



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

Bárbara Novaes Vieira Ferreira

**O PARTO ANÔNIMO:
A IMPLEMENTAÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO
BRASILEIRO**

**Brasília
2019**

Bárbara Novaes Vieira Ferreira

**O PARTO ANÔNIMO:
A IMPLEMENTAÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Eleonora Mosqueira Medeiros Saraiva

**Brasília
2019**

A Deus por ser tudo.

A minha família por ser base.

A todos aqueles que anseiam pela vida e por um lar.

AGRADECIMENTOS

A princípio, gostaria de agradecer a Deus pelo seu imenso amor para comigo, pois tudo que conquistei até aqui só foi possível por sua bondade.

A minha mãe Cláudia e ao meu pai César, que sempre acreditaram em meu potencial, me aconselharam e me incentivaram a persistir, através do amor e dedicação. Aqueles que pretendo orgulhar diariamente e a quem devo minha vida todinha.

A minha irmã Vithória por me proporcionar a melhor amizade e confiança que poderia receber, aquela que é meu orgulho e exemplo, mas que também me faz acreditar ser exemplo e com isso me proporciona forças para ter êxito durante toda a batalha.

Ao meu namorado Artur, por segurar minha mão e ser companheiro assíduo, me incentivar e acreditar nos meus sonhos mesmo quando parecem impossíveis de serem alcançados, além de lutar ao meu lado sempre.

Ao Simbinha, meu fiel companheirinho de estudo que me alegra diariamente e me faz perceber que a felicidade não é algo material, é construída pelo afeto, doação e sinceridade.

A todos aqueles que estiveram comigo durante essa jornada, em especial meus amigos e companheiros de caminhada durante esses 5 anos acadêmicos, Alan Pedro, Fernanda Macedo, Fernanda Silva, Mayrla Cristina e Nathália Cristine, sem os quais o Direito teria menos cor e graça.

Aos meus avós, Jasmós, Suzane, Paulita, Antônio por nunca terem medido esforços para me alegrar, fornecendo todo amor e cuidado durante toda minha caminhada de vida.

A minha orientadora Eleonora, por tanto conhecimento e carinho oferecidos, confiando sua orientação ao meu trabalho com toda sua atenção e compreensão.

Ao Direito, por me apaixonar, instigar e incentivar a busca constante pelo conhecimento, aprimorando aquilo que fora aprendido e proporcionando novas descobertas.

Por fim, a toda minha família, amigos que a vida me apresentou e a todos aqueles que floresciam meus dias.

RESUMO

O presente trabalho apresenta como enfoque um debate analítico de forma a defender a implementação do instituto do Parto Anônimo no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, demonstra que a aplicação do referido instituto se pauta na garantia de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, vida, liberdade, personalidade e convivência familiar. Ademais, pode ser utilizado como acelerador do processo de adoção atual. Nessa perspectiva, a presença da abordagem histórica sobre a evolução social e a origem do instituto, a partir da perspectiva assegurada pelo Direito brasileiro foi um dos meios utilizados a fim de assegurar a compreensão do tema dentro do contexto de transformações sociais e jurídicas.

Palavras-chave: Abandono selvagem. Aborto. Adoção ilegal. Casa dos Enjeitados. Direitos Fundamentais. Entrega. Família substituta. Garantias. Mito do amor. Parto Anônimo. Vínculo materno-afetivo.

ABSTRACT

This work presents an analytical debate in order to defend the implementation of the Anonymous Childbirth Institute in the Brazilian legal system. Thus, it demonstrates that the application of this institute is based on the guarantee of fundamental rights such as the dignity of the human person, life, freedom, personality and family life. In addition, it can be used as an accelerator of the current adoption process. From this perspective, the presence of the historical approach on social evolution and the origin of the institute, from the perspective ensured by Brazilian law, was one of the means used to ensure understanding of the theme within the context of social and legal transformations.

Palavras-chave: Wild abandon. Abortion. Illegal adoption. House of the Rejected. Fundamental rights. Delivery. Surrogate family. Guarantees. Myth of love. Anonymous Childbirth. Maternal-affective bond.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. O INSTITUTO DO PARTO ANÔNIMO	10
1.1 O processo histórico	10
1.2 A origem do parto anônimo no Brasil	12
1.3 O parto anônimo perante as legislações estrangeiras	15
1.4 A diferença entre a entrega e o abandono	17
1.5 As transformações das relações familiares	19
2. O PARTO ANÔNIMO SOB ASPECTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	22
2.1 Sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana	23
2.2 Sob a perspectiva do direito à vida	25
2.3 Sob a perspectiva do direito à liberdade	28
2.4 Sob a perspectiva dos direitos de personalidade	30
3. A IMPLEMENTAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO	34
3.1 O parto anônimo como acelerador da adoção	38
3.2 O parto anônimo sob a ótica da proteção integral	41
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, o tema será apresentado o instituto do Parto Anônimo, abordando não apenas suas características como também a relevância da implementação do mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a garantia e proteção dos direitos fundamentais tanto na perspectiva da genitora, quanto da criança.

Garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana, vida, liberdade, personalidade e convivência familiar e ainda, a possibilidade de acelerar o processo de adoção serão abordadas no presente feito a partir do prisma do Parto Anônimo aplicado ao Direito.

Tendo em vista esse panorama, o enfoque ocorrerá a partir do Direito de Família, Direito da Criança e do adolescente e, como base de todos, Direito Constitucional, todos devidamente interligados entre si, com relevante importância para a compreensão da transformação do contexto fático social e familiar emparelhado a evolução jurídica.

A defesa em prol da implementação do mencionado instituto na legislação brasileira é consequência do trabalho em tela, objetivando, portanto, a arguição em favor da garantia dos direitos fundamentais da mãe e da criança à luz do parto anônimo.

Alicerçado ao posicionamento normativo jurídico atual, é fato que os direitos fundamentais devem ser protegidos e garantidos pelo Estado. Entretanto, verifica-se que o Parto Anônimo se apresenta como uma novidade para a legislação brasileira, porquanto ainda não há previsão legal sobre sua implementação, apesar de já ter sido alvo de discussão e instituição legal em diversos países.

Pois bem, embora seja um instituto de escasso debate jurídico no Brasil, é de extrema importância sua compreensão, pois possui como fim garantir direitos constitucionalmente positivados e acelerar o sistema de adoção utilizado atualmente, que, apesar de apresentar pontos positivos, não há como não criticar a mora e a burocracia que se submete a genitora, a criança que espera por um lar e a família substituta que anseia a conclusão do processo com êxito.

