição do abandono indigno. Ressalte-se, ainda, que a pesquisa

registrou o que defende os estudiosos sobre o assunto no tocante à diminuição das taxas de aborto no Brasil após a possibilitação do exercício ao parto sigiloso.

Tais políticas públicas não teriam o condão de estimular o abandono de recém-nascidos ou onerar o Estado com o descaso advindo de relações sexuais irresponsáveis, mas sim de divulgar e possibilitar a escolha pela gestante da melhor opção para si e seu filho biológico, bem como remediar a ausência de educação cidadã, compreendendo nesta a educação sexual e reprodutiva. Não constitui, portanto, um retrocesso, pois o Estado encontra-se melhor aparelhado e apto a desenvolver políticas públicas de tal tipo desde que haja empenho, dedicação e interesse pelo Poder Executivo e fiscalização pelo povo.

A intervenção estatal é imprescindível para o exercício do direito ao parto em sigilo. Do contrário, os sujeitos envolvidos, especialmente a gestante interessada na entrega do nascente, podem ter suas condutas tipificadas penalmente no crime de abandono de incapaz, previsto no artigo 133 do CP. A substituição do abandono pela entrega mediante o parto em sigilo figura como conduta positiva por parte do Estado, haja vista o exercício de tal direito prescindir da participação estatal ativa.

Não há que se falar em crime quando uma mulher, após um período gestacional, e afastado o estado puerperal, decide pela entrega de seu filho recém-nascido ao Estado, seja após o registro civil do mesmo ou não, situação esta que já ocorre com a chancela estatal, conforme se comprova nos abrigos de criança. A diferença dessa realidade para a que se busca com a implementação do parto em sigilo, nos termos do que prescreve o projeto de lei nº 3.220/08, reside apenas na garantia oferecida à gestante desde o início da gravidez acerca do sigilo de seus dados, ou seja, da origem genética da criança.

A existência do ser humano pressupõe a intersubjetividade, a necessidade de cuidados e o exercício da solidariedade, enquanto princípio, direito e garantia à pessoa humana. Partindo desse enfoque, entende-se que o direito ao parto em sigilo deve ser assegurado legalmente e mediante políticas públicas de planejamento familiar. Assim, estará o Estado respeitando a vida dos pais biológicos que não desejam tornarem-se pais afetivos, bem como à vida digna do nascente que tem o direito à convivência familiar afetiva; assegurando aos pais biológicos o direito à

liberdade de autodeterminação e ao planejamento familiar, ainda que não preventivo; e cuidando de todas as pessoas envolvidas no exercício do direito ao parto anônimo, até mesmo dos futuros pais sócio-afetivos que, oportunamente e após processo legal de adoção, poderão exercer também seu direito à convivência familiar afetiva.

## REFERÊNCIAS

ADESSE, Leila; MONTEIRO, Mário F. G. **Magnitude do aborto no Brasil**. Aspectos epidemiológicos e sócio-culturais. IPAS Brasil. Disponível em: <[http://www.ipas.org.br/arquivos/factsh\\_mag.pdf](http://www.ipas.org.br/arquivos/factsh_mag.pdf)>. Acesso em: 09 maio 2010.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no Brasil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v.1, p. 143-159, dez./jan. 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

“ANONYMOUS Birth” to Slow Down Falling Birth Rates. **The Korea Times**, 18/03/2009. Disponível em: <[http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2009/03/116\\_41513.html](http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2009/03/116_41513.html)>. Acesso em: 15 nov. 2009.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-60.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade – Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 1-36, 2004.

\_\_\_\_\_. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. **Panptica**, [s. l.], ano 1, n. 7, p. 1-37, mar./abr. 2007. Disponivel em: <[http://www.panoptica.org/marco\\_abril07pdf/ano1\\_n%5B1%5D.7\\_mar.-abr.2007\\_1-37.pdf](http://www.panoptica.org/marco_abril07pdf/ano1_n%5B1%5D.7_mar.-abr.2007_1-37.pdf)>. Acesso em: 19 jan. 2010.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 3. ed. São Paulo: Red Livros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito da família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BOFF, Leonardo. O cuidado essencial: princípio de um novo *ethos*. **Inclusão Social**, v. 1, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/view/6/11>>. Acesso em: 13 abr. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da comissão de constituição e justiça e de cidadania. Projeto de Lei nº 2.747/2008. Elaborado pelo deputado relator Luiz Couto. Proferido em 16 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/648240.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.747, de 11 de Fevereiro de 2008. Apresentado pelo Deputado Eduardo Valverde. Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/537107.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.834, de 29 de fevereiro de 2008. Apresentado pelo deputado Carlos Bezerra, Institui o parto anônimo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/538683.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.220, de 9 de abril de 2008. Apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/552449.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8069.htm>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça RESP 182223/SP; Recurso Especial (1998/0052764-8). **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 10 maio 1999. PG: 00234 REPDJ DATA:20/09/1999 PG:00090 Relator(a) Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (1084). Data da Decisão 19/08/1999. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num\\_registro=199800527648&dt\\_publicacao=20/09/1999](http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Acordaos/IntegraAcordao.asp?num_registro=199800527648&dt_publicacao=20/09/1999)>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Lei Maria da Penha. Ex-namorada. Relação íntima. Afeto. **Informativo 388 do STJ**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp 820475 / RJ Recurso Especial 2006/0034525-4. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Órgão julgador: T4 - Quarta Turma. Data do julgamento: 02 set. 2008. **Diário de Justiça**

