



Centro Universitário de Brasília

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

LUCAS RIBEIRO PIRES

**O PARTO ANÔNIMO COMO ATO ILÍCITO NO ARCABOUÇO JURÍDICO
BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2019

LUCAS RIBEIRO PIRES

**O PARTO ANÔNIMO COMO ATO ILÍCITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Orientador: Professor Julio Lérias Ribeiro

BRASÍLIA

2019

LUCAS RIBEIRO PIRES

**O PARTO ANÔNIMO COMO ATO ILÍCITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Orientador: Professor Julio Lérias Ribeiro

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

Este trabalho trata da ilicitude do parto anônimo, no qual mães biológicas entregam seus filhos recém-nascidos de forma menos burocrática para uma família adotiva, com a finalidade de diminuir o abandono infantil, ao tornar tal ato mais rápido e permitir que a mãe não sofra qualquer repressão criminal ou social. A problemática baseia-se na possível ilicitude do instituto perante ao ordenamento jurídico vigente. O objetivo desse trabalho consiste em demonstrar a ilicitude do instituto do Parto Anônimo perante ao arcabouço jurídico brasileiro e como ele afeta os mecanismos de proteção integral da criança. Com relação à Constituição Federal, verifica-se que ele ofende alguns direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção integral. Ademais, por se assemelhar com a adoção, ele também ataca alguns requisitos regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil, segundo o qual para que um fato jurídico produza efeitos, todos os seus elementos devem estar presentes. Sendo assim, qualquer forma de adoção que não siga o rito previsto em lei será considerada ato ilícito que não produzirá nenhum efeito.

Palavras-Chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Parto anônimo. Abandono infantil. Criança. Adolescente. Proteção integral. Adoção.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 BREVE HISTÓRICO DO ABANDONO INFANTIL	6
1.2 Direitos fundamentais e o abandono infantil	10
2 TEORIA GERAL DOS ATO ILÍCITOS.....	15
2.1 O parto anônimo como ato ilícito	19
3 O PARTO ANÔNIMO COMO ATO LESIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS DA CRIANÇA	24
3.1 O parto anônimo como ato lesivo dos direitos fundamentais infraconstitucionais da criança	28
CONCLUSÃO	33
REFERÊNCIAS.....	34

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá examinar a ilicitude do parto anônimo em face do atual ordenamento jurídico brasileiro, verificando os mecanismos de proteção presentes na legislação constitucional e infraconstitucional.

O tema é de grande relevância para a sociedade por tratar do núcleo familiar, abandono de recém-nascidos, processo de adoção e como princípios e direitos fundamentais protegidos pelo nosso ordenamento entram em conflito com o instituto em questão, que tem como objetivo permitir a inserção, de forma menos burocrática, de um recém-nascido em uma nova família. Ante exposto, a problemática da presente pesquisa é a seguinte: é possível implementar o parto anônimo no direito brasileiro?

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é demonstrar a ilicitude do parto anônimo perante o arcabouço jurídico brasileiro e como ele afeta os mecanismos de proteção integral da criança.

No primeiro capítulo, será feita uma breve recapitulação histórica do abandono infantil no Brasil, com destaque para o período em que houve o uso da “roda dos expostos”, artefato fixado em determinados lugares para facilitar o abandono de recém-nascidos de maneira anônima. Além disso, será feita a conceituação dos direitos fundamentais, um breve histórico da sua presença e aplicação ao longo das Constituições que existiram no Brasil e como eles se aplicam ao instituto do parto anônimo.

No segundo capítulo, será exposto o conceito de ato ilícito sob o ponto de vista de diversos doutrinadores, determinando suas principais características, e, posteriormente, demonstrando quais delas são inerentes ao instituto do parto anônimo e fazem com que ele seja considerado um ato ilícito.

No terceiro capítulo, será demonstrado como o parto anônimo afeta os institutos de proteção presentes no arcabouço jurídico atual, mais especificamente, na Constituição Federal, base para o ordenamento brasileiro, no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata do tema de maneira específica.

A pesquisa será realizada mediante a análise bibliográfica da doutrina, artigos e da legislação constitucional e infraconstitucional vigente, a fim de validar os

argumentos jurídicos desenvolvidos neste trabalho e aprofundar o tema.

Ao final, pretende-se demonstrar a ilicitude do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com os princípios legais e a doutrina.

1 BREVE HISTÓRICO DO ABANDONO INFANTIL

Neste capítulo, será feita uma breve recapitulação histórica do abandono infantil no Brasil, destacando-se o período em que houve o uso da “roda dos expostos”, artefato fixado em determinados lugares para facilitar o abandono anônimo de recém-nascidos. Além disso, será feita a conceituação dos direitos fundamentais, um breve histórico da sua presença e aplicação ao longo das Constituições que existiram no Brasil e como eles se aplicam ao instituto do parto anônimo.

O parto anônimo pode ser conceituado como a entrega, por parte da mãe, de um recém-nascido não desejado para o Estado, o que em tese facilitaria a sua adoção, contudo, esse instituto esbarra em diversos princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Ele atinge diretamente o núcleo familiar, por isso a relevância deste estudo.

Primeiramente, faz-se necessário realizar uma análise histórica de como se tratou o abandono infantil em nosso país, observando-se o contexto social e o ordenamento jurídico de cada época.

Narrar a história do abandono infantil é algo difícil em razão da escassez de arquivos que relatem os fatos fielmente.¹ Exemplificando, durante o período colonial as correspondências das autoridades portuguesas não abordavam os problemas sociais da população, especialmente os das crianças, logo, há pouco material a respeito.

A Igreja Católica, por meio das Santas Casas de Misericórdia, lugares que promoviam ações de proteção às crianças abandonadas, passou a recolher filhos de escravas, prostitutas, etc.². Dado esses exemplos, é possível notar que quem também era vítima dessa situação eram as mães que, por motivos diversos, tiveram que optar por abandonar seus filhos.

¹ MARCILIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. 1ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006. p.127.

² *Ibidem* p.134.

Durante o período colonial, as famílias eram maiores e aquelas que possuíam maior poder aquisitivo tinham escravos. Independentemente da classe social, o índice de mortalidade infantil era elevado. Uma das funções das escravas era ser “ama-de-leite”, ou seja, amamentar os filhos das suas patroas, o que fazia com que seus próprios filhos morressem de fome.

Nesse período, uma prática vinda da Europa consistia no abandono de crianças nas portas de igrejas ou conventos. Assim, elas eram tratadas como enjeitadas, em razão de fatores econômicos, sociais e culturais. Algumas morriam devido às condições adversas a que eram expostas, em todo caso, elas eram privadas do crescimento ao lado dos pais biológicos.