A problemática exposta pelo presente feito consiste no questionamento se de fato o instituto apresentado conseguiria garantir ou ao menos proteger direitos fundamentais não apenas da genitora, podendo ser demonstrado como o de liberdade, mas também da criança, a exemplo o de vida, sem, contudo, que se colidam simultaneamente. Ainda, a mesma se embasa na questão referente ao modo com que o Parto Anônimo funcionaria como acelerador da adoção.

Afinal, o que é Parto Anônimo? Parto Anônimo é um instituto que possui como objetivo fim assegurar o direito à vida, a integridade física, a personalidade, a convivência familiar, aplicando para tanto o entendimento da doutrina da proteção integral do recém-nascido, pautado no elevado número de abandonos selvagem e abortos, assim como garantir o direito de liberdade da mãe que não deseja assumir e executar o papel da maternidade, respeitando sua opção de não integrar o vínculo materno-afetivo.

Ademais, esse instituto tem por finalidade acelerar o sistema de adoção que apesar de ser o legalmente institucionalizado, apresenta diversas dificuldades que atrapalham em sua eficiência, como a mora do processo judicial e a burocracia com que os trâmites são realizados pelo sistema adotado pelo Estado.

A criação desse instituto inspirou-se em um contexto pretérito, com a criação de locais conhecidos como Casa dos Expostos ou Enjeitados, em que as crianças eram deixadas pela família biológica, muitas vezes pela genitora que não era casada ou que não possuía condições para cuidar de sua prole, por isso a questão da importância do anonimato.

A criação dessas instituições se expandiu pela França, Itália e outros países europeus até meados de 1950, reflexo dos constantes e elevados índices de abandonos ocorridos no período monarca, em que por vezes as genitoras se encontravam em situação de contradição entre cuidar de seu filho e ser rejeitada socialmente ou tentar dar maior possibilidade de vida e segurança a ambos.

Nesse sentido, os argumentos postos neste trabalho vão ao encontro da aplicação do Parto Anônimo pelo ordenamento jurídico brasileiro, e apesar de colocar em pauta alguns posicionamentos contrários a implementação do instituto, critica esta ideia, tendo em vista que o instituto se manifesta plenamente cabível, uma vez que não há impedimentos jurídicos para a realização de tal feito.

Ante o exposto, no primeiro capítulo será traçada uma linha temporal que esclarecerá os eventos sociais e jurídicos ocorridos desde o surgimento das Casas dos Expostos, período que fora marcado por significativo índice de abandonos e abortos, diante das dificuldades sociais e econômicas existentes à época. Ademais, visa demonstrar através de todo esse contexto, a influência na criação e origem da figura do Parto anônimo, diferenciando o abandono da entrega, sendo esta última a defendida pelo instituto, além de sua aplicação em diversas legislações estrangeiras.

No segundo capítulo, o estudo se direciona a aplicação do Parto Anônimo pela perspectiva de diversos direitos fundamentais, dentre os quais se encontram a dignidade da pessoa humana, princípio este que possui reflexo em todos os demais, além da vida, liberdade da genitora em entregar sua prole, personalidade e convivência familiar. Assim, observa-se que a arguição do instituto será abordada no referido feito a partir da ótica da garantia ampla e proteção de direitos do nascente e de sua genitora, de maneira a evitar o surgimento conflito de direitos dos mesmos, aplicando-os de modo a coexistirem e se complementarem.

Finalmente, no terceiro capítulo, será apresentada a abordagem do Parto Anônimo como um instituto capaz de acelerar o sistema jurídico de adoção previsto na legislação atual. Assim, será construído um ideal que se baseia na doutrina da proteção integral devida à criança e, também, no entendimento que explicitará a aplicação desse instituto.

Dessa forma, o estudo desse instituto será através da perspectiva de quebrar ou ao menos minimizar as barreiras da mora e burocratização do processo de adoção, resguardando, portanto, o direito de entrega de sua prole pela genitora, a maior facilidade de se garantir uma convivência

familiar e, a celeridade na concessão do direito de guarda e proteção da criança por parte da família substituta.

Ademais, merece ênfase o fato de que o parto anônimo ao defender a entrega segura e legal da criança, se contrapõe ao abandono. Assim, o instituto não defende apenas o direito de a mulher dispor do seu corpo como desejar, mas visa garantir à genitora o usufruto de sua liberdade desde que resguarde a saúde e a vida do nascente, uma vez que assegura ao infante um amparo estatal durante todo o pré-natal e, posteriormente, o convívio familiar, diferenciando-se também do método do abortivo.

Assim, será observado que a implementação do instituto deve ser realizada por iniciativa do poder público, tendo em vista a inexistência daquele no ordenamento jurídico e nenhum obstáculo constitucional, além de fundamental importância da máquina estatal para que se alcance a eficácia desejada, assegurando também a liberdade da autodeterminação social.

Outrossim, o método utilizado para a construção desta monografia será indutivo e qualitativo a partir da revisão de literatura, pautando-se a elaboração do presente feito em análise de projetos de leis, legislações em vigor, análise doutrinária, além de artigos e revistas, com intuito de explicar o benefício da instituição do parto anônimo. Por fim, vale destacar a dificuldade de se realizar um estudo empírico, diante da novação jurídica a ser discutida e analisada no âmbito do ordenamento brasileiro, reflexo do escasso conhecimento social sobre o assunto e reduzida discussão de alçada doutrinária.

1. O INSTITUTO DO PARTO ANÔNIMO

O parto anônimo é um instituto relativamente recente nos debates jurídicos brasileiros, inclusive no que tange a discussões no espaço jurídico brasileiro, entretanto os motivos que propiciaram a sua criação advêm de séculos e anteriormente, geraram impactos sociais e culturais, como por exemplo, a criação da roda dos expostos, movimento ocorrido na França e na Itália e, posteriormente propagado por outros países da Europa até o ano de 1950. (ALBUQUERQUE, 2008).

A essa realidade histórica se atrela um motivo influenciador, quer seja, o abandono, e, de acordo com as palavras da autora Maria Antonieta Pisano Motta: “A percepção do abandono como um problema que atinge tragicamente nossa sociedade, querer que busquemos conceitualizá-lo e compreendê-lo para que novas formas de ação em relação à questão possam ser encontradas” (MOTTA, 2001, p.39).

