



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

GUSTAVO EDUARDO BARBOSA SILVA

**A TENTATIVA DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO NO
BRASIL E ANÁLISE DO INSTITUTO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

BRASÍLIA

2019

GUSTAVO EDUARDO BARBOSA SILVA

**A TENTATIVA DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO NO
BRASIL E ANÁLISE DO INSTITUTO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Luciano de Medeiros Alves.

BRASÍLIA

2019

GUSTAVO EDUARDO BARBOSA SILVA

**A TENTATIVA DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO NO
BRASIL E ANÁLISE DO INSTITUTO SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de bacharel em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília.

Brasília, ____ de _____ de 2019

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Luciano de Medeiros Alves

Professor(a) Examinador(a)

Professor(a) Examinador(a)

RESUMO

O parto anônimo, objeto de estudo desta pesquisa, é um tema que tem sido discutido calorosamente no mundo inteiro, por estar relacionado à criança recém-nascida e abandono ou práticas de violação de seus direitos. Contudo, o instituto é bastante complexo e o debate em torno da institucionalização da prática nos ordenamentos jurídicos é extremamente controversa. A investigação feita ao longo do presente texto é justamente acerca das compatibilidades e incompatibilidades do instituto com as normas de direito vigente no país. O assunto é de suma importância na seara da proteção dos direitos da criança, uma vez que a proposta da prática é erradicar o abandono precário, assim como a mortalidade infantil correlacionada. Assim, com base nos projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional em 2008, se realizará uma análise dos aspectos históricos, as características, e dos conflitos do parto anônimo com o sistema jurídico brasileiro. De forma que, analisando os múltiplos aspectos do instituto se busca verificar a sua possibilidade ou viabilidade jurídica, bem como se o debate, em sede legislativa foi substancial ou não. Por meio do estudo de entendimentos doutrinários dos diversos temas tangenciados pelo parto anônimo, também da análise dos projetos de lei e dos pareceres de rejeição das propostas legislativas, assim como de diversos dispositivos de lei, *lato sensu*, será possível ter um panorama acerca do confronto do instituto com as normas de direito. Chegou-se à conclusão de que, tanto a forma de apresentação do tema em sede legislativa quanto a análise das propostas no Congresso Nacional não tiveram uma base, ou um fundamento sólido. Não houve arcabouço fático, jurídico e científico, de ambas as partes, capaz de demonstrar veementemente a possibilidade ou impossibilidade, ou ainda, compatibilidade ou incompatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico brasileiro. De forma que, não houve substancialidade no debate uma vez que diversos aspectos do instituto não foram contemplados, tendo sido uma espécie de conjectura acerca da viabilidade ou não do instituto. Também verificou-se que os conflitos resultantes do confronto das disposições dos projetos de lei com as normas vigentes possuem tanto natureza de conflito de regras quanto de princípios. De forma que, feito o diagnóstico dos diversos tipos de conflito, haverá igualmente distintas formas de solução, sendo que essa análise pode ser realizada

pelo próprio legislativo. Para além, verificou-se diversas dificuldades tanto de ordem jurídica, quanto sociais-morais e econômicas que são tão essenciais para definir a viabilidade ou inviabilidade da prática, que extrapolam o campo do direito. Com tais constatações é perceptível a complexidade do instituto que deve ser analisado minuciosamente e com uma responsabilidade ímpar do estudioso, uma vez que aborda um assunto muito delicado e importante, relacionado ao direito infantojuvenil e a proteção à criança.

Palavras-chave: direito infantojuvenil. Proteção à criança. Parto anônimo. Implicações da prática no direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 DIREITO DA CRIANÇA	11
1.1 Proteção da criança e do adolescente: abordagem da evolução histórica e a mudança de paradigma no direito da criança e do adolescente	11
1.2 O sistema da situação irregular	14
1.3 O sistema da proteção integral	15
1.4 Princípios constitucionais do direito infantojuvenil	17
2 O PARTO ANÔNIMO	24
2.1 Aspectos históricos	24
2.2 Características	28
2.3 Do arquivamento do Projetos de Lei: votos e razões de arquivamento	38
2.3.1 <i>Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família</i>	39
2.3.2 <i>Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ)</i>	54
3 O PARTO ANÔNIMO SOB A PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	65
3.1 Confronto das disposições dos projetos de lei do parto anônimo e as normas de direito vigentes	65
3.2 A multiplicidade de conflitos normativos no âmbito da discussão da institucionalização do parto anônimo no direito brasileiro	72
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objeto de pesquisa, ou tema, o parto anônimo e a proposta de institucionalização no direito brasileiro a partir dos Projetos de Lei nº 2.747/08; 2.834/08 e 3.220/08 apresentados ao Congresso Nacional. A pesquisa se dará no sentido de sob quais aspectos o parto anônimo se amolda à estrutura normativa atual, e sob quais não se amolda.

A primeira parte da pesquisa será acerca da perspectiva atual dos direitos e diretrizes normativas, tanto aplicativas quanto orientadoras, da aplicação do direito infantojuvenil. A segunda parte será sobre o contexto histórico do surgimento da prática, bem como das características atuais do instituto na forma como foi realizada sua proposta de institucionalização.

Na terceira, e última parte da pesquisa, será feito o estudo sobre o instituto do parto anônimo à luz das normas do direito brasileiro, diagnosticando as compatibilidades e as incompatibilidades havidos do confronto. E, para além, a pesquisa, nesse ponto, será realizada acerca da natureza jurídica das incongruências do parto anônimo com as normas postas.

Porém, ante o vasto espectro de peculiaridades e temas afetos à discussão, a pesquisa ficará restringida à possibilidade da institucionalização da prática ante o direito atualmente vigente. De forma que, diversos outros campos, seja jurídicos, sociais, morais, e econômicos, por vezes serão apenas apontados, já que é impossível esgotar todas as questões envolvidas em sede do presente texto.

O objetivo deste trabalho é analisar as compatibilidades e incompatibilidades do parto anônimo com o ordenamento jurídico nacional, bem como avaliar a possibilidade jurídica de sua institucionalização. Além disso, é entender a natureza jurídicas das incongruências do parto anônimo com as diretrizes normativas constitucionais do direito infantojuvenil.

Para que, realizado o referido estudo, se faça a avaliação do debate e das discussões realizadas em sede legislativa, no âmbito do Congresso Nacional, acerca da adoção do parto anônimo no país. E, também, compreender quais as principais

dificuldades percebidas e apontadas pelos atores que discutiram as propostas legislativas proponentes da prática do anonimato materno no parto.

Tendo em vista a finalidade a qual a propositura legislativa do parto anônimo, concernente à erradicação do abandono precário de crianças, e a mortalidade infantil correlata, o tema é extremamente relevante à sociedade. Isso pois, qualquer medida que intenta promover e resguardar os direitos de nossas crianças é, sem dúvida um tema de extrema importância.

Portanto, tendo em vista a ambição da proposta de institucionalização do parto anônimo como medida de proteção à criança, o tema também é, juridicamente, de extrema relevância. Ora, desde a Constituição Cidadã (1988) que o direito infantojuvenil tem tido uma amplitude reverberativa no direito brasileiro que vem se alargando a cada ano que passa.

E, em se tratando de um tema que se propõe a solucionar uma questão tão dramática, como é a do abandono precário de crianças, é de suma importância a discussão jurídica em relação à possibilidade ou não de institucionalização da prática no país. Foi assim que surgiu o particular interesse em debruçar sobre o tema para compreender o fenômeno que possui tão nobre intento.

Sendo assim, a problemática se aduz à análise da natureza jurídica das incongruências percebidas entre o instituto do parto anônimo em confronto com as normas postas do direito brasileiro. E, conforme o resultado obtido, de que forma a discussão travada em sede legislativa sobre o tema, se mostra satisfatória ou insatisfatória, ou melhor, o quão substancial foi o debate.

A metodologia utilizada condiz numa pesquisa, sobretudo, exploratória, mas que contém nuances de pesquisa explicativa, no sentido de explorar os aspectos e características do parto anônimo, mas também compreender fatores determinantes do fenômeno, ainda que de forma sucinta, respectivamente. Com o propósito de verificar compatibilidades e incompatibilidades do parto anônimo com a ordem jurídica brasileira vigente e possibilidade o viabilidade, sobretudo jurídica, de instituição da prática, sob quais circunstâncias.

A abordagem da pesquisa é de cunho qualitativo pois se fará a análise sob uma ótica mais subjetivista baseada nas referências sobre o assunto visando compreender o contexto fático e jurídico da proposição. Para tanto, por meio de

revisão de literatura, isto é, da análise de estudos da doutrina acerca de assuntos diretamente ou indiretamente relacionados ao parto anônimo, também análise dos projetos de leis do instituto e dos pareceres das comissões do Congresso Nacional no intuito de verificar a substancialidade do debate da prática em sede legislativa.

Em relação ao desenvolvimento da pesquisa, o trabalho será dividido em três capítulos temáticos, nos quais serão abordados os aspectos históricos, as características do instituto, e a confrontação da prática com o direito atual, respectivamente.

No primeiro capítulo, inicialmente, será realizada a abordagem sobre a mudança de paradigma de um direito menorista, baseado na situação irregular da criança, para um direito infantojuvenil, com o reconhecimento da criança como sujeito de direito. E, portanto, como houve a paulatina mudança no reconhecimento de direitos à criança, desde de uma concepção da mesma como um objeto da família até o seu reconhecimento como sujeito de direitos.

Tal abordagem é de suma importância para se ter a compreensão da mentalidade atual e do contexto contemporâneo de garantia e reconhecimento de direitos à criança. Realizada essa análise, serão estudados os princípios constitucionais que incidem e regem o microsistema do direito infantojuvenil, e que dão a sistematização ao direito interno quanto ao tema.

No segundo capítulo, primeiramente, serão abordados os aspectos históricos do parto anônimo, isto é, qual a origem histórica da prática de entrega anônima de crianças, e como isso culminou na prática atual do parto anônimo. Logo após, é realizado o estudo sobre as características do instituto do parto anônimo segundo as disposições dos projetos de lei apresentado ao Congresso Nacional.

Em seguida, será feita a análise das razões e dos votos de arquivamento dos projetos de lei apresentados, realizados pela Comissão de Seguridade Social e Família, e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Também, para cada argumento trazido, serão feitos alguns comentários, ainda que de mero apontamento, com relação ao assunto, fazendo o contraponto com as críticas.

No terceiro e último capítulo, preliminarmente, se fará a análise do parto anônimo sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, fazendo o confrontamento das propostas legislativas e as normas do direito atual. É nesse

tópico que se buscará compreender em que medida o instituto se amolda às disposições constitucionais, ou infraconstitucionais, de proteção à criança.

E, ainda, identificar quais seriam os óbices jurídicos para a adoção da prática no Brasil, e a possibilidade ou não de superação de tais obstáculos no sentido de institucionalização da medida. Posteriormente, será abordada a questão da multiplicidade de conflitos normativos no âmbito do parto anônimo, buscando-se identificar qual a natureza do conflito e qual a solução jurídica aplicável.

De modo que, realizada todas essas análises acerca do instituto do parto anônimo, se terá condições de avaliar se o debate, em sede legislativa, foi substancial acerca dos múltiplos aspectos conflitantes da prática. Isso, tendo em vista que, a proposta da medida como solução ao abandono infantil precário, possui aspecto que resguarda direitos, ao mesmo tempo que viola inúmeros outros.

Assim, tendo sido feitas as ponderações necessárias para introdução do presente trabalho, convida-se ao leitor a embarcar nesta instigante pesquisa acerca de um instituto desconhecido na sociedade brasileira. E que possui nuances diversas que aguçam a curiosidade em se compreender a complexidade de um tema que, embora aparentemente esdrúxulo, se revela rico em peculiaridades.

1 DIREITO DA CRIANÇA

Na evolução histórica, houve períodos em que não existiu preocupação jurídica, tampouco social e política, na diferenciação ou especificidade de tratamento normativo dispensado às crianças e adolescentes. Assim, durante algum tempo sequer existiram leis destinadas a essas pessoas, que estiveram submetidas a um poder, ou irrestrito, ou extremamente amplo, de ingerência do pai ou da própria sociedade.

Tanto o é, que no período da primeira grande revolução industrial, tanto mulheres quanto crianças pobres, tiveram que se sujeitar a jornadas de trabalho extremamente excessivas e de serviço árduo para sobreviverem, fora as péssimas condições de trabalho. Tal fato histórico demonstra o quão incipiente e deficiente já foi o tratamento jurídico e a própria falta de reconhecimento de direitos e garantias fundamentais a essa parcela da sociedade.

1.1 Proteção da criança e do adolescente: abordagem da evolução histórica e a mudança de paradigma no direito da criança e do adolescente

Historicamente, na antiguidade romana, uma das sociedades mais importantes do período antigo, os filhos estavam sobre o total domínio do chefe de família, *pater familiae*, enquanto vivesse com a família, numa condição de coisa, ou seja, mero objeto de relação jurídica, uma propriedade do *pater*, independentemente da idade. Essa relação só se extinguiria, no caso do homem, exclusivamente, quando saísse da casa da família para se tornar chefe de uma nova família; portanto, a essa época, os filhos eram uma propriedade familiar. (AMIN *et al*, 2019)

Nesse período da história, ressalvadas as peculiaridades de cada sociedade, a criança, em praticamente todas elas, era juridicamente tida como coisa, um objeto do direito, e não propriamente um sujeito de direitos. De forma que, era comum o sacrifício religioso de crianças, ou até mesmo o controle da 'qualidade' dos nascidos, onde eram mantidas vivas somente as crianças tidas como perfeitas e saudáveis, isso ocorria, pois, o vínculo familiar era baseado na religião da família, ou na própria formação do Estado¹, e não em vínculo afetivo. (AMIN *et al*, 2019)

¹ A exemplo da cidade grega de Esparta que tinha estrutura social militarizada.

Com o passar do tempo, algumas limitações, ao poder ilimitado sobre as crianças, foram surgindo em diversas sociedades antigas, o que denota um primeiro esboço e rudimentar preocupação do que seria o resguardo e proteção da infância. Dentre tais limitações, estavam a proibição em abortar, ou em cometer o infanticídio, a própria diferenciação de menores em imputáveis ou imputáveis, dentre inúmeras outras práticas. (AMIN *et al*, 2019)

Já no período da Idade Média, com a expansão global do Cristianismo, e a forte influência da Igreja Católica sobre o Estado, houve uma maior restrição ao poder do pai sobre o filho, ou ainda, da sociedade sobre a criança, o que contribuiu significativamente para que fosse iniciado o processo de reconhecimento de direitos às crianças. Isso, pois, era apregoado pela Igreja a ideia de que todos os seres humanos detinham dignidade², entretanto, esse pensamento não era universal. (AMIN *et al*, 2019)

Contudo, esse ideário ficava restrito aos filhos legítimos, havidos dentro da instituição sacramentada do casamento, o que excluía os filhos ilegítimos, havidos fora do casamento, que sofriam discriminação pelo fato de que a sua própria existência afrontava a ordem moral religiosa e sacralizada da família, constituída unicamente a partir do matrimônio. (AMIN *et al*, 2019)

Assim, é perceptível que, embora houvesse algum nível de proteção, não havia, entretanto, distinção de tratamento normativo criminal entre adultos e menores, sendo aplicável, tanto para uns, quanto para outros, o sistema penal. O que havia era uma mera atenuação na aplicação do direito aos menores, em razão de sua condição, contudo, o tratamento jurídico dado era o mesmo a todos.

Adiante, no início do século XX, quando ainda inexistia justiça especializada destinada aos menores no Brasil, houve a primeira proposta legislativa para criação de um sistema específico voltado ao público infantojuvenil, em 1912, visando a sua retirada do sistema penal. Dessa forma, na linha dos movimentos internacionais em busca de um sistema jurídico especializado, em prol de um direito dos menores, foi

² Contudo, esse conceito não era universal, havia o entendimento de que todo aquele que tivesse alma seria um ser humano possuidor de dignidade, devendo ser respeitado. Porém, em relação aos negros, por longo tempo foram tidos como seres desalmados, e por tal motivo, a situação de escravidão não era violadora da condição do negro, por não se enquadrar no conceito de ser humano possuidor de dignidade, por não ter uma alma.

iniciado os debates de separação no tratamento jurídico dado à categoria, o que posteriormente deu origem ao direito menorista. (AMIN *et al*, 2019)

Esse foi, sem dúvida, o grande passo para a mudança do pensamento jurídico brasileiro em relação à criança e ao adolescente, contudo, nesse momento ainda persistia a compreensão de que essas pessoas eram objeto do direito. Somente no final do século XX, já no pós guerra mundial, com a militância global em prol dos Direitos Humanos é que surgiu uma nova forma de se pensar e compreender a criança e o adolescente. (AMIN *et al*, 2019)

Fruto da concepção de um direito que afirmasse e fosse fundamentado na dignidade humana é que surgiu o sistema da proteção integral da criança e do adolescente, pelo qual tem-se os mesmos como sujeitos titulares de direitos e garantias fundamentais numa condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o que demonstra o rompimento com o pensamento anterior, caracterizando uma mudança de paradigma para o direito menorista. (AMIN *et al*, 2019)

Assim, acerca da evolução histórica do tratamento jurídico atribuído à criança (e ao adolescente), pode ser sintetizado o processo em 4 (quatro) fases ou sistemas: (i) fase da absoluta indiferença; (ii) fase da mera imputação criminal; (iii) fase tutelar; e (iv) fase da proteção integral. (PAULA, 2006 Apud ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2018)

Na primeira, fase da *absoluta indiferença*, não existiam normas dirigidas especificamente ao público infantojuvenil, isto é, inexistia diploma legislativo destinado a tais pessoas, havia uma ignorância legal quanto ao tema. Já a segunda, fase da *mera imputação criminal*, embora houvessem diplomas legais³ que abordavam o público infantojuvenil, as leis possuíam caráter único de punição, sancionatório, no intuito de coibir práticas delituosas de menores. (PAULA, 2006 Apud ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2018)

Na terceira, fase *tutelar*, o menor é concebido como objeto de direitos, e devido a sua condição de ser humano incompleto, a legislação menorista existente⁴ conferia a adultos, e também aos juízes de menores, poderes para promover a

³ Os diplomas, nessa fase, que traziam disposições acerca dos menores eram: Ordenações Afonsinas, Ordenações Filipinas, Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal (1890). (PAULA, 2006 Apud ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2018)

⁴ Os diplomas legais referentes à fase, ou sistema tutelar são: o Código Mello Mattos (1927); e o Código de Menores (1979). (PAULA, 2006 Apud ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2018)

integração sociofamiliar da criança, com tutela reflexa de seus interesses pessoais. Agora, a quarta, fase da *proteção integral*, a criança e o adolescente são compreendidos como pessoas completas em desenvolvimento, e as leis reconhecem essas pessoas como sujeitos titulares de direitos e garantias fundamentais⁵. (PAULA, 2006 Apud ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2018)

1.2 O sistema da situação irregular

No início do século XX, em razão de forte movimento internacional em prol dos direitos das crianças e dos adolescentes, surgiu no Brasil a primeira manifestação de vontade política para ser feita separação do direito aplicável aos menores. Mais adiante, a proposta culminou na instituição do modelo jurídico que retirou os menores de suscetibilidade à aplicação do direito penal, originando, assim, a doutrina do direito do menor.