Descreve Maria Luiza Marcílio:

A situação de miséria, exploração e marginalização, levou os indígenas, e depois os africanos e os mestiços, a seguir o exemplo dos descendentes de espanhóis ou de portugueses, de abandonar seus filhos. As práticas de casamentos e o modelo de família imposto pelos colonizadores, monogamia; limitações da idade mínima ao casar; condenação ao divórcio; indissolubilidade do matrimônio; e proibições do aborto chocaram-se com as práticas indígenas e alimentaram o adultério, e a reprodução de excedentes. A fim de harmonizar o número excessivo, a população local, viu-se obrigada a escolher por uma das duas opções: o Infanticídio ou o abandono.³

As primeiras normas vigentes no Brasil foram as Ordenações Manuelinas e Filipinas, vindas da Europa. Nessas normas estava previsto que caso alguém encontrasse um infante abandonado, ele seria responsável por batizá-lo. Após o batizado, o padre entregaria um certificado que declarava que a criança abandonada estava sendo bem acolhida pela pessoa que a batizou. Esse documento permitia que fosse solicitada ajuda econômica do Estado para a educação da criança enjeitada, e, após a sua concessão, o seu nome era inscrito no Livro Matrícula dos Expostos.⁴

A criança abandonada que não encontrava uma nova família para recebê-la era encaminhada às Câmaras Municipais, onde seria arranjada uma “criadeira”,

³ MARCILIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. 2 ed. São Paulo: Hucitec, 2006. p.128.

⁴ VENANCIO, Renato Pinto. Maternidade negada *In: PRIORE, Mary del (org.). História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1997, p.192.

remunerada por esse serviço.⁵ Inclusive, isso gerou um pequeno “comércio” de criação de menores abandonados cujo objetivo era receber o auxílio das Câmaras Municipais.

No fim do século XVIII, houve uma aumento considerável do abandono infantil no Brasil, esse fato fez com que as Câmaras Municipais instalassem “rodas” nas dependências das Santas Casas de Misericórdia, a “Roda dos Expostos”. O pretexto para a implementação dessa medida foram os recursos gastos com as crianças enjeitadas, que poderiam ser aplicados em lugares mais “relevantes”.⁶

Primeiramente, a “roda dos expostos” foi instalada em Salvador (1728), em seguida, no Rio de Janeiro (1738) e em Recife (1789), cidades majoritariamente urbanas, onde o número de crianças abandonadas era significativo. Também conhecida como “roda dos enjeitados”, ela era um dispositivo feito de madeira cravado nas paredes das Santas Casas de Misericórdia, com o objetivo de permitir que o recém-nascido fosse abandonado sem comprometer a identidade dos pais biológicos.

Sobre isso escreve Maria Luiza Marcílio:

O nome da roda — dado por extensão à casa dos expostos — provém do dispositivo de madeira onde se depositava os bebês. De forma cilíndrica, e com uma divisória no meio, esse dispositivo era fixado no muro ou na janela na instituição. No tabuleiro inferior da parte externa, o expositor colocava a criancinha que enjeitava, girava a roda e puxava um cordão com uma sineta para avisar à vigilância — ou Rodeira — que um bebê acabara de ser abandonado, retirando-se furtivamente do local, sem ser reconhecido.⁷

Com o passar do tempo, as autoridades portuguesas passaram a questionar o funcionamento dessa prática, visto que faltava responsáveis para fiscalizar se a criança abandonada tinha voltado a ter contato com seus familiares ou se utilizava os recursos da Santa Casa para sobreviver. Além do mais, os números de mortalidade infantil aumentaram consideravelmente após a implementação da roda.⁸

Define Maria Luiza Marcílio:

⁵ MARCILIO, op. cit., 2006. p.142.

⁶ VENANCIO, Renato Pinto. Maternidade negada In: PRIORE, Mary del (org.). *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1997, p.27

⁷ MARCILIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006. p. 57.

⁸ Ibidem, p. 68.

A roda foi instituída para garantir o anonimato do expositor, evitando-se, na ausência daquela instituição e na crença de todas as épocas, o mal maior, que seria o aborto e o infanticídio. Além disso, a roda poderia servir para defender a honra das famílias cujas filhas teriam engravidado fora do casamento. Alguns autores estão convencidos de que a roda serviu também de subterfúgio para se regular o tamanho das famílias, dado que na época não haviam métodos eficazes de controle de natalidade.⁹

De igual maneira, posiciona-se Francisco de Paula Lázaro Gonçalves:

A roda não só salva a vida temporal e espiritual dos condenados à morte pela miséria, pelo erro inocente ou pelo crime, mas evita o escândalo dos amores pecaminosos; com ela aberta, o vício esconde-se, é certo, mas assim se mantém a dignidade dos costumes.

Portanto, nota-se que o real objetivo da roda dos enjeitados era assegurar que a família biológica permanecesse anônima.

A maioria das crianças abandonadas não chegava à idade adulta, o índice de mortalidade de recém-nascidos deixados na roda era o mais alto em toda a história do Brasil, o que levou as Santas Casas a perderem o controle.¹⁰

Muitas mães pobres abandonavam seus filhos com a pretensão de reavê-los no futuro, inclusive, algumas deixavam bilhetes junto aos recém-nascidos pedindo para que fossem bem cuidados.¹¹ Elas acreditavam que, ao deixá-los na Santa Casa, eles teriam melhores chances de sobreviver, tendo em vista que não conseguiam mantê-los.

O efeito supostamente desejado com a implementação da “roda dos expostos” — salvar recém-nascidos da morte — não foi alcançado, visto que, conforme Venâncio, o índice de mortalidade infantil em Salvador durante os anos de 1758 e 1762 era de 646 mil crianças, contudo, no período de 1781 a 1790 ele saltou para 687 mil.¹²

No Brasil Império, a Constituição de 1824 não deu atenção especial às crianças, e, com isso, nenhum direito delas foi assegurado, levando-as à margem da sociedade.¹³

⁹ Ibidem, p.145.

¹⁰ MARCILIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006. p. 55.

¹¹ Ibidem, p. 145.

¹² VENANCIO, Renato Pinto. Maternidade negada In: PRIORE, Mary del (org.). *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1997, p. 212.

¹³ Ibidem.

Após a independência, as rodas dos expostos continuaram a funcionar, entretanto, devido à relutância costumeira das Câmaras Municipais em ajudar economicamente as instituições que prestavam assistência ao exposto, foi instituída a Lei Municipal de 1828, que as isentava da responsabilidade, desde que houvesse uma Casa de Misericórdia na província em questão. Isso levou à criação de várias rodas de expostos em diversas cidades, como São Paulo (SP), Porto Alegre (RS) e Olinda (PE).¹⁴

Após 1870, somente as maiores instituições continuaram em funcionamento, inclusive, todas funcionavam de forma precária, devido à baixa quantidade de verba, e em prédios em condições precárias.¹⁵

Dessa forma, a roda dos expostos foi vista como uma opção para se eximir da responsabilidade de criar uma criança, sendo que muitos acreditavam que ali elas estariam em situações mais favoráveis. Contudo, devido à crescente demanda, as Casas de Misericórdia passaram a não conseguir cumprir com a sua finalidade original.