**eletrônico**, 06 out. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/849523/recurso-especial-resp-820475-rj-2006-0034525-4-stj>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESP 159851/SP; Recurso Especial (1997/0092092-5). **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 22 jun. 1998. PG: 00100. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar (1102). Data da decisão 19 mar. 1998 T4. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199700920925&dt\\_publicacao=22-06-1998&cod\\_tipo\\_documento=1](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700920925&dt_publicacao=22-06-1998&cod_tipo_documento=1)>. Acesso em: 04 abr. 2010.

CALDEIRA, Jorge (Org.). **Diogo Antônio Feijó, 1784-1843**. São Paulo: 34, 1999. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Cx1TneeJpH0C&oi=fnd&pg=PA9&dq=diogo+antonio+feijo&ots=Lchb7yBt\\_B&sig=5pe0-llcQOeF0W40u31goRYPb\\_E#v=onepage&q=&f=false](http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Cx1TneeJpH0C&oi=fnd&pg=PA9&dq=diogo+antonio+feijo&ots=Lchb7yBt_B&sig=5pe0-llcQOeF0W40u31goRYPb_E#v=onepage&q=&f=false)>. Acesso em: 22 jul. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Vivente de Faria. **O desquite na jurisprudência dos tribunais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

CONSELHO DA EUROPA: Processo Odièvre C. França. Trad. Diana Salarna. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 4, p. 74-102, jun./jul. 2008.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 1950. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/PortuguesePortugais.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

COULANGES, Foustel. **Cidade antiga**. Trad. Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 04 abr. 2010.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Adoção internacional: reflexões na contemporaneidade. *In*: DEL'OLME, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**. Rio de Janeiro, Forense, 2006. p. 35-46.

DIAS, Maria Berenice. Homoafetividade e o direito à diferença. *In*: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Org.). **Direito contemporâneo de família e das sucessões**: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 159-174.

\_\_\_\_\_. **Manual das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - Direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 5.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Traduzido por Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, [s.d.].

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos da personalidade do código civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. *In*: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). **Direito civil** - Direito Patrimonial. Direito existencial. Direito patrimonial. São Paulo: Método, 2006. p. 625-643.

\_\_\_\_\_; CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves. Parto sem mãe – uma questão em debate. **Jornal Paraná online**, 16 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/286664/>>. Acesso em: 21 jul. 2009.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio** - Uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A separação judicial à luz do garantismo constitucional**: a afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FONSECA, Claudia. **O parto anônimo** – uma medida na contramão da história. Blog Práticas de justiça e diversidade cultural 24/03/2008. Disponível em: <[http://www.nupacs.ufrgs.br/comuns/imagensDB/noticias/arquivo\\_61.pdf](http://www.nupacs.ufrgs.br/comuns/imagensDB/noticias/arquivo_61.pdf)>. Acesso em: 26 jul. 2009.

FRANÇA. Lei nº 2002-93, de 22 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o acesso às origens das pessoas adotadas e pupilas do Estado. *In*: CONSELHO DA EUROPA: Processo Odièvre C. França. Trad. Diana Salarma. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 4, p. 74-102, jun./jul. 2008.

FREITAS. Douglas Phillips. **Parto anônimo**. [S.d.] Disponível em: <[http://www.douglasfreitas.adv.br/dl\\_file.php?](http://www.douglasfreitas.adv.br/dl_file.php?)>. Acesso em: 4 abr. 2010.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. rev. São Paulo: Global, 2006.

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

GERMANY Debates Ethics of Anonymous Birth. **Deutsche welle**. Alemanha. 2006. Disponível em: <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,2016368,00.html>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

GOZZO, Débora. “Nascimento anônimo”: em defesa do direito fundamental à vida. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 6, n, p. 123-137, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. *In*: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. (Coord.). **Direito civil** - Direito Patrimonial. Direito existencial. Direito patrimonial. São Paulo: Método, 2006. p. 645-663.