Posteriormente, com base na doutrina menorista, foi consagrada no direito brasileiro a doutrina da situação irregular, consolidada na criação do Código de Menores de 1979, Lei nº 6.697/79, fundamentada no binômio *carência-delinquência*. A carência constituía a situação de abandono do menor, que caracterizava uma condição de vulnerabilidade, enquanto a delinquência era a situação do menor em confronto com a lei. (AMIN *et al*, 2019)

O sistema da situação irregular possuía caráter filantrópico-assistencialista, de gestão centralizadora do Poder Público, sobretudo do Judiciário, destinada aos menores enquadrados no binômio abandono-delinquência. O objetivo da lei era recuperar o menor, reeducando-o conforme a conduta exigida pelo Estado, sendo a sistemática baseada na internação de menores. (AMIN *et al*, 2019)

Assim, quase que absolutamente para todos os casos, a solução aplicável era a segregação do menor, mesmo que houvesse total afastamento da criança ou adolescente do convívio com a família. Porém, esse tratamento atingia eminentemente a população pobre, acarretando o fenômeno da *criminalização da infância pobre*; o Estado compreendia a pobreza na infância como condição

⁵ A doutrina da proteção integral é consagrada no art. 227 da Constituição Federal, mas o diploma legal que regulamenta o sistema é a Lei nº 8.069/90, ou ainda, Estatuto da Criança e do Adolescente. (BRASIL, 1990)

potencialmente perigosa, constituindo o conceito ou categoria Menor. (AMIN *et al*, 2019)

A essa época, a lei possuía caráter de justiça assistencial, na qual o juiz de menores tinha vasto poder legal para exercer sua autoridade de forma centralizada, para controle e proteção da categoria Menor. Contudo, esse posicionamento institucional denota o estigma criado sobre crianças e adolescentes, que perdurou até a promulgação da Constituição de 1988, que consagrou a doutrina da proteção integral. (AMIN *et al*, 2019)

O ânimo da lei era de preocupação correicional, e não afetiva, portanto, a infância era tutelada por um regime de internação institucionalizada, com o rompimento, a quebra do vínculo familiar, e a instituição de um vínculo com o Estado. A ideia era de que ao Estado cabia o dever de proteção dos menores, ainda que para tanto, fosse necessário a supressão de direitos e garantias. (AMIN *et al*, 2019)

Portanto, a lógica do sistema era de que à família constituía o dever e a obrigação de prover as necessidades básicas, assim como, prover o sustento e o desenvolvimento saudável de seus filhos. Contudo, houve a criação, por parte do Poder Público, de medidas assistenciais e preventivas com o escopo de diminuir a realidade de rua na infância; e o Estado intervinha na situação da infância pobre, quando constatado o binômio carência-delinquência. (AMIN *et al*, 2019)

Entretanto, com o passar dos anos, a distância entre o tratamento institucional na teoria, e o que era efetivamente praticado, levou à crise do sistema, tornando-o insustentável. E assim, após pressão, tanto externa, quanto interna, foi adotada uma nova concepção para o direito menorista com a consagração da doutrina da proteção integral no direito menorista brasileiro. (AMIN *et al*, 2019)

1.3 O sistema da proteção integral

Constituindo uma tendência global, reconhecida em inúmeros diplomas internacionais, também fruto de grande mobilização de organizações populares militantes na área de proteção da infância, e com forte pressão de organismos internacionais, o Brasil adotou, com a constituinte de 1988, a doutrina da proteção integral. (AMIN *et al*, 2019)

Com caráter de política pública, é um sistema de garantia de direitos fundamentais e subjetivos de titularidade da criança e do adolescente, com a municipalização da política de atendimento ao público infantojuvenil e participação da sociedade. É um modelo universal, democrático-participativo, um sistema garantista regulamentado pela Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). (AMIN *et al*, 2019)

O ECA é constituído em um microssistema jurídico que tem por objetivo a ampla tutela da infância e juventude, visando a efetivação das diretrizes constitucionais, contendo arcabouço de direitos e garantias fundamentais indispensáveis e necessários à formação e ao desenvolvimento completo e saudável da criança e do adolescente. (AMIN *et al*, 2019)

Historicamente, é resultante da militância de 3 (três) segmentos: (i) a sociedade; (ii) os agentes do direito; e (iii) o Poder Público (políticas públicas); surgiu com base no diagnóstico de que a problemática com os menores era principalmente social. Assim, foi buscado um sistema misto, baseado nos aspectos social e jurídico, que devido a influência de movimentos do pós-Guerras Mundiais, em prol dos Direitos Humanos⁶, levou à instituição da doutrina da proteção integral. (AMIN *et al*, 2019)

Entretanto, a criação de um novo código consagrador do novo sistema foi interrompido pelo regime militar, sendo que nesse período houve retrocesso na sistemática menorista⁷. E, em virtude do posicionamento ideológico-político do militarismo, houve a instituição do Código Penal de 1969, e os debates para reforma ou criação de legislação menorista só foram retomados no final da década de 1960. (AMIN *et al*, 2019)

Assim, o texto constitucional (BRASIL, 1988), consagrou no ordenamento jurídico brasileiro a doutrina da proteção integral, no que se refere ao direito infantojuvenil, regulamentado pela Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

⁶ Contendo forte inspiração nos diplomas internacionais da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e da Declaração dos Direitos da Criança (1959). (AMIN, *et al*, 2019)

⁷ Uma alteração, considerada retrocesso no direito menorista à época, foi a previsão legal de responsabilização penal aos 16 (dezesesseis) anos de idade, desde que o menor tivesse consciência da natureza de seu ato e das consequências sociais. Assim, o menor de 18 anos era inimputável pela regra, salvo a exceção, se maior de 16 (dezesesseis) anos, tivesse plena consciência de seu ato criminoso. Decreto-Lei nº 1.004/1969 - Código Penal, art. 33. (AMIN, *et al*, 2019)

Na nova ordem, não são trazidas disposições corretivas de uma realidade distorcida, anormal, irregular da infância, mas sim um conjunto de direitos e garantias fundamentais de titularidade do público infantojuvenil em que todos, família, sociedade e Estado, devem proporcionar as condições necessárias para que a criança e o adolescente tenham um desenvolvimento completo e saudável. (AMIN *et al*, 2019)

1.4 Princípios constitucionais do direito infantojuvenil

Neste tópico será abordado acerca dos principais princípios constitucionais norteadores do direito da criança e do adolescente. Contudo, antes de qualquer ponderação, imperioso é registrar que a doutrina não é uniforme quanto à classificação de princípios.

De forma que, após analisar algumas formas metodológicas de classificação e entendimento dos referidos princípios, será feito o apontamento dos mais relevantes e importantes para fins do presente trabalho. Vez que, é notório e consolidado a importância da função dos princípios como fundantes e sistematizadores dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, desempenhando papel preponderante e salutar no ramo jurídico.

Assim, conforme a doutrina de Di Mauro (2017, p.36), a proteção da criança e do adolescente se dá, sobretudo, pelo metaprincípio da dignidade humana, que é o princípio fundante e o alicerce de todo o ordenamento jurídico brasileiro; prescrito tanto como fundamento da república (art. 1º, III, CRFB), quanto princípio normativo (art. 226, § 7º, CRFB).

Já o professor Nucci (2018), assevera que o público infantojuvenil tem uma *hiperdignificação* de sua vida, em outras palavras, a proteção integral se consubstanciaria na elevação extrema do princípio da dignidade humana. Sendo que, em relação ao cenário adulto, nas mesmas condições hipotéticas, há a maximização do princípio para essa categoria social.

Outro princípio abordado pela doutrina de Di Mauro (2017), é o da tutela especial à família, previsto no *caput* do art. 226, CRFB, e seus correlatos, como o princípio do pluralismo familiar democrático e o da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB), dentre outros. O princípio do melhor interesse da criança, também

é comentado, extraído do art. 227, CRFB, que já é um princípio intrínseco ao direito da criança e do adolescente.

Além disso, é apontado o princípio implícito da afetividade como consequência do convívio familiar e da prioridade nas necessidades que a criança e o adolescente possuem; e, do *caput* do art. 227, CRFB, é extraído o princípio da convivência familiar. (DI MAURO, 2017)

Desse último, há uma relação com o princípio da isonomia entre os filhos, previsto no art. 227, §6º, CRFB, trazido pela CRFB/88 que revolucionou o tratamento entre filhos, tornando-os todos legítimos e iguais em tratamento jurídico, diferentemente do que era praticado anteriormente⁸. (DI MAURO, 2017)

Uma outra doutrina (AMIN *et al*, 2019) concebe 3 (três) princípios basilares, gerais e orientadores, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e consequentemente de todo o direito infantojuvenil. São eles: (i) princípio da prioridade absoluta; (ii) princípio do superior interesse, ou melhor interesse; (iii) princípio da municipalização, ou descentralização.

Contudo, para a própria doutrina, tais princípios são sintetizados em somente 2 (dois) macroprincípios norteadores do direito menorista, quais são: (a) o princípio da prioridade absoluta; e o (b) princípio do superior, ou melhor interesse. Para tal doutrina, são esses 2 (dois) princípios que regem e norteiam a aplicação do direito da criança e do adolescente, diferentemente da primeira, que traz um grande número de princípios correlatos à matéria infantojuvenil. (AMIN *et al*, 2019)

Porém, a doutrina de Amim *et al* (2019) se atém tão somente aos princípios mais específicos e diretamente relacionados com a matéria de direito infantojuvenil, vez que os demais princípios são gerais, e aplicam-se ao direito como um todo. Agora, a doutrina de Rossato, Lépure e Cunha (2018), coincide com o entendimento, concebendo o sistema valorativo do direito infantojuvenil fundado nos metaprincípios da proteção integral e da prioridade absoluta.

Entretanto, para a doutrina de Rossato, Lépure e Cunha (2018), o superior, ou também, o maior ou melhor interesse da criança e do adolescente, prescrito no art. 100, IV do ECA, tem natureza jurídica de postulado normativo. Postulado este que

⁸ Antes da Constituição de 1988 os filhos ilegítimos, havidos fora da instituição do matrimônio, não tinham o mesmo tratamento jurídico recebido pelos legítimos, recebendo tratamento legal discriminatório e distinto dos demais irmãos, filhos legítimos.

possui função de orientar a aplicação do direito infantojuvenil, isto é, seria um princípio norteador de como conceber todas as demais normas⁹ do direito menorista.

Assim, para a mencionada doutrina, à exceção dos metaprincípios da proteção integral e da prioridade absoluta, todos os demais princípios seriam derivados dos mesmos, tendo em vista a classificação utilizada. Portanto, em relação ao sistema valorativo do direito da criança e do adolescente foi usada a seguinte classificação pelos autores: (i) metaprincípios; (ii) princípios derivados; (iii) postulado normativo. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2018)

Isto posto, após análise de como a doutrina classifica e organiza os princípios incidentes no direito infantojuvenil de forma não homogênea, ou seja, com diferentes abordagens, serão eleitos os mais importantes para o presente trabalho. Para tanto, serão comentados os seguintes princípios: (i) da responsabilidade primária e solidária; (ii) da prioridade absoluta; (iii) do superior ou melhor interesse; (iv) da municipalização, ou descentralização. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2018)

O primeiro, princípio da responsabilidade primária e solidária, tem previsão no texto constitucional no *caput* do art. 227 da CRFB, primeira parte, ao estabelecer que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem [...]”¹⁰. Dessa forma, o constituinte pulverizou a responsabilidade de assegurar o extenso rol de direitos previsto, ainda no mesmo dispositivo, como um dever de todos. (AMIN *et al*, 2019)

Nesse sentido, embora a família seja o ente mais importante no contexto de desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, a sociedade e o Poder Público possuem o mesmo dever de assegurar os seus direitos. Não somente num contexto da falta ou da família problemática, mas sim, concomitantemente e no mesmo patamar de responsabilidade, caracterizando uma corresponsabilidade. (AMIN *et al*, 2019)

Portanto, a Constituição de 1988 assegurou um vasto rol de direitos e garantias fundamentais à criança e ao adolescente, incluindo o jovem, com

⁹ O termo ‘norma’ foi empregado na acepção da Teoria de Robert Alexy, presente em seu tratado de Teoria dos Direitos Fundamentais, pelo qual norma é gênero do qual regras e princípios são espécies. (ALEXY, 2006)

¹⁰ Com correspondência no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no art. 100, parágrafo único, inciso III. (BRASIL, 1990)

prioridade absoluta, estabelecendo o dever legal solidário e concorrente, à família, à sociedade e ao Estado, de assegurá-los. (AMIN *et al*, 2019)

Em continuação, o segundo princípio, da prioridade absoluta, tem previsão no texto constitucional, no *caput* do art. 227 da CRFB, bem como no infraconstitucional, nos arts. 4º e 100, parágrafo único, II, ECA. Mas, na concepção do professor Nucci (2018), se trata de um comando, isto é, um determinismo constitucional que prioriza a criança e o adolescente.

Para o doutrinador, o comando da prioridade absoluta significa que a criança e o adolescente deve ter seus interesses resguardados e promovidos sempre em primeiro lugar; a prioridade significa justamente o tratamento preferencial dado à categoria em relação a todas as demais pessoas, já o caráter absoluto é ênfase, e aduz que esse tratamento deve ser dispensado sob todos os aspectos. (NUCCI, 2018)

Porém, o doutrinador pontua que a determinação do comando não pode ser tomada ao extremo, devendo ser resguardado o princípio geral da razoabilidade, pelo qual, em certas circunstâncias, seria permitido a mitigação do comando da prioridade absoluta.¹¹ (NUCCI, 2018)

Na visão de Amin *et al* (2019), o princípio da prioridade absoluta aduz ao fato de que os interesses da criança e do adolescente deverão sempre prevalecer sobre o das demais pessoas, em qualquer esfera. Isso, pois, tendo o objetivo de efetivação da proteção integral, com a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente instituídos, e também no estatuto, com primazia.

Entretanto, também pontua, a mesma doutrina, que a aplicação do princípio deve ocorrer dentro do limite do razoável quando houver conflito de interesses entre a criança e o adolescente e adultos, idosos etc. Mas, desde que os outros grupos estejam em situações mais vulneráveis do que a criança e o adolescente na situação fática que irá excepcionar o absolutismo da prioridade.

¹¹ A exemplo, numa situação de acidente em que entre as vítimas há uma criança e um adulto, sendo que aquela está visivelmente bem e não apresenta nenhuma complicação, já este está em estado grave e necessita de cuidado imediato. Nessas condições, é perfeitamente plausível que seja realizado primeiramente o atendimento ao adulto em situação grave, pois, não se deve, por preciosismo e apego demasiado à lei, dar prioridade à criança num caso como esse.

Portanto, o ponto-chave desse princípio está na condição especial, ou peculiar, da criança e adolescente como pessoa em desenvolvimento, que é um tratamento jurídico especial que visa concretizar o princípio de igualdade. Isso porque está sendo prestigiada a isonomia material, que é a real aceção de condicionar a igualdade tendo em vista as diferenças.

Logo, consiste na máxima jurídica “tratar com igualdade os iguais, e com desigualdade os desiguais, na medida de sua desigualdade”, para que equilíbrio real e, portanto, igualdade de fato, ou ainda, isonomia material. Essa concepção supera a simples igualdade formal, isto é, a igualdade ‘perante a lei’, que pode não ser eficaz quando prospectada no mundo fático.

Sendo assim, a prioridade absoluta reconhece a notória diferença de condições da criança e do adolescente em relação aos demais sujeitos de direito, e por isso, justificado está o tratamento diferenciado pela norma jurídica. E com isso, o princípio não afronta a igualdade entre os indivíduos, mas pelo contrário, prestigia o mesmo, buscando a isonomia material.

Ainda, imperioso é registrar a doutrina de Cury (2013), para qual a proteção tem por pressuposto a existência de desequilíbrio da pessoa protegida em relação aos seus congêneres. E, no caso da criança e do adolescente, o mais forte protege o mais fraco, porque esse tem uma necessidade natural de ser protegido, e conseqüentemente, sua liberdade estará mais restrita.

Esse fenômeno acontece porque, na raça humana, a prole estará dependente dos genitores por um longo período¹², no qual estará em formação, em desenvolvimento. Para além, essa dependência não se restringe somente aos pais, ou responsáveis, mas se estende para a sociedade e ao Estado, o que justifica a corresponsabilidade de todos.

De maneira que, o direito reconhece esse fenômeno da vida e atribui aos responsáveis, bem como à sociedade e ao Poder Público o poder-dever de tomar as decisões no lugar do menor, quando necessário. Vez que, embora seja o titular e o sujeito de direitos, a criança e o adolescente pode ainda não reunir condições bastantes para exercer pessoalmente os seus direitos, ou alguns deles.

¹² Desde a absoluta dependência até que obtenha condições de sustentar a si próprio.

Entretanto, isso tudo sob a ótica do melhor interesse da criança e do adolescente, e não na do tomador da decisão; de forma que, conforme cresce e se desenvolve, o menor de idade irá galgar a capacidade de exercer seus direitos por si próprio. Pois, embora já titular do(s) direito(s), não tinha como exercer os mesmos direitos, ou de forma integral, ou em parte, sozinho.

Já o terceiro, princípio do superior, ou do melhor interesse, é princípio de ordem constitucional não expresso, portanto, implícito, mas nem por isso menos importante, pelo contrário. Em síntese, o melhor interesse infantojuvenil não significa aquilo que terceira pessoa entende ser melhor para a criança ou adolescente, isto é, uma escolha feita conforme a visão do tomador da decisão.

Mas sim, significa que o melhor interesse será aquele que atender à dignidade da criança e do adolescente de forma objetiva, aos seus interesses como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos e garantias na maior e melhor realização possível. Embora possa parecer que esse concepção trará margem a algum tipo de discricionariedade da pessoa responsável pelo menor que tomará a decisão, isso não deve ocorrer. (AMIN *et al*, 2019)

Ou seja, em hipótese alguma, afirma o professor Nucci (2018), esse princípio poderá ser utilizado, a pretexto de se amoldar ao melhor interesse da criança ou do adolescente, para prejudicá-los. Isso ocorreria, por exemplo, no caso em que o juiz, com base nesse princípio, não cumpre devidamente a ampla defesa, e acaba aplicando medida socioeducativa de internação indevidamente. (NUCCI, 2018)

Por fim, o último, princípio da municipalização ou descentralização, aduz que a concretização da política de atendimento ao público infantojuvenil deve ser realizada sobretudo pelo município. Isso porque o município é o ente federado que estará mais próximo da realidade da criança e do adolescente, tendo melhor condição para realizar as políticas de atendimento. (AMIN *et al*, 2019)

Com isso, o modelo hierárquico descendente¹³, padrão utilizado pela administração pública, passa a ser descentralizado e sistêmico¹⁴, com a ampliação

¹³ Modelo verticalizado pelo qual o ente federado União detém maior poder em relação aos demais entes, hierarquicamente inferiores.

¹⁴ O modelo passa a ser horizontal, isto é, a responsabilidade é compartilhada entre município, família, sociedade e os demais entes federados; porém, no que tange à administração pública, é o município que terá maior poder, em relação aos demais entes, por estar mais próximo da realidade da criança e do adolescente.

da política de assistência infantojuvenil. Importante salientar que, embora o município tenha maior poder no âmbito de política de atendimento, os Estados e a União são solidários na gestão, pelo princípio da responsabilidade primária e solidária.

Pelo exposto, são esses alguns dos principais princípios pertinentes à matéria do direito infantojuvenil, que darão o norte ao intérprete e ao aplicador do direito quando da aplicação das normas do direito da criança e do adolescente.

2 O PARTO ANÔNIMO

O presente trabalho tem o intuito de analisar o instituto do parto anônimo sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, isto é, conforme as normas positivadas no direito brasileiro. E, assim, constatar quais as compatibilidades e incompatibilidades, ou problemas de antinomia e/ou conflito de princípios, com o qual o instituto mostraria conflito.

Portanto, será feita a análise do instituto, à luz das normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção de direitos e garantias fundamentais das crianças (recém-nascidos). Para compreender em que medida, e de que modo, o parto anônimo se amolda ou não, às disposições normativas do ordenamento jurídico brasileiro, e também, quais os problemas constatados.

2.1 Aspectos históricos

Atualmente, inúmeros países no mundo têm demonstrado a preocupação com o abandono de crianças, sobretudo recém-nascidos, e a mortalidade infantil que pode ser decorrente da prática. De forma que, muitos países europeus já tem regulamentado o instituto do parto anônimo¹⁵, e no Brasil, há intenso debate acerca da legitimidade do instituto e a proteção da criança. (AMORIM *et al*, 2011)

Porém, o instituto do parto anônimo tem sua gênese em uma prática que reporta à Idade Média, comumente conhecida como a “roda dos expostos”, ou ainda, “roda dos enjeitados”. Tal prática foi difundida a partir da França e da Itália, onde foi largamente utilizada e, paulatinamente, foi alastrando pela Europa; no Brasil a prática chega ainda no período colonial, sendo utilizada até a década de 1950. (ALBUQUERQUE, 2007)

A prática do abandono foi recorrente em países dominados pela religiosidade, isto é, que estavam sob forte influência da Igreja Católica, vez que proibia e condenava severamente a prática abortiva. E assim, muitos do próprio segmento se sensibilizaram com as condições em que muitas crianças eram deixadas e

¹⁵ Albuquerque (2011, p.14-15) relata a experiência do “berço de Moisés”, adotada hoje por muitos países para evitar infanticídios e abandonos de crianças que levem a risco de vida.

mandaram instituir o mecanismo da roda para recolher os abandonados. (ALBUQUERQUE, 2011)

Ocorre que, a forte influência da religiosidade à época, sobretudo dominada pelo Cristianismo, levou ao sentimento social de proteção das crianças¹⁶ que eram enjeitadas ou deixadas para morrer de forma desumana. Vale lembrar que, à época da Idade Média, a Europa sofria com a alta mortalidade dos abandonados devido a fortes epidemias que assolavam o continente. (ALBUQUERQUE, 2011)

O nome “roda dos expostos ou enjeitados” faz alusão ao fato de que as crianças, geralmente recém-nascidos, eram deixadas em um mecanismo, comumente de madeira, do lado de fora de uma instituição. Quase sempre instituições de caridade, ligadas à Igreja, ou hospitais; o mecanismo, ao ser girado, dava acesso ao lado de dentro das instalações. (ALBUQUERQUE, 2007)

Assim, quem deixava a criança, no mecanismo ao lado de fora de uma instituição, avisaria aos internos, tocando um sino ou outro artefato sonoro, sem que fosse identificado. Na atualidade, muitos países têm readotado a prática numa roupagem moderna, designada como parto anônimo, no qual a criança é deixada em berço aquecido disponibilizado nas dependências dos hospitais com sensores que indicam aos profissionais que está ocupado. (ALBUQUERQUE, 2007)

Comentando a importância histórica e política da prática das “roda dos expostos”, Albuquerque destaca que:

Curiosamente, a roda dos expostos apresentou-se como a primeira iniciativa pública de atendimento à criança, vez que histórias de abandono, desde os mais longínquos tempos, sempre fizeram parte da realidade social mundial. (ALBUQUERQUE, 2007)

Portanto, a roda dos expostos foi instituída para recolhimento das crianças abandonadas, porém, isso não era bastante para lhes assegurar e proporcionar uma vida digna. Devido ao número crescente de crianças que eram deixadas, as instituições começaram a ter problemas para cuidar e prover o necessário para os recolhidos. (OLIVEIRA, 2018)

De forma que, passou-se a encaminhar as crianças recolhidas a famílias ou pessoas que demonstrassem interesse em criá-las, algumas eram até remuneradas pelos cuidados. Contudo, infelizmente, casos de maus tratos, nas circunstâncias em

¹⁶ Havia o medo da punição divina, o receio do purgatório e o sofrimento pós-morte.

que pessoas cuidavam apenas pela recompensa remuneratória, ainda que modesta, foram recorrentes. (OLIVEIRA, 2018)

Em relação ao Brasil, a prática surgiu pela primeira vez no século XVIII, época do Brasil colônia, com contexto social de extrema pobreza e precariedade nas cidades e grandes centros emergentes. De maneira que, conforme relatos da época, muitas crianças viviam nas ruas, e inúmeras outras encontradas mortas pelas ruas, calçadas das cidades, principalmente nas de intenso crescimento populacional. (ALBUQUERQUE, 2011)

Entretanto, em sua grande maioria, os abandonos eram feitos com a intenção de que a criança obtivesse uma vida mais digna, e não com indiferença quanto ao seu destino. E, assim, as crianças eram entregues nas portas das casas, ou as parteiras levavam a pedido da mãe para serem entregues a alguém que pudesse criá-las, bem como deixadas nas Casas de Misericórdia. (ALBUQUERQUE, 2011)

Contudo, a prática declinou no século XIX, pois, embora os abandonados, ou entregados, fossem acolhidos nas instituições, essas não puderam oferecer-lhes condições de vida digna. Mas, não significa asseverar que a prática foi extinta na sociedade brasileira, porquanto perdurou até a década de 1950, porém de maneira mais branda. (ALBUQUERQUE, 2011)

Importante destacar que, à época da chegada da prática da “roda dos expostos” no Brasil do século XVIII, o patriarcalismo e a estrutura familiar hierarquizada eram características da sociedade brasileira. Condição que perdurou até a Constituição de 1988, quando a mulher foi reconhecida e declarada igual ao homem, sem nenhuma distinção jurídica. (ALBUQUERQUE, 2007)

Todavia, fato é que durante muito tempo a mulher permaneceu sob a estrutura da família hierarquizada e patriarcal, não tendo voz ativa no meio público e social, sendo ignorada como cidadã. De forma que, antes do casamento estava sob a autoridade do pai, e depois de contraído o matrimônio, estaria submissa, ou subordinada, ao marido. (ALBUQUERQUE, 2007)

E assim, nessa estrutura, o dever de fidelidade era absoluto para a mulher, embora relativo para o varão, e a relação afetiva e sexual extramatrimonial, ou fora do casamento, para elas, era duramente rechaçada. Era tida uma desonra, vergonha pública, onde a pressão social era enorme, e a alternativa para muitas

mulheres era a “roda dos expostos” para esconder, e resguardar a honra social. (ALBUQUERQUE, 2007)

Portanto, as relações de concubinato eram reprovadas pela sociedade e duramente pela Igreja, recaindo de forma muito mais severa sobre as mulheres, que eram juridicamente muito mais vulneráveis. À época, um fato social recorrente era a existência de inúmeras mulheres mães solteiras devido à exploração sexual doméstica, geralmente as vítimas eram pobres. (ALBUQUERQUE, 2011)

Sendo assim, quando a criança bastarda não era incorporada à família para ser criada como um “filho de criação”, uma outra opção da mãe era abandonar, ou entregar, sua criança na “roda dos expostos”. Albuquerque (2011, p.28) faz a diferenciação entre os termos ‘abandono’ e ‘entrega’, sendo que o ponto diferenciador é a preservação da dignidade humana.