1.2 Direitos fundamentais e o abandono infantil

É difícil definir direitos fundamentais, tendo em vista que se trata de algo mais principiológico do que conceitual, ou seja, são princípios que oferecem base constitucional para a demanda e proteção dos direitos humanos. Além disso, esses princípios oferecem limites e diretrizes para a atuação do Estado, por isso, são a base da democracia. Assim, vê-se a necessidade de um breve retrospecto sobre os direitos fundamentais nos textos constitucionais anteriores.

A Constituição Imperial de 1824, a primeira Constituição Brasileira, foi liberal no reconhecimento dos direitos fundamentais, o que contradiz seu viés majoritariamente autoritário, dada a concentração de poder nas mãos do imperador. Ela determinava que a liberdade, segurança individual e a propriedade seriam a base para a inviolabilidade dos direitos civis e políticos.¹⁶

¹⁴ MARCILIO, op. cit., 2006, p. 66.

¹⁵ MARCILIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006. p. 67.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 99

A Constituição Republicana de 1891e ampliou os direitos fundamentais, por exemplo; ao instituir o sufrágio direto para a eleição dos representantes públicos e abolir a exigência de renda mínima para o exercício de direitos políticos, além de manter os direitos já consagrados na Constituição Imperial.

A Revolução de 1930 provocou uma série de desrespeitos aos direitos fundamentais, como a dissolução do Congresso Nacional e das Câmaras Municipais, perda das garantias da magistratura, restrição do habeas corpus e suspensão das franquias constitucionais. Como resposta, a Constituição de 1934 estabeleceu novos direitos, como a abolição da prisão perpétua, da prisão por dívidas e algumas garantias aos direitos do trabalhador, como o salário mínimo.¹⁷

Com a chegada do Estado Novo, em 1937, foi estabelecida a nova Constituição, que criou tribunais de exceção para julgar crimes contra o Estado, o que hoje é algo extremamente reprovável. Ela suspendeu as liberdades individuais, como a de locomoção, de reunião e o sigilo de correspondência. Foi autorizado o decreto de estado de emergência em todo o território nacional, o que fez com que o Estado Novo fosse marcado pela perseguição aos direitos fundamentais, algo que só veio a ser corrigido com a Constituição de 1946.¹⁸

Com o fim do Estado Novo, houve a restauração de diversos direitos e garantias fundamentais. Nesse período, foram ampliados direitos sociais, como o direito de greve, mas isso mudou após o golpe militar de 1964.

A Constituição em 1967 determinava o respeito à integridade física e moral do presidiário, algo que, na prática, não ocorria. A Constituição, juntamente dos Atos Institucionais, promoveram diversos retrocessos, como o foro militar para civis, a supressão da liberdade de expressão, a censura, a restrição ao direito de greve e de reunião.¹⁹

A Constituição de 1988 reconstruiu o Estado Brasileiro, foi demonstrada a necessidade de tratar de direitos fundamentais em seu texto, com a finalidade de atribuir-lhes maior segurança. Sobre isso, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco definiram que os valores mais caros à existência humana merecem estar protegidos em um documento jurídico com força vinculativa máxima²⁰. Parte da

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141

¹⁸ Ibidem, p.100.

¹⁹ Ibidem, p.101.

²⁰ Ibidem, p. 160.

doutrina afirma que a inserção de direitos fundamentais no texto constitucional faz com que eles não possam ser excluídos, graças à vedação ao retrocesso social.

Os direitos fundamentais possuem um papel essencial para a proteção humana no âmbito internacional. Diretrizes são dadas pela comunidade internacional, abrindo um espaço para o diálogo entre Estados que, eventualmente, celebrarão tratados resultantes de suas deliberações.

A lei infraconstitucional deve se harmonizar aos direitos fundamentais, visto que eles estão fundidos ao texto constitucional, criando assim um espectro de proteção. Compreende-se que tal espectro é imutável, como pretendeu o constituinte ao estabelecer como cláusula pétrea o artigo 60, §4º, IV, ou seja, não pode ser alterado por emenda constitucional, porém, a aplicação prática levou os doutrinadores a concluírem que esta afirmação não é totalmente correta.

A afirmação de que os direitos fundamentais são imutáveis vem do pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger os direitos naturais, porém, isso levaria ao engessamento da atuação estatal, fazendo com que os direitos individuais gozassem de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.

Com isso, os direitos fundamentais deixariam de envolver a todos para envolver situações específicas de cada indivíduo, a fim de garantir os seus direitos fundamentais, ainda que eles fossem de encontro aos direitos de outrem. Sobreveio, então, a necessidade de ponderar os direitos fundamentais quando da sua aplicação, o que pode resultar, em certos casos, no seu afastamento e na proteção de um direito em detrimento de outro considerado de maior relevância. Em razão disso, a doutrina passou a tratar do conflito entre direitos fundamentais, procurando estabelecer qual deve prevalecer sobre o outro no caso concreto.

Parte-se do princípio de que os direitos fundamentais são o meio para existência digna dos seres humanos, e, ao serem inseridos no texto constitucional, servem de base para toda a legislação produzida posteriormente.

Assim, embora não esteja expresso na Constituição que toda pessoa tem o direito de conhecer a sua origem biológica, usando-se como base a interpretação do princípio da dignidade humana, pode-se chegar a essa conclusão, já que o texto constitucional possibilita o reconhecimento de direitos fundamentais subentendidos em nosso ordenamento.

Lunardi diz que o direito à identidade biológica ocupa um status singular, uma vez que trata da manifestação da dignidade humana, do respeito à identidade da pessoa, sua honra e sua imagem.²¹

Marine Berenice Dias considera descobrir o começo de sua própria linhagem um direito fundamental, e, também, de personalidade, já que todos têm a vontade inerente de descobrir a identidade de seus pais. Assim, quando o indivíduo tiver meios de conhecer sua origem genética, não existe nenhum mecanismo capaz de impedi-lo.²²

O direito ao reconhecimento da filiação difere-se do direito ao conhecimento da ascendência, já que o primeiro funciona como meio para se instaurar o poder familiar, logo, é um ato de Direito de Família; enquanto o segundo trata do conhecimento do tronco genético.

Além disso, a ação de investigação de paternidade pretende o reconhecimento da filiação, e com isso, todas as obrigações advindas. Por outro lado, através da ação de investigação de ascendência procura-se a declaração da origem biológica sem daí surgir qualquer fato jurídico novo.

Paulo Lobo explica a diferença:

[...] o estado de filiação, que decorre da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição de paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo, a primeira, natureza de direito de família, e a segunda, de direito de personalidade.²³

Assim, é garantido o direito ao conhecimento da origem genética como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse conhecimento não tem como objetivo instituir um poder familiar ou a modificação do nome na certidão de nascimento, mas apenas a declaração de sua ascendência, de maneira que o indivíduo possa buscar o seu lugar na sociedade e saber de onde vem.

²¹ LUNARDI apud MICHNIK, Pedro Henrique de Sousa. *O reconhecimento do direito à identidade como direito fundamental*. Brasília, 2015. p. 235.

²² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12 ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 326.

²³ LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 30 ago. 2018.