HAPNER, Adriana Antunes Maciel Aranha *et al.* O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 123-140.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

IUCKSCH, Marlène. **Evolução e contexto atual do acolhimento familiar na França**. Disponível em: <[http://www.antigone-formation.com/racine/IMG/pdf/Evolucao\\_e\\_contexto\\_atual\\_do\\_acolhimento\\_familiar\\_na\\_Franca.pdf](http://www.antigone-formation.com/racine/IMG/pdf/Evolucao_e_contexto_atual_do_acolhimento_familiar_na_Franca.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela). Lisboa: Edições 70, 1986.

LEVY, Laura Affonso Costa. Parto anônimo e a real proteção da criança e do adolescente. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13106>>. Acesso em: 26 jul. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *In*: DEL'OMO, Florisbal de Souza; ARAÚLO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **Direito de família contemporâneo e os novos direitos**: estudos em homenagem ao Professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114.

\_\_\_\_\_. **Direito civil - Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Ana Maria D'ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MANZATO, Maria Cristina Biazão. A constituição como sistema de princípios e regras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 52, ano 13, p. 149-181, jul./set. 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MÉDICO deixado na "roda dos expostos" defende parto anônimo. **O Globo Online**. 04 out. 2007. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2007/10/04/298005807.asp>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

MELLO, Gustavo Miguez. Direito fundamental à vida. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 263-281.

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.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (5ª Câmara Cível). Apelação Cível, Processo nº 1.0017.05.016882-6/003(1). Relator: Maria Elza. Relator do Acórdão: Maria Elza. Data do Julgamento: 20/11/2008. Data da Publicação: 10 dez. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível. Processo nº: 1.0024.07.776452-0/001(1). Relator: Unias Silva. Relator do Acórdão: Unias Silva. Data do Julgamento: 23/09/2008. Data da Publicação: 10 out. 2008.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade do sistema de direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 167-176.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Madeira. **Construção jurídica das relações de gênero** – O processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora do Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil - Direito de família**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-60.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Programa de atenção à gravidez não desejada – atenção à mulher que pretende entregar seu filho para adoção. *In*: COUTO, Sérgio; MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coord.). **Família NotaDez: Direito de família e sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 245-262.

NALINI, José Renato. “A vida é\*”. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 517-523.

\_\_\_\_\_. Ética e família na sociedade pós-moderna. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). **Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt: A revisão do direito de família**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 385-415.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O direito geral de personalidade e a “solução do dissentimento”**. Ensaio sobre um caso de “constitucionalização” do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PACTO DE SÃO JOSE DA COSTA RICA. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.html>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

PAIS deixam bebê morrer enquanto cuidam de filho virtual. Yahoo notícias de 08/03/2010 Disponível em: <<http://br.noticias.yahoo.com/s/08032010/7/tecnologia-negocios-pais-deixam-bebe-morrer.html>>. Acesso em: 09 maio 2010.

PENALVA, Luciana Dadalto. Parto anônimo e direitos de personalidade. **Revista IOB de direito de família**, Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 52, p. 87-99, fev./mar. 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Parto anônimo** – uma janela para a vida. IBDFAM, 30 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=359>>. Acesso em: 26 jul. 2009.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_ ; SALES, Ana Amélia Ribeiro. Parto anônimo: uma janela para a vida. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, n. 1, p. 160-168, dez./jan. 2008.

PEREIRA, Tânia da Silva. O reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no sistema jurídico brasileiro. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nunia Fabris, 2008. p. 307-338.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. *In*: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nunia Fabris, 2008. p. 278-306.

PRATA, Henrique Moraes. Aspectos jurídicos da Portinhola de bebês e do parto anônimo na Alemanha com especial consideração da tradição francesa do accouchement sous x e do julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Odièvre. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v. 03, abr./maio 2008.

PRÁTICAS Inovadoras. Acompanhamento das gestantes para fins de adoção (TJDFT). **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v. 10, p. 127-129, jun./jul. 2009.

RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. *In*: PRIORE, Mary Del (Coord.). **História das crianças no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2009. p. 19-54.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. (8. Câmara Cível). Apelação Cível, Processo nº 70018836130, Comarca de Gravataí, Porto Alegre, 03 de maio de 2007. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Presidente e Relator. Des. Rui Portanova, Revisor e Redator.

RODA da Santa Casa de SP oficializou abandono anônimo de bebês até 1950. O **Globo** **Online**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2007/10/04/298004961.asp>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

RODRIGUES, Maria Alice. **A mulher no espaço privado**: da incapacidade à igualdade de direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSEMBERG, Fúlvia. O discurso sobre criança de rua na década de 80. **Cadernos de pesquisa**, São Paulo, n. 87, p. 71-81, nov. 1993. Disponível em: <<http://www.fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/cp/arquivos/700.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2010.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos dos direitos sociais nas relações entre

particulares. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. 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.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98.