A compreensão do parto anônimo se traduz como um instituto que tende a equalizar dois interesses distintos, de um lado a garantia de que a criança não seja vítima de abandono, aborto ou infanticídio e, de outro lado o direito ao anonimato e a não formação da relação materno-filial para as mulheres que não querem exercer o papel de mãe. (ALBUQUERQUE, 2007, p.11).

No entanto, além da escolha da genitora e do suporte estatal para a entrega da criança, outra razão que reflete diretamente para a institucionalização desse instituto encontra respaldo na garantia da proteção do menor, assim como descrito pela autora Luciana Dadalto Penalva: “Muito antes pelo contrário, a defesa do parto anônimo pauta-se em uma comoção social diante dos vários casos de abandono de crianças, e olvida-se questionar implicações de tal ato para a sociedade e para o indivíduo fruto deste “abandono legalizado”. (PENALVA,2009, p.87)

Esse instituto teve como fator gerador a criação da roda dos expostos ou também conhecida como roda dos enjeitados, em contexto de violação de direitos e garantias individuais como à dignidade da pessoa humana, princípio este que nas palavras da autora Maria Cristina Renon, se traduz como:

[. . .] a dignidade apresenta-se como o alicerce de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem, como sendo tudo aquilo que não tem preço e que não pode ser objeto de troca, fundamenta-se na valorização da pessoa como fim em si mesmo e não como objeto ou meio para se atingir outros fins. (RENON, 2009, p.36, apud OLIVEIRA e RANGEL, 2017)

1.1 O processo histórico

A Igreja, desde o período medieval, possuía forte influência social sobre o modo de agir e de pensar das pessoas, impactando principalmente na família. E, com isso, o reflexo sobre os filhos advindos dentro do núcleo familiar e também daqueles que eram frutos de relações externas ao casamento, conhecido anteriormente como bastardos.

Nesse contexto, como bem descreve o autor Clóvis Bevilaqua: “ [...] a família não é resultado apenas de um fato natural, recebendo influências culturais dos povos, sendo moldada de acordo com aspectos religiosos, culturais e sociais”. (BEVILAQUA, 1976, p.17)

As crianças geradas fora do núcleo familiar, constituído pelo casamento, levavam consigo o peso de não serem aceitas socialmente e eram para o grupo social, o motivo de desonra, imputando às mães a culpa. Esse pensamento foi fortemente propagado pela Igreja Católica, instituição que na época possuía poder sobre a imposição de preceitos e deveres individuais e coletivos. (SILVA, 2012)

Diante da indiscutível influência da Igreja na concepção social no que tange a importância de seguir preceitos como a constituição do núcleo familiar dentro do casamento e, conseqüentemente o julgamento social pelo descumprimento desses princípios morais institucionalizados, teve início o desencadeamento de um ciclo de abandonos de crianças por mães que concebiam filhos fora do matrimônio. (ALBUQUERQUE, 2008)

Esses abandonos ocorriam dentro de um contexto em que havia a exclusão social dessas genitoras, inclusive com a rejeição pela própria família, vez que eram tidas como motivo de desonra e, ainda, o desprezo para com as crianças que eram concebidas nesse cenário extraconjugal, que como explica Fabíola Santos Albuquerque: “O ônus era muito alto para a criança, pois a esta seria impingida a mácula da quebra da suposta estrutura familiar, aliado ao fato de sobre ela recair o signo da ilegalidade ou bastardia da filiação, já que prevalecia na lei civil o estatuto da desigualdade. ” (ALBUQUERQUE, 2008).

Perante essa realidade vivenciada na Idade Média, a Igreja se deparou com a necessidade de agir para que houvesse a diminuição do número de abandonos, que por vezes resultaram em mortes dos menores. E, com isso, iniciou-se o processo de criação das chamadas Rodas dos Expostos ou, também conhecida como Rodas dos Enjeitados. “Não obstante as fontes do período colonial serem bastante escassas, o quantitativo de crianças enjeitadas pode ser comprovado mediante registros de batismo na Igreja Católica”. (OLIVEIRA, 2011, p.30)

Esses locais destinados ao acolhimento de crianças teve seu início na Idade Média quando:

O Papa Inocêncio III (1198-1216) dedicou uma atenção especial à infância, quando, de acordo com Marcílio, pescadores retiraram do rio Tibre, em suas redes, um número elevado de bebês mortos, vítimas, provavelmente, do infanticídio, fato que teria como-vido Inocêncio III, fazendo com que destinasse um hospital ao lado do Vaticano para receber os expostos e abandonados. A Igreja inaugurou, então, a contraditória roda dos expostos, que se espalhou para outros locais com a finalidade de frear o abandono e as mortes dos bebês. (VALDEZ, 2004, p.112).

As rodas dos Enjeitados são descritas como locais que eram instalados:

[...] nos muros das Santas Casas de Misericórdia, tinha forma cilíndrica com uma divisória no meio. Esse dispositivo era fixado no muro ou na janela da instituição. Na parte externa, o expositor colocava a criança enjeitada, girava a roda e puxava um

cordão com uma sineta para avisar o vigilante que um bebê acabara de ser abandonado, retirando-se furtivamente do local sem ser reconhecido. (VALDEZ, 2004, p.112)

Tendo em vista a narração acima, verifica-se que diante do contexto histórico e cultural, uma das maiores preocupações das mulheres que deixavam as crianças nas Santas Casas era o anonimato, buscavam não ser reconhecidas. Deste modo, “ Segundo Venâncio (1997), a Roda tinha por finalidade não constranger pessoa alguma, nem quem levava a criança, nem quem a recolhia. ” (MOTTA, 2001, p.55)

1.2 A origem do parto anônimo no Brasil

A prática do abandono, já utilizada nos países europeus, chegou no Brasil através do processo de colonização, uma vez que não há registros históricos que comprovem que essa implantação seja anterior. Neste contexto, “A colônia adotou a prática, antes não conhecida, pois não há nada que comprove o abandono de filhos por parte da sociedade indígena ou dos escravos provindos da África. ” (VALDEZ, 2004, p.113)

Reflexo dos abandonos contínuos de crianças, dentro de contextos sociais fortemente influenciados pelo período patriarcal, as Rodas dos Expostos foram instituídas no Brasil, primeiramente em Salvador, em 1726, e sequencialmente no Rio de Janeiro, São Paulo e outras cidades, sendo que em meados do Século XIX, essas rodas se totalizaram em doze espalhadas pelo País. (SILVA, 2012).