Além do mais, os direitos fundamentais primam pela dignidade da pessoa humana, todos devem ser protegidos do tratamento desumano e degradante, ter garantidas condições básicas à sua existência, como saúde, alimentação e educação, o que costuma ser provido, em um primeiro momento, pelos pais. O abandono em tenra idade é um ataque direto aos direitos fundamentais da criança, e o instituto do parto anônimo é apenas um paliativo para a resolução destas questões.

2 TEORIA GERAL DOS ATO ILÍCITOS

Neste capítulo, exporemos o conceito de ato ilícito sob o ponto de vista de diversos doutrinadores, suas principais características, sua correlação com o parto anônimo e o que faz com que ele seja considerado um ato ilícito.

O objetivo principal desta monografia é demonstrar que a prática do parto anônimo configura um ato ilícito, porém, antes, faz-se necessário discorrer sobre o conceito de ato ilícito. Esse conceito é complexo e pode ser utilizado nos mais diversos ramos jurídicos, logo, é precipitado afirmar que o conceito de ato ilícito é seja somente qualquer ato contrário à lei em voga.

O ser humano pode realizar ações em consonância ou discordância com as normas jurídicas, tais ações costumam ser chamadas de atos jurídicos, quando obedecem o ordenamento legal; e atos ilícitos, quando são realizadas em desacordo com a ordem legal.

O ato ilícito, naturalmente, não traz benefícios para o agente, somente gera o dever de reparação obrigatória para o sujeito que transgrediu a norma e causou danos.²⁴ Segundo Silvio de Salvo Venosa: “os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento”²⁵

A diferenciação feita com relação ao ilícito civil e penal é mais teórica do que prática, tendo em vista que eles podem coincidir, por exemplo, no caso de um motorista que atravessou o sinal vermelho e causou um acidente fatal. Dessa maneira, a diferença consiste nas respectivas sanções, no caso do ilícito penal, pode haver uma punição que restrinja a liberdade de locomoção; enquanto nos ilícitos civis as punições afetam preferencialmente o patrimônio.

Define Caio Mário da Silva Pereira:

Há em ambos o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Assinala-se, porém, uma diversificação que se reflete no tratamento deste, quer em função da natureza do bem jurídico ofendido, quer em função da natureza do bem jurídico ofendido, quer em razão dos efeitos do ato. Para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado

²⁴ PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31ª ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 547.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 142.

contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido.²⁶

Tanto o ato ilícito civil quanto o penal têm a mesma base ética: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado a quem o infringe.²⁷ No entanto, no Direito Penal o ato ilícito é uma ofensa à coletividade; já no civil o ato ofende à coletividade e, simultaneamente, ao particular. Determina Clóvis Beviláqua que a teoria dos atos ilícitos próprios é clara e simples e tem recebido das noções de culpa e responsabilidade, por parte de outros doutrinadores, com as quais tem difícil ligação e obscuridades.²⁸

Maria Helena Diniz determina três elementos indispensáveis para a configuração de ato ilícito: o primeiro seria um fato lesivo voluntário, causado pelo agente por ação ou omissão voluntária negligente; depois, a comprovação de ocorrência de um dano patrimonial ou moral; e, por último, deve-se estabelecer o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.²⁹

Em contraste, Caio Mário da Silva Pereira determina:

Como categoria abstrata, o ato ilícito reúne, na sua etiologia, certos requisitos que podem ser sucintamente definidos: a) uma conduta, que se configura na realização intencional ou meramente previsível de um resultado exterior; b) a violação do ordenamento jurídico, caracterizada na contraposição do comportamento à determinação de uma norma; c) a imputabilidade, ou seja, a atribuição do resultado antijurídico à consciência do agente; d) a penetração da conduta na esfera jurídica alheia, pois, enquanto permanecer inócua, desmerece a atenção do direito.³⁰

O próprio Caio Mário da Silva Pereira considera que enquanto doutrinadores se preocuparem com a diversificação das noções de dolo e culpa, não conseguirão determinar de maneira clara a teoria do ato ilícito. No entanto, outros autores determinam que estabelecer uma escala para graduar os tipos de culpa pode ser o caminho para a melhor aplicação da teoria no cotidiano jurídico.³¹

²⁶ PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31ª ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 548.

²⁷ ROQUE, Sebastião José. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Icone, 1994, p.167

²⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Servanda, 2015, p.136.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 35ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 607-611.

³⁰ PERREIRA, op.cit., 2017, p. 547.

³¹ Ibidem, p.551.

A doutrina majoritária abandonou com o tempo essas gradações e passou a focar na figura do ato ilícito puro e simples, ou seja, não importa mais se o agente tinha a intenção de atingir o resultado produzido, o enfoque recai somente no caráter antijurídico da conduta e o dano produzido. Com isso, os conceitos de dolo e culpa foram praticamente fundidos em nosso ordenamento jurídico, no caso de atos ilícitos civis.³²

Logo, a culpa costuma ser medida em razão do grau da lesão, que pode ser grave, leve ou levíssima. A culpa será grave quando, dolosamente, ocorrer negligência extrema do agente, a ponto de não conseguir evitar uma situação que é previsível. Já a culpa leve ocorrerá quando o erro for evitável em uma situação de atenção ordinária. Por sua vez, a culpa levíssima é aquela na qual o erro seria evitado caso a situação requeresse atenção extraordinária ou algum conhecimento singular.³³

No entanto, a noção de culpa não foi afastada por completo, já que se encontra presente na inobservância de um dever por parte do agente, o que é o fundamento primário da reparação. O conceito “lato sensu” possui um sentido mais amplo que corresponde a todo tipo de comportamento contrário ao direito, independente da intenção do agente³⁴. Caio Mário da Silva Pereira conclui que a culpa importa em um erro de conduta que leva o indivíduo a lesar o direito alheio.³⁵

Maria Helena Diniz conceitua:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência e cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa, em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.³⁶

Em sentido estrito, existem três espécies de culpa: negligência, imprudência e imperícia. A imprudência é caracterizada quando o agente enfrenta o perigo sem necessidade, ou seja, agindo contra noções básicas de cautela.

³² PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 551.

³³ *Ibidem*, p. 552.

³⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Servanda, 2015, p. 352.

³⁵ PERREIRA, op. cit., 2017, p. 551.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 35ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 607.

No tocante à imperícia, esta é caracterizada quando faltar conhecimento técnico durante o desempenho de uma atividade profissional, ou seja, o desempenho de uma tarefa sem os devidos requisitos para cumpri-la.

Já a negligência ocorre quando há falta de cuidado numa situação em que o agente deveria ter, isto é, o sujeito deixa de produzir um ato que possivelmente evitaria o dano.³⁷

Para concluir, o conceito de ato ilícito é complementado pela definição das excludentes de ilicitude, que são as seguintes: legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade.

Segundo o art. 25 do Código Penal, age em legítima defesa “quem, usando moderadamente dos meios necessários repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.³⁸ Esse conceito tem como base preceitos éticos básicos que compõem as relações interpessoais na sociedade, autorizando uma reação perante injusta agressão ao mesmo tempo que não consagra o princípio da justiça pelas próprias mãos. Desse modo, a maneira adequada de se tutelar direitos que estão sendo ameaçados é a judicial, no entanto, a lei permite, em situações excepcionais, que o indivíduo defenda seus próprios direitos.