No primeiro, não se teria a preocupação com a preservação da integridade da criança pela pessoa que o abandona, já no segundo ato, haveria motivações de cunho sentimental que levaria a mãe a entregar seu filho. Ou seja, existiria uma preocupação com a proteção da criança e o desejo de proporcionar um futuro melhor, geralmente seguido de um sentimento de culpa ou remorso. (ALBUQUERQUE, 2011)

Assim, nesse contexto, a “roda dos enjeitados” teve papel importante na história em relação à realidade social do momento. A prática serviu para resguardar a honra de inúmeras mulheres, e/ou proporcionar uma vida mais digna e um futuro melhor para os deixados na roda.

Ainda em relação a diferenciação de abandono, interessante é a classificação de Oliveira e Silva (2018, p.3), pela qual haveriam 4 (quatro) tipos de abandonos: (i) intelectual; (ii) afetivo; (iii) material; e (iv) físico. O primeiro é decorrente da negligência do(s) responsável(eis) na garantia ao filho de uma educação devida sem um justo motivo.

O segundo, acontece quando não há laços de afetividade entre o(s) genitor(e)s e a sua prole, havendo indiferença dos pais para com o(s) filho(s); no terceiro, o responsável não provém, injustificadamente, a subsistência da prole. Por fim, o quarto, abandono físico de recém-nascido, é quando a criança é deixada lodo após o nascimento, ou nascida a pouco tempo. (OLIVEIRA, 2018)

Para além da classificação do abandono em 4 (quatro) tipos, as autoras ainda diferenciam a prática em 2 (duas) espécies, o abandono piedoso¹⁷ e o abandono infanticídio. No piedoso há uma preocupação com o bem estar da criança deixada, enquanto que no infanticídio, como o próprio nome sugere, a pessoa apenas se livra da criança, não há nenhum tipo de preocupação com sua integridade e vida. (OLIVEIRA, 2018)

Em conclusão, na atualidade, é fato que os fundamentos da utilização do instituto do parto anônimo e as questões sociais que o permeiam não são mais os mesmos do tempo da “roda dos enjeitados”. Contudo, algumas características ínsitas à prática permanecem, como o anonimato da pessoa que deixa a criança e o seu abandono, ainda que com o intuito de preservar sua integridade e proporcionar um futuro melhor. (ALBUQUERQUE, 2007)

2.2 Características

O objeto, tema assunto deste trabalho, além de polêmico, se mostra uma questão que perpassa o tempo – passado, presente e futuro –, conflita direitos de mais de um indivíduo – pai, mãe¹⁸ e filho, além dos parentes periféricos¹⁹, como os avós, por exemplo –, e que transcende suas consequências para além de seu espectro, intersectando outros institutos jurídicos, que a ele estão intrinsecamente ligados.

Sendo assim, o instituto do parto anônimo é uma questão altamente complexa, que envolve vários sujeitos, que causa conflito entre diversos direitos e causa reflexos não só na atualidade, mas que se prolongam no tempo. Para além, está inevitavelmente ligado a outros dois institutos jurídicos de extrema importância, os quais são adoção e responsabilidade parental, isto é, a responsabilidade civil e penal dos genitores para com sua prole.

¹⁷ Na classificação de Albuquerque (2018, p.28), seria equivalente à entrega, que é quando há motivação emocional da mãe que entrega seu filho, e uma preocupação com sua vida.

¹⁸ No presente trabalho evitar-se-á a utilização do termo ‘pai e mãe’ para designar os genitores do recém-nascido no modelo do parto anônimo, empregando-se expressões como gestantes, parturientes etc., com relação à genitora, e genitores em relação a ambos. Isso porque, tendo-se em vista o fato de que o instituto afastará qualquer vínculo jurídico possível entre genitores e sua prole, do mesmo modo, afastando suas responsabilidades parentais, pressupondo o natural distanciamento afetivo que será daí decorrente. Portanto, as terminologias genitores, gestantes, parturientes etc. parecem mais adequadas para denotar justamente essa característica distanciadora, consequência natural do modelo do nascimento anônimo.

¹⁹ Tomando-se por base o núcleo familiar constituído por genitor(res) e filho(a) ou filhos(as).

Conceitualmente, o parto anônimo é o instituto que possibilita à genitora entregar seu filho recém-nascido às instituições hospitalares, que posteriormente o encaminhará à adoção, sendo garantido o sigilo da identidade da parturiente, ou até mesmo a inexistência de sua identificação, sem que seja estabelecido vínculo jurídico algum com a criança, isentando-lhe de quaisquer responsabilidades em relação à criança²⁰. (SANTOS; SANTOS e SILVA, 2012)(AMORIM, *et al*, 2011)

Portanto, tal modalidade de parto se caracteriza pelo anonimato, isto é, o sigilo da identidade de ambos os genitores, podendo acontecer em dois momentos distintos: anteriormente ao nascimento da criança, fase do pré-natal, pelo qual a genitora, comparecendo a uma instituição médico-hospitalar, deverá receber acompanhamento médico e psicossocial, ou ainda, no momento do parto, no qual a parturiente solicita a realização no modelo anônimo. (AMORIM, *et al*, 2011)

Importante salientar que, em ambas as formas de procedimento de realização do parto anônimo, deve ser garantido o absoluto sigilo na identificação da(os) genitora(res), sendo possível haver a revelação somente em casos excepcionais, através de ordem judicial ou por motivo de relevância, como doença genética, hereditária do filho. (BRASIL, 2008a)

É esclarecedor reafirmar a origem histórica da prática de entrega de crianças com absoluto segredo da identidade da mãe, que remonta à Europa, na Idade Média, em que instituições de caridade, normalmente ligadas à Igreja, tinham mecanismos giratórios de madeira onde eram deixadas as crianças. Pelo lado externo da edificação, colocava-se o bebê, e o mecanismo, ao ser girado, dava acesso às instalações internas do complexo, sem que houvesse contato algum da pessoa que estivesse do lado de fora com a pessoa que estivesse dentro do prédio. (SANTOS; SANTOS E SILVA, 2012)(AMORIM, *et al*, 2011)

Outrossim, na atualidade, vários países pelo mundo têm demonstrado a preocupação com o abandono de crianças, prática que tem provocado inúmeras mortes devido ao fato de crianças serem deixadas em cestas de lixo, em sacos plásticos à beira de rios, lagos etc., deixadas à calçada, dentre outras práticas, como

²⁰ O Projeto de Lei nº 2747/08 e o Projeto de Lei nº 3220/08 ao tratar do tema reconhecem essas duas formas de ocorrência do parto anônimo, com e sem a identificação da genitora. Embora não sejam bem claros os textos, é possível inferir a existências dos dois tipos de realização do parto anônimo.

abortos clandestinos e até de. (SANTOS; SANTOS E SILVA, 2012)(AMORIM, *et al*, 2011)

No Brasil, tem-se discutido acerca do assunto, através de um debate caloroso a respeito do tema, alvo de muita polêmica e discordância entre especialistas e, na tentativa de se institucionalizar e regulamentar a matéria, foram propostos inúmeros Projetos de Lei. No ano de 2008, foram apresentados à Câmara dos Deputados 3 (três) projetos que tratam da matéria, os quais: Projeto de Lei (PL) nº 2747/08, PL 2834/08 e PL 3220/08, de autoria do Dep. Eduardo Valverde (PT-RO), Dep. Carlos Bezerra (PMDB-MT) e Dep. Sérgio Carneiro (PT-BA), respectivamente, tendo sido os dois últimos apensados²¹ ao primeiro, razão pela qual se procederá à análise, sobretudo, do PL nº 2747/08.

Neste momento, se passará a analisar, de forma sucinta, o PL 2747/08, identificando suas principais disposições e pontuando algumas das críticas lançadas a respeito de problemas encontrados na proposta. Para tanto, tendo em vista que os demais projetos foram apensados ao PL 2747/08, a análise terá foco nas disposições desta proposta especificamente, salvo para constatar-se pontos de relevância acerca dos demais projetos.

O PL 2747/08 foi apresentado aos 11 de fevereiro de 2008, com autoria do Dep. Eduardo Valverde, contendo outras duas propostas a este apensado²², contudo, sua situação atual é de arquivado, nos termos do § 4º, art. 58 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), em 28 de junho de 2011, por “inconstitucionalidade e/ou injuridicidade”. (BRASIL, 2011)

Dentre as disposições do projeto, algumas merecem maior destaque, como a que expressa o escopo da proposta em institucionalizar e regulamentar o parto anônimo, bem como coibir o abandono materno de recém-nascidos. Da mesma forma, é buscada a proteção de qualquer mulher que não pode, ou não deseja ficar

²¹ ‘Apensação’ é a tramitação conjunta de propostas (de lei) semelhantes que são apensadas ao projeto mais antigo. Caso um dos projetos semelhantes já tenha sido aprovado no Senado, este encabeçará a lista e terá prioridade sobre os projetos que tramitam na Câmara. O relator deve dar um parecer único, mas precisa se manifestar acerca de todas as propostas. Na hipótese de terem sido aprovados mais de um projeto apensado, o relator faz um projeto substitutivo ao projeto original. O relator pode, ainda, recomendar a aprovação de um projeto apensado e a rejeição dos demais. (BRASIL, 2005)

²² Quais são os já mencionados PL 2834/08 e PL 3220/08. (BRASIL, 2008b; BRASIL, 2008c)

com seus filhos, entregando-os para adoção, em absoluto sigilo e sem ser sofrer sanções por isso.

A proposta dispõe, ainda, que a genitora tem o direito de fornecer ou não informações sobre si, ou sobre o pai da criança, a respeito do estado de saúde, às origens do bebê, às circunstâncias de seu nascimento²³ etc., sendo que tais informações serão sigilosas, havendo a possibilidade de serem reveladas somente por ordem judicial ou em casos de motivo de relevância.

A criança nascida pelo procedimento do parto anônimo será levada diretamente à adoção após 8 (oito) semanas da sua chegada ao hospital, nos casos em que a parturiente não tiver fornecido informação alguma a seu respeito, ou sobre o genitor. Na hipótese em que a genitora tiver prestado informações, sigilosas, sobre si ou a respeito do genitor, após o período de 8 (oito) semanas²⁴ a criança será levada à adoção, porém, dentro deste prazo a própria gestante ou qualquer parente biológico poderá reivindicar o recém-nascido.

É necessário registrar que, para ambos os casos, deverá haver o consentimento da parturiente autorizando a realização da adoção do recém-nascido, renunciando, assim, ao poder familiar, sem possibilidade de arrependimento a partir do momento em que a criança tiver sido encaminhada à adoção.

É imperioso comentar que, na sistemática atual, após o parto uma mãe pode manifestar a vontade de entregar o seu filho para ser adotado, porém, primeiramente, haveria o registro da filiação e maternidade no registro da criança, constituindo-se o poder familiar com estabelecimento de vínculo jurídico entre a genitora e sua prole. Somente depois seria estabelecido processo de destituição desse poder familiar e o processo de adoção da criança por uma família substituta, o que poderia perdurar por anos. (SILVA, 2012)

Caso a criança tivesse registro de paternidade haveria a consulta ao pai que participaria do processo de destituição do poder familiar, mas caso não houvesse registro e havendo a indicação pela mãe, o suposto pai seria consultado se possuiria interesse em ficar com a criança. No parto anônimo isso não ocorreria, pois não

²³ No PL 3220/08 não se trata de uma faculdade, mas de uma obrigatoriedade da gestante de prestar tais informações, que permanecerão em absoluto sigilo, salvo, havendo ordem judicial a pedido do nascido de parto anônimo para que haja a revelação (art. 6º). (BRASIL, 2008c)

²⁴ A ideia do lapso temporal é de que o consentimento da genitora não será dado até que ela tenha se recuperado o suficiente do parto, isto é, que a mulher não se encontre mais no 'estado puerperal'.

haveria o registro de maternidade, e assim, não haveria constituição de vínculo jurídico parental entre genitora e sua prole, não configurando o poder familiar, o que tornaria o processo de adoção muito mais simples e célere. (SILVA, 2012)

Também, a proposta estabelece como dever (obrigação) do Sistema Único de Saúde (SUS) adequar as estruturas físicas dos hospitais para atendimento médico-hospitalar e psicossocial das gestantes e cuidados do recém-nascido, que será imediatamente entregue ao Hospital. Ainda, deverá criar programa específico para realização e controle da prática do parto anônimo, além de ter que prestar informações às mulheres²⁵, e do mesmo modo, promover o acesso das gestantes aos serviços de acompanhamento médico e psicológico, tudo realizado em sigilo ou anonimato²⁶. (BRASIL, 2008a)

Nas razões de justificação da proposta, destaca-se a preocupação com o abandono materno e a mortalidade infantil relacionada, como também, em relação ao aborto e até mesmo o infanticídio. Visando, portanto, a proteção à vida e dignidade da criança, e para além, buscando o melhor interesse (no futuro) da criança, junto a uma nova família, idônea para lhe proporcionar um desenvolvimento digno, através de um processo mais rápido e célere de adoção. (BRASIL, 2008a)

Não obstante, defende-se que a instituição do parto anônimo protege a qualquer mulher que não pode ficar com seu filho, por viver uma realidade de vulnerabilidade social, ou por não querer assumir o papel de mãe. A medida se mostra uma alternativa às mães que, ainda que não desejem deixar o filho, são impotentes para lhe proporcionar uma vida digna, ou até mesmo, à gestante que não deseja ser mãe, mas também não quer abandonar ou abortar a criança que está sendo gerada. (BRASIL, 2008a)

Entretanto, o próprio PL 2747/08 confessa uma falha, um problema com relação à proposta do parto anônimo, qual é o da criança só adquirir identidade após

²⁵ O PL 2747/08 impõe o dever em informar as mulheres, não somente ao sistema SUS, mas também às “instâncias competentes do sistema educacional” (art. 3º). (BRASIL, 2008a)

²⁶ É importante fazer a diferenciação conceitual das expressões, uma vez que, o termo sigiloso está relacionado ao fato de que a gestante prestou informações, ou sobre a sua saúde, ou da do genitor, ou que esclareceu as condições do nascimento da criança, ou ainda, de suas origens; já o termo anonimato indica que nenhuma informação foi prestada e a gestante não quis ser identificada. É de suma relevância mencionar que o PL 2747/08 faz confusão sobre as diferentes situações, não sendo claro na diferenciação dos diferentes modos de conduta da parturiente. Indica-se a leitura dos arts. 4º, 6º e 7º do referido projeto. (BRASIL, 2008a)

a efetiva adoção por uma família substituta²⁷. Os estudiosos que pesquisam o tema ainda criticam a falta de previsão dos projetos a respeito da participação do genitor no processo para a realização do parto anônimo e suas consequências. (SANTOS; SANTOS e SILVA, 2012)

De forma que, o genitor é totalmente excluído da decisão da genitora em realizar o parto anônimo, e entregar a criança à adoção, sendo que, nenhum dos projetos apresentados à Câmara trataram da questão (SANTOS; SANTOS e SILVA, 2012). Muito menos estabelecem a possibilidade de responsabilidade (civil) da genitora em relação ao genitor excluído do processo de nascimento de seu filho, nascido de parto anônimo e entregue para ser adotado, tendo-se a anulação do direito do genitor a participar da geração e da vida futura de sua prole.

Igualmente, é criticada a falta de previsão em relação à participação do Conselho Tutelar, conforme previsão constitucional (art. 227, § 5º) e também infraconstitucional²⁸, no processo de entrega imediata da criança ao hospital e o encaminhamento da mesma à adoção, findo o prazo de 8 (oito) semanas. (BRASIL, 2008a)(MOLINARI, 2010 Apud AMORIM, *et al*, 2011)

Em relação às propostas de institucionalização e regulamentação do parto anônimo, diferentemente dos Projetos nº 2747/08 e 3220/08, o PL nº 2834/08 não propõe a criação de uma lei esparsa para tratar do tema. Na realidade, é uma lei de alteração do Código Civil de 2002, Lei nº 10.406/02, no qual passaria a vigorar com o artigo 1.638 alterado, passando a vigorar acrescido do inciso V e parágrafo único. (BRASIL, 2008b)

O inciso V, art. 1.638 do CC/02, tornaria institucionalizado o parto anônimo no direito brasileiro e o parágrafo único o definiria, como sendo o parto em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixaria a criança na maternidade após o parto, que seria encaminhada à Vara de Infância e da Adolescência para adoção. (BRASIL, 2008b)

Sendo assim, de forma distinta dos demais projetos de lei, o PL 2834/08 prevê a figura do termo de responsabilidade da mãe que realizasse o parto anônimo,

²⁷ Em relação ao mesmo tema, o PL 3220/08 prevê o 'registro provisório' do nascido por parto anônimo, que irá receber um prenome (art. 9º). (BRASIL, 2008c)

²⁸ Lei nº 8.069 de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): arts. 88, VI; 93, parágrafo único; 136, parágrafo único. (BRASIL, 1990)

contudo, não fornece maiores esclarecimentos acerca do termo de responsabilidade e nenhuma outra informação acerca do instituto. (BRASIL, 2008b)

Expostos os principais pontos e problemas das propostas legislativas acerca do parto anônimo, em especial o PL 2747/08, é possível verificar as afirmações feitas no início deste trabalho, de que o assunto é controverso, embrenhado de polêmicas, envolvendo questões de alta complexidade, e tangenciando outros institutos jurídicos. Agora, é inevitável que sejam apontados comentários a respeito de outro aspecto deste instituto, já mencionado anteriormente, que é o fato da questão influenciar a esfera jurídica de mais de um sujeito, conflitando diversos direitos correlacionados.

Atentando-se para este fato, é perceptível a provável existência de colisão, choque, tensão entre direitos afetados pelo parto realizado anonimamente, o que se passará a comentar nas próximas linhas. O conflito entre direitos não ocorre somente no âmbito legal, mas perpassa por questões constitucionais, o que é alvo de grande discussão entre acadêmicos e especialistas no tema.

Sendo assim, *a priori*, ou seja, à um primeiro juízo, a proposta trazida pelo projeto de lei que regulamenta o parto anônimo levanta uma questão de conflito de direitos fundamentais, que é a tensão entre o direito à identidade e à origem biológica (genética), que provém do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CRFB) e o direito a proteção, e à vida (art. 227, 'caput', CRFB c/c art. 7º, ECA). É que se trata de preceito fundamental o direito a se ter acesso à procedência biológica, isto é, o direito de uma pessoa conhecer as suas origens genéticas, que influirão na concepção e formação da sua identidade como um ser humano. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990)

Dessa forma, o direito à identidade, e o direito à origem genética, àquele intimamente ligado, são direitos personalíssimos, sendo que o primeiro é indispensável, ou seja, é condição *sine qua non*, para o exercício do segundo, pois em sendo alterado a identidade de uma pessoa, conseqüentemente se prejudica a identificação de suas origens biológicas. (AMORIM, *et al*, 2011)

Por outro lado, preceitua o art. 227, *caput*, da CRFB c/c com o art. 7º do ECA, que a criança tem, com 'absoluta prioridade', o direito à vida, à dignidade [...], e à ser colocada a salvo de qualquer tipo de violência, crueldade, opressão [...], constituindo

dever não só da família, mas também, do Estado e de toda a sociedade. (BRASIL, 2002; BRASIL, 1990)

Sendo assim, para alguns especialistas, o parto anônimo é uma prática preventiva que busca privar uma criança de ser abandonada, das mais variadas formas possíveis, inclusive correndo risco de morte, também, de sofrer prática abortiva, ou ainda de ser vítima de infanticídio, o que viola os preceitos supracitados, infringindo direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição. (AMORIM, *et al*, 2011)

É de suma importância apontar que os 2 (dois) direitos comentados, embora de distinção latente, é perceptível que ambos são transpassados pelo princípio da dignidade humana.

O direito à identidade e à origem biológica se relaciona com tal princípio na medida em que, retirar de uma pessoa a possibilidade de conhecer o seu passado e o seu histórico de ancestralidade lhe fere a dignidade, causando-lhe angústia e inquietação a respeito de seu passado por toda a sua existência.