O período em que permeou a instituição das Rodas dos Expostos na Colônia Portuguesa, teve como marco histórico o progressivo aumento de abandonos de crianças, inicialmente em Salvador. Tamanho o número de abandonos, o vice-rei exigiu a criação desses locais de acolhimento, como descrito pela autora Diane Valdez:

Em razão do aumento de crianças abandonadas nas ruas de Salvador e atendendo ao pedido do vice-rei, que exigia uma roda para evitar tanta impiedade, foi adotado o modelo da metrópole, e o Brasil recebeu sua primeira roda em 1726, na cidade de Salvador. Logo em seguida, a cidade do Rio de Janeiro também foi contemplada com a roda em 1738, e a última do período colonial coube à cidade de Recife, em 1789. Porém, antes mesmo da instalação das respectivas rodas, as Santas Casas já recolhiam os expostos. (VALDEZ, 2004, p. 113-114)

No Brasil, a família colonial foi a instituidora desses estabelecimentos, vez que eram guiadas por preceitos e regras, relacionadas a estrutura familiar, sob influência do cristianismo. (MOTTA,2001, p.53).

A criação das rodas dos enjeitados foi de suma importância para o acolhimento das crianças enjeitadas. “ Antes mesmo de Dom João legalizar a existência das rodas dos expostos no Brasil, as casas de Misericórdia informalmente já acolhiam as crianças que chegava às suas portas”. (SILVA, 2012, p.12)

O contínuo abandono de crianças era resultado de fatores como a pobreza, a cultura escravista e entre outros fatores, a imposição de um padrão social de família que tinha origem na influência da Igreja Católica. (SILVA,2012).

O elevado número de abandono selvagem no Brasil colônia se justificava por diversos fatores, entre eles a pobreza da população em geral, o escravismo, o crescente número de óbitos entre a população indígena e a forte influência católica na sociedade. (SILVA, 2012)

Nessa perspectiva, é imprescindível mencionar que dentro de uma mesma sociedade havia diferença entre o número de abandonos e os motivos os quais o influenciavam, de acordo com a realidade estrutural que podia ser urbana ou rural.

Sendo assim, vale citar o que fora exposto por Maria Antonieta Pisano Motta: “ [...] o abandono de crianças raramente ocorria no meio rural, o que nos faz pensar que a condição feminina variava de uma região para outra e, também, de época em época. ” (MOTTA, 2001, p.54).

Razão essa que decorria da necessidade da utilização da mão de obra infantil no meio rural como meio de garantir a subsistência e a economia familiar, realidade esta que se diferenciava do meio urbano, vez que o trabalho na cidade era em sua abrangência artesanais ou necessitavam de força física, dessa forma a mão de obra infantil tinha menos utilidade. (MOTTA,2001).

Portanto, a mão de obra infantil possuía maior relevância no meio rural onde: “Junto às mães, desde tenra idade, meninos e meninas desempenhavam alguma função produtiva ou de apoio e talvez por isso evitava-se o “abandono selvagem” a qualquer custo. ” (MOTTA, 2001, p.54)

Entretanto, o abandono, prática observada como fator motivador para a criação das rodas dos enjeitados, não foi uma realidade exclusiva do período colonial.

A história de crianças abandonadas não é recente e nem segue um padrão de normas e justificativas no decorrer da história. Em muitas sociedades, o abandono, perfeitamente inserido no contexto da época, era sustentado por padrões que regulavam a sociedade e não causavam nenhum espanto ou remorso. (VALDEZ,2004, p.110).

Muito antes inclusive, quando incidia sobre a constituição da família a pátria *potestas*, conhecido como pátrio poder, que se designou em um conjunto de poderes que o pai (pater famílias) exercia sobre sua prole (*filií familias*), o abandono já existia, por mais que se destacasse em um contexto diferido. (ALVES, 2012)

Um dos poderes referentes a pátria *potestas* era o *ius uendendi* que tinham como definição a possibilidade de venda da prole, configurando assim, o abandono do filho do núcleo familiar.

[. . .] o *ius uendendi*: podia o *pater familias* vender seus *fili familias*, que no direito clássico, não se tornavam escravos do comprador, mas, sim, pessoas *in mancipio*; no direito pós-clássico, porém admite-se – tendo em vista a calamitosa situação econômico-social dessa época – que o *filius familias* vendido passe a ser escravo do adquirente. (ALVES, 2012, p. 621-622)

A realidade social sofreu significativas mudanças, uma delas pode ser observada desde os tempos de Constantino até a chegada do período de Justiniano, que passou a permitir o abandono apenas de recém-nascidos. Neste sentido, “[...] reduzindo, porém, seu campo de aplicação e atenuando seus efeitos: essa venda só é válida se motivada por miséria extrema do *pater familias* (se isso não ocorre, a venda é nula).” (ALVES, 2012, p.622)

A perspectiva da realidade social, muito embora tenha mudado, por vezes reflete problemáticas que tiveram sua origem em períodos históricos anteriores. Nesse contexto, verifica-se que o abandono de crianças decorre de um período em que, nas palavras da autora Olívia Marcelo Pinto de Oliveira:

A família brasileira durante os períodos colonial, imperial e, até mesmo, republicano, resumia-se a uma instituição matrimonial, hierarquizada, de caráter patriarcalista e patrimonialista, regida pelo chefe familiar, o *pater família*, conforme herança portuguesa aqui implantada. (OLIVEIRA,2011, p.31)

A implementação das Rodas dos Expostos no Brasil era alvo de reflexões sobre o paradoxo entre a existência desses locais e a tentativa de impor uma emancipação política e racional. (MOTTA,2001)

Desde o período colonial até a atualidade, é possível verificar a existência dos abandonos de menores, e por isso a criação de projetos de lei referentes ao instituto do parto anônimo. Dessa forma, “[...] esperava-se algo diferenciado: em vez do abandono, a entrega de uma criança e a esperança de uma vida digna daquele que acabou de nascer.” (OLIVEIRA,2011, p.33)

Vale, porém, destacar, que existiam outras causas de abandono diversas da falta de afetividade da genitora para com sua prole, entre elas, a escravidão, a falta de condição financeira, e, portanto, muitas vezes essa entrega era fruto do amor. “Nem todo afastamento entre mãe e filho era sinônimo, portanto, de abandono; nem todo filho enjeitado foi abandonado. Fala-se, então, na entrega [...] como um ato de amor.” (OLIVEIRA,2011, p.29)

Não obstante, além de observar apenas os fatores históricos de cada época, para a compreensão da prática do abandono “[...] é necessário que compreendamos o universo feminino nos séculos passados e na atualidade, inserindo em seus contextos e referido às particularidades próprias a cada situação econômico-sociocultural e psicológica” (MOTTA, 2001, p.57).