Para que a legítima defesa encontre respaldo legal, ela necessita cumprir alguns requisitos. Ausente algum deles, não incidirá a excludente. Primeiramente, deve-se repelir a agressão de maneira proporcional. Ela há de ser atual e iminente, ou seja, qualquer reação que ocorra após um certo período será considerada ato ilícito.³⁹

Outra excludente de ilicitude é o exercício regular de um direito reconhecido, que ocorre quando o agente está respaldado pelo direito, e, conseqüentemente, uma conduta não pode ser obrigatória e proibida ao mesmo tempo. Com isso, nada mais lógico do que determinar que se a lei impõe uma conduta obrigatória, não pode condená-la caso seja executada sem nenhum abuso evidente.

Tanto a legítima defesa quanto o exercício regular de um direito não são passíveis de indenização pelos danos causados.

³⁷ PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 551.

³⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral – vol. 1*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 490.

³⁹ *Ibidem*, p. 490.

A última excludente de ilicitude é o estado de necessidade, que, segundo Gagliano e Pamplona Filho,⁴⁰ “consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação”⁴¹. No entanto, diferentemente das outras excludentes, ao agir em estado de necessidade, o sujeito não está liberado de reparar o dano causado.

2.1 O parto anônimo como ato ilícito

Os institutos legais são criados para se amoldarem aos fatos sociais existentes e produzirem efeitos jurídicos, entretanto, o legislador também pode criar um tipo normativo que tenha como unicamente produzir efeitos jurídicos.

Parte da doutrina considera que os efeitos jurídicos possuem características do fato jurídico, “são fatos jurídicos todos os acontecimentos, eventos que, de forma direta ou indireta, acarretam efeito jurídico [...]”⁴²

Logo, os fatos jurídicos são produzidos pela regulação feita pelo Poder Legislativo. Para que possam existir, eles devem possuir, obrigatoriamente, dois elementos, como explica Caio Mário da Silva Pereira:

[...] o fato jurídico se biparte em dois fatores constitutivos: de um lado, um fato, ou seja, uma eventualidade de qual espécie que se erige em causa atuante sobre a relação jurídica, quer gerando-a, quer modificando-a, a quer extinguindo-a; de outro lado, uma declaração do ordenamento jurídico, atributiva de efeito àquele acontecimento. Sem esta última, o fato não gera a relação jurídica nem tampouco o direito subjetivo; sem o acontecimento, a declaração da lei permanece em estado de mera potencialidade. A conjugação de ambos, eventualidade e preceito legal, é que compõe o fato jurídico.⁴³

Se o fato não produzir efeitos jurídicos, será apenas um fato no sentido literal da palavra, um acontecimento ordinário sem qualquer efeito jurídico.

Carlos Roberto Gonçalves diz:

⁴⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral - vol 1*. 9ª ed; Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 491.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Solze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil- vol 3*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.152.

⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 345.

⁴³ PERREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 382.

[...] todo fato, para ser considerado jurídico, deve passar por um juízo de valoração. O ordenamento jurídico, que regula a atividade humana, é composto de norma jurídicas, que preveem hipóteses de fatos e consequentes modelos de comportamento considerados relevantes e que, por isso, foram normatizados. Estes, depois, de concretizados, servem de suporte fático para a incidência da norma e o surgimento do fato jurídico.⁴⁴

Os atos decorrentes da liberalidade humana, independentemente da intenção clara de gerar efeitos, são os atos jurídicos. Basicamente, há produção de efeitos, mas somente aqueles que decorrem da lei e não da vontade do agente, no entanto, se aceita a existência da pretensão de dirigir a sua ação à atingir os efeitos legais previstos. Venosa afirma: “[...] são atos jurídicos [...] aqueles eventos emanados de uma vontade, quer tenham intenção precípua de ocasionar efeitos jurídicos, quer não.”⁴⁵

O ato jurídico *lato sensu* refere-se ao agente dirigir sua vontade à produção dos efeitos legais. Define Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “[...] o ato jurídico em sentido estrito é o que gera consequências jurídicas previstas em lei, desejadas, é bem verdade, pelos interessados, mas sem qualquer regulamentação da autonomia privada [...]”⁴⁶

Caio Mário da Silva Pereira conceitua que:

[...] É a noção de ato jurídico lato sensu que abrange as ações humanas, tanto aquelas que são meramente obediente à ordem constituída, determinantes de consequências jurídicas *ex lege*, independentemente de serem ou não queridas como aquelas outras declarações de vontade, polarizadas no sentido de uma finalidade, hábeis a produzir efeitos jurídicos queridos.

A partir dos conceitos já demonstrados sobre ato ilícito, ato jurídico e fato jurídico, pode-se compreender o instituto do parto anônimo como algo incapaz de produzir efeitos legais. Isso porque o texto constitucional existente torna impossível a produção desses efeitos, sejam eles produzidos diretamente ou indiretamente, tendo em vista que se houver alguma vedação no ordenamento jurídico, não existe possibilidade de se almejar efeito algum.

O instituto do parto anônimo, tal qual a “roda dos expostos”, foi criado com a

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral. 12 ed. São Paulo Saraiva, 2014, p. 316.

⁴⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 346.

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 574.

intenção de diminuir o número de crianças abandonadas no Brasil. Alguns projetos de lei visam instituir modos legais para se abandonar recém-nascidos, colocando-os numa espécie de adoção, onde a criança será enviada para um local adequado, com uma família interessada, que irá registrá-la como filha. Em um segundo momento, a mãe terá acompanhamento psicológico e será notificada das consequências jurídicas do seus atos.

Douglas Phillips Freitas conceitua:

O parto anônimo pode ser definido como o direito da mãe em permanecer desconhecida, sem qualquer imputação civil ou penal, na entrega da criança para adoção, podendo realizar todos os cuidados médicos antes, durante ou após o parto.⁴⁷

Sobre o assunto, Sylvia Maria Mendonça do Amaral afirma:

O parto anônimo é sim uma forma de reativar a "roda dos expostos", mas de forma legalizada e em melhores condições para o acolhimento das crianças. Com a regulamentação do parto anônimo, as mães interessadas poderão deixar os bebês nos hospitais ou postos de saúde para a adoção sem ter de registrar a criança em seu nome e sem precisar sequer se identificar. A adoção será menos burocrática por não envolver o registro de pai e mãe nos documentos, isto é, sem a necessidade de fazer a destituição do poder familiar.⁴⁸

Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, afirma em artigo de Nayara B. Ferreira, que "O parto anônimo já era praticado na Idade Média, através da roda dos expostos, portanto, não há nenhuma novidade acerca da implementação do parto anônimo no Brasil",⁴⁹ confirmando paralelos entre o instituto do parto anônimo e o da "roda dos expostos".