SENADO. **Galeria de presidentes do período do império – (1826 – 1888)**. Diogo Antônio Feijó (1838-1840). Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/sf/senadores/presidentes/p\\_imp\\_diogo\\_antonio\\_feijo.asp](http://www.senado.gov.br/sf/senadores/presidentes/p_imp_diogo_antonio_feijo.asp)>. Acesso em: 22 jul. 2009.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Adoção: aspectos relevantes da futura lei nacional. *In*: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). **Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt**: A revisão do direito de família. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 47-80.

SIQUEIRA JR., 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 Fay 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.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TELLES, Lygia Fagundes. Mulher, mulheres. *In*: PRIORE, Mary Del (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2008. p. 669-672.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRINDADE, Judite Maria Barboza. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Rev. bras. Hist.**, São Paulo, v. 19, n. 37, set. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01881999000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881999000100003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 14 mar. 2010.

TUPINAMBÁ, Roberta. O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 357-379.

VALDEZ, Diane. “Inocentes expostos”: o abandono de crianças na província de Goiás no século XIX. **Inter-ação**: Rev. Fac. Educ. UFG, v.29, n.1, p. 107-129, jan./jun. 2004.

VARA da infância e da juventude do Distrito Federal estabelece procedimento de acompanhamento de gestantes que pretendem entregar seu filho à justiça. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v. 4, p. 127-128, 2008.

VENÂNCIO, Renato Pinto. **Famílias abandonadas**: assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – Séculos XVIII e XIX. São Paulo: Papirus, 1999.

\_\_\_\_\_. 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.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** - Direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito de família. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 4.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. *In*: DELGADO, José (Org.). **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: Série Caderno do Centro de Estudos Judiciários, n. 22, p. 42-50, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. **Parto anônimo e a condição humana tridimensional**. 27 mar. 2008. Disponível em: <[http://www.mp.rs.gov.br/atuacaomp/not\\_artigos/id15046.htm](http://www.mp.rs.gov.br/atuacaomp/not_artigos/id15046.htm)> Acesso em: 04 abr. 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

## APÊNDICE

## APÊNDICE

QUADRO COMPARATIVO ENTRE OS PROJETOS DE LEI Nº 2.741/2008, 2.834/2008 E 3.220/2008, QUE VISAM A INSTITUIÇÃO DO PARTO ANÔNIMO NO BRASIL

PROJETO DE LEI Nº 2.741/2008	PROJETO DE LEI Nº 2.834/2008	PROJETO DE LEI Nº 3.220/2008
Do Sr. Eduardo Valverde PT/RO	Do Sr. Carlos Bezerra PMDB/MT	Do Sr. Sérgio Barradas Carneiro PT/BA
Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências.	Institui o parto anônimo	Regula o direito ao 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. 1º Esta Lei institui o parto anônimo. "Art.1.638. .....: V - optar pela realização de parto anônimo.  Parágrafo único. Considera-se parto anônimo aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixará a criança na maternidade, logo após o parto, a qual será encaminhada à Vara da Infância e da Adolescência para adoção."	Art. 1º Fica instituído no Brasil o direito ao 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. 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.

<p>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.</p>		
<p>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.</p>		<p>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.</p>
<p>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.</p>		<p>Art. 5º É assegurada à mulher todas as garantias de sigilo que lhes são conferidas pela presente lei.</p>
<p>Art. 6º 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.</p> <p>Parágrafo Único – A instituição de saúde garantira a toda mulher que demandar ao Hospital o parto anônimo acompanhamento psicológico.</p>		<p>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 conseqüências jurídicas de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos.</p> <p>Parágrafo único. A partir do momento em que a mulher optar pelo parto anônimo, será oferecido à ela acompanhamento psicossocial.</p>
<p>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.<sup>30</sup></p>		

<sup>30</sup> O “caput” desse dispositivo não apresenta qualquer diferença do caput do art. 6º do mesmo projeto de lei (BRASIL, CÂMARA, PROJETO DE LEI Nº 2.741/2008, *online*).