O abandono, um fenômeno importado e exercido no Brasil, atinge números elevados, de acordo com as pesquisas. Lopes detecta uma porcentagem de 8,1% de crianças expostas no total geral dos batizados da Paróquia da Sé, em São Paulo do século XVIII. (VALDEZ, 2004, p.115)

A última Roda a suspender o acolhimento de crianças abandonadas foi em São Paulo, no ano de 1950. O número de abandonos nesse período era elevado, “ [...] registros médicos isolados dão conta de um total de 5.696 expostos na capital paulista, enquanto no Rio de Janeiro e Salvador receberam cerca de 50 mil abandonados durante o século XVIII e XIX” (SILVA,2012, p.16)

As condições nas Santas Casas não eram favoráveis a dignidade, saúde e qualidade de vida das crianças que eram deixadas nas rodas, esse fato pode ser confirmado tendo em vista que há uma estimativa de que 30% das crianças que foram acolhidas pela Santa Casa de Misericórdia em São Paulo tiveram como causa de morte a desnutrição. (SILVA, 2012).

1.3 O parto anônimo perante as legislações estrangeiras

A institucionalização das Rodas dos Expostos após seu surgimento nos países europeus, se espalhou por diversos continentes, fato este que deu ensejo a criação de legislações com intuito de implantar do instituto do Parto Anônimo.

A instituição da roda dos expostos iniciou-se durante a Idade Média. Contudo, tem-se notícia de que já nos séculos IV e V existiam locais destinados especificamente ao recebimento de crianças órfãs, frutos do abandono materno. (OLIVEIRA,2011, p.43)

A problemática referente ao abandono não possui centralização e nem origem em apenas um local. Dessa forma, vários países acabaram por instituir ou ao menos abordar a temática para implementar institutos como o parto anônimo, afim de solucionar problemas referentes à entrega de crianças.

Diante da realidade do abandono, alguns países regulamentaram o instituto em estudo, sendo França o primeiro registro da sua institucionalização. Bélgica, Itália, Luxemburgo, Áustria e 28 dos 50 países Estados da América do Norte também adotaram o procedimento. (ALBUQUERQUE, 2011, p.58)

Cada país, de acordo com sua realidade econômica- sociocultural, estabeleceram e editaram legislações diferenciadas, mas como propósitos semelhantes, a exemplo, o acolhimento de crianças com intuito de garantir a proteção à vida. (ALBUQUERQUE, 2011)

Ademais, apesar das diferenças entre os países, existe entre eles um problema em comum, o abandono. “ Importante ressaltar que a realidade educacional, econômica e social daqueles países muito se difere da nossa, mas filhos não desejados continua sendo uma realidade social”. (ALBUQUERQUE, 2007)

A exemplo de países que implementaram o instituto, França é o país que possui a legislação mais completa sobre o instituto do Parto Anônimo, moldada de forma mais completa na data de 15/04/1943 em que se tornou matéria de Decreto, que determinou que em cada prefeitura existisse uma casa de acolhimento – conhecida como casa maternal. E, em

08/01/1993, a Lei nº 93-22 foi instituída e implementou ao Código Civil Francês o art.341-1 o qual ocorreu a regulamentação do nascimento anônimo. (ALBUQUERQUE, 2011)

Ademais, a Itália foi o primeiro país a criar as chamadas rodas dos enjeitados, a prova disso é que existem registros do ano de 787, sendo que a instalação desses centros de acolhimento ocorriam em conventos. (OLIVEIRA,2011)

Além desse país, os Estados Unidos, dentre 50 estados, 28 instituíram os “Baby Safe Haven”, sendo que no Texas, os pais que possuem filhos com idade de até sessenta dias podem optar por deixar a criança em instituições médicas ou em agências de bem-estar da criança. (SILVA, 2012)

Já na Alemanha, alguns projetos foram objeto de tentativa de implementação do instituto, entretanto os projetos BT-Drs.14/4425 de 12/10/2000 e BT-Drs 14/8856, de 23/04/2002, foram rejeitados, consecutivamente, sob a explicação do prazo de dez semanas para a realização do registro da criança pela mãe e, a inconstitucionalidade de não acesso ao registro biológico por aqueles que forem submetidos ao instituto. (SILVA, 2012)

Além desses projetos, ocorreu a apresentação do BT-Drs 506/02, de 06/06/2002, em que estabeleceu o prazo de oito semanas para a mãe decidir se ficaria ou não com a criança, tendo acompanhamento por grupo multidisciplinar e ainda, a escolha da mãe de autorizar a identidade para que aos dezesseis anos o filho pudesse ter informação sobre sua origem. Mesmo assim, o novo projeto foi rejeitado. “Embora não haja previsão legal permitindo o anonimato da genitora, existem na Alemanha as chamadas babyklappe, incubadoras que interligam o interior e exterior de hospitais. ” (SILVA, 2012, p. 19)

Dessa forma, fica garantida a genitora o anonimato no ato de entrega do filho. E, esse fato demonstra que apesar de os projetos de lei não terem sido instituídos, há adoção de uma sistemática de acolhimento de crianças. “A mera existência dessas babyklappe insinua a tolerância do povo alemão quanto ao parto anônimo que, embora não seja legalizado; é socialmente aceito por uma parcela da população. ” (SILVA, 2012, p. 20)

Assim como a Alemanha, o Japão também não legalizou o Parto Anônimo, mas adotou prática influenciada pela Igreja Católica, conhecida como “Janela de Moisés”, local em que se encontram berços aquecidos com objetivo de acolher crianças que são deixadas, para que se evite o abandono em situações desumanas. (ALBUQUERQUE, 2011 p.58)

Essas instituições destinadas ao recebimento dos nascidos foram implementadas em diversos países, tendo em vista que o problema do abandono é generalizado e merece devida importância, refletindo, portanto, na implementação desses locais, inclusive no Japão. “A cidade japonesa de Kumamoto adotou extraoficialmente as portinholas sob o nome de Konotori no yorikago. ” (SILVA, 2012, p. 21)

Em contrapartida, a Espanha retirou o instituto do ordenamento jurídico, uma vez que o Comitê das Crianças e Adolescentes das Nações Unidas entendeu que o instituto do parto anônimo viola o princípio do reconhecimento biológico, da ascendência genética e, em 1999 a

Suprema Corte espanhola retirou da legislação do país a permissão para registrar a criança com ausência do nome da genitora. (SILVA, 2012)

Dessa forma, verifica-se países em que já ocorreu a implantação do Parto Anônimo, a exemplo, a França, Luxemburgo, Estados Unidos, e outros como o Brasil, Alemanha e Japão que ainda analisam a instituição ou não desse instituto. (SILVA, 2012)

1.4 A diferença entre a entrega e o abandono

O instituto do parto anônimo, como já mencionado no capítulo anterior, tem como um dos seus principais objetivos garantir que a criança seja entregue a uma nova família, que possua vontade e condições para sua manutenção, educação e apoio familiar e psíquico. Entretanto, esse instituto não fora criado ao relento, tendo como premissa a resolução de problemas como a exemplo, o abandono, que, não obstante, é observado também na adoção.