Por outro lado, 'o direito à vida, e de ser privada de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade' [...] (art. 227, 'caput' CRFB), também são irradiados pelo princípio da dignidade, uma vez que, sendo submetida uma pessoa a tais tipos de violação, clara é a lesão à sua dignidade em vários aspectos, principalmente, ligados à integridade física, moral, psicológica etc. (BRASIL, 1988)

Há direitos que, embora estejam garantidos pela própria Constituição Federal, são regulamentados pela legislação infraconstitucional, como é o caso dos direitos que se passará a comentar, afetos à matéria de direito de família e de proteção e promoção dos direitos da criança.

Ademais, o Código Civil em seu art. 1.634, ao dispor acerca do Poder Familiar, traz não só os deveres dos pais em relação aos seus filhos, mas também, o direito que aqueles têm de opinar, participar e estar presente na vida destes. E, além disso, o ECA reafirma tal direito ao estabelecer o direito à convivência familiar da

criança (e do adolescente) com a sua família natural²⁹. (BRASIL, 2002; BRASIL, 1990)

De certo que, quando o projeto de lei do parto anônimo afirma o direito à mulher gestante de realizar o parto em anonimato, mas se queda silente a respeito da necessidade de manifestação também do genitor, constata-se o conflito de direitos. Isto é, está se retirando do genitor o direito a participar do processo de geração de seu filho, e ainda mais grave, tendo em vista que, após o parto anônimo esta criança não criará nenhum vínculo com seus genitores, e será entregue à adoção, retirando-se do pai a possibilidade de convívio familiar.

Continuando ainda a comentar a respeito do direito à convivência familiar, previsto no ECA, é estabelecido o dever dos pais em permanecer junto aos filhos e de cuidado, que é criticado em relação àquelas pessoas que não desejam ser pais, ou em assumir o papel de cuidado, carinho, zelo etc. E, seria justamente nestes casos em que a criança estaria exposta ao perigo de sofrer abandono, violência, maus tratos etc., que embora seja um perigo mais abstrato e geral, é incisivamente colocado, como prioridade absoluta de proteção à criança. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990)

Para a doutrina mais atual e também para a jurisprudência, o critério estabelecido em lei para o conceito de família e de convivência familiar, presente no art. 19 do ECA, critério biológico, genético, de consanguinidade, não é necessariamente o mais adequado, havendo uma mudança de paradigma em que o critério biológico-consanguíneo é substituído, paulatinamente, pelo socioafetivo. (SILVA, 2012)

Assim, em reconhecimento às transformações sociais e as novas realidades culturais de vivência familiar, jurisprudência e doutrina vêm reconhecendo as novas nuances socioculturais e interpretando a convivência familiar como convivência familiar 'afetiva', em detrimento do que dispõe o ECA ao tratar da convivência familiar, pelo qual a criança deve crescer preferencialmente no seio da família natural, e excepcionalmente em família substituta. (SILVA, 2012)

²⁹ Art. 19 da Lei nº 8.069/90 (ECA). Ao se pensar, a pari, isto é, por igual razão, percebe-se que é um direito de "via de mão dupla"; ora, ao mesmo tempo em que à criança e ao adolescente é garantido o direito à convivência com sua família natural, garante-se, por reflexo, o direito dos pais ao convívio com seus filhos. (BRASIL, 1990)

Logo, constata-se que há conflito entre tais preceitos normativos, na medida em que, ao se estabelecer que uma criança deva permanecer sob os cuidados da família natural, referente aos genitores, ainda que indiretamente e de forma mais geral e abstrata, expõe-se à criança a riscos, como o abandono, maus tratos, aborto etc., ao ficar sob cuidados de genitores que não possuem desejo em cuidar, amar, zelar, proteger o filho. (IBDFAM, 2010a Apud AMORIM, *et al*, 2011)

E, portanto, simplesmente deixar uma criança desenvolver-se em ambiente com pessoas que não nutrem sentimentos de afeto, carinho e cuidado, viola direitos da criança. Assim, não é qualquer convivência familiar que deve ser protegida pelo direito, mas sim a convivência capaz de proporcionar um desenvolvimento saudável à criança. Neste aspeto, o parto anônimo proporcionaria ao filho rejeitado a possibilidade de acolhimento por uma família, no caso de adoção, tendo assegurado o direito de convivência familiar afetiva. (SILVA 2012)

Outra questão que se mostra problemática é a disposição contida no art. 9º do PL 2747/08, ao dispor que “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”. O problema surge ao se confrontar a disposição com a norma do art. 42, § 1º: “não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”, o que acaba restringindo em muito o exercício do disposto na proposta de lei, constituindo uma falha legislativa, já que nenhuma das propostas revogam ou afastam a norma³⁰. (BRASIL, 2008a; BRASIL, 1990)

Um último ponto conflitante a ser abordado é referente à necessidade da gestante, optante do parto anônimo, manifestar sua anuência para que a criança seja levada à adoção, após o período de estadia no Hospital em que foi acolhida (PL 2747/08). Entretanto, o Poder Familiar tem por característica o fato de ser ‘irrenunciável’, não podendo os pais dispor deste dever em relação aos seus filhos, por se tratar de um poder-dever indisponível. (BRASIL, 2008a)

³⁰ Isso, pois, no modelo anônimo, após o período de 8 (oito) semanas, a criança será levada à adoção, podendo ser reivindicada por parente, contudo, dos parentes mencionados, ascendentes (avós) e irmãos, ficarão impossibilitados de adotar. Entretanto, é importante pontuar que a proibição não é absoluta e, em alguns casos específicos, devido ao tempo de convivência e ao fato de que a criança já está enraizada no seio familiar, constituído pelos avós e o neto adotado, a jurisprudência reconhece que seria um ato violento retirá-la desses ambientes de convivência familiar já consolidado. (BRASIL, 2008a)

Mesmo no processo de adoção, quando se faz a oitiva dos responsáveis da criança que está passando por processo de destituição do poder familiar, para então ser adotada por uma família substituta, não se trata de renúncia ao aludido instituto, uma vez que quem determinará a extinção do poder familiar será o juiz. Tal audiência para ouvir os pais têm o mero condão de tornar a questão mais clara e definida para que o juiz, ao se convencer de qual será o melhor interesse à criança, extinguir ou não o poder familiar.

Findada essas considerações, tomadas como de extrema relevância para uma mínima compreensão acerca do parto anônimo e seus principais problemas, buscará estabelecer-se o objetivo a ser discutido pelo presente texto.

Sendo assim, o presente texto propõe-se a analisar o instituto do parto anônimo segundo as diretrizes normativas constitucionais e infraconstitucionais de proteção à família, bem como aos direitos e garantias fundamentais das crianças, com o escopo de verificar em que medida e modo tal instituto se amolda às disposições prescritas pela legislação nacional, buscando identificar quais as principais barreiras e óbices encontrados durante análise.

2.3 Do arquivamento dos Projetos de Lei: votos e razões de arquivamento

O Projeto de Lei nº 2747/2008, e os demais apensados, PL 2834/08 e PL 3220/08, obteve parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, que votou pela rejeição do projeto principal e seus apensados. E, também parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que votou pela inconstitucionalidade, injuridicidade e má técnica legislativa do PL 2747/08, e boa técnica legislativa dos PLs 2834/08 e 3220/08. (BRASIL, 2011)

Entretanto, rejeitou todas as proposições legislativas quanto ao mérito, tendo sido os respectivos votos e razões de arquivamento publicados no Diário da Câmara dos Deputados em 08 de junho de 2011. (BRASIL, 2011)

Na análise dos pareceres serão tecidas algumas considerações, ou seja, alguns contrapontos com o que é argumentado, ainda que de forma não aprofundada, pois não há espaço para tanto no presente trabalho. Mas, considerações e indagações que se mostram pertinentes quanto aos assuntos abordados, isto é, como apontamentos a serem pensados sobre o tema.

2.3.1 Parecer da Comissão de Seguridade Social e Família

O primeiro parecer é o da Comissão de Seguridade Social e Família de relatoria da Deputada Rita Camata, que inicia o voto parabenizando a iniciativa dos parlamentares que demonstra uma preocupação com mães e crianças. Contudo, já destaca que a medida é equivocada por ser contrária aos ditames e conquistas do direito da criança e do adolescente no Brasil. (BRASIL, 2011)

Em sequência, é trazido um interessante argumento pela relatora, no qual esse tipo de procedimento não pode ser institucionalizado no Brasil sem apresentação de dados concretos e confiáveis que demonstrem o aumento de abandono infantil. Sob pena de ser infringidos de forma descabida todo o paradigma legal de proteção e reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito. (BRASIL, 2011)

No que diz respeito à questão levantada pela relatora, realmente a propositura do instituto do parto anônimo foi realizada pelo legislativo sem menção alguma, ou remissão, a estudos sobre o assunto. Contudo, devido à complexidade do instituto do parto anônimo, como vem sendo discutido no presente trabalho, é de suma importância um estudo aprofundado, tanto no campo jurídico, sociológico e inclusive econômico da institucionalização da prática no Brasil.

Ainda, para a parecerista o parto anônimo é uma medida desnecessária e redundante à proteção e resguardo de crianças e isenção das genitoras em situação vulnerável, isto é, sem condições de criar seus filhos. Isso, pois, é legalmente possível a entrega de uma criança para adoção logo após o parto, sem que seja configurado crime algum. (BRASIL, 2011)

Continua asseverando que, o argumento de que em várias partes do mundo, diversos países têm adotado e institucionalizado a prática do parto anônimo é uma razão também insuficiente para adoção do mesmo no Brasil. Não obstante, a legislação sobre infância e juventude em vários países, como França, Itália e Bélgica, é mais obsoleta e precária do que a brasileira. (BRASIL, 2011)

Para além, afirma que a prática do anonimato já vem sendo questionada nos países praticantes do parto anônimo, a respeito das consequências que impossibilitam uma criança de ter a sua origem determinada. Assim, já existe em tais

países, um movimento social contrário à prática do procedimento anônimo, sobretudo dos envolvidos e afetados pelo anonimato, em defesa do direito de acesso às origens, à ancestralidade. (BRASIL, 2011)

Com relação à arguição da relatora, é levantada a hipótese acerca da duvidosa legitimidade do parto anônimo no meio social, uma vez que a prática já estaria sendo contestada nos países que adotaram a prática. Apontando a possibilidade de, posteriormente, haver uma rejeição por parte da sociedade acerca do anonimato materno.

Esse pensamento tem sua razão de ser, e complementa a ideia de que uma prática que tangencia tantas questões e direitos de diferentes pessoas demanda uma avaliação meticulosa para ser instituída. Portanto, é necessário avaliar as consequências e impactos sobre o comportamento social em relação ao instituto do parto anônimo nos países que o instituíram, tecendo estudo profundo e buscando extrair as semelhanças e particularidades com o cenário brasileiro. (BRASIL, 2011)

Em seguida, a parecerista passa a tecer comentários acerca de normas jurídicas que seriam infringidas pelo instituto do parto anônimo, como o caso do reconhecimento da criança como sujeito de direitos. Bem como a prioridade absoluta da criança e do adolescente para a família, a sociedade, e para o Estado, conforme prescrito pelo art. 227 da Constituição Federal (CRFB). (BRASIL, 2011)

Ainda, a determinação das origens genéticas, isto é, o direito que todo indivíduo possui de obter informações referentes à sua pessoa e a sua ancestralidade, ao passado e o correspectivo dever estatal de fornecer tais informações. (BRASIL, 2011)

Os Projetos de Lei também contrariam disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança³¹, da qual o Brasil é signatário, que garante o direito dos filhos de conhecer os pais, e por eles serem educados, e o direito de ter sua identidade e relações familiares preservadas, conforme arts. 7º e 8º da Convenção. Além disso, diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) são contrariados pelas disposições encontradas nas proposições legislativas. (BRASIL, 2011)

³¹ Internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 99.710 de 1990. (BRASIL, nov. 1990)

A exemplo, disposições concernentes a registro dos recém-nascidos, e também das genitoras, nos procedimentos hospitalares realizados tanto pela rede pública quanto privada, dentre outros direitos prescritos nos arts. 10, 15 e 17 do ECA. Em suma, esses dispositivos tratam de direito à liberdade, respeito e dignidade, em reconhecimento da criança como sujeito de direitos; direito ao respeito; e identificação e registro de exames. (BRASIL, 2011)

Vale ressaltar que, em relação ao assunto, não se pode ignorar uma outra faceta do instituto do parto anônimo, que posteriormente será abordada, condizente ao fato da proposta se amoldar a determinadas normas protetivas de direitos fundamentais. Como proteção à vida, a não ser exposto a nenhum tipo de perigo, negligência etc., que demonstram a complexidade jurídica do instituto do parto anônimo.

Para a relatora, o parto anônimo violaria o direito à preservação da identidade, que é equivalente ao direito de conhecer os próprios caracteres, impossibilitando à criança nascida em anonimato, o direito ao conhecimento e ao acesso às suas origens. Ainda, assevera que a medida do anonimato da parturiente é uma prática não reconhecida e rechaçada pelo Comitê dos Direitos das Crianças das Nações Unidas. (BRASIL, 2011)

No que tange ao argumento da relatora, imperioso é analisar o que dispõe o texto da proposta principal acerca do assunto; sendo vários os dispositivos que abordam a matéria de não identificação da genitora. Porém, os mais relevantes são os arts. 4º, 6º, 8º e 11 do PL 2747/08, para que se possa compreender melhormente a controvérsia da matéria. (BRASIL, 2008a)

O art. 4º, especificamente, traz a possibilidade para as gestantes, que manifestarem desejo pelo anonimato, obterem o devido acompanhamento médico sem que sejam identificadas. Ao que parece o dispositivo prevê uma forma, ou um tipo de parto anônimo, isto é, a hipótese em que a parturiente não informa dado algum sobre si ou sobre a família da criança. (BRASIL, 2008a)

Com relação aos arts. 6º e 8º, o texto é bastante confuso, uma vez que ambas as disposições tratam do sigilo da identidade da gestante, entretanto, cada

uma em um contexto completamente distinto e contrário. No caso do art. 6^o³², dispõe que a mulher que demandar sigilo de sua identidade deverá ser informada das consequências, bem como importância de conhecimento da origem e histórica da criança. (BRASIL, 2008a)

Aparentemente, o que o legislador quis regulamentar no respectivo dispositivo foi justamente a hipótese descrita no art. 4^o, quando não há identificação da genitora de nenhuma forma. E, trata da necessidade de ser exposto à gestante a importância para as pessoas, e muito mais à própria criança, de ter acesso a informações sobre a origem genética e a história do nascido de parto anônimo. (BRASIL, 2008a)

Contudo, o problema é que o texto denomina esse fato, de inexistência de informação, como sigilo de identidade da parturiente, pelo menos é o que a leitura sistemática dos dispositivos leva a compreender. Porém, já no art. 8^o, o mesmo texto legislativo denomina como sigilo a proteção jurídica de dados fornecidos pela gestante acerca de informações sobre si, ou sobre as famílias da criança. (BRASIL, 2008a)

Na literalidade do texto do PL 2747/2008:

Art. 4^o 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. 6^o A mulher que, antes ou no momento do parto, demandar o ***sigilo de sua identidade será informada das consequências jurídicas desse pedido e da importância para as pessoas em conhecer sua origem genética e sua história***. Parágrafo Único – A instituição de saúde garantira a toda mulher que demandar ao Hospital o parto anônimo acompanhamento psicológico.

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

Art. 8^o A mulher que se submeter ao parto anônimo s erá 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. 11^o desta lei. (BRASIL, 2008a, grifo nosso)

³² Imperioso registrar que o art. 7^o é uma cópia literal do art. 6^o, à exceção do parágrafo único, o que demonstra como o texto foi escrito de forma não clara e confusa. (BRASIL, 2008a)

No que tange ao art. 11 do mesmo PL, há a previsão das hipóteses em que as informações prestadas pela parturiente aos hospitais, mantidas em sigilo, poderão ser reveladas, *in verbis*: “A identidade dos pais biológicos será revelada pelo Hospital, caso possua, somente por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho.” (BRASIL, 2008a)

Embora o texto seja confuso e falta técnica sobre o assunto, da análise conjunta dos dispositivos, é possível inferir que o Projeto de Lei trata de mais de uma forma de configuração do parto anônimo. Ou seja, uma primeira hipótese em que não há registro algum de nenhuma informação acerca da gestante ou das famílias da criança; e uma segunda hipótese, quando a gestante prestar informação sobre si, sobre o pai, ou das famílias³³ da criança, informações que ficarão registradas sob sigilo nos hospitais.

Ora, mas qual a importância de todo esse esforço em demonstrar a possibilidade de ocorrência dessas duas distintas hipóteses? A importância está na relação de qual das hipóteses descritas se configura o anonimato e a questão suscitada pela parecerista quanto ao direito à preservação da identidade, bem como conhecimento das origens e do passado referente à criança nascida de parto anônimo.

Em suma, na hipótese narrada em que a parturiente manifesta o desejo em realizar o parto com anonimato de sua identidade, e dessa forma, não fornece nenhum dado sobre si, nem das famílias envolvidas, isto é, sem nenhuma identificação possível. Essa forma de parto anônimo inviabiliza de forma absoluta o exercício dos direitos apontados no voto da relatora, como direito ao conhecimento das origens, à identidade etc.

Porém, no que tange à forma de ocorrência do parto anônimo em que a gestante fornece informações sobre si, ou acerca de outros membros familiares da criança, que ficarão registradas nos hospitais em completo sigilo. Nesse caso, tais direitos não são aniquilados completamente, ocorreria uma mitigação, isto é, uma restrição o exercício desses direitos, mas não sua inviabilidade total.

³³ Foi utilizado o termo ‘famílias’ no plural para fazer referência tanto à família materna quanto à paterna.

Dessa forma, ressaltados esses pontos, é possível verificar que o parecer da Comissão de Seguridade Social e Família aponta a violação dos direitos supracitados de forma igual. Ou seja, não faz diferenciação a respeito da possibilidade de inexistência de informação alguma sobre o passado e famílias da criança, versus a existência de informação, embora revestida de sigilo absoluto que só poderia ser quebrado nos casos autorizados do art. 11 do PL 2747/08. (BRASIL, 2008a)

Imperioso registrar que, esse raciocínio é importante pois, o nível de violação ou restrição de direitos nos dois casos são bem distintos e, sem aprofundar no assunto, seria possível, em tese, a mitigação de tais direitos. Isso, para resguardar outros direitos da criança que seriam postos em um patamar de importância superior aos demais num determinado momento e contexto.

Posteriormente, serão feitas mais considerações sobre o assunto introduzido nos parágrafos anteriores, no aspecto da possibilidade de relativização de direitos da criança no contexto do parto anônimo. No sentido do entendimento de que nenhum direito é absoluto e que, devidamente fundamentado, poderiam haver uma mitigação de tais direitos, ainda que temporária³⁴.

A seguir, em seu voto, a relatora traz um argumento de cunho sociológico e moral, pelo qual assevera que o modelo do parto anônimo, ainda que indiretamente, traria uma imagem pejorativa à mulher. Que poderia ser tachada como “irresponsável” por não querer assumir o papel da maternidade e, assim, o mero acesso aos hospitais de forma discreta não evitaria constrangimentos.

Nas palavras da parecerista:

Mesmo que de forma implícita, proposições dessa natureza acabam também por trazer para as mulheres a marca de ‘irresponsáveis’, que não querem ser vistas como mães, e o anonimato do parto não vai protegê-las. Uma porta de entrada discreta num Centro de Saúde ou Hospital para dar-lhes acesso às consultas de pré-natal só trará constrangimentos, suas barrigas crescerão, elas serão vistas pelas pessoas todos os dias, então não há impedimento em usarem os instrumentos legais para entregar seus bebês para adoção. (BRASIL, 2011)

³⁴ Isso pois, tendo em vista que, em relação à hipótese de registro de informações prestadas pela parturiente optante do parto anônimo, guardadas sob sigilo nos hospitais, as hipóteses autorizadoras do art. 11 do PL 2747/08, para revelação da identidade materna, paterna ou de outras informações familiares da criança, ainda que abstratamente, dão um caráter temporário à mitigação dos direitos impossibilitados de serem exercidos sem o conhecimentos de tais informações. (BRASIL, 2008a)

Conclui o raciocínio afirmando que as propostas de institucionalização do parto anônimo no direito nacional apenas maquiariam a realidade, tendo em vista que devido a falta de políticas públicas e engajamento público de apoio à mulher e à família, na questão do planejamento familiar, muitas genitoras acabam abandonando seus filhos. (BRASIL, 2011)

O argumento trazido pela relatora é um ponto extremamente delicado e complexo do instituto que, inclusive, foge à seara jurídica, e envolve a aceitação ou reprovação social e moral da mulher optante do parto anônimo. E, assim, como isso poderia trazer uma visão pejorativa e degradante à mulher, e a correlação com o problema da falta de amparo do Poder Público, que propicia um cenário favorável ao abandono.

Uma outra questão criticada pela parecerista é concernente ao campo operacional do instituto do anonimato, que geraria problemas preocupantes. Para embasar a discussão a relatora pontua o imprescindível procedimento da correta identificação de exames laboratoriais para fins de prevenção e descobrimento precoce da existência de doenças e o seu respectivo tratamento, a exemplo do caso da sífilis da gestante e sífilis congênita na criança. (BRASIL, 2011)

Continua que, se em condições normais de identificação correta da gestante, a qualidade do pré-natal já é duvidosa, quiçá na forma do parto anônimo, que seria muito mais questionável. Isso porque, tendo a correta identificação, muitas mulheres que realizam o teste para diagnóstico da sífilis (teste do VDRL), ainda assim, não tem o resultado usado de forma devida para tratamento da doença. (BRASIL, 2011)

Portanto, seria muito mais caótico a correta aplicação do procedimento em situações que demandassem a criação de estruturas preparadas para atendimento da mulher em sigilo nos milhares de estabelecimentos de saúde do País. (BRASIL, 2011)

A respeito da questão pontuada, é interessante notar que o argumento levantado traz uma preocupação que pode instar inquietação em relação a um outro problema social grave atual da sociedade brasileira. Que e a grave crise do sistema de saúde extremamente problemático e caótico que, num panorama geral, está em situação calamitosa.