<p>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.</p>		<p>Art. 6º</p> <p>Parágrafo único. Os dados somente serão revelados a pedido do nascido de parto anônimo e mediante ordem judicial</p>
<p>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.</p> <p>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.</p>		<p>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.</p> <p>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.</p> <p>Art. 8º Tão logo tenha condições de alta médica, a criança deverá ser encaminhada ao local indicado pelo Juizado da Infância e Juventude.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>Art. 8º Tão logo tenha condições de alta médica, a criança deverá ser encaminhada ao local indicado pelo Juizado da Infância e Juventude.</p>
<p>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.</p>		

<p>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.</p>		
<p>Art. 12º A parturiente, em casos de parto anônimo, fica isenta de qualquer responsabilidade civil ou criminal em relação ao filho.</p>		<p>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.</p> <p>Parágrafo único. A mulher que optar pelo segredo de sua identidade pode escolher o nome que gostaria que fosse dado à criança.</p> <p>Art. 10 A mulher que desejar manter segredo sobre sua identidade, fica isenta de qualquer responsabilidade criminal em relação ao filho, ressalvado o art. 1231 do Código Penal Brasileiro.</p> <p>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.</p> <p>Art. 11 A mulher que se submeter ao parto anônimo não poderá ser autora ou ré em qualquer ação judicial de estabelecimento da maternidade.</p>
		<p>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.</p> <p>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.</p> <p>Art. 13 A pessoa que encontrou a criança deverá apresentar-se</p>

	<p>ao Juizado da Infância e da Juventude da Comarca onde a tiver encontrado.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 2º A pessoa que encontrou a criança, se o desejar, poderá ficar com ela sob seus cuidados, tendo a preferência para a adoção.</p> <p>§ 3º Para ser deferida a adoção é necessário que a pessoa seja considerada apta para fazê-la.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>
--	---

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.	Art.3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.	Art. 16 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Fonte: Elaborado pela autora da presente dissertação partir da análise legislativa dos três projetos de lei.

## ANEXOS

## ANEXO A

### PROJETO DE LEI Nº 2747

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 instituí 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 conseqüências 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 ligado 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.

Brasília, sala das sessões.

EDUARDO VALVERDE

Deputado Federal PT-RO

## ANEXO B

PROJETO DE LEI Nº 2.834, DE 2008

Institui o parto anônimo

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei institui o parto anônimo.

Art. 2º. O art. 1.638 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, passa a vigorar acrescido do inciso V e do parágrafo único, com a seguinte redação:

"Art.1.638. ....:

V - optar pela realização de parto anônimo.

Parágrafo único. Considera-se parto anônimo aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixará a criança na maternidade, logo após o parto, a qual será encaminhada à Vara da Infância e da Adolescência para adoção."

Art.3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

### JUSTIFICAÇÃO

A questão que se coloca nesta proposição é de grande relevância social, tendo em vista o número cada vez maior de crianças que são abandonadas pelos pais, logo após o nascimento.

Muitas vezes, essas crianças são deixadas em latas de lixo, em banheiros públicos ou outros locais altamente insalubres com grande perigo de morte para esses recém-nascidos.

Os motivos são os mais diversos: mães desesperadas, que não dispõem de recursos para criarem seus filhos, outras que buscam esconder a vergonha decorrente de uma gravidez fora da relação matrimonial ou até mesmo uma perturbação psicológica, entre outros.

Neste caso, é importante que a legislação busque um meio de proteger os recém-nascidos que poderão estar sujeitos a essa cruel realidade.

A solução seria permitir a mãe, nesses casos, uma saída alternativa, dentro da lei e com a preservação da vida e da saúde da criança.

Uma fórmula eficaz de se alcançar esse resultado seria criando o parto anônimo.

Nesta hipótese, a mãe assinaria um termo de responsabilidade e deixaria a criança na maternidade, logo após o seu nascimento, de modo que o recém-nascido estaria resguardado de quaisquer maus tratos e perigos para sua vida e saúde.

Em seguida, a direção do hospital providenciaria o encaminhamento da criança a uma Vara da Infância e da Adolescência, para o fim de adoção.

Entendo que, deste modo, estaremos minimizando um grave problema social de nossos dias e garantindo o cumprimento do princípio constitucional do direito à vida e à saúde.

A iniciativa, também reduzirá o grande número de abortos clandestinos no país, ao oferecer uma opção de vida devidamente legalizada ao recém-nascido, além de preservar a saúde da mãe.

Por essa razão conclamo os ilustres Pares no sentido da aprovação deste Projeto de Lei.

Sala das Sessões, em        de        de 2008.

Deputado CARLOS BEZERRA

## ANEXO C

PROJETO DE LEI Nº 3.220 /08

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 conseqüências 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. 123[1] 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.