Como premissa, é necessário estabelecer dois conceitos, muitas vezes confundidos ou utilizados como sinônimos, o abandono e a entrega. Diversas vezes, a sociedade os utiliza como causas equivalentes que resultam na adoção da criança ou adolescente, resvalando na consciência de que todas as mães que entregam seus filhos a adoção os abandonaram, e portanto, a conduta da genitora passa a ser entendida por formas de expressão que “[...] carreguem em si o peso do preconceito, uma conotação de valor e um julgamento negativo [...] que entrega seu filho em adoção”. (MOTTA, 2001, p. 42)

Dessa forma, verifica-se que a diferenciação entre as ações de abandonar e entregar é necessária para iniciarmos o entendimento sobre a adoção, e a partir dessa dicotomia, poderá ser observado o motivo, a necessidade, a origem e outros fatores relevantes que ensejaram a decisão da genitora. Essa diferenciação é resultado de uma modificação da compreensão e caracterização desses termos que, como mencionado pela autora Maria Antonieta Pisano Motta, “[...] objetiva alcançar a liberdade para pesquisar e encontrar a diversidade de motivações e de significações psicológicas ou de qualquer outra ordem que possam estar presentes na entrega de um filho em adoção”. (MOTTA, 2001, p. 42)

Ademais, vale mencionar que por vezes, o processo de adoção e seu funcionamento é desconhecido por grande parte das genitoras, o que conseqüentemente gera insegurança e mora para a tomada dessa decisão. Em consonância com esse julgamento, nas palavras do autor João Seabra Diniz:

A ignorância sobre a possibilidade da adoção, a existência de dificuldades pessoais ou mesmo de preconceitos - estes com muita freqüência dependentes do seu meio ambiente, onde uma solução desse gênero é vista como altamente condenável - impedem, em geral, a tomada de uma decisão precoce por parte da mãe. (DINIZ, 1991, p.69)

Esses conceitos mencionados têm suas origens no decorrer do processo de evolução social, entretanto, alguns ideais sociais anteriores, que são presumidos como temporalmente

distantes, ainda fazem parte do pensamento social. Em relação a família, uma das funções impostas pela coletividade é a de ter filhos, e em caso de infertilidade por parte da mãe gera “ A incapacidade de concretizar tais expectativas sociais [...] ainda em nossos dias pode ser vista como um defeito vergonhoso e como um estigma social”. (MOTTA, 2001, p.74)

Diferentemente do que por vezes possa transparecer, a adoção não é uma decisão simples, além disso, encontra diversos obstáculos em seu bojo, que derivam de preconceitos e conservadorismos dogmáticos socialmente impostos.

A exemplo das dificuldades existentes, ainda há prevalência da diferenciação entre filhos consanguíneos e adotivos, apesar da própria legislação brasileira ter expressamente disposto sobre a vedação desse antagonismo quando a Constituição da República Federativa do Brasil, no parágrafo 6º, do artigo 227, dispõe que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Conquanto, em adversidade com que fora previsto na Carta Magna, veridicamente a igualdade entre os filhos consanguíneos e adotivos, raramente é existente. Como enfaticamente descreve a autoria Maria Antonieta Pisano Motta:

A adoção tem sido tomada como solução para esses problemas, entretanto sua aparência tem sido moldada com certos ideais sociais, entre eles o de que a família composta por adoção seria de segunda categoria e, portanto, tudo deveria ser feito para que a diferença entre a família adotiva e a família composta por laços de consanguinidade fosse negada. (MOTTA, 2001, p.74-75)

Dessa forma, verifica-se que o instituto da adoção, em que ocorre a entrega do filho pela mãe, poucas vezes não está acompanhado de um peso preconceituoso que tende a desagregar valores de igualdade e isonomia entre filhos adotivos e consanguíneos, àqueles que se dispõem e se rendem à escolha de receber como filho, tornando-se família.

Decisão que, por vezes é tida como uma solução revestida de um anseio de suprir uma condição socialmente imposta, a de ser mãe, de construir uma família e de se solidarizar com aquele indivíduo que por diversas circunstâncias não pode fazer parte da família da qual biologicamente se originou.

Em consequência, na sociedade atual ainda se verifica a criação de medidas que possuem o objetivo de amparar e resguardar, além da mãe biológica, os pais adotivos, através de ações como não revelar a real origem biológica e o caminho percorrido desde a sua concepção até a adoção, fatores estes que resultam em uma interpretação da existência de embarços e temores decorrentes de fardos socialmente impostos. (MOTTA, 2001, p. 55)

Neste aspecto, o instituto do parto anônimo traz um ideal semelhante ao instituto da adoção, no qual, a genitora que não possa ou que decida não ser além que a genitora, escolhe um caminho diferente do aborto ou do próprio abandono, entregando sua prole a quem queira exercer o papel de mãe, cuidando, educando e garantindo o direito daquele à uma família.

Assim como na adoção, o parto anônimo se fundamenta em garantir ao filho que for entregue, princípios constitucionalmente impostos, a despeito, o artigo 227, caput, da Constituição Federativa do Brasil dispõe que:

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

1.5 As transformações das relações familiares

É certo, que o direito não possui sua abrangência limitada às relações públicas, e portanto, tem como incidência à garantia e a proteção da família, sendo esta a base estrutural do Estado. Nesta perspectiva, cabe a aplicação do entendimento do autor Daniel Sarmiento quando diz que:

Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam. (SARMENTO, 2008, p.25)

Dessa forma, para entender a vultosa abrangência do direito, é necessário que sejam observadas as relações públicas e privadas, e em relação a esta, merece relevante atenção no que se refere às relações familiares, tendo em vista que é garantido a essas relações, a proteção estatal, como disposto pela Carta Magna, em seu artigo 226, caput, que a família “[...] base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Entretanto, vale ressaltar que, o conceito e a estruturação da família não é um fenômeno estático, que se define por um aspecto e nele se estagna, portanto, é preciso observar as evoluções sociais e, com isso, as mudanças que conseqüentemente geraram impacto no grupo social e, assim, entender como o Estado atua para garantir o direito fundamental à constituição e manutenção da família.