Foram apresentados diversos projetos de lei sobre o instituto do parto anônimo no Brasil, no entanto, estes acabavam por sonegar direitos básicos do recém-nascido, como o direito de conhecer sua origem genética, assim violando o seu direito à liberdade, personalidade e convivência familiar, em detrimento da genitora ter direito ao anonimato.

⁴⁷ FREITAS, Douglas Phillips. *Parto anônimo*. 2008. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=412>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴⁸ AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *Parto anônimo, menos bebês abandonados*. Disponível em: <http://taniadefensora.blogspot.com.br/2008/02/voc-sabe-o-que-parto-annimo.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.

⁴⁹ BRASIL. FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. *Parto anônimo e os direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.oabuberaba.org.br/uploads/1/articlesfiles/artigo5.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2019.

Sobre estes projetos, Fernanda Molinari discorre:

As propostas, não se inserem numa perspectiva de garantia de direitos, apresentando-se estreitas e insuficientes para solucionar o problema, seguindo o velho paradigma protetivo, de querer remover as crianças de situação perigosas ou das quais suas necessidades não possam ser atendidas, em vez de, efetivamente, mudar a própria situação em que se encontram, para que possam ser garantidos seus direitos.⁵⁰

No mesmo sentido, Maria Regina Fay Azambuja escreveu:

O projeto de lei, denominado Parto Anônimo, mostra-se totalmente desnecessário, para não dizer inconstitucional. Ao invés de acrescentar, retrocede, desconsiderando avanços e conquistas importantes na normativa internacional e na esfera legislativa de nosso país.⁵¹

Um dos projetos de lei apresentados foi o Projeto de Lei nº 2.747/2008, de iniciativa do então Deputado Eduardo Valverde (PT – Rondônia), em 11 de fevereiro de 2008. O projeto afirma, em seu preâmbulo, a “criação de mecanismos para coibir o abandono materno”.

Já o Projeto de Lei nº 3.220/2008, de iniciativa do Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT–Bahia), apresentado em 9 de abril de 2008, afirmou, em seu preâmbulo, “regular o direito ao parto anônimo”.⁵²

Muitos desses projetos utilizam o argumento de que a existência da “roda dos expostos” no passado justificaria a adoção do instituto do parto anônimo hoje, algo que não faz sentido à luz do contexto atual, de como os núcleos familiares e a sociedade estão se organizando. Implantar esse instituto na conjectura atual seria, no mínimo, arriscado, visto que, infelizmente, é algo corriqueiro uma criança vir ao mundo sem a paternidade definida, assim, o parto anônimo iria privar mais crianças do direito de conhecer sua origem genética.

A partir disso, a relatora da Comissão de Seguridade Social e Família, Deputada Rita Camata, e os demais deputados, rejeitaram por unanimidade o

⁵⁰ MOLINARI, Fernanda. *Parto Anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, p. 111.

⁵¹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SOUZA, Ivone Coelho de. Parto anônimo: uma omissão que não protege. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, Porto Alegre, vol.4, nº 4, jun/jul 2008. p. 63.

⁵² BRASIL. Projeto de Lei Nº3.320, de 2008. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=84CC4D5C60F53376B920F1AB451EEF20.proposicoesWebExterno1?codteor=552449&filename=PL+3220/2008 Acesso em: 30 de julho 2019.

Projeto de Lei nº 2.747/2008, afirmando:

As propostas contrariam todo o direcionamento das lutas e do trabalho desenvolvido pelos movimentos que por décadas atuam na defesa dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil. Os projetos contrariam a Convenção sobre os direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil em 1990, e o Estatuto da criança e do Adolescente (ECA), que garantem aos filhos o direito de preservarem sua identidade e conhecerem suas origens.⁵³

Os projetos de lei acima mencionados foram arquivados, por nada adicionarem ao ordenamento jurídico brasileiro no que tange à proteção da criança, algo consagrado no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como em razão dos preceitos constitucionais de proteção ao menor que seriam diretamente afetados pela implementação do instituto do parto anônimo, os quais serão discutidos posteriormente neste trabalho.

⁵³ BRASIL. Projeto de Lei Nº3.320, de 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=84CC4D5C60F53376B920F1AB451EEF20.proposicoesWebExterno1?codteor=552449&filename=PL+3220/2008> Acesso em: 30 de jul. 2019.

3 O PARTO ANÔNIMO COMO ATO LESIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS DA CRIANÇA

Neste capítulo, será demonstrado como o parto anônimo afeta os institutos de proteção presentes no arcabouço jurídico atual, mais especificamente, na Constituição Federal, Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata do tema de maneira mais específica.

A Constituição Federal de 1988 representou uma mudança na maneira como se pensava os direitos da criança. Ela passou a ser vista como sujeito de direito, com proteção integral determinada nos artigos 227 e 228 e prioridade absoluta reconhecida por se tratar de um sujeito mais vulnerável.⁵⁴

Nesse sentido:

Nossa Carta Magna procurou ter como fundamento a concepção de que Crianças e Adolescentes são sujeitos de direitos, rompendo, desta forma, com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.⁵⁵

O texto constitucional instituiu uma gama de fundamentos e princípios que visam dar maior proteção à pessoa humana, em razão das violações anteriormente ocorridas durante o Regime Militar. Assim, foi conferido às pessoas instrumentos para se protegerem dos próprios atos do Estado quando este atacar direitos previstos constitucionalmente.

Apesar da sua extensão, a Constituição não aborda todas as ações humanas que podem ocorrer. Sendo assim, foram criadas normas para facilitar a vida do legislador infraconstitucional, que esmiúçam nuances específicas de princípios que decorrem de fatos sociais que precisam de proteção legal.

Os princípios elencados no texto constitucional são extremamente importantes para cada um dos poderes do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário. Desses princípios será destacado para o trabalho em questão o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵⁴ MOLINARI, Fernanda. *Parto Anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, p. 40

⁵⁵ CURY; Garrido; Marçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

Marcelo Novelinho discorre sobre:

Consagrada expressamente no inciso II do art. 1º da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana desempenha um papel de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo, e enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular.⁵⁶

Analisando do ponto de vista social, o instituto do parto anônimo possui boas intenções, por facilitar o processo de adoção, fazendo com que aqueles que geram crianças, mas não podem ou não querem arcar com as responsabilidades da paternidade possam transmiti-la para aqueles que desejam adotar, de maneira mais rápida e eficaz, diminuindo, conseqüentemente, o abandono infantil.

No entanto, ao se analisar do ponto de vista jurídico, fica bastante evidente quais são os principais obstáculos para a sua implementação. No âmbito constitucional, um dos preceitos atacados pelo instituto seria o direito ao conhecimento da própria ancestralidade, um direito considerado inalienável.

Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica – renúncia, compra e venda, doação -, quer material – destruição material do bem. Isso significa que um direito inalienável não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente.⁵⁷

Em um sentido mais amplo, foi conferido ao poder público o dever de zelar para que não ocorram lesões às qualidades intrínsecas ao ser humano, como a sua dignidade, logo, devem ser usados os meios necessários para que sejam garantidos todos os fatores que caracterizam uma vida digna.⁵⁸

Argumenta-se que a instituição do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro atenderia o artigo 227 da Constituição Federal, que determina ser dever do

⁵⁶ NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 361.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 145.