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 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 D

**Tabela 12 - Proporção de mulheres que tiveram filhos nascidos vivos, por grupos de idade, segundo as Grandes Regiões  
Brasil – 1997**

Grandes Regiões	Proporção de mulheres que tiveram filhos nascidos vivos, por grupos de idade					
	15 anos	16 anos	17 anos	18 anos	19 anos	20 a 24 anos
<b>Brasil (1)</b>	<b>3,0</b>	<b>5,8</b>	<b>12,0</b>	<b>18,8</b>	<b>27,4</b>	<b>46,3</b>
Norte (2)	4,4	10,6	17,7	26,0	36,6	56,2
Nordeste	13,6	6,4	13,4	21,8	30,8	48,3
Sudeste	12,3	4,6	9,5	13,4	22,7	41,0
Sul	3,1	5,6	13,3	23,2	27,7	49,3
Centro-Oeste	2,8	5,6	13,9	22,9	32,3	54,5

Fonte: Pesquisa nacional por amostra de domicílios 1997 [CD-ROM]. Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 1998.

(1) Exclusive a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá. (2) Exclusive a população rural.

**Tabela 13 - Proporção de mulheres de 15 a 24 anos de idade que tiveram filhos e número médio de filhos, por situação do domicílio, segundo as Grandes Regiões e grupos de idade  
Brasil - 1997**

Grandes Regiões e grupos de idade	Proporção de mulheres que tiveram filhos (%)			Número médio de filhos		
	Total	Urbana	Rural	Total	Urbana	Rural
	<b>Brasil (1)</b>					
15 a 17 anos	6,8	6,6	7,2	1,2	1,2	1,2
18 a 19 anos	22,9	21,7	28,4	1,3	1,3	1,5
20 a 24 anos	46,3	43,8	58,2	1,7	1,6	2,0
<b>Norte (2)</b>						
15 a 17 anos	10,6	10,6	-	1,2	1,2	-
18 a 19 anos	31,1	31,1	-	1,4	1,4	-
20 a 24 anos	56,2	56,2	-	1,9	1,9	-
<b>Nordeste</b>						
15 a 17 anos	7,5	7,4	7,8	1,2	1,1	1,2
18 a 19 anos	26,1	24,2	29,8	1,4	1,4	1,6
20 a 24 anos	48,3	44,1	57,5	1,9	1,7	2,2
<b>Sudeste</b>						
15 a 17 anos	5,4	5,2	6,4	1,3	1,4	1,1
18 a 19 anos	18,0	17,2	24,6	1,2	1,2	1,3
20 a 24 anos	41,0	39,6	53,4	1,6	1,5	1,8
<b>Sul</b>						
15 a 17 anos	7,2	7,6	5,5	1,2	1,2	1,3
18 a 19 anos	25,3	25,0	26,5	1,3	1,3	1,4
20 a 24 anos	49,3	47,4	57,8	1,5	1,5	1,7
<b>Centro-Oeste</b>						
15 a 17 anos	7,3	7,3	7,7	1,2	1,2	1,3
18 a 19 anos	27,3	26,7	31,6	1,4	1,3	1,5
20 a 24 anos	54,5	49,9	81,6	1,7	1,6	1,8

Fonte: Pesquisa nacional por amostra de domicílios 1997 [CD-ROM]. Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 1998.

(1) Exclusive a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá. (2) Exclusive a população rural.

## ANEXO E

**Tabela 14 - Proporção de mulheres de 15 a 24 anos de idade que tiveram filhos nascidos vivos, por classes de renda familiar per capita, segundo as Grandes Regiões e grupos de idade  
Brasil - 1997**

Grandes Regiões e grupos de idade	Proporção de mulheres de 15 a 24 anos de idade que tiveram filhos nascidos vivos, por classes de renda domiciliar per capita (%) (salário mínimo)			
	Até 1/2	Mais de 1/2 a 1	Mais de 1 a 2	Mais de 2
<b>Brasil (1)</b>				
15 a 17 anos	8,9	6,9	3,7	0,8
18 a 19 anos	34,2	25,0	15,6	6,8
20 a 24 anos	67,5	54,0	41,7	21,7
<b>Norte (2)</b>				
15 a 17 anos	14,1	8,6	3,1	1,1
18 a 19 anos	40,2	34,5	17,2	13,0
20 a 24 anos	79,3	57,7	45,2	26,4
<b>Nordeste</b>				
15 a 17 anos	8,0	5,3	2,2	0,4
18 a 19 anos	31,1	20,5	10,5	6,1
20 a 24 anos	61,9	42,4	29,7	22,4
<b>Sudeste</b>				
15 a 17 anos	7,5	7,0	4,3	0,8
18 a 19 anos	34,2	22,5	14,3	6,0
20 a 24 anos	67,8	55,5	42,4	19,8
<b>Sul</b>				
15 a 17 anos	11,2	8,7	3,7	0,9
18 a 19 anos	42,1	32,4	22,9	6,8
20 a 24 anos	78,1	66,4	47,9	24,1
<b>Centro-Oeste</b>				
15 a 17 anos	16,3	7,4	2,9	1,4
18 a 19 anos	48,4	32,0	18,2	10,7
20 a 24 anos	84,7	65,7	50,8	26,8

Fonte: Pesquisa nacional por amostra de domicílios 1997 [CD-ROM]. Microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 1998.  
(1) Exclusive a população rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá. (2) Exclusive a população rural.