Ao encontro com esse entendimento, vale observar que a mudança do conceito de família ao longo do tempo é consequência do fato que determina o direito como um fenômeno social que se encontra em constante mudança. Assim sendo, nota-se que:

[. . .] o Direito não pode abstrair-se das suas condições existenciais. O Direito, em suas várias acepções, encontra-se firmemente enraizado na sociedade na qual atua, da qual retira seus valores fundantes, seus ideais, suas significações, suas práticas, suas glórias e seus pecados, sobre a qual normatiza, proíbe, estimula ou pune. Se é inquestionável que o Direito é um fenômeno social, não pode ser outra orientação da ciência jurídica.

Como ciência social, ela tem suas próprias características, mas compartilha com as demais ciências da sociedade a necessidade de guardar, entre os fatos (substância) e as suas representações (forma), uma certa correspondência. (MONTEIRO, 2003, p.2)

Em continuidade, entre essas mudanças sociais, tem-se como parâmetro os diversos acontecimentos que são marcos históricos, como as revoluções que ocorreram em diversos países, as guerras e conquistas mundiais.

Entretanto, mesmo com a disseminação das dimensões de direitos políticos e civis (liberdades negativas), sociais, econômicos e culturais (liberdades positivas) e os difusos - que se estendem à coletividade, os direitos e garantias, à exemplo, a igualdade, não raramente são aplacados.

Nesse universo de evoluções, no que tange ao contexto familiar, é imprescindível que a figura feminina, aquela que é berço da prole a qual se resguarda a proteção pelo instituto do parto anônimo, seja foco para o entendimento das mudanças sociais que foram englobadas no transcorrer do tempo que influenciarem nas relações familiares.

Isto posto, é possível entender sobre a importância das metamorfoses sociais, sobre a óptica das revoluções sociais no que toca à mulher. Segundo a declaração feita pela autora Lygia Fagundes Telles:

A revolução da mulher foi a mais importante revolução do século XX, disse Norberto Bobbio, um dos maiores pensadores do nosso tempo. [...] Mas a verdadeira revolução à qual se refere o filósofo italiano teria a cabeça mais fria, digamos. No seu planejamento e estrutura seria uma revolução mais prudente e mais paciente, obscura, talvez. Contudo, ambiciosa na sua natureza mais profunda e que teria seu nascedouro visível no fim do século passado para vir a desenvolver-se plenamente durante a Segunda Grande Guerra: os homens válidos partiram das trincheiras. Ficaram as mulheres na retaguarda e dispostas a exercerem o ofício desses homens nas fábricas. Nos escritórios. Nas universidades. Enfim, as mulheres foram à luta, para lembrar a expressão que começava a ficar na moda. A pátria em perigo os seus espaços, inclusive em atividades paralelas à guerra, desafios arriscados que enfrentaram com a coragem de assumir responsabilidades até então só exigidas ao Primeiro Sexo. (TELLES, 2008, p. 670)

Destarte, através dessas transformações sociais decorreu a necessidade da mutação dos conceitos referentes à família. Não obstante, os fatos preexistentes à essa mudança persuadiram de maneira relevante na conduta e valores culturais e socialmente imposto. Neste ponto, cabe evidenciar que o histórico do abandono no Brasil, que teve como resultado a criação de institutos como a adoção e o parto anônimo, que resvalaram na maternidade e na entrega da prole até atualidade, surgiu de conceitos e necessidades socialmente impostos.

Neste contexto, verifica-se que a constituição familiar adveio de um período patriarcal, em que a função da mulher era a de servir ao homem e gerar filhos, que futuramente seriam herdeiros, no caso, quando era o filho do sexo masculino. E, é a partir desse período remoto que o abandono da mulher e da prole começa a ser observado. De acordo com o que fora posto pela autora Maria Antonieta Pisano Motta: “O abandono tem historicamente um cenário patriarcal

em que o poder do pai, do homem, seja pela força ou pressão direta, seja pela tradição, pela lei, pelos ritos, define qual papel a mulher deverá ou não desempenhar”. (MOTTA, 2001, p.50)

Ademais, é a partir das mutações que ocorrerem em cada grupo de indivíduos, em cada local determinado, por diversos motivos que por vezes não podem ser explicados de maneira objetiva e perfeita, que conceitos políticos, econômicos e sociais são formados e modificados, surgindo assim, a constante tentativa de solucionar problemas arcaicos ou ainda, contemporâneos.

Em relação ao vínculo materno-afetivo, é cristalina a ideia de que este elo fora alvo de modificações, influenciando, fortemente em convicções como a maternidade e, conseqüentemente, o abandono. Neste âmbito, vale destacar que:

A maneira como conceituamos o abandono varia no tempo e no espaço, pois maternidade e abandono são conceitos que se modificam de acordo com o modelo vigente, ligado a mecanismos ideológicos e culturais dominantes em cada época. Surgem, portanto, diferentes modelos de ser mãe, baseados em diferenciação de papéis, sempre enaltecidos e defendidos de acordo com os interesses do sistema econômico dominante, especialmente em períodos de crise econômica. (MOTTA, 2001, p.50)

Destarte, as mudanças de conceitos e valores sociais refletiram de maneira direta na conceituação de família, e com isso, é possível observar que diversos são os motivos pelos quais, frequentemente, as genitoras decidem por entregar, abandonar ou até abortar sua prole.