Sendo assim, não é raro a veiculação de notícias a respeito de estados que tenham decretado situação de “calamidade pública na saúde”; e, diante de problemas tão graves da administração pública com o sistema de saúde, é importante refletir seriamente acerca do impacto que a instituição do parto anônimo no Brasil acarretaria às finanças públicas.

Segundo dispõe a proposta legislativa (PL 2747/08), todo estabelecimento de saúde no país – do Sistema SUS –, estaria obrigado a se readequar e criar estruturas para atendimento de gestantes optantes do anonimato materno. E, ainda, também criar estruturas para recebimento e cuidados médicos para a crianças nascida de parto anônimo, que ficaria sob os cuidados dos estabelecimentos de saúde, enquanto não direcionada à adoção efetivamente. (BRASIL, 2008a)

A questão logística e operacional advinda desse tipo de disposição é quase imensurável, ainda mais no contexto problemático da saúde público no país, e levando em consideração as dimensões continentais do Brasil. O impacto que tais medidas teriam no sistema político-administrativo do país é um ponto extremamente temeroso, que merece avaliação técnica criteriosa, e responsável.

Do contrário, seriam gerados mais problemas de gestão pública, trazendo inúmeros descontentamentos, inclusive aos destinatários do parto anônimo, além de colocar em risco o tratamento digno devido à criança pelo sistema de saúde. De forma que, o tratamento em condições inadequadas das crianças nascidas de parto anônimo seria uma ofensa aos seus direitos fundamentais.

Assim, infelizmente não se pode afirmar que o Brasil assegura, atualmente, plenamente, ou pelo menos satisfatoriamente, os direitos fundamentais aos recém-nascidos da forma como deveria. Entretanto, isso não dá margem à adoção do sistema do parto anônimo de forma irresponsável e, por mais que o sistema de saúde pública esteja longe do ideal, o país evoluiu muito no tratamento da gestante e da criança.

Outro ponto questionado pelo parecer, quanto às propostas legislativas do parto anônimo, é a determinação de responsabilidades e atribuições aos estabelecimentos de saúde que não lhes compete. É referente ao fato de ser atribuído aos estabelecimentos de saúde o encaminhamento dos nascidos em

anonimato à adoção, sem intercessão das autoridades competentes para o assunto. (BRASIL, 2011)

Isto é, em se tratando de matéria relacionada a menores de idade, é o Ministério Público e as Varas da Infância e da Juventude as autoridades competentes para interceder nos interesses do menor. E, ainda, haveria o problema da falta de garantia e certeza do momento em que a criança seria adotada, gerando um problema crítico de inexistência de família e de identidade do recém-nascido. (BRASIL, 2011)

Com relação à colocação, é extremamente delicada a questão apontada no parecer, uma vez que o Projeto e Lei principal possibilita o procedimento do parto anônimo, recebimento, cuidados da criança, e encaminhamento para adoção. Contudo, sem haver a intervenção e acompanhamento do Ministério Público e das Varas da Infância e da Juventude, conforme a legislação, contrariando inclusive o art. 178, II, do Código de Processo Civil (CPC)³⁵. (BRASIL, 2015)

Portanto, o Projeto de Lei traz disposição contrária ao disposto na legislação quanto à matéria, sendo temerosa a desconsideração da participação desses órgãos no procedimento de encaminhamento da criança à adoção. Também é temerária a discussão levantada no parecer acerca do período em que a criança ficará no limbo fático-jurídico sem identidade completa, nem família.

Embora seja de conhecimento de todos que há uma longa fila de espera para adoção de crianças recém-nascidas, esse fato não é suficientemente garantidor de que todas as crianças nascidas de parto anônimo sejam de efetivamente adotadas. De maneira que, para que o instituto fosse incorporado no ordenamento jurídico brasileiro de maneira a respeitar esses direitos mais básicos e fundamentais à uma criança, necessário um esforço descomunal.

Isso porque, para que o direito fundamental da criança a ter uma família e uma identidade, o Estado e a sociedade, nos ditames constitucionais, deveriam demonstrar uma forma de garantia de que toda criança nascida anonimamente estaria amparada e teria uma família e identidade. Contudo, é difícil pensar em algo

³⁵ Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

II - interesse de incapaz; (BRASIL, 2015)

tão certo e plausível que possa garantir uma promessa dessa natureza, o que é mais um ponto extremamente complicado do parto anônimo de ser resolvido.

Para possivelmente solucionar um problema como esse demandaria, novamente, um planejamento criterioso e muito criativo e eficiente para assegurar tais direitos a todos os nascidos do parto anônimo. E, logicamente, é impossível estabelecer todas as diretrizes necessárias para tanto em uma só lei, logo, é possível deduzir que os Projetos de Lei são falhos no que diz respeito ao assunto.

Ainda mais que, em nenhuma das propostas legislativas há alguma demonstração, ínfima que seja, da consciência da existência desse problema, que é bem tangível de ocorrer num futuro em que a prática do anonimato materno seja permitida.

Outro ponto criticado no parecer é relativo à possibilidade de permanência do recém-nascido em anonimato no hospital por até 8 semanas, que corresponde também ao período de tolerância caso a mãe se arrependa e queira assumir a maternidade. Essa disposição é prevista no PL 2747/08, proposta principal, mas que, ao olhar da parecerista, também se mostra como uma medida temerosa que pode ensejar maior riscos às crianças que serão submetidas a um ambiente extremamente insalubre dos estabelecimentos de saúde. (BRASIL, 2011)

A preocupação da relatora é quanto ao risco para as crianças de contraírem inúmeras infecções hospitalares e também de contrair doenças diversas, por longo tempo de exposição ao ambiente insalubre de um hospital. Tal inquietação é de extrema relevância, vez que é perigoso submeter um recém-nascido por um período de 8 meses numa unidade potencialmente nociva à sua saúde.

Além do que, não há como afirmar que sempre haverá de fato o encaminhamento do bebê para adoção no prazo de 8 semanas de modo efetivo, e para além disso, onde ficaria uma criança após esse período? Continuaría sendo cuidada nos estabelecimentos de saúde, exposta a tantos tipos de infecções e doenças que se contraídas podem facilmente ceifar sua vida?

Portanto, ainda que, de fato seja possível criar um ambiente de saúde seguro e ideal para assegurar a criança dos riscos a que está exposta, enquanto permaneça sob cuidados médicos. O direito não pode ser resumido apenas à lei,

como respalda a Teoria Tridimensional do Direito do doutrinador Miguel Reale, pelo qual o direito é resultado fenomênico de três aspectos. (REALE, 2002)

Sendo assim, o direito é um fenômeno constituído por três elementos: o fato, o valor e a norma; de maneira que o direito é o resultado da interação desses três fatores. À luz desse entendimento, olhando para o contexto do parto anônimo, não basta a criação da lei instituindo a prática, de forma isolada, deve ser considerado a realidade (o fato) em que a norma incidirá, bem como o caráter valorativo (valor) que a sociedade demonstra sobre o respectivo fato. (REALE, 2002)

De modo que, não basta somente estabelecer uma disposição legal prevendo como dever ser o ambiente para recebimento da criança nascida de parto anônimo, pois a norma, em si mesma, não é capaz de alterar a realidade. Isso, pois, a norma está situada no mundo *dever-ser*, e seja, como deveria ser a realidade, é um norte para a humanidade na busca da realização máxima do disposto na norma.

Entretanto, a realidade social deve ser considerada quando da criação da norma, para que seja concretizada satisfatoriamente, logo, é possível dizer que é inviável uma previsão legal desse tipo. Uma vez que, na realidade do país, não existem condições para estabelecer um dever dessa monta à Administração Pública para criar em todas as unidades do Sistema SUS do território, um ambiente adequado para recebimento e cuidados de um bebê por até 8 semanas. (BRASIL, 2008a)

É, portanto, um raciocínio desarrazoado, pelo qual a disposição se mostra insustentável na ótica do momento e da realidade social brasileira atual, e se positivada, possivelmente se tornaria letra morta³⁶. Tornando, desse modo, a norma vazia no sentido de ignorar o elemento fático, isto é, o aspecto da realidade, o mundo dos fatos como realmente o é. (REALE, 2002)

Continuando as razões de seu voto, a relatora aponta que há um sério risco com relação à isenção de responsabilidade, tanto criminal quanto civil, da genitora em relação ao nascido de parto anônimo, prevista nos projetos de lei. Uma vez que, em casos de violação à integridade do bebê, futuramente poder-se-ia arguir a

³⁶ Referente às normas que, embora estejam no ordenamento jurídico e sejam válidas, exigíveis, são ignoradas e não cumpridas ante razões sobressalentes ao próprio direito.

dispositivo da irresponsabilidade da genitora para que ficasse impune da penalização do crime. (BRASIL, 2011)

É de ser ressaltado o apontamento da relatora com relação ao assunto, pois, embora os Projetos de Lei não tenham sido tecnicamente claros e precisos suficientemente, não é razoável concluir que se trata de uma 'carta branca'. Ou seja, é lógico o raciocínio jurídico de que tal disposição não é uma espécie de escusa absoluta à genitora no que diz respeito à responsabilização de ato cometido contra a criança.

Isso porque tal entendimento seria contrário às demais regras e princípios constitucionais protetivos da criança, não sendo uma hipótese justificada de mitigação de direitos em prol de outros que necessitassem de sobressalência. É insustentável a tese de que toda e qualquer violação à criança estaria encoberta pela previsão de não responsabilização da genitora optante do parto anônimo.

Logo, é possível compreender a razão do dispositivo proposto como sendo a de que mulheres que optem pelo anonimato do parto não venham a ser punidas pelo simples fato de 'abandonar'³⁷ a criança. Assim, o instituto da irresponsabilidade civil e criminal, proposta pelos projetos, pode ser compreendido como intrinsecamente vinculado à prática do parto anônimo.

Isso pois, existe uma gama de obrigações parentais aos genitores em prover o devido cuidado aos filhos, inclusive para impedir que fiquem expostos a qualquer risco de perigo e violação de seus direitos, na medida de suas limitações. Portanto, a não punição da genitora em hipótese alguma no contexto do parto anônimo é contrária a diversas outras normas, inclusive constitucionais, de proteção à criança.

Há um problema potencialmente factível quanto a esse ponto no sentido que, poderia ser travada uma discussão nos tribunais e tribunais superiores do país quanto ao dispositivo comentado. Isso, em relação ao sentido e abrangência da norma para se tentar eximir a conduta violadora e criminosa da genitora no âmbito do parto anônimo.

³⁷ Vale lembrar que o direito atribui obrigações e deveres aos genitores com relação aos filhos, tanto constitucionais, civis, penais, e, portanto, faz sentido uma norma que respalde a genitora optante do parto anônimo de não ser responsabilizada pelo descumprimento desses preceitos no contexto do parto anônimo.

Porém, por ser o instituto bastante complexo, e envolver questões muito delicadas e polêmicas, não se deve deixar ‘brechas’ ou ‘lacunas’ dessa dimensão na lei, capazes de provocar uma discussão dessa monta. Bem colocada a posição da relatora quanto ao assunto, pois, uma atribuição de irresponsabilidade jurídica no contexto do parto anônimo deve ser prevista de forma muito clara e bem delimitada.

A parecerista também critica a isenção de responsabilidade, prevista pelo PL nº 3220/2008, apensado ao projeto principal, para quem abandonar o filho em hospitais, ou outros locais de saúde, de maneira que a criança seja encontrada imediatamente. Segundo ela, essa situação é permeada pela subjetividade que poderia servir de respaldo para a pessoa que agrida fisicamente a criança fique impune. (BRASIL, 2011)

A situação narrada faz alusão justamente ao caso comentado anteriormente acerca do abandono da criança no local de acolhimento, a exemplo do recurso do “berço de Moisés” que é adotado em alguns países em que a prática é admitida. A preocupação da relatora é concernente ao fato de que ao ser encontrada a criança, ainda que houvesse alguma prática de agressão, a genitora ficasse isenta de ser responsabilizada.

Em relação a essa questão, já foram feitas algumas considerações anteriormente no sentido de que esse entendimento é temeroso e propício para situações violadoras da dignidade humana da criança. Contudo, extremamente plausível a preocupação da relatora ante a falta de clareza e rigor técnico dos projetos de lei quanto ao tema.

Ainda, para a deputada é desrespeitosa a previsão, no mesmo PL nº 3220/08, pela qual teria preferência para adoção da criança deixada quem a encontrasse, se manifestasse desejo nesse sentido. No caso, a criança poderia inclusive ficar sob os cuidados da pessoa que a encontrou, mas, segundo a relatora, essa medida desrespeitaria as milhares de pessoas que aguardam na fila de adoção. (BRASIL, 2011)

Para além, critica a falta de previsão da proposta de lei a respeito de procedimentos hábeis para verificação da idoneidade da pessoa que encontre a criança para adotá-la. Sem tal procedimento, seria temerário submeter a criança aos

cuidados da pessoa que a encontrou, dando a ela inclusive, o direito de preferência na adoção, o que é uma potencial situação de risco para a criança. (BRASIL, 2011)

No que tange ao argumento trazido pela parecerista, à ressalva da verificação da falta de previsão nas proposições legislativas do parto anônimo para verificação da idoneidade da pessoa que encontrar a criança para adotá-la, não parece absurda a ideia da preferência.

Ainda que haja uma inobservância quanto ao cadastro de adoção, diante da situação narrada em que, uma genitora opta por deixar sua criança, seja qual a motivação, e uma outra encontre a mesma e toma-a aos seus cuidados e posteriormente manifesta desejo em adotá-la, parece plausível. Ora, ainda que seja alheio ao campo do direito, e provavelmente da Psicologia, ou outro campo específico de estudo do comportamento humano, com maior propriedade para tratar do assunto, é razoável imaginar que uma pessoa que se depara com um bebê deixado bem à sua frente seja tocada pela situação.

E assim, venha a desenvolver sentimento de compaixão para com a situação e se afeiçoar imediatamente à criança, ainda que seja por força das condições determinantes que levaram ao encontro com o recém-nascido deixado. Logo, a opção do direito em valorizar essa possível afeição surgida de uma situação, que pode-se dizer do acaso, e produzida pelo destino, ou seja lá qual a denominação preferível ao evento, é, *a priori*, juridicamente válida.

Isto é, assim como o direito já optou por dar preferência a vínculos pré-existentes entre uma criança e a pessoa, juridicamente capaz para adotar, na situação de processo de colocação em família substituta, poder-se-ia dar preferência a essa pessoa que encontrou a criança deixada. Não obstante, por mais que o vínculo afetivo seja extremamente, e até completamente distinto nas hipóteses descritas, não se pode negar que é plenamente tangível a possibilidade de sua existência.

Portanto, parece legítima a preferência à pessoa que tenha encontrado a criança deixada por sua genitora, mesmo que por um mínimo espaço de tempo, em situação de vulnerabilidade. Entretanto, é plenamente feliz e pertinente a crítica feita pela parecerista quanto à falta de previsão de procedimento capaz de verificar e demonstrar a idoneidade de tal pessoa para adotar. (BRASIL, 2011)

E mais, um procedimento dessa natureza deve ser cuidadosamente acompanhado pelas autoridades públicas com preparação técnica para atuar na área. Como, por exemplo, a assistência social, o Ministério Público, a autoridade judicial da Vara de Infância e Juventude, ou outro órgão ou entidade que eventualmente fique constatada a necessidade de atuação num caso de adoção como supracitado.

Essas seriam as medidas minimamente necessárias para que fosse viável a positivação responsável da proposta prevista pelo texto trazido no projeto de lei, e, para conservação e preservação da integridade da criança. Contudo, pontua-se que tais medidas demandam uma estruturação do Estado para que um procedimento como esse fosse possível.

Portanto, não obstante as possíveis dificuldades operacionais que poderiam ser suscitadas pela administração pública, não parece absurda a ideia trazida na proposta para dar preferência na adoção de criança deixada pela pessoa que a tenha encontrado. Ressalvada a falta de indicação da necessidade de um procedimento cauteloso e com acompanhamento sério das autoridades públicas responsáveis pela defesa dos direitos e garantias infantojuvenis.

Por fim, a relatora finaliza seu parecer, e profere seu voto, em nome da Comissão de Seguridade Social e Família, rejeitando a(s) proposta(s) de positivação do parto anônimo no Brasil. Argumenta que as proposições ferem os direitos humanos das crianças e também das mulheres, e ainda por serem contrárias à parentalidade responsável, além de inexistir fundamentos científicos acerca do instituto e as consequências que podem surgir do anonimato do nascimento de uma criança, bem como problemas psicoemocionais que podem atingir as pessoas envolvidas na prática, isso ao longo do tempo, além das consequências sociais como um todo. (BRASIL, 2011)

Portanto, a Comissão de Seguridade Social e Família, propriamente dita, proferiu parecer e voto pela rejeição dos Projetos de Lei acerca da institucionalização do parto anônimo. E assim, o projeto principal, PL nº 2747/2008, e os a ele apensados, PL 2834/2008 e PL 3220/2008, em reunião ordinária da comissão, que opinou unanimemente, foram rejeitados nos termos do voto de relatoria da Deputada Rita Camata. (BRASIL, 2011)

2.3.2 Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ)

O segundo parecer é o da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, de relatoria do Deputado Luiz Couto, que inicia o voto apresentando breve Relatório acerca do tema proposto para lei. É apontado o fundamento trazido na proposta, bem como uma síntese das propostas apensadas ao projeto principal, PL 2834/2008 e PL 3220/2008, semelhantemente ao primeiro parecer. (BRASIL, 2011)

O relator inicia seu parecer fazendo a consideração de que, muito embora os referidos projetos estejam em acordo às disposições constitucionais, no que tange à formalidade do procedimento de iniciativa legislativa, não o são do ponto de vista substancial. Ou seja, do ponto de vista formal, os projetos de lei são juridicamente conformes, porém, quanto à matéria, portanto ponto de vista substancial, haveria uma inconstitucionalidade insanável a respeito da matéria tratada. (BRASIL, 2011)

Primeiramente, o parecerista pontua que todas as proposições afetam o direito constitucional à proteção integral à criança, previsto no art. 227, da CRFB, ao permitir o nascimento da criança com o anonimato da genitora. Sendo assim, haveria uma negação ao direito à dignidade e à convivência familiar, garantidos no dispositivo supracitado, uma vez que o anonimato materno impede à criança o direito de ter suas origens registradas. (BRASIL, 2011)

É necessário apontar que, igualmente ao parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, a consideração feita pelo relator, agora no parecer da CCJ, só leva em consideração a manifestação do parto anônimo em uma de suas possíveis formas. Ora, ainda que a redação da propositura não seja clara e técnica a respeito do assunto, das disposições contidas nos arts. 4, 6, 7, 8 e 11 do PL 2747/08, é possível, através de uma interpretação sistematizada, extrair a existência de formas distintas de ocorrência do instituto. (BRASIL, 2011)

Uma primeira forma seria a possibilidade de ocorrência do anonimato quando uma genitora comparece à unidade de saúde e expõe a vontade de que seu parto seja realizado de forma anônima. Ainda nesta primeira possibilidade surgem duas formas de anonimato, uma em que a mãe fornece dados sobre si ou dos familiares da criança, que ficariam em absoluto sigilo na unidade médica.

Se assim não fosse, não haveria a previsão, posteriormente no próprio texto do projeto, da possibilidade jurídica de se ter acesso a tais informações sigilosas através de processo judicial, conforme as circunstâncias autorizadas trazidas pelo mesmo dispositivo (art. 11 do PL 2747/08). (BRASIL, 2008a)

Portanto, não faria sentido algum a existência de tal previsão a não ser nesse contexto, em que, embora a parturiente forneça informações de sua identidade, ou de outrem, em razão da própria natureza jurídica do parto realizado em anonimato, logicamente, a unidade médica realizadora do procedimento teria o dever de guardar tais informações em sigilo, podendo ocorrer a quebra somente mediante autorização judiciária quando das hipóteses autorizadas. (BRASIL, 2011)

Não obstante, na mesma situação descrita, em que a gestante procura uma unidade hospitalar para fazer acompanhamento médico e pré-natal, manifestando o desejo pelo anonimato, pode ser que não queira fornecer nenhuma informação sobre si ou outros familiares da criança. É uma hipótese que o PL 2747/08 admite, e, nesse caso, há até disposição que prevê a necessidade de acompanhamento social e psicológico para a gestante para que compreenda as complicações que podem surgir da falta absoluta de informações acerca das origens da criança. (BRASIL, 2008a)

Para além, uma outra forma do parto anônimo seria o caso em que a genitora deixa a criança em algum estabelecimento de saúde quando já é nascida, sem que haja nenhum acompanhamento médico anterior³⁸. Ou seja, a criança é simplesmente entregue à unidade hospitalar, sem registro algum ou identificação formal da genitora.

Isso ocorre, por exemplo, com o “Berço de Moisés”, que é uma espécie de berço aquecido fornecido por hospitais para que genitoras entreguem seus filhos em anonimato, em alguns países adotantes da prática. Dessa forma, ao que aparenta, o que o relator descreve como impedimento ao direito a ter acesso às origens, é justamente as hipóteses de inexistência alguma de informações acerca da criança. (BRASIL, 2011)

³⁸ Aqui, no sentido de que não houve nenhum acompanhamento médico da instituição em que a criança está sendo entregue, ou deixada. Mas não significa que em nenhum momento houve acompanhamento médico da gestante.

E assim, haveria violação à dignidade humana da criança, bem como ao direito à convivência familiar, afetando a proteção integral constitucional à ela conferida. O ponto é que, assim como no primeiro parecer, há a desconsideração da forma de ocorrência do parto anônimo em que há registro da identidade da genitora, ou de outras informações acerca das origens da criança, ainda que sob sigilo.

A importância de tecer essa diferenciação está no fato de que isso terá impacto jurídico sobre os direitos da criança, nascida do anonimato materno, de forma diferenciadas. Isto é, na forma do instituto em que há registro da identidade ou outras informações acerca das origens da criança, ainda que haja violação ao direito da criança à convivência familiar, diga-se com a família natural, o direito à ancestralidade, embora mitigado, pode ser exercido.