⁵⁸ NOVELINO, op. cit., 2014, p. 363

Estado assegurar à criança o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, dentre outros direitos que constam no rol do artigo citado.⁵⁹

Todavia, embora a facilitação do processo de adoção esteja em conformidade com com os direitos elencados no artigo mencionado, o parto anônimo ataca os demais direitos fundamentais.

Sobre o conflito entre direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes determina:

Pode-se ouvir, ainda, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal ideia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade e a propriedade, que, de outro modo, estariam ameaçados. Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal teria como prevalecer sobre eles. Os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo. Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. Tornou-se voz corrente nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.⁶⁰

A doutrina posiciona-se favoravelmente ao princípio da vedação ao retrocesso social, ou seja, determina ser inconstitucional qualquer alteração que retire direitos fundamentais conquistados legalmente.

[...] quem admite tal vedação sustenta que, no que tange a direitos fundamentais que dependam de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez obtido certo grau de realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas. A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações.⁶¹

Canotilho afirma que essa vedação refere-se aos direitos garantidos por meio do processo legislativo, deve ser considerado garantido, e a inconstitucionalidade estaria na não criação de outros institutos alternativos, seria considerado, na prática, uma revogação desses institutos essenciais.⁶²

⁵⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado. Acesso em: 18 mai. 2019.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *apud* CANOTILHO *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 143.

⁶¹ *Ibidem*, p.147

⁶² *Ibidem*, p.148

Em uma situação de conflito entre direitos fundamentais, deve-se exercer o juízo de ponderação.

Gilmar Ferreira Mendes conceitua:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretender obter com a solução.⁶³

O juiz irá realizar o juízo de ponderação ao decidir em um caso concreto, e o legislador o irá realizar durante sua atividade parlamentar. Esse juízo determina a relativização dos direitos fundamentais, ou seja, o sistema constitucional é algo mais maleável. Sobre isso discorre Pedro Lenza:

[...] os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição.⁶⁴

Atualmente, a doutrina determina que, ao se ponderar direitos fundamentais, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, sob pena de torná-los inconstitucionais, por não serem adequados à sua finalidade, e se realizar um ataque direto à esfera protetiva de um direito.

Gilmar Ferreira Mendes complementa:

[...] a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.⁶⁵

No entanto, essa valoração não cabe em todos os casos, visto que tornaria inútil os mecanismos de alteração da Constituição Federal. Afinal, existem hipóteses

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 148.

⁶⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 23 ed. rev., e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 590.

⁶⁵ MENDES, op. cit., 2017, p. 226.

que vedam a alteração do texto constitucional, como as elencadas no artigo 60, §4º, logo, valorizar hierarquicamente os direitos fundamentais somente é admitido em casos especiais.⁶⁶

Diante do exposto, conclui-se que instituir o parto anônimo violaria a Constituição Federal, em seu artigo 1º, III, por não atentar para a dignidade da pessoa humana, ao estabelecer como possível o infante abandonado ser recepcionado em uma nova família e não ter a possibilidade de conhecer a sua origem genética, o que é um direito fundamental implícito no texto constitucional e presente na legislação infraconstitucional.

3.1 O parto anônimo como ato lesivo dos direitos fundamentais infraconstitucionais da criança

Com a Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente passaram a ser vistos como seres em desenvolvimento, sujeitos à proteção integral do Estado, da sociedade e da família.

A partir do texto constitucional, a criança e o adolescente deixaram de ser objeto para se tornarem sujeitos de direito, conseqüentemente, possuem todos os direitos garantidos aos adultos, com prioridade absoluta sobre as demais pessoas, conforme o artigo 227 da Constituição, e o artigo 3º do Estatuto da Criança e Adolescente.

O Estatuto representa uma série de normas que asseguram e protegem os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. Foi aprovado no Congresso Nacional e sancionado por Fernando Collor de Mello, no dia 13 de julho de 1990, que ao anunciar sua criação meses antes declarou:

Temos o dever de tirar nossas crianças das ruas e dos desvios da marginalidade; de encaminhá-las à escola, motivando-as para o estudo. Temos de levá-las de volta ao seio da família, ao convívio e à guarda de pais capazes de lhes dar sustento, afeto e amor, de fazer prevalecer o sentido da paternidade responsável. Temos de recuperar, de uma vez por todas a família brasileira.⁶⁷

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 238.

⁶⁷ MARCILIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 227.

O artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente diz ser obrigação de todos colocar as crianças à salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Este artigo, em conjunto com a proteção dos seus direitos fundamentais, torna-se uma das principais fundamentações contra o instituto do parto anônimo. Isso porque, como já mencionado, o fato de a criança não saber quem são seus pais biológicos ataca a dignidade da pessoa humana e viola o direito fundamental de conhecer a sua origem genética, protegido de certa forma, também, pelo art. 17 do Estatuto, que se refere ao respeito à criança, à conservação de sua identidade, o que compõe o direito ao conhecimento de sua origem.

O parto anônimo está ligado à adoção, já que visa a colocação em família substituta, dando uma nova família ao infante. Porém, a transferência para uma família substituta deve obedecer o artigo 28 do Estatuto, que estabelece certos requisitos. Mesmo após verifica-los, o juiz pode não autorizar a mudança caso constate que o ambiente familiar não é adequado. Por mais que pareça uma burocracia desnecessária, trata-se de um mecanismo de proteção essencial. Logo, a falta da intervenção estatal resulta numa série de violações de normas de proteção previstas na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

É essencial para a concessão da adoção a convivência da criança ou adolescente com sua nova família, para que seja realizado uma avaliação de como está o vínculo entre eles. Esse estágio de convivência pode ser dispensado caso o adotando já esteja sob guarda ou tutela do adotante por tempo suficiente, desde que não seja uma guarda de fato, devendo ser outorgada por um juiz. Desse modo, o instituto do parto anônimo assemelha-se à guarda de fato, o que vai de encontro ao que o Estatuto da Criança e do Adolescente determina como sendo ilegal, uma vez que a guarda de fato não torna a realização do estágio de convivência como dispensável.⁶⁸

Logo, sem a realização do estágio de convivência, o instituto do parto anônimo impede a possibilidade e fiscalização das condições psicológicas e sociais pelo Estado, não garantido à criança adotada a possibilidade de se estabelecer no melhor lar possível, uma garantia que deve ter proteção especial do Estado.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm Acesso em: 04 jul. 2019.

Visto que o processo de adoção tem regramento vindo do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz-se a análise de algumas práticas sob a ótica do Código Civil, mesmo que elas não obedeçam a lei, como é o caso da conhecida “adoção à brasileira”, que, embora não seja lícita, é extremamente recorrente.

A adoção à brasileira acontece com a transferência de um recém-nascido para alguém que o deseja ter como filho, quando não se tem o poder familiar devidamente registrado no Cartório de Registro Civil. Em sua maioria, existe um consenso entre os pais biológicos e quem irá registrar criança, mesmo que feito de maneira irregular.