## ANEXO F

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DO CEARÁ – 2009



DEMOGRAFIA

## FECUNDIDADE

Tabela 8.1 Mulheres de 15 anos ou mais de idade, fecundadas e número de filhos nascidos vivos e nascidos mortos, segundo a situação do domicílio - Ceará - 2007

Situação do domicílio e grupos de idade das mulheres	Mulheres de 15 anos ou mais de idade		Filhos tidos			Filhos tidos que estavam vivos
	Total	Tiveram filhos	Total	Nascidos vivos	Nascidos mortos	
Total	3.076.369	2.109.797	8.609.600	8.441.228	168.372	7.118.162
15 a 19 anos	421.937	51.699	59.036	57.914	1.122	57.403
15 a 17 anos	237.933	15.558	16.230	15.782	448	15.782
18 e 19 anos	184.004	36.141	42.806	42.132	674	41.621
20 a 24 anos	394.644	158.148	251.197	248.540	2.657	241.471
25 a 29 anos	347.661	228.083	485.792	482.014	3.778	459.319
30 a 34 anos	324.861	261.869	692.392	680.797	11.595	643.675
35 a 39 anos	274.613	242.396	702.241	690.487	11.754	644.990
40 a 44 anos	279.545	249.789	857.726	843.702	14.024	768.962
45 a 49 anos	218.446	199.689	800.361	786.440	13.921	696.191
50 a 54 anos	177.369	160.080	779.505	763.440	16.065	647.957
55 a 59 anos	158.845	139.501	783.255	765.562	17.693	632.158
60 a 64 anos	135.605	120.563	841.983	822.051	19.932	640.551
65 a 69 anos	120.110	105.005	736.896	720.335	16.561	544.309
70 anos ou mais	222.733	192.975	1.619.216	1.579.946	39.270	1.141.176
Urbana	2.441.465	1.656.191	6.274.510	6.152.441	122.069	5.224.589
15 a 19 anos	321.412	41.758	48.072	46.950	1.122	46.950
15 a 17 anos	180.576	13.001	13.673	13.225	448	13.225
18 e 19 anos	140.836	28.757	34.399	33.725	674	33.725
20 a 24 anos	318.021	117.249	185.094	182.437	2.657	177.413
25 a 29 anos	281.288	178.974	370.759	368.514	2.245	350.873
30 a 34 anos	269.096	212.978	522.892	513.856	9.036	489.785
35 a 39 anos	227.922	198.774	545.643	536.448	9.195	497.831
40 a 44 anos	222.767	198.123	618.235	607.444	10.791	560.117
45 a 49 anos	173.615	157.130	555.069	547.288	7.781	491.356
50 a 54 anos	134.940	119.921	512.861	502.358	10.503	437.318
55 a 59 anos	126.016	110.763	579.401	565.000	14.401	464.937
60 a 64 anos	103.349	91.376	588.387	575.614	12.773	455.897
65 a 69 anos	94.722	83.198	561.579	548.825	12.754	416.823
70 anos ou mais	168.317	145.947	1.186.518	1.157.707	28.811	835.289
Rural	634.904	453.606	2.335.090	2.288.787	46.303	1.893.573

15 a 19 anos	100.525	9.941	10.964	10.964	-	10.453
15 a 17 anos	57.357	2.557	2.557	2.557	-	2.557
18 e 19 anos	43.168	7.384	8.407	8.407	-	7.896
20 a 24 anos	76.623	40.899	66.103	66.103	-	64.058
25 a 29 anos	66.373	49.109	115.033	113.500	1.533	108.446
30 a 34 anos	55.765	48.891	169.500	166.941	2.559	153.890
35 a 39 anos	46.691	43.622	156.598	154.039	2.559	147.159
40 a 44 anos	56.778	51.666	239.491	236.258	3.233	208.845
45 a 49 anos	44.831	42.559	245.292	239.152	6.140	204.835
50 a 54 anos	42.429	40.159	266.644	261.082	5.562	210.639
55 a 59 anos	32.829	28.738	203.854	200.562	3.292	167.221
60 a 64 anos	32.256	29.187	253.596	246.437	7.159	184.654
65 a 69 anos	25.388	21.807	175.317	171.510	3.807	127.486
70 anos ou mais	54.416	47.028	432.698	422.239	10.459	305.887

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2007.