Isso pois, o direito à ancestralidade pode não estar inviabilizado de forma absoluta, mas sim restringido, mitigado pela norma autorizadora do sigilo das informações. Válido ressaltar que ainda há o risco de que as informações prestadas sejam incorretas ou falseadas, na medida em que não haveria a possibilidade de obrigar à genitora o fornecimento de informações verdadeiras corretas.

O que ocorreria, mediante o acompanhamento psicológico e social da gestante, no caso em que procura o atendimento médico, seria a sua conscientização acerca da importância para a criança do registro de informações. E, além disso, de que essas informações sejam verdadeiras e corretas para que se resguarde ao máximo a criança numa situação futura que demandasse tais dados.

Agora, no que concerne à forma do parto anônimo em que não há existência alguma de registro de informação da genitora ou acerca das origens da criança, realmente, nesse caso, haveria um total impedimento ao exercício do direito ao acesso à ancestralidade. De forma que haveria um impacto negativo sobre a dignidade da criança quanto a esse ponto.

Outra questão a ser pontuada, de relevância sobre o assunto, e que será posteriormente comentada, é a questão da dignidade humana da criança no contexto do anonimato materno. O ponto é que, para ambas possibilidades de institucionalização ou não institucionalização do parto anônimo, perpassa a questão da dignidade humana da criança, em diferentes aspectos.

O que se quer apontar com isso é o fato de que, tanto a permissão ou não permissão do instituto no direito brasileiro acabam esbarrando na dignidade humana da criança, tanto pró quanto contra o anonimato materno. Esclarecendo o ponto, adotar a prática do parto anônimo afetaria substancialmente alguns direitos e garantias da criança dispostos na legislação constitucional e infraconstitucional.

Portanto, nalguma extensão a sua dignidade será afetada; mas, por outro lado, a proposta do parto anônimo, como uma prática alternativa às gestantes a fim de assegurar, sobretudo, a incolumidade do recém-nascido, garantir o direito à vida e erradicação, ou pelo menos tornar ínfimos os casos de abandono de crianças, em situações violadoras de seus direitos, também é uma questão que está afeta à dignidade humana.

Pode-se afirmar que a manifestação de violação da dignidade humana, nas duas hipóteses, são distintas e possuem aspectos diferenciados, mas não se pode negar que, para ambos os lados, há vinculação da dignidade humana. Em suma, o que foi proposto com essa ressalva diz respeito à alta complexidade da proposta do parto anônimo, referente ao aspecto da prática ser permeada pela dignidade humana tanto para assegurar, quanto para violar direitos, sob diferentes aspectos.

Sendo assim, pode ser extremamente rasa a utilização do conceito da dignidade humana, simplesmente, que é tão amplo, abstrato, e aberto, para rejeitar a prática, que pode levar a discussão a um paradoxo jurídico³⁹. Portanto, tendo em vista que a dignidade humana estaria presente em ambas as realidades, de positividade ou não do instituto, *a priori*, seria necessário um estudo mais técnico e aprofundado da manifestação do conceito de dignidade no contexto do parto anônimo.

A preocupação última dessas considerações condiz ao fato de que a simples rejeição do parto anônimo, tendo em vista a dignidade humana violada sob alguns aspectos, sem consideração de outros aspectos 'positivos', seria não bastante. De forma que a questão seria sob qual aspecto e forma a dignidade humana se

³⁹ Isso no sentido de que, levando em consideração os diversos aspectos do instituto, ao mesmo tempo em que viola direitos específicos, a prática do parto anônimo estaria resguardando outros determinados direitos, como direito à vida, à integridade física, e o direito de não ser submetido a nenhum tratamento cruel, degradante, negligente etc., que são realidades muito presentes na situação do abandono precário de recém-nascidos.

apresenta, para cada 'lado' da situação, e como isso se constitui num problema jurídico no que tange à asseguarção ou violação de direitos infantojuvenis.

Continua, o parecerista, no mesmo sentido, e argumenta que a colocação em família substituta é uma medida excepcional, em detrimento do direito ao convívio familiar, com a chamada família natural, isto é, consanguínea. De maneira que cabe ao Estado o conhecimento de quem são os parentes de uma criança, antes de submetê-la ao processo de adoção por terceiros. (BRASIL, 2011)

Isso para que o preceito do convívio familiar seja resguardado e a criança possa conviver no seio de seus familiares consanguíneos. Portanto, o procedimento de encaminhamento da criança à adoção, sem que sejam conhecidos seus familiares, é contrário ao direito constitucional à convivência familiar. (BRASIL, 2011)

Quanto à tese trazida pelo relator, interessante comentar, ainda que brevemente, acerca da participação, ou melhor, da exclusão dos familiares, que não a genitora, do processo do parto anônimo. Fato é que, na maioria das formas, quiçá em todas elas, de configuração do parto anônimo, não há preocupação com a participação do outro genitor, ou de outros membros das famílias envolvidas.

Tal fato inviabiliza o direito à convivência familiar em relação aos familiares da criança nascida do anonimato materno, e sob determinadas circunstâncias, jamais saberão da existência da mesma. Sendo assim, é possível afirmar que a prática ocorreria pela manifestação unilateral somente de uma parte, a genitora, não havendo manifestação dos demais familiares.

Assim, tendo em vista que toda criança nascida tem um 'tronco' genealógico, ainda que de pessoas já falecidas, ou de apenas uma ou outra pessoa nos distintos lados, paterno e materno, trata-se de uma questão delicada. E, para além, é sabido que a grande maioria das crianças nascidas possuem ascendentes vivos, porém, a condição de parentesco é, no aspecto do contexto do anonimato materno, ignorada.

Portanto, é plausível entender que a genitora possuiria o poder decisório de optar, sozinha, pelo anonimato do nascimento do filho, porém, ainda que seja ela a gestante, a criança possui diversos outros vínculo familiares. Isso é mais um problema intrínseco ao instituto do parto anônimo, pois, a desconsideração da

participação dos demais membros familiares da criança inviabiliza o direito à convivência familiar desses parentes.⁴⁰

E, em alguns casos, os familiares da criança, com vínculo sanguíneo, sequer saberão da sua existência, contudo, o problema é ainda mais complexo do que se pode achar. Uma vez que, impor uma regra que obrigue a indicação das famílias envolvidas pela genitora, optante do anonimato, e quando do acompanhamento médico, poderia inviabilizar o próprio instituto do parto anônimo.

Portanto, não há como instituir uma regra que obrigue à optante do anonimato a apontar as famílias da criança, visando garantir o direito de convivência para os mesmos inviabilizaria o próprio parto anônimo. Diante disso, ao optar pela institucionalização do parto anônimo, obrigatoriamente, estaria sendo prevista, ainda que indiretamente, uma hipótese de mitigação do direito à convivência familiar, tanto na perspectiva da criança, quanto de seus familiares.

É importante pontuar que, atualmente, há o entendimento no direito a respeito de que nenhum direito é absoluto e, sob determinadas condições e circunstâncias um direito, *a priori*, mais valorizado do que outro, pode ceder. Nesse sentido, pode-se indagar acerca da possibilidade jurídica do legislador afastar direitos em preferência a outros no contexto do parto anônimo.

A exemplo do direito ao convívio familiar, seria uma opção possível ao legislador afastar tal direito, entre a criança e seus familiares naturais, sob pretexto de preservação de outros direitos à criança? Isso pois, o parto anônimo tem fundamento na ideia de preservar a criança, possível vítima de abandono precário, de possíveis violações de seus direitos, que podem inclusive levá-la a óbito.

O mais interessante é que os direitos aos quais o parto anônimo se propõe a resguardar estão dispostos no mesmo dispositivo que prevê direitos com os quais a prática conflita. Ou seja, no contexto do parto anônimo, toda vez que houvesse sua incidência alguns dos direitos prescritos no art. 227, da CRFB, serão nalguma extensão violados, ao mesmo tempo que outros direitos ali previstos seriam resguardados. (BRASIL, 1988)

⁴⁰ É importante salientar a característica dúplice do direito à convivência familiar, pois, para além da perspectiva direito infantojuvenil, pelo qual a criança tem direito a conviver com sua família natural, consanguínea, também, os familiares possuem o direito à conviver com a criança.

Tal constatação é importante para a ideia que será trabalhada posteriormente, justamente acerca desse intrigante aspecto do parto anônimo em estar, ao mesmo tempo, acorde com diversas normas constitucionais ou infraconstitucionais, e discorde em relação a outras tantas.

Quanto ao voto do relator, em continuidade, o próximo tópico discutido é sobre o direito ao acesso à informação⁴¹, bem como o direito a receber informações particulares dos órgãos públicos⁴². Para o relator, a disposição a respeito da criança, nascida no modelo do anonimato, não ter acesso a dados sobre sua genitora é violadora do direito ao acesso à informação. (BRASIL, 2011)

E, portanto, não poderia haver violação da ordem constitucional acarretando a exclusão para todas as pessoas, que poderiam ter acesso a tais informações, sobretudo para as crianças entregues na prática do parto anônimo. (BRASIL, 2011)

Novamente, a discussão desemboca no debate acerca da concepção, na moderna teoria jurídica, de que nenhum direito⁴³, ainda que de ordem fundamental, é absoluto em qualquer situação e contexto. E, a depender das circunstâncias do caso, é possível haver restrição de determinado direito, em alguma extensão, em relação a um outro ou mais direitos.

Contudo, para tanto, é necessário que haja uma razão jurídica plausível capaz de mitigar um preceito em relação a outro, que sob outras razões teria maior prevalência, ou relevância. Isto é, no contexto do parto anônimo, o que está sendo proposto é que, mera discussão acerca de ser e não violadora a prática de desse e daquele direito constitucional ou infraconstitucional é insuficiente.

Isso, partindo da ideia anteriormente comentada acerca dos aspectos do parto anônimo, permeado de questões de conflito entre direitos, tanto no sentido de violar quanto no de resguardar, bem como da dignidade humana. O ponto central deveria ser referente a ser e não ser o referido instituto bastante, sob a ótica da razoabilidade- proporcionalidade, capaz de mitigar a incidência dos direitos a ele conflitantes, no intuito de salvaguardar outros direitos da criança.

⁴¹ Previsão no art. 5º, inciso XIV, da CRFB. (BRASIL, 1988)

⁴² Previsão no art. 5º, inciso XXXIII, da CRFB. (BRASIL, 1988)

⁴³ Salvo direitos como o de não ser torturado, ou de não ser escravizado, que não admitem restrições de nenhuma natureza, em geral, os demais direitos sofrem limitações previstas pelas próprias legislações, e se não pela lei, em sentido amplo, pela aplicação do direito ao caso concreto, isto é, fruto da jurisprudência.

Diferentemente, a não adoção dessa perspectiva na análise do conflito de normas do direito nacional versus a questão do parto anônimo, desconsidera o viés da proposta. Uma vez que a prática visa assegurar, em última instância, direitos mais básicos de uma criança recém-nascida, como o direito à vida, à incolumidade, bem como o de ser resguardada de qualquer conduta violadora de sua dignidade.

Outra questão suscitada pelo parecerista, semelhantemente ao parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, é relativa à previsão no texto proposto da irresponsabilidade jurídica civil e penal da genitora optante do anonimato. Segundo o relator, a disposição ofenderia de forma contundente o art. 5º, inciso XXXV, da CRFB, que proíbe a lei de excluir ameaça ou lesão a direito individual da apreciação do Poder Judiciário. (BRASIL, 2011)

A conclusão do raciocínio do relator parece equivocada, pois, em nenhum momento foi construída a proposição, no projeto de lei, de que seria negado acesso à prestação jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB. Não aparenta haver nexo entre a opção legislativa de exclusão de responsabilidade da genitora optante do anonimato materno ao referido direito a prestação jurisdicional. (BRASIL, 2011)

O que deveria ser discutido, como trazido pelo primeiro parecer, é acerca da falta de técnica e delimitação das propostas ao prever a irresponsabilidade civil e penal da mulher optante do modelo parto anônimo. Pois, o texto é simplista e falta clareza a respeito das circunstâncias e do alcance da previsão quanto aos limites à conduta da genitora que estariam respaldadas pela disposição.

Como foi analisado anteriormente no 'tópico 2.3.1', aparentemente a vontade do legislador, ao prever o instituto da irresponsabilidade da genitora optante do anonimato, foi de afastar a punição à ela pelo ato de entrega do filho. Isso porque há previsão punitiva para abandono de menor no Código Penal, bem como há disposições na Constituição e na legislação infraconstitucional acerca dos deveres parentais.

Logo, a aludida previsão faz sentido, no contexto do parto anônimo, para afastar a tipicidade do tipo criminal, bem como isentar a genitora da ser punida por descumprir os deveres parentais atribuídos pela legislação. Porém, não no sentido de dar uma 'carta branca' para a optante do anonimato ser escusada de toda e

qualquer conduta, ainda que violadora dos direitos da criança, por ser juridicamente irresponsável por ela.

Ainda nas razões de seu voto, o parecerista critica o texto legislativo quanto às disposições que vedam à criança conhecer sua genitora, que geraria uma violação ao direito de herança, previsto no art. 5º, XXX, da CRFB. (BRASIL, 2011)

Embora plausível a consideração do relator, quanto ao direito de herança da criança, o tema não parece tratar de questão muito complexa, já que o direito suscitado possui natureza patrimonial. Enquanto que, o direito à vida, à incolumidade, a não sofrer nenhum tipo de violação etc., se constituem como direitos da personalidade.

Sendo assim, com o advento da Constituição de 1988, o centro valorativo do ordenamento jurídico brasileiro ficou assentado sobre a pessoa humana, isto é, na sua dignidade. Assim, é o ser humano o centro valorativo de toda a ordem jurídica nacional, portanto facilmente se visualiza um predileção aos direitos da personalidade em relação aos direitos patrimoniais.

De forma que, na conjuntura do parto anônimo, não haveria maiores dificuldades na adoção da prática no sentido de, em que pese conflitos de entre direitos da personalidade e direitos patrimoniais, aqueles sejam valorizados em detrimento desses.

Já no âmbito do direito internacional público, um ponto crítico colocado pelo relator é acerca das proposições dos projetos serem contrárias às normas da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Como, por exemplo, o direito da criança a ter nome e registro desde seu nascimento (art. 7º da Convenção), bem como as disposições que possibilitam apenas registro de prenome (primeiro nome), violam o direito fundamental a ter um nome, como se essa criança fosse inferior. (BRASIL, 2011)

O tema trazido à discussão pelo relator é, sem dúvida bastante, senão o mais crítico, em se tratando do parto anônimo, isso porque transcende o direito nacional e perpassa pela esfera do direito internacional da criança. Desde da fundação da Organização das Nações Unidas ONU), da qual o Brasil é membro, e sendo assim, se submetendo à jurisdição do sistema ONU.

Portanto, há um grave problema para a institucionalização do parto anônimo no Brasil, no que diz respeito à possibilidade de se ter configuração de violação dos direitos humanos da criança. Ou seja, para além das questões de conflito interno do instituto com normas do direito brasileiro, ainda haveria o problema de conflito com normas do plano internacional, mas que também compõem o direito interno.

Semelhantemente ao primeiro parecer, no voto do relator pelo parecer da CCJ, é considerada como absurda a previsão de repassar aos hospitais e médicos a responsabilidade de cuidados das crianças entregues. Seria inconcebível a disposição, uma vez que são as autoridade judiciárias, bem como os serviços auxiliares dessa competência, que devem interferir na guarda e cuidado de menores. (BRASIL, 2011)

Ainda, sustenta ser ilegal e indevido repassar a responsabilidade econômica aos particulares, que sofrerão os impactos das despesas públicas advindas dos cuidados das crianças nascidas em anonimato. (BRASIL, 2011)

Apesar do fato de que os reflexos seriam suportados pela população, não há maiores empecilhos para tanto, tendo em vista que é uma opção do legislador, só haveria maior demanda de recursos públicos ao setor de saúde pública. Portanto, é uma razão mais econômica do que um problema jurídico em relação à institucionalização do parto anônimo.

Em seguida, o relator reconhece a boa técnica legislativa dos PLs 2834/2008 e 3220/2008, já com relação ao principal, PL 2747/2008, não atendeu aos requisitos formais, previstos na Lei Complementar 95/98, e, portanto, eivado de má técnica legislativa. (BRASIL, 2011)

Já quanto ao mérito dos projetos, o parecerista entende que não há condições para aprovação das propostas, ainda que meritória a preocupação dos autores dos textos na diminuição de casos de abandono de criança em situação precária e desumana. Segundo o relator, a instituição do parto anônimo no direito brasileiro seria um retrocesso aos tempos medievos da “roda dos expostos”, em que a prática era justificada pelo contexto de abominação e não aceitação social da maternidade fora do casamento. (BRASIL, 2011)

De maneira que, no atual arranjo social, no qual a maternidade fora do casamento não é mais rechaçada e discriminada como naquela época, é anacrônica

a reinserção da prática, na forma do parto anônimo. No mesmo sentido do parecer da Comissão de Seguridade Social e Família, o relator aponta que as medidas propostas nos projetos são ineficientes ao propósito intentado. (BRASIL, 2011)

Pois, na legislação atual, há a possibilidade de que mães encaminhem seus filhos à adoção de forma livre se assim desejarem; ainda adverte que, do mesmo modo que o Estado pode divulgar o parto anônimo, poderia criar amplas campanhas contra o abandono precário de crianças. Ou seja, tornar pública a forma adequada e segura de encaminhamento de recém-nascido ao Juizado da Infância e Adolescência para adoção. (BRASIL, 2011)

Nesse instante, vale fazer um *link* com a crítica do parecerista com a questão já suscitada pelo primeiro parecer, de relatoria da Deputada Rita Camata, em que ela critica o instituto do parto anônimo e aponta que o contexto e abandono de crianças de forma precária tem relação com a falta de assistência estatal e promoção pública da educação e planejamento familiar. (BRASIL, 2011)

Isto é, para ambos os votos e respectivas razões, os relatores reconhecem a falta estatal em amparar a família no sentido de proporcionar uma educação para o planejamento familiar, o que demanda políticas públicas nesse sentido.

Outrossim, o relator se remete expressamente ao parecer da Comissão de Seguridade Social e Família atribuindo-lhe total razão quanto a rejeição de mérito das propostas legislativas. E, ainda, assevera que a irresponsabilidade criminal e civil da genitora certamente seria um fator contribuinte para a violência e abuso de crianças, sobretudo as recém-nascidas ou entregues na forma do anonimato. (BRASIL, 2011)

Por fim, o voto da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto aos aspectos formais, foi pela boa técnica legislativas dos PL 2834/2008 e PL 3220/2008, mas pela má técnica legislativa do projeto principal, PL 2747/2008; e, quanto ao mérito, o voto é no sentido da inconstitucionalidade, injuridicidade e rejeição de todas as proposições legislativas proponentes da adoção do instituto do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro. (BRASIL, 2011)

3 O PARTO ANÔNIMO SOB PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Foi estabelecido pelo presente estudo, a intenção de compreender em que medida e como o instituto do parto anônimo se amolda às disposições constitucionais de proteção à família, à proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais das crianças, bem como das disposições infraconstitucionais, procedendo-se à análise de artigos específicos da legislação, em busca de se esclarecer às compatibilidades, incompatibilidades e limitações com relação à institutos e regras postas pelo ordenamento jurídico pátrio.

3.1 Confronto das disposições dos Projetos de Lei e as normas de direito vigentes

Para dar início à análise, será registrado o pensamento dos autores Santos e Santos e Silva (2012, p.55), para quem, questões como abandono, aborto, infanticídio de menores etc., necessitam de uma política preventiva do Estado, *in verbis*: “o problema de filhos não desejados, de crianças abandonadas e do aborto é uma questão social que necessita de políticas públicas preventivas.”

Tal pensamento converge com o que dispõe a Constituição Federal ao dispor que a proteção à criança e o dever de zelar pelos seus direitos, assim como, o de promover o desenvolvimento humano saudável em ambiente propício e digno, não só cabe à família e ao Estado, mas também a toda sociedade, constituindo como dever de todos, veja-se o texto da norma presente no *caput* do art. 227:

Art. 227. É dever da **família**, da **sociedade** e do **Estado assegurar à criança** [...] com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, [...] à *dignidade*, ao respeito⁴⁴, 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. (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Em sede de legislação infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é o diploma que regulamenta os direitos de crianças (e adolescentes), dispondo dos deveres que a família, o Estado e a sociedade têm de

⁴⁴ O art. 17 do ECA (Lei nº 8.069/90) estabelece o que é 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, ideais e crenças, dos espaços e objetos pessoais.*” (BRASIL, 1990)

cumprir perante tais pessoas. As disposições encontradas no art. 227 da CRFB, se repetem nos arts. 18 e 19, como é possível verificar logo abaixo:

Art. 18. É **dever de todos velar pela dignidade da criança** e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Ante a tais disposições serão feitas algumas indagações a respeito do parto anônimo frente ao que está prescrito por tais normas. Para tanto, é imperioso retomar um ponto já discutido anteriormente, a respeito do conflito entre o dever dos pais de criar seus filhos, presente no art. 229, *caput*, CRFB, e o dever de resguardar uma criança de qualquer tipo de violência, perigo de vida etc., presentes no art. 227, *caput*, CRFB. (BRASIL, 1988)

Algo que pode ser indagado, a qual, porém, não é objeto de estudo deste presente texto, é a questão de que em qual medida o dever imposto pelo art. 229 da CRFB pode violar direitos de uma criança, tendo-se em vista que há genitores que são extremamente negligentes em relação aos filhos e cuidados devidos a eles, portanto, de certa forma tal regra acabaria expondo inúmeras crianças a um risco, ainda que abstrato e geral, de violação de direitos. (SILVA, 2012)

Partindo-se da premissa que é praticamente impossível identificar, isto é, saber quando irá ocorrer, de fato, um abandono materno, um aborto, um infanticídio, ou qualquer outra forma de violação de direitos fundamentais de uma criança por parte de seus genitores, não seria o parto anônimo uma forma de prevenção que resguardaria a criança de sofrer algum dos males suscitados?