A conhecida Adoção à brasileira ocorre com frequência quando a adotante registra a criança, tida por terceiros, como filho, usando declarações falsas das maternidades ou hospitais, ou mesmo usando artifício de a mulher comparecer a cartório acompanhada de duas testemunhas e declarar que teve o filho em casa.⁶⁹

Mesmo que se parta da premissa de que o indivíduo que registrou a criança o fez de boa-fé, querendo dar melhores condições para o infante em questão, ele acaba por negar-lhe o conhecimento de sua origem genética, já que não são fornecidas as informações reais sobre a sua ascendência. Desse modo, a criança não terá registro verdadeiro, não saberá quem são seus parentes sanguíneos, de onde vem, o que configura um ato ilícito, conforme demonstrado nos capítulos anteriores. Além disso, essa prática não tem qualquer respaldo do Estado.

“Todo e qualquer fato jurídico passa por diferentes planos: primeiramente o fato jurídico tem existência; em seguida, ganha validade; e, finalmente, sendo existente e válido, o fato jurídico, naturalmente, produzirá efeitos jurídicos”⁷⁰ Para que um fato jurídico gere efeitos válidos, é preciso que se verifique seus pressupostos existenciais, que são elementos fundamentais para se averiguar sua ilicitude.

No caso de uma adoção realizada com intuito de negar a origem genética do infante e que não conta com a fiscalização estatal, ela deve ser considerada um nada jurídico.

⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 460.

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 564.

Semelhantemente, o parto anônimo se encaixa perfeitamente na definição de ato ilícito, constante nos artigos 186 e 187 do Código Civil, que o caracteriza como “uma ação voluntária que viola direito e causa dano a outrem”.⁷¹

Verifica-se que o fato de tentar realizar uma adoção sem respeitar os direitos fundamentais do adotado, em troca de uma suposta desburocratização, ofende a legislação e o princípio da dignidade da pessoa humana, que têm a finalidade de garantir o melhor interesse do menor.

O parto anônimo assemelha-se com a prática da “adoção à brasileira”, prevista no Código Penal vigente (Decreto-lei nº 2.448, de 1940), em seu artigo 242, sob o título de “Crimes contra o Estado de Filiação”, nos seguintes termos: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil. Pena- reclusão, dois a seis anos”.⁷²

Logo, outro bom argumento para se caracterizar a ilicitude do parto anônimo é o fato de conduta semelhante já ser considerada crime no ordenamento jurídico brasileiro, com pena relativamente alta, o que permite inferir que se trata de conduta extremamente reprovada pelo Estado, o que comprovaria mais uma vez a inviabilidade jurídica do mencionado instituto.

Ainda que esteja prevista a não aplicação da pena quando se pratica o crime por motivo nobre, algo que pode ocorrer no parto anônimo, este contexto não afasta o aspecto ilícito da conduta, mas apenas a possibilidade desse ato ser punido. Assim, ainda se trata de um fato ilícito e típico.

Quando o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, configura-se a forma privilegiada em que a pena é de um a dois anos de detenção. Reconhecendo-se a motivação nobre, é necessário que o juiz a leve em consideração na aplicação da pena. (...) Prevê também a lei a possibilidade de perdão judicial para a hipótese de ter sido o crime praticado por motivo de reconhecida nobreza. Não exclui o delito, porém, o fato de não ter sido

⁷¹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 16 de jul. 2019.

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁷² BRASIL. Decreto-lei nº 2.448, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 16 de jul. de 2019

causado prejuízo ao recém-nascido abandonado e a nobreza do motivo, embora já se tenha decidido o contrário.⁷³

Com isso, é possível concluir que não há compatibilidade entre o instituto do parto anônimo e o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois apesar dele encurtar os prazos e diminuir os trâmites burocráticos, esses trâmites são essenciais para o adotado, por ser o modo que o Estado usa para protegê-lo, fazendo valer o princípio da proteção integral. Ao cumprir os requisitos estabelecidos, o Estado consegue garantir que a família para onde o menor de idade será encaminhado pode lhe dar a melhor vida possível, assim garantido o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 460.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa monográfica tratou da ilicitude do parto anônimo, diante dos aspectos históricos, doutrinários e legais demonstrados. Esse instituto é uma maneira menos “burocrática” de se colocar recém-nascidos em famílias substitutas.

No primeiro capítulo foi realizado um breve histórico do abandono infantil, onde vimos como o parto anônimo se assemelha à “roda dos expostos”, utilizada durante o período colonial. Na época, a sociedade era extremamente patriarcal e, além da submissão da esposa ao marido, as crianças eram considerada seres inferiores, mudança que só veio com legislações posteriores, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção Internacional do Direito da Criança. Posteriormente, analisou-se o texto da Constituição Federal e como o instituto do parto anônimo afeta os direitos fundamentais.

No segundo capítulo, foi exposto o conceito de ato ilícito e como suas principais características se associam ao instituto do parto anônimo, o que serve para o caracterizar como um ato ilícito.

Já no terceiro capítulo, observou-se o quão incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro é o instituto do parto anônimo, demonstrando a sua ilicitude ante a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conclui-se com o presente trabalho que, de acordo com os argumentos jurídicos, legais e doutrinários apresentados, a hipótese elencada no início da pesquisa mostra-se válida.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *Parto anônimo, menos bebês abandonados*. Disponível em: <http://taniadefensora.blogspot.com.br/2008/02/voc-sabe-o-que-parto-anonimo.html>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SOUZA, Ivone Coelho de. Parto anônimo: uma omissão que não protege. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, IBDFAM, Porto Alegre, vol.4, nº 4, jun/jul 2008.
- BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Servanda, 2015.
- LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 30 ago. 2018.
- BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicaocompilado Acesso em: 18 mai. 2019.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 16 jul. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm Acesso em: 04 jul. 2019.
- CURY; Garrido; Marçura. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 35ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FREITAS, Douglas Phillips. *Parto anônimo*. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=412>. Acesso em: 15 abr. 2019.
- GAGLIANO, Pablo Solze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de direito civil, vol. 3*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 23. ed. rev., e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

LUNARDI *apud* MICHNIK, Pedro Henrique de Sousa. *O reconhecimento do direito à identidade como direito fundamental*. Brasília, 2015.

MARCILIO, Maria Luiza. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 2º edição, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOLINARI, Fernanda. *Parto Anônimo: Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral – vol. 1*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BRASIL. FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. *Parto anônimo e os direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.oabuberaba.org.br/uploads/1/articlesfiles/artigo5.pdf>. Acesso em: 15 mai. . 2019.

BRASIL. Projeto de Lei N°3.320, de 2008. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=84CC4D5C60F53376B920F1AB451EEF20.proposicoesWebExterno1?codteor=552449&file name=PL+3220/2008 Acesso em: 30 de julho 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROQUE, Sebastião José. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. São Paulo: Editora Icone, 1994.

VENANCIO, Renato Pinto. Maternidade negada *In*: PRIORE, Mary del (org.). *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.448, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 16 de jul. de 2019