Nota: Excluídas as informações das mulheres que não souberam informar ou deixaram de responder a pelo menos um dos quesitos de fecundidade.

## ANEXO G

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DO CEARÁ - 2009


 INSTITUTO DE PESQUISA E ESTADÍSTICA DO CEARÁ

DEMOGRAFIA

## OBITUÁRIO

Tabela 10.5 Óbitos fetais, ocorridos e registrados no ano, por lugar do registro e lugar de residência da mãe, segundo a idade da

mãe na ocasião do parto - Ceará - 2006-2008

Grupos de idade da mãe na ocasião do parto	Óbitos fetais, ocorridos e registrados no ano								
	Lugar do registro e lugar de residência da mãe								
	Ceará			Região Metropolitana de Fortaleza			Fortaleza		
	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008
Total	706	699	794	406	424	417	342	372	346
Menos de 15 anos	5	6	8	5	4	7	4	3	7
15 a 19 anos	125	124	121	77	77	64	67	72	55
20 a 24 anos	160	141	173	90	84	98	73	79	87
25 a 29 anos	131	135	181	76	82	84	69	69	72
30 a 34 anos	117	127	114	61	74	57	56	66	50
35 a 39 anos	64	60	88	39	34	52	34	32	47
40 a 44 anos	30	40	44	16	28	15	15	26	13
45 a 49 anos	1	2	7	1	2	2	1	1	2
50 anos ou mais	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Idade ignorada	73	64	58	41	39	38	23	24	13

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Estatísticas do Registro Civil 2006-2008

## ANEXO H

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DO CEARÁ – 2009


 INSTITUTO DE PESQUISA E ESTADÍSTICA ECONÔMICA DO CEARÁ

DEMOGRAFIA

## OBITUÁRIO

Tabela 10.4 Óbitos de menores de 1 ano de idade, ocorridos e registrados no ano, por lugar do registro, segundo os grupos de idade

e sexo - Ceará - 2006-2008

Grupos de idade e sexo	Óbitos de menores de 1 ano de idade, ocorridos e registrados no ano, por lugar do registro								
	Ceará			Região Metropolitana de Fortaleza			Fortaleza		
	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008
Total	1.150	1.151	1.186	633	576	599	580	489	487
Homens	635	661	695	250	338	354	310	283	288
Mulheres	515	490	491	249	238	245	270	206	199
Sem declaração	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Menos de 7 dias	482	504	532	245	228	261	225	194	205
Homens	282	292	332	49	128	162	127	108	128
Mulheres	200	212	200	62	100	99	98	86	77
Sem declaração	-	-	-	-	-	-	-	-	-
7 a 27 dias	170	181	192	111	109	96	106	93	85
Homens	84	111	112	49	64	59	46	54	54
Mulheres	86	70	80	62	45	37	60	39	31
Sem declaração	-	-	-	-	-	-	-	-	-
28 a 364 dias	498	466	462	277	239	242	249	202	197
Homens	269	258	251	152	146	133	137	121	106
Mulheres	229	208	211	125	93	109	112	81	91
Sem declaração	-	-	-	-	-	-	-	-	-

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Estatísticas do Registro Civil 2006-2008

## ANEXO I

## ANUÁRIO ESTATÍSTICO DO CEARÁ – 2009



## DEMOGRAFIA

## OBITUÁRIO

Tabela 10.6 Óbitos fetais, ocorridos e registrados no ano, por lugar do registro e lugar de residência da mãe, segundo o lugar do nascimento, número de nascidos por parto e sexo - Ceará - 2006-2008

Lugar do nascimento, número de nascidos por parto e sexo	Óbitos fetais, ocorridos e registrados no ano								
	Lugar de residência da mãe								
	Ceará			Região Metropolitana de Fortaleza			Fortaleza		
	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008
Total	706	699	794	406	424	417	342	372	346
Lugar do nascimento									
Hospital	666	663	742	391	409	389	338	360	332
Domicílio	27	28	40	9	11	20	2	9	14
Outro local	6	8	4	1	4	1	1	3	-
Ignorado	7	-	8	5	-	7	1	-	-
Número de nascidos por parto									
Um	686	681	774	404	424	372	340	372	341
Dois	17	17	20	2	-	-	2	-	5
Três ou mais	3	1	-	-	-	-	-	-	-
Ignorado	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Sexo									
Homens	386	396	423	224	242	219	189	217	181
Mulheres	312	299	362	178	179	193	149	153	160
Sem declaração	8	4	9	4	3	5	4	2	5

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Estatísticas do Registro Civil 2006-2008