Nesse sentido, pode-se pensar o parto anônimo como um instituto que, de forma abstrata e geral, potencialmente mitigaria o risco para uma criança de ser abandonada, abortada, ou até morta pelo fato de que algum, ou ambos os genitores, não se dispuseram a amá-la, cuidá-la, ou ainda, que num momento de desespero e desamparo, seja material, moral ou social, uma gestante, sob pressão psicológica, ou ainda, influência do estado puerperal, comete um ato de atrocidade ceifando a vida de seu filho recém-nascido, cometendo assim, o denominado infanticídio.

Ora, não se pode desconsiderar que a existência de uma gravidez gera uma pressão sobre os pais, uma vez que estes terão o dever e a obrigação, não só moral, mas, sobretudo jurídica, de prover o necessário à subsistência e ao desenvolvimento do filho que é gerado. Não só isso, há por parte da sociedade e, maiormente do Estado, uma fiscalização sobre as ações dos pais, cobrando-lhes não somente a satisfação das necessidades materiais de uma criança, bem como morais, sociais e também afetivas.

Ocorre que a norma disposta pela CRFB, mais precisamente no art. 227, *caput*, diz que os direitos elencados no dispositivo devem ser assegurados com absoluta prioridade. Ora, pode-se argumentar que o dever de criação dos filhos pelos pais, constante no art. 229, pode ser mitigado frente ao que dispõe aquele primeiro dispositivo. (BRASIL, 1988)

Isso porque, o art. 227 da CRFB é claro ao prescrever que as crianças devem ser colocadas a salvo de qualquer forma de violência, crueldade[...], com, repita-se, absoluta prioridade. Sendo assim, o abandono expõe a criança, por minimamente que seja, ao risco de vida; o aborto é, além de uma violência, uma conduta que viola o direito à vida da criança, assim, como o infanticídio. (BRASIL, 1988)

Silva (2012, p.48) reconhece que o direito à vida é prioridade dentre os direitos fundamentais constitucionais, sendo até mesmo o primeiro a ser elencado no rol do art. 227 *caput* da CRFB, constituindo pressuposto lógico para efetivação e configuração dos demais direitos e garantias, tendo de ser priorizada em relação aos demais, *in verbis*: “o direito à vida tem prioridade a todos os outros direitos, [...], existindo um conflito entre um ou mais direitos [...] deve ser priorizada. Sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República [...] não se realizariam”.

Portanto, o fato de se permitir que, ainda que de forma abstrata, uma criança seja exposta a qualquer um desses perigos, configura uma violação aos preceitos descritos nos dispositivos anteriormente citados, uma vez que, não criar mecanismos de prevenção que visem evitar condutas violadoras dos direitos da criança poderia ser enquadrado como uma omissão ou negligência do Estado e da sociedade, já que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que o dever de cuidado com relação a uma criança é de todos.

Veja-se o que dispõe, ainda, o art. 70 do ECA, que inaugura o título reservado à prevenção à ameaça de lesão ou lesão aos direitos da criança: “**é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança [...]**” (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Note-se que o artigo citado é claro ao prescrever que é dever de todos a prevenção, não só da violação a qualquer direito relativo à criança, mas antes disso, à mera ameaça de lesão. Ora, o fato de obrigar, ou permitir, ainda que abstratamente, uma criança a permanecer com pais que não a desejam é, no mínimo, uma ameaça de lesão, e potencial violação ao que dispõe o art. 19 do ECA ao prescrever o direito da criança em ser criada e educada em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral e saudável. (BRASIL, 1990)

Além disso, é praticamente impossível, ou de probabilidades muito baixas que uma criança venha sofrer violação de algum dos direitos elencados nos artigos já mencionados por genitores que a desejam, que nutrem sentimentos de carinho e amor por seus filhos. Ainda que a gravidez não tenha sido planejada, e não fosse dos planos dos genitores terem um filho naquele momento de sua vida, se há afeto, provavelmente os direitos da criança serão respeitados e concretizados.

É justamente na gravidez indesejada, de genitores que não desejam um filho, ainda que seja unilateralmente, isto é, por parte de apenas um genitor, que se corre o risco de uma criança ser exposta a alguma das formas de violação de seus direitos. Dessa forma, é justamente neste contexto que surge a hipótese de ameaça de direitos, ainda que minimamente, que conforme o art. 70, já comentado anteriormente, deve ser combatido de forma preventiva por todos. (BRASIL, 1990)

Sendo assim, neste aspecto, o parto anônimo seria uma forma de, preventivamente, buscar-se aniquilar, ou ao menos mitigar, a ameaça e o risco de exposição de uma criança à violação de alguns de seus direitos. Isso porque, os genitores serão completamente irresponsáveis pela criança gerada, que será, posteriormente ao seu nascimento, realocada numa nova família, idônea e desejosa em criá-la, educá-la e amá-la, cumprindo-se os preceitos dos artigos 19 e 70 do ECA, bem como artigo 227, *caput* da CRFB. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990)

Portanto, nesta linha de raciocínio o parto anônimo se enquadraria no conceito de uma política pública de prevenção, e ainda mais, estaria em pleno

acordo às disposições constitucionais e legais de prevenção, assim como de colocar a salvo uma criança de toda forma de violação ou à ameaça de lesão de seus direitos (art. 227, *caput*, CRFB c/c art. 70, ECA). (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990)

Outrossim, é salutar a análise de um ponto extremamente complexo, pelo qual diferentes direitos se contradizem quando colocados sob a ótica do parto anônimo. Já foi mencionado, anteriormente, o conflito entre o direito à identidade e à origem genética e o direito à vida, e o direito de ser colocado a salvo de qualquer tipo de violência e crueldade (art. 227 da CRFB). (BRASIL, 1988)

Ocorre que há, no mesmo dispositivo constitucional, a disposição acerca da dignidade, além de ter ser consagrado, pelo art. 1º, III da CRFB, como um dos fundamentos da República do Brasil, é também consagrado como princípio, mais abrangente, da dignidade humana. A grande problemática está no fato de que os direitos, conflitantes quando submetidos à questão do parto anônimo, de identidade e origem biológica e do direito à vida e de estar a salvo de qualquer tipo de violência, crueldade, são direitos que estão essencialmente ligados ao princípio da dignidade humana.

Isto é, são diferentes direitos, previstos num mesmo diploma normativo, que se intersectam e se contrapõem através de uma diferente perspectiva e gradação da dignidade humana. Esclarecendo-se, o fato de uma pessoa possuir uma identidade e poder ter acesso às suas origens e ao seu passado histórico, de ancestralidade, está ligado intimamente à sua personalidade, que é um dos direitos personalíssimos de um ser humano, e portanto, afetos à sua dignidade.

Uma pessoa que é privada de ter uma identidade, ou que é privada de ter acesso à sua história ancestral, portanto, genética, biológica, tem seus direitos da personalidade violados e, conseqüentemente sua dignidade lesionada, sob um aspecto mais imaterial. Por outro lado, o direito a não ter sua vida maculada, bem como a ser colocado a salvo de qualquer tipo de violência, são também, direitos essencialmente ligados à dignidade, sob um aspecto, sobretudo material, na medida em que estão relacionados à integridade física do ser humano.

Não bastasse isso, ambos estão previsto no mesmo artigo, de mesma força normativa, postos em absoluta prioridade, algo que complica em extremo a relação desses direitos sob o contexto do parto anônimo. A questão é de uma complexidade

tão extrema que, ao violar-se o direito à identidade e origem biológica, se causará reflexos à vida do ser humano por toda a sua existência.

Mas por outro lado, ao violar-se a vida de uma criança, impede-se fatalmente até mesmo a configuração desses direitos⁴⁵. Ou ainda, a depender da violência que sofrer, serão causados reflexos também por toda a sua existência, o que demonstra que, em todas as hipóteses descritas, violação de sua dignidade.

Em suma, o que se quis levantar é que, no contexto do parto anônimo, ao se retirar o vínculo dos genitores com o nascido de parto anônimo, está se impedindo, a depender da modalidade de parto realizado, o seu direito a conhecer suas origens e o seu passado, na medida em que sua identidade será alterada.⁴⁶

Outro ponto extremamente crítico e que traz uma perturbação à possibilidade de institucionalização do parto anônimo, caracterizando um problema jurídico gravíssimo, é o fato de que a criança nascida deste modelo não teria registro imediato de parentalidade, podendo ter, conforme previsto no PL 3220/08 (BRASIL, 2008c), um registro provisório de prenome, contudo, não tendo registro de paternidade ou maternidade em sua certidão de nascimento. O problema se caracteriza na hipótese em que, não havendo registro de parentalidade (paternidade e/ou maternidade) e posteriormente submetida ao processo de adoção, não sendo a criança adotada esta seria encaminhada a orfanatos, o que a tornaria uma pessoa sem filiação nenhuma, o que violaria em muito os preceitos constitucionais de proteção e promoção de direitos e garantias fundamentais da criança. É o que conclui Silva:

[...] A expectativa natural é de que toda criança encaminhada à adoção seja efetivamente adotada em algum tempo. Mas se tal situação não ocorre, pensando na situação de uma criança nascida de parto anônimo sem registro do nome do pai e da mãe e que não

⁴⁵ Silva assevera que o direito fundamental à vida é prioridade dentre os direitos e garantias fundamentais constitucionais, constituindo-se condição *sine qua non*, isto é, pressuposto indispensável para caracterização, configuração, concretização dos demais direitos, tendo de ser priorizada quando em conflito com outros direitos e garantias fundamentais, sob pena de não realização dos fundamentos da República. (SILVA, 2012)

⁴⁶ Isso aconteceria na hipótese em que o parto anônimo fosse realizado com o anonimato absoluto da gestante, ou seja, não houvesse nenhuma informação prestada acerca de sua identidade. A partir do momento em que uma pessoa nascesse no modelo anônimo, sua identidade seria alterada, pois, a despeito de não ter nenhuma ligação com seus genitores, que seriam absolutamente desconhecidos, esta seria alterada, recebendo uma identidade diferente da biológica, ou genética, o que iria apagar, todo o seu passado ancestral. Neste contexto, o exercício do direito à origem biológica e ao conhecimento de seu passado seria impossível de ser exercido, pode-se se dizer que tal direito seria, até mesmo, inexistente.

venha a ser adotada, ela crescerá para se tornar um adulto 'filho de ninguém. Há uma real e perigosa hipótese que o parto anônimo produza uma geração de pessoas sem pai nem mãe registral, possuindo apenas um espaço em branco onde deveria haver o nome dos genitores. E isso com o aval do Estado. (SILVA, 2012, p.93)

Poder-se-ia pensar, para solução deste grave problema, *a priori*, sem uma reflexão aprofundada acerca do tema, a impossibilidade de realização do parto anônimo na forma de desconhecimento total da identidade da genitora e do genitor, havendo sempre a identificação, porém sigilosa. Assim, sendo a criança nascida de parto anônimo e não havendo a sua efetiva adoção e incorporação em uma família substituta, seria imputado judicialmente o registro na certidão de nascimento, do nome da genitora ou de ambos os genitores, para que uma pessoa não fique sem registro de filiação.

Embora pudesse se caracterizar como uma anomalia jurídica, seria uma forma de impossibilitar que alguém se tornasse “filho de ninguém”, expressão usada por Silva (2012), e que na hipótese de pessoa nascida de parto anônimo e não adotada por nenhuma família, ao recorrer à justiça obtivesse a filiação ao menos registral. Dessa forma, ficaria resguardada a possibilidade aos genitores de entregar sua prole ao Estado com o resguardo, ainda que abstrato, de não serem responsáveis pela criança e de não haver criação de vínculo jurídico de parentalidade.

Contudo, diante da trágica realidade da não adoção do nascido de parto anônimo, a imputação judicial de filiação registral, com a revelação da identificação da genitora, ou de ambos os genitores, resguardaria os direitos do nascido do modelo anônimo. Assim, resguardados estariam os direitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional de resguardar a criança seja da mera ameaça à possibilidade de lesão de alguns de seus direitos, bem como da efetiva violação destes.

Não está a se asseverar que tal medida seria a mais correta ou juridicamente adequada, mais que, à primeira vista, seria uma forma de contornar tal problema que é perfeitamente possível de se configurar. Isto é, de que uma pessoa nascida do modelo de parto anônimo jamais seja adotada, e conseqüentemente fique sem registro de parentalidade algum.

Sendo assim, através da análise dos principais dispositivos legais, constitucionais e infraconstitucionais, que dispõem acerca dos direitos e garantias fundamentais da criança, verificou-se que, sob certos aspectos, o instituto do parto anônimo se amolda às disposições normativas prescritas, na medida em que se caracterizaria como uma política pública preventiva, de evitar a exposição de uma criança a riscos e ameaças de violação de quaisquer dos direitos elencados.

Contudo, foi feito o apontamento acerca de problemas em relação às próprias disposições previstas nos dispositivos de lei, uma vez que, ao serem submetidos ao instituto do parto anônimo, verificou-se a existência de conflito entre direitos que são tangenciados, nalguma medida e em aspectos distintos, pelo princípio da dignidade humana, o que torna a questão ainda mais complexa.

Não obstante, o parto anônimo é um instituto que perpassa por diversos outros direitos, criando certas tensões em relação a algumas regras e, que devido a sua alta complexidade, se relaciona com outros institutos de direito, influenciando de maneira intensa a esfera jurídica de inúmeros sujeitos, num grau de intervenção, alcance e gravidade congênere, que denota o grau de complexidade do assunto.

3.2 A multiplicidade de conflitos normativos no âmbito da discussão da institucionalização do parto anônimo no direito brasileiro

Neste tópico será feita uma análise acerca da discussão do instituto do parto anônimo na seara legislativa brasileira sob a ótica dos estudos do jurista alemão Robert Alexy, no que tange aos seus estudos sobre o conceito de norma (*lato sensu*) e dos diferentes métodos de solução de conflitos de acordo à natureza conflituosa. E, feita essa primeira análise se passará a confrontar o entendimento de Alexy no contexto de discussão do parto anônimo, e em relação à multiplicidade de conflitos que permeiam o tema.

Primeiramente, é importante ressaltar que os estudos do jurista alemão possuem forte influência na filosofia do direito moderno em inúmeros ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro. Razão pela qual será utilizada as contribuições do jurista no que tange ao conceito de norma e aos métodos de solução de conflitos segundo a respectiva espécie de conflito.

Na obra Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy engloba ao conceito de norma as espécies normativas regras e princípios, pelo caráter de ambos prescrevem um comando relativo ao dever-ser. De forma que, essas duas espécies podem ser formuladas para expressar um dever, uma permissão, ou ainda, uma proibição, que o jurista chama de “expressões deônticas básicas”. (ALEXY, 2006, p. 87)

Quanto aos critérios para distinção na norma-regra e da norma-princípio, Alexy assevera que há critérios distintos, porém, o mais frequente seria o critério da generalidade. Conforme tal critério, os princípios são normas que possuem relativo alto grau de generalidade, enquanto que as regras possuem um grau de generalidade relativamente baixo. (ALEXY, 2006)

Contudo, o jurista assevera que a questão decisiva para distinguir regras e princípios está no fato destes serem normas que ordenam a realização de um comando na maior extensão possível conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Razão pela qual denomina os princípios como mandamentos de otimização, que poderão ser satisfeitos em diferentes intensidades conforme o contexto em que incide. (ALEXY, 2006)

Já em relação às regras, são normas que sempre, ou são satisfeitas, ou não são satisfeitas, isto é, se uma regra vale só pode ser feito exatamente aquilo que o seu comando determina, sem variação na sua realização. Dessa forma, para o jurista a distinção entre regras e princípios possui uma natureza qualitativa, e não uma distinção de grau. (ALEXY, 2006)

Ressalta ainda, o jusfilósofo, que a diferença entre regras e princípios fica bastante clara nos casos de colisões entre princípios e de conflito entre regras, isto é, a própria nomenclatura ‘colisão de princípios’ e ‘conflito de regras’ já aponta distinções. Porém, há um fato comum tanto às colisões de princípios quanto aos conflitos de regras concernente ao fato de que duas normas, se aplicadas de forma isolada, acarretariam conclusões contraditórias, inconciliáveis. (ALEXY, 2006)

Acerca do conflito de regras, a solução se dará tão somente pela introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras para eliminar o conflito, e então, quando uma delas for declarada inválida. Nas palavras do jurista:

[...] se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (ALEXY, 2006, p.92)

Agora, para a hipótese de colisão entre princípios a solução será completamente diferente; quando dois princípios colidem, um deverá ceder, sendo o outro prevalecente. Mas não significa que o princípio que cedeu em prevalência de outro deverá ser declarado inválido, tampouco que deverá ser instituída uma cláusula de exceção. (ALEXY, 2006)

Portanto, na situação descrita ocorrerá a precedência de um dos princípios em face do outro em razão de certas condições, e, sob outras condições, a questão da precedência poderá ser solucionada de forma diferente. É por tal motivo que há a afirmação de que os princípios possuem pesos diferenciados e que os de maior peso têm precedência. (ALEXY, 2006)

Sendo assim, a ocorrência de conflitos de regras e de colisões de princípios ocorrem em dimensões completamente diversas, sendo que a primeira se dá na dimensão da validade, e a segunda na dimensão do peso, *in verbis*:

Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2006, p. 94)

Alexy se utiliza do caso alemão sobre incapacidade de um acusado em participar de audiência processual penal devido a alto risco de sofrer derrame cerebral ou infarto devido à tensão que envolve a audiência. No caso, há tensão entre o dever do Estado em garantir aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado para garantia de seus direitos. (ALEXY, 2006)

Assevera, ainda que, a relação de tensão não pode ser solucionada com fundamento num tipo de precedência absoluta de um dos preceitos, isso porque nenhum deles teria, por si só, uma prioridade. Mas sim, que o conflito deveria ser resolvido pela técnica do sopesamento dos interesses conflitantes envolvidos para apuração de qual deve prevalecer no caso concreto. (ALEXY, 2006)

O sopesamento visa definir qual e o interesse deve ter maior peso no caso concreto, uma vez que, abstratamente, diversos interesses estariam num mesmo

nível. Ou seja, é através da técnica da ponderação, ou do sopesamento, é que será possível verificar qual das normas conflitantes deve ceder e qual deve prevalecer. (ALEXY, 2006)

Continua o jurista, ao fazer a análise do caso alemão, que a situação não é resolvida com a declaração de invalidade de uma das normas-princípio, nem que haverá sua eliminação do ordenamento jurídico. Mas que, a colisão será solucionada pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre as normas, conforme o contexto do caso concreto. (ALEXY, 2006)

Assim, no caso de relação de colisão de normas, a questão decisiva, para solução do problema, é sob quais condições uma deve prevalecer e a outra ceder, isso no caso de norma de natureza principiológica. Mendes e Branco (2017) afirmam que a própria abrangência do significado de normas dessa natureza depende do caso concreto, o que denominam de caráter *prima facie, in verbis*:

Essa característica dos princípios de funcionarem como mandados de otimização revela-lhes um elemento essencial. Eles possuem um caráter *prima facie*. Isso significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. A normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, “potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima”. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 182)

Portanto, a relação de precedência entre normas de caráter principiológico não é um relação incondicionada, ou ainda, abstratas e absolutas. Mas, em verdade se trata de uma relação condicionada, de precedência concreta, ou relativa, isto é, conforme as condições indicativas que qual princípio deve ter mais peso em relação a outro(s). (ALEXY, 2006)

No mesmo sentido, Mendes e Branco (2017) corroboram com a ideia de que a determinação de prevalência se dá sob condições típicas de relações condicionadas, concretas, ou relativas, *in verbis*:

É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 185)

Para além, as colisões podem ser configuradas entre normas de diferentes características, embora possuam natureza jurídica de norma-princípio. Ou seja, a

colisão pode ser entre direitos fundamentais, ou entre direitos fundamentais e outros valores dispostos na Constituição, como explica Mendes e Branco (2017) no seguinte trecho:

As situações de embates entre princípios podem assumir tanto a forma de colisão de direitos fundamentais, como a de conflito entre um direito fundamental e um outro valor consagrado na Constituição. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 185)

E, além disso, normas de direitos fundamentais normalmente possuem caráter de princípio, como afirmam os doutrinadores: “No âmbito dos direitos fundamentais, porém, normas que configuram princípios são mais frequentes.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 183)

E, como já foi pontuado, para a situação de colisão de normas-princípio, é utilizada a técnica do sopesamento, ou ainda, o conhecido juízo de ponderação. Pelo qual, à luz do caso concreto, será avaliado qual das normas devem sobressair conforme o contexto em que se configura a respectiva colisão.

Porém, quem pode fazer esse juízo de ponderação? Ou ainda, quem pode, através da técnica de sopesamento, avaliar qual dos princípios deve prevalecer no contexto de um caso concreto? Segundo Mendes e Branco (2017), tanto o juiz, ao julgar uma lide, quanto o legislador, ao determinar por lei, quais as condições em que um preceito deve ser precedente a outro, podem realizar tal juízo de ponderação.

Nas palavras dos juristas:

Esse juízo de ponderação entre os bens em confronto pode ser feito tanto pelo juiz, para resolver uma lide, quanto pelo legislador, ao determinar que, em dadas condições de fato, um direito há de prevalecer sobre o outro. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 185)

Sendo assim, diante dessas considerações e, tendo em vista que o instituto do parto anônimo envolve tanto conflito de regras, quanto colisão de princípios, tanto pró quanto contra o resguardo de direitos, de alguma forma e medida, será feita uma análise da discussão do parto anônimo em sede legislativa à luz do que já foi comentado.

De forma que, em relação ao conflito das disposições do texto proponente do parto anônimo com as normas atuais, havendo incompatibilidade parcial ou total,

basta realizar o juízo de validade ou inserção de cláusula de exceção. Ou seja, para conflitos entre normas-regra, basta que o legislador assente uma cláusula de exceção estabelecendo as condições e o contexto em que a norma-regra, referente ao parto anônimo, afastará a norma posta que com ela é conflitante, sem que nenhuma ou outra seja declarada inválida e excluída do ordenamento jurídico.

Isso porque, à luz da teoria de Alexy, uma norma dessa natureza ou será cumprida na sua integridade ou não será, e havendo conflito entre regras, uma das normas deverá ser declarada inválida e extinta. Salvo, a hipótese de inserção de cláusula de exceção que isole a aplicação de uma norma conflitante ou outra antagonista conforme o contexto de excepcionalidade. (ALEXY, 2006)

Portanto, em relação ao conflito de normas-regra, não há maiores problemáticas, pois, basta que uma das regras conflitantes seja declarada inválida, ou que seja inserida uma cláusula de exceção. Porém, em relação à colisão de normas-princípio, a dinâmica é completamente distinta e está pautada na premissa de que um princípio deve ser cumprido na máxima medida possível conforme as possibilidades jurídicas e fáticas.

Assim, no contexto do parto anônimo, à luz da Teoria de Alexy, é possível entender o conflito entre princípios no sentido de que seria declarado a precedência de um princípio a outro à luz da hipótese legal. Contudo, no âmbito do anonimato materno, haveria um pressuposto lógico de que toda vez que uma genitora decidisse pelo anonimato de sua identidade implicaria, por reflexo, que certos princípios ou direitos fundamentais estariam sendo sobressalentes a outros.

No caso, seria uma opção do legislador que, como foi pontuado anteriormente, também pode realizar o juízo de ponderação na situação de colisão de princípios, estabelecendo as condições legais em que haveria precedência de um preceito em relação a outro. Ou seja, a hipótese legal do parto anônimo seria a previsão jurídica realizada pelo legislador que determinaria as condições nas quais os princípios, resguardados pela prática, seriam precedentes aos princípios conflitantes.

Não significa dizer que há uma relação de precedência incondicionada, absoluta ou abstrata, conforme descreve Alexy, ao afirmar que o Tribunal Constitucional Federal alemão, excluiu a possibilidade de configuração desse tipo de

precedência no direito alemão. Significa dizer, no contexto do parto anônimo, que o instituto é justamente a condição jurídica prevista pela qual a precedência relativa, ou concreta, dos princípios fomentados pela prática, teriam que sobressair aos demais que conflitem com a prática. (ALEXY, 2006)

Em suma, na perspectiva da colisão de princípios, a técnica do sopesamento, utilizada sob o critério do peso dos princípios conflitantes, implicará que decisão será baseada numa relação de precedência de um princípio em detrimento do outro à luz da hipótese legal. E, tais relações só poderão se constituir de relação de precedência condicionada, também concreta ou relativa, nas quais a questão primordial é concernente às condições em que um princípio prevalecerá e qual deverá ceder.

Nesse sentido, na situação de conflitos de princípios na conjuntura do parto anônimo, não haveria configuração de uma relação incondicionada de precedência. Pois se assim o fosse, estaria sendo afirmado que o interesse de precedência de princípios favoráveis à adoção do instituto, por si só, isto é, de sua própria natureza, tem prevalência sobre os demais princípios.

Porém, é possível compreender o fenômeno como de relação de precedência condicionada, concreta, ou relativa, em que, toda vez que haja configuração do parto anônimo, nessas condições, certos princípios deveriam ser precedentes aos demais colidentes. Portanto, haveria uma condição pré-determinada, e abstrata, condizente num pressuposto lógico e fático em que princípios, ou também, direitos fundamentais, relativos à criança, seriam majormente prestigiados em relação a outros no âmbito do anonimato materno.

O pressuposto lógico e fático condiz na escolha da genitora pela prática do parto anônimo, contudo, isso implica que, abstratamente se reconheceria um estado de vulnerabilidade da criança em estar suscetível a algum tipo de violação. Seja por um ato comissivo da genitora, por exemplo, abandonar a criança em condições degradantes, seja por atos omissivos, que poderiam ocasionar violações ao desenvolvimento pleno, ou à dignidade humana da criança, por exemplo.

Sendo assim, a pretexto de salvaguardar direitos fundamentais da criança recém-nascida, ainda que de um perigo abstrato e passível de acontecer, o instituto do parto anônimo prestigiaria alguns direitos e princípios em favor da criança,

porém, em desfavor de outros. Como exemplo, partindo da ideia de que qualquer criança, abstratamente considerada, está sujeita à violação de seus direitos por genitores que não possuem o intuito de criá-los com atenção e carinho que se espera, o parto anônimo serviria para resguardá-las de futuras violações.

Implicitamente, está sendo afirmado que, seja por qual motivo for, a genitora optante do anonimato materno não pode, ou não deseja em seu ânimo, ser mãe da criança, e assumir todo papel legal, emocional e afetivo dessa relação. Ora, o direito prescreve uma gama de obrigações parentais dos genitores para com suas proles, que é inclusive tutelado pelo direito no sentido de cobrança jurídica desses deveres.

Contudo, na seara afetivo-emocional não há possibilidade alguma de se constranger alguém a amar uma outra pessoa, assim, as consequências de uma relação filial em que essa condição afetiva predisposta não está configurada é propícia à ocorrência de violações de direitos infantis. De forma que, para os defensores do parto anônimo, a prática resguardaria as crianças, passíveis de sofrer violações, ao serem desvinculadas da genitoras e encaminhadas a famílias que já possuem o ânimo afetivo predisposto para criação de um(a) filho(a).

Já aos que são contrários à adoção da prática, a instituição do parto anônimo violaria preceitos constitucionais do direito infanto-juvenil, sendo contrário à própria evolução do direito. Porém, da análise dos projetos de lei, bem como das razões das comissões julgadoras das propostas sobre o instituto é possível asseverar que a análise é mais superficial do que aprofundada.

De maneira que, levando-se em consideração a complexidade da prática, que envolve um cenário de multiplicidade de conflitos, isto é, colisão entre princípios, direitos fundamentais, e conflito de regras, é que afirma-se que o debate não foi substancial. Da confrontação dos projetos de lei com as razões e votos de arquivamento das Comissões avaliadoras é possível constatar, sob ótica da Teoria de Alexy, que análise feita pelos avaliadores foi no raciocínio de conflito de regra, ou seja, pela técnica da validação de regras.

Portanto, o exame realizado pelas Comissões foi no sentido de analisar a pré-validade das disposições propostas, como se a prática só envolvesse conflitos dessa natureza, o que não ocorre. Entretanto, como já foi afirmado, o legislador possui

legitimidade para fazer o juízo de ponderação, através da técnica do sopesamento, tendo em vista as inúmeras colisões entre princípios.

Contudo, é interessante ressaltar um ponto acerca do juízo de ponderação, referente à doutrina de Mendes e Branco (2017), na qual esse juízo está ligado ao princípio da proporcionalidade. No sentido de que, o sacrifício de um direito deve ser útil para se solucionar um problema, inexistindo uma outra forma menos danosa para atingir o resultado desejado, nas palavras dos autores:

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 pretende obter com a solução. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 184)

Sendo assim, surge a questão em relação a ser ou não ser proporcional a adoção do instituto do parto anônimo, isto é, se é bastante para solucionar o problema do abandono precário e se inexistente medida menos danosa. Além da questão acerca se o ônus da prática é ou não maior do que os próprios benefícios aduzidos, ficando aqui apenas o apontamento da problemática.

Não obstante, o presente trabalho busca justamente apontar a complexidade e multiplicidade dos conflitos de ordem jurídica, além das sociais e morais, que o instituto do parto anônimo suscita, e como a análise da possibilidade jurídica da adoção da prática é complexa e complicada. Sendo que, para ambas as posições, tanto a favor quanto contrárias à adoção da prática, haverá regras, direitos fundamentais e princípios que estarão em situação de conflito.

Portanto, como o instituto possui um aspecto altamente complexo, é insatisfatória uma análise jurídica meramente de validade ou não validade das disposições dos projetos com as normas positivadas no direito brasileiro. Para além disso, uma análise baseada na ponderação jurídica dos princípios e direitos fundamentais em conflito, conforme a técnica do sopesamento pela Teoria de Alexy, traria uma qualidade maior ao debate. (ALEXY, 2006)

De maneira que, a utilização do método do sopesamento, ou ponderação, para fazer a análise da possibilidade jurídica de adoção do instituto do parto anônimo no Brasil seria a ferramenta mais adequada. Isso é decorrente justamente

da faceta dúplice de possibilidades de preservação de diferentes princípios, direitos e garantias fundamentais da criança no contexto do parto anônimo.

Para melhor visualização é trazido a seguinte constatação: ao mesmo tempo em que a adoção da prática do anonimato viola direitos fundamentais das crianças no que concerne ao direito à convivência familiar, à identidade, em alguma intensidade, por outro lado, prestigia outros direitos e garantias, como o direito à vida, ainda que de forma abstrata, e do direito de ser resguardado que qualquer violação de direitos, como abandono precário, violência física.

Tais normas são previstas inclusive no mesmo dispositivo constitucional, art. 227, *caput*, da CRFB, e é com base nesse dispositivo que é proposta uma análise do instituto com base no modelo jurídico de sopesamento de princípios e garantias fundamentais. Ou seja, em âmbito Constitucional, *a priori*, o instituto do parto anônimo se amolda aos preceitos prescritos no art. 227, *caput*, CRFB, ao mesmo tempo que viola, em alguma intensidade outros preceitos do mesmo dispositivo. (BRASIL, 1988)

Sendo assim, a técnica da ponderação parece ser a mais adequada para analisar um instituto dessa natureza, pois assim, se avalia tanto as dimensões do instituto que promovem direitos e garantias, bem como, as dimensões que conflitam com outras normas. Para além disso, tem a questão da dignidade humana, que é reconhecida como o metaprincípio do ordenamento jurídico brasileiro atual, constituindo o centro valorativo de todo o sistema jurídico positivado.

Mais uma vez, a incidência do princípio da dignidade humana incide sobre as duas dimensões do instituto do parto anônimo, diga-se a dimensão positiva, no sentido de promover certos direitos e garantias às crianças, bem como numa dimensão negativa, no sentido de violar outros princípios direitos e garantias. Pois, da mesma forma que o anonimato violaria a dignidade humana no sentido de privar uma criança de ter acesso à sua ancestralidade, que está ligada à construção de sua própria identidade, estaria preservando sua dignidade ao resguardar o direito à vida, à incolumidade, pois, a violação desses direitos fere, igualmente, a dignidade humana.

É nesse contexto que é proposto uma análise jurídica do instituto através do raciocínio do sopesamento, técnica utilizada para ponderação de princípios

conflitantes. Ao ser feito esse tipo de estudo acerca da proposta de institucionalização da prática, a avaliação seria exponencialmente mais profunda, levando em consideração a multiplicidade conflituosa na qual a prática está inserida.

No que tange às regras conflitantes, a técnica descrita por Alexy, de verificação da validade de uma regra conflitante com outra, poderia sanar os problemas ocasionados pelas disposições contrárias entre si. Isso pois, ao analisar o conflito, havendo contrariedade entre regras que não podem ser concretizadas ao mesmo tempo, e não havendo regra de exceção de uma para a aplicação da outra, deverá haver eliminação de uma delas. (ALEXY, 2006)

Imperioso ressaltar que, como é registrado nos pareceres das Comissões do Congresso Nacional que avaliaram as propostas legislativas⁴⁷, em vários assuntos os projetos apresentam deficiências. Logo, é compreensível a postura adotada pelas Comissões ao avaliar os dispositivos, uma vez que faltou, em vários momentos, uma construção clara e fundamentada de normas acerca da prática do parto anônimo.

Portanto, tendo em vista a precariedade da forma como foi apresentada a institucionalização do parto anônimo no Brasil, na mesma medida, houve uma resposta das Comissões analisadoras. Ora, ainda que os fundamentos sejam relevantes e até mesmo muito pertinentes, diversos pontos carecem de fundamentação e construção mais profunda, tanto no que se refere às propostas legislativas, quanto aos votos e pareceres de rejeição.

E, tendo em vista todo o disposto até o presente instante, não é absurda a possibilidade jurídica de adoção do instituto do parto anônimo, considerando apenas o âmbito jurídico normativo. Agora, em que pese toda a complexidade da prática, há inúmeros conflitos que diz respeito à ordem social, moral e econômica, além da jurídica.

E assim, o julgamento acerca da instituição do parto anônimo permeia o campo jurídico e todas as outras searas supracitadas, e apesar da discussão ter sido não aprofundada, a opção pela rejeição dos projetos de lei parece ter sido a mais sensata. Isso pois, levando em consideração todas as problemáticas

⁴⁷ Capítulo 2, tópicos 2.3.1 e 2.3.2.

apontadas, além de toda a conjuntura social, moral e econômica atual do Brasil, não há condições satisfatórias para adoção da prática.

Isso pois, a complexidade da prática exige uma proposta muito mais bem fundamentada, estudada e responsabilmente elaborada para que um instituto dessa monta seja instituído de forma legítima no ordenamento jurídico brasileiro. O que não é o caso, uma vez que as propostas de lei, ainda que bem intencionadas, não possuem tal arcabouço teórico-científico de fundamentação que legitime a prática, tampouco demonstre as consequências da prática no país.

Por fim, é fato que o instituto é permeado por diversas questões complexas e polêmicas, no âmbito jurídico, sem considerar ainda o âmbito social e moral, que também são altamente complexos. De forma que, a discussão do instituto do parto anônimo em sede legislativa no Brasil não contemplou diversos aspectos do instituto, e isso leva a uma discussão não substancial a respeito da adoção da prática no Brasil.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objeto de pesquisa o tema atinente à proposta de institucionalização do parto anônimo no direito brasileiro, a partir de projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional. O objetivo estabelecido foi o de identificar as compatibilidades e incompatibilidades, se não todas, pelo menos as mais essenciais do confronto entre o instituto e as demais normas do direito brasileiro.

Primeiramente foi feita uma contextualização acerca da atual concepção em relação aos direitos da criança, ou seja, analisou-se a mudança do paradigma do direito menorista, da situação irregular, para o sistema da proteção integral. O grande ponto da mudança de paradigma foi o reconhecimento da criança como sujeito de direitos completo, porém em estado de desenvolvimento.

Em seguida, apresentou-se os princípios que regem e norteiam o direito infantojuvenil, apontados pela doutrina especializada, para compreensão da lógica jurídica do microssistema de proteção à criança. Isso pois, para se visualizar o plano de fundo relativo à discussão da institucionalização de uma proposta como o parto anônimo, é essencial entender quais os ideários fundantes do direito infantojuvenil.

Realizada tal análise, passou-se a abordar os aspectos históricos do parto anônimo, que remontam à prática da “roda dos enjeitados”, ou ainda, “roda dos expostos”, que se reporta à Idade Média. Entretanto, após ser extinta, a prática ressurgiu em diversas partes do mundo sob uma nova roupagem, uma espécie de releitura, condizente na prática do parto anônimo.

Esse ponto é extremamente importante para a compreensão do contexto social em que as distintas práticas ocorreram, isto é, a conjuntura social da “roda dos expostos”, e o cenário atual em relação ao parto anônimo. Logo adiante, foram estudadas as características do instituto do parto anônimo, segundo as disposições dos projetos de lei proponentes da medida.

Nesse tópico é possível constatar as disposições acerca das particularidades do parto anônimo que encontram dificuldades em relação ao sistema normativo vigente no direito brasileiro. A exemplo do problema afeto à impossibilidade da

criança, nascida de parto anônimo, conhecer as suas origens genéticas, o que violaria o direito à ancestralidade.

Posteriormente, analisou-se os pareceres das comissões que avaliaram os projetos de lei em sede legislativa, tendo havido rejeição das propostas em ambos os pareceres. É justamente nesse momento que são apontados quais seriam as incompatibilidades da prática com o direito brasileiro, segundo os pareceres, e quais seriam as compatibilidades, conforme os contrapontos realizados durante a análise.

A relevância desse tópico está no fato de constatar-se dois aspectos do parto anônimo, os quais se denominou, posteriormente, aspectos positivos e negativos do instituto. Isto é, no sentido de aspectos que se amoldam às disposições normativas, portanto, em harmonia com preceitos normativos (aspectos positivos), e de aspectos que contrariam outras normas vigentes (aspectos negativos).

No que tange à possibilidade jurídica de institucionalização do parto anônimo, o ponto culminante da análise é a constatação desse fenômeno dentro do mesmo dispositivo constitucional. Ou seja, a existência de normas de mesma hierarquia e valor normativo que, no contexto do parto anônimo, demonstram que o instituto se adequa a alguns preceitos e, ao mesmo tempo, contraria outros.

Sendo assim, a inquietação gerada era a respeito de compreender a relação entre o instituto do parto anônimo e as normas com quais está em acordo e as que está em desacordo. De maneira que, a percepção dessa peculiar característica do parto anônimo de, ao mesmo tempo respeitar e violar preceitos acerca do direito infantojuvenil, demonstrou a existência de uma multiplicidade de conflitos.

Portanto, a partir desse diagnóstico foi feito o estudo das incongruências entre o parto anônimo e as disposições normativas desrespeitadas pelo instituto sob ótica da teoria normativa de Robert Alexy. De forma que, tendo como base o conceito de norma do jurista alemão, que engloba regras e princípios, foi estudado a natureza jurídica das disposições contrárias entre si.

A importância da distinção da tipologia de conflito dos preceitos contraditórios do parto anônimo com normas do direito brasileiro é de extrema relevância, pois, os métodos de solução são distintos. Assim, para o antagonismo entre normas do tipo regra seria aplicável a técnica da validação, pela qual uma das normas será declarada inválida e extinta do ordenamento jurídico.

Ou então, para que as duas normas-regra permanecessem válidas concomitantemente, seria necessário a introdução de uma cláusula de exceção que possibilitasse a aplicação de uma no caso de sua incidência isolada. Já para o antagonismo entre normas do tipo princípio, a técnica do sopesamento, ou da ponderação é a forma de solução aplicável.

De forma que, quando se deparasse com conflitos de regras entre disposições do parto anônimo e as normas do direito brasileiro vigente, bastaria haver exclusão de uma delas, e a inserção da cláusula de exceção. E, no caso de colisão de princípios, aos quais preceitos do parto anônimo resguardariam, ao mesmo tempo que violaria outros, seria aplicável o sopesamento.

Nesse caso, diante de um fundamento razoável e proporcional, poderia um direito ser afastado para que um outro sobressaísse, de maneira que houvesse viabilidade jurídica da institucionalização do parto anônimo. Tendo em vista o debate acerca da discussão da proposta em sede legislativa do Congresso Nacional, verificou-se que o tema foi tratado como simples conflito de regras.

Não houve aprofundamento em relação aos aspectos do parto anônimo que estariam abarcados pelas normas constitucionais, a rejeição da proposta foi feita por um critério de validade ou não das disposições conflitantes com as normas vigentes. E, tendo em vista que a multiplicidade de conflitos no âmbito do parto anônimo envolve ou direitos fundamentais ou princípios, tal análise seria insatisfatória e insuficiente para uma discussão substancial acerca do instituto.

Ou seja, a conclusão a que se chega é que, a forma como foi proposta a institucionalização do parto anônimo, assim como se deu a discussão do instituto em sede legislativa não contemplou diversos aspectos do mesmo.

Portanto, partindo da premissa de que, conflitos de regras são solucionados ou pela exclusão de uma delas, ou inserção de cláusula de exceção; e no caso de colisão dos princípios, através da ponderação se avaliará qual deles possui maior peso conforme as circunstâncias do caso, é que seria viável a institucionalização do parto anônimo, no âmbito estritamente jurídico.

Isso pois, da discussão travada no Congresso sobre o tema, dá a aparência da completa impossibilidade da institucionalização da prática do parto anônimo no direito brasileiro, o que se defende não ocorrer. A questão é que, ainda que haja

viabilidade jurídica para adoção da prática no país, a complexidade do instituto não comporta somente uma análise estritamente jurídica.

Para além, devido à complexidade do instituto e a amplo espectro de interferência do anonimato na vida de mais de duas pessoas, que não está restringida à gestante e ao filho nascido, a avaliação transcende o campo jurídico. Nesse ponto, devido a toda a conjuntura social, econômica e moral atual do país, tenha sido acertada a posição das comissões avaliadoras dos projetos em ter rejeitado a proposta.

Porém, ante toda a análise realizada assevera-se que não houve uma discussão substancial acerca do instituto do parto anônimo, isso devido ao fato que não foram contemplados diversos aspectos da prática. Logo, em não se tendo um debate sólido e fundamentado sobre o assunto, é possível afirmar a falta de substancialidade no debate do parto anônimo em sede legislativa no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Danielle Dantas Lins de. **Parto Anônimo e Princípio da Afetividade**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

Disponível em:

https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3845/1/arquivo2454_1.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **O instituto do Parto Anônimo no Direito Brasileiro**. 2007.

Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/64.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AMORIM, Ana Carolina *et al.* **Parto Anônimo**. 2011.

Disponível em:

vdisk.univille.edu.br/community/revista_rdu/get/Volume%201/3_AnaCarolina1.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**, 2005.

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/67516-apensacao/>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Diário da Câmara dos Deputados, de 8 de junho de 2011**. Diário da Câmara dos Deputados, Ano LXVI - Nº 098, Brasília, D.F., 8 jun. 2011. p. 437-442.

Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08JUN2011.pdf#page=437>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2747, de 11 de fevereiro de 2008 (a).** 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/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=537107&ffilenam=PL+2747/2008. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2834, de 19 de fevereiro de 2008 (b).** Institui o parto anônimo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383669>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3220, de 09 de abril de 2008 (c).** Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=552449&ffilenam=PL+3220/2008. Acesso em: 25 set. 2019.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais.** 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos civis no Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Aline Ramos de; SILVA, Simone Oliveira Flores da. O Parto Anônimo no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Análise a partir dos Projetos de Lei. **Revista Acadêmica de Direito da Unigranrio**, 2018. Disponível em: publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/download/5319/2724. Acesso em: 25 set. 2019.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanchez. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 - comentado artigo por artigo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Claudireia Pinheiro; SILVA, Claudi-Alexandre dos Santos e. **A institucionalização do parto anônimo como medida emergencial**.

Disponível em:

<https://periodicos.set.edu.br/index.php/ideiaseinovacao/article/download/195/163>.

Acesso em: 25 set. 2019.

SILVA, Aline Amaral da. **O parto anônimo sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

Disponível em:

[https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67392/000872228.pdf?sequence=](https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67392/000872228.pdf?sequence=1)

1. Acesso em: 25 set. 2019.