Em síntese, essas decisões decorrem de fatos externos e internos, à exemplo, falta de condições para a manutenção própria e do filho, a idade, a vontade de concluir os estudos e, ainda, a descrença do preparo para a relação com a maternidade. Todos esses motivos foram alvos de estudos realizados por Deykin, Campbell e Patti. (MOTTA, 2001, p.60-61)

2. O PARTO ANÔNIMO SOB ASPECTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O instituto do parto anônimo, que têm como objetivos primordiais a proteção da criança e o respeito à decisão da genitora em gerar o filho com o objetivo de entregá-lo posteriormente à uma família, se respalda nos direitos fundamentais frutos da disposição constitucional. Nesse aspecto, vale ressaltar que “os direitos fundamentais existem para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e esta é ameaçada tanto pela afronta às liberdades públicas, como pela negação de condições mínimas de subsistência ao indivíduo”. (SARMENTO,2008, p.20)

Nesse aspecto, vale salientar que o instituto mencionado resvala em garantias fundamentais, com a finalidade de garantir a proteção e a preservação de direitos à vida, à dignidade da pessoa humana e à liberdade de escolha. Entretanto, como consequência da tentativa de salvaguarda de todos esses direitos, por vezes, é possível observar a colisão entre eles, a ponto de se fazer necessário o acolhimento do método da ponderação, em que um prevalecerá sobre o outro, sem que este seja excluído totalmente. Esse procedimento é relativo às situações concretas, pois, “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”. (BARROSO,2009, p.329)

Ainda nesse sentido, torna-se indubitável a natureza relativa da aplicação dos direitos fundamentais de acordo com cada caso em concreto, não obstante a indiscutível importância dessas garantias previstas constitucionalmente que amparam as relações jurídicas individuais e transindividuais, não há como caracterizá-los como absolutos. Além do que existem outros bens que pertencem a ordem jurídica democrática que necessitam de proteção e, com essa finalidade, quando necessário, se tornam justificáveis as restrições dos direitos fundamentais. (SARMENTO,2006, p.293)

A relação entre direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana não possuem uma estreita ligação, ao passo que ambos se complementam, mas a violação de um, não necessariamente reflete diretamente no outro, pois estes estatutos não surgiram de um único aspecto histórico e social. Em consonância com esse entendimento:

Não existe historicamente uma conexão necessária entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. [...] E, ao afirmar-se que o ‘desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem’ tinham conduzido ‘a actos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade’ e que ‘o reconhecimento da dignidade a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo. (Preâmbulo da Declaração Universal)

Utilizando como referência, os ditames referentes aos direitos e garantias fundamentais, a partir da observância de princípios constitucionais, é imprescindível que seja observado o fato de que ocorreu na sociedade mudanças de valores e concepções, e na tentativa de conquistar um equilíbrio entre a reverência para com os direitos coletivos e a liberdade individual de cada

indivíduo, verifica-se que “[...] o esvaziamento das liberdades públicas, ainda que em nome de supostos interesses da coletividade, importa em totalitarismo e aniquilamento da dignidade humana” (SARMENTO,2008,p.22)

Nesse aparato geral sobre direitos humanos, cabe relatar que o parto anônimo como instituto que visa proteger direitos fundamentais específicos, também enseja conflitos polêmicos particularmente referentes à vida e à liberdade, mencionando também, o direito de convivência familiar e os direitos intimamente ligados à personalidade. (OLIVEIRA, 2011, p.59)

Em continuidade, é necessário direcionar o entendimento do instituto do parto anônimo para além de sua identificação de forma isolada, mas atrelada aos princípios fundamentais norteadores do ordenamento jurídico. E, nesse aspecto, cabe abordar o tema sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, uma vez que “a importância do tema se remete ao fato de os direitos fundamentais serem estudados à luz [...]” deste princípio. (OLIVEIRA, 2011, p.59)

Por fim, vale ressaltar que o Estado não prevê ou institui um direito de maneira individual, para a criação e implementação de institutos como o do parto anônimo, é necessário que ocorra uma aplicação conjunta de direitos, garantias e conceitos sociais. Nesse sentido, no caso do Estado democrático de direito, há uma “tentativa de composição e conciliação entre liberdades individuais e políticas e os direitos sociais”. (SARMENTO, 2008, p.20)

Concluindo esse entendimento, destaca-se que a análise e a compreensão do instituto do parto anônimo que está sendo abordado, deve ser guiado por princípios, valores morais, sociais e legais já institucionalizados. O que se busca esclarecer em relação a qual é gide esse instituto se respalda está sediado na compreensão de princípios fundamentais, tais como a garantia do direito à dignidade da pessoa humana, à vida, à liberdade, entre outros já disciplinados pela Carta Magna e demais leis.

2.1 Sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está instituída pela Carta Magna como fundamento da existência do Estado Democrático de direito. Portanto, é considerada essencial para que este modelo estatal seja instaurado de maneira estável. Para tanto, a dignidade deve ser concebida através da noção de que “o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”. (SARLET, 2001, p.103)

Esse princípio deve ser primeiramente observado, pois é aquele que dá sentido aos demais, uma vez que seu alicerce está fincado na existência da própria pessoa humana, que no caso será aquela que fará jus a instituição do parto anônimo, sendo a genitora, a sua prole e, até mesmo a família que a receberá. Por isso, este princípio deve ser observado de maneira extensiva a todas as populações, pois é a partir dele que as garantias serão constituídas e introduzidas no caso em concreto. (OLIVEIRA, 2011, p.61)

Sobre esse prisma, verifica-se que esse princípio não está restrito apenas a sociedade brasileira, não obstante se faz necessário para a constituição de institutos e métodos que visem a garantia da pessoa que possui o direito à dignidade. Nesse contexto, vale ressaltar:

O alicerce e o fundamento dos direitos humanos surgem da concepção de que toda a nação e todos os povos têm o dever de respeitar direitos básicos de seus cidadãos e de que a comunidade internacional tem o direito de protestar pelo respeito à dignidade da pessoa humana (SIQUEIRA, 2009, p. 252)

Mediante o propósito de salientar a importância da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os demais princípios, este valor deve ser preservado durante o processo de aplicação do parto anônimo.

Assim, esse princípio, também considerado uma norma supra, que configura a base de um Estado democrático de direito deve ser interpretado como a origem dos demais princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro. “Logo, ao tratar dos direitos fundamentais, partir-se-á do pressuposto de que as normas fundamentais devem ser compreendidas à luz da dignidade humana”.(OLIVEIRA, 2011,p.63)

Nesta conjuntura, levando em consideração a compreensão do parto anônimo sob o aspecto da dignidade da pessoa humana, não há como não mencionar que nesse sentido há uma ligação direta entre a família, como detentora do poder familiar, incluindo inclusive a genitora e a prole que será entregue e, o Estado, responsável por constituir e garantir a aplicação dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA,2011, p.63)

Sendo assim, a partir do momento em que se elege a dignidade da pessoa humana como princípio universal, essa relação entre a família e o Estado passa a se conduzir sob a perspectiva dos direitos fundamentais, garantindo a liberdade para que haja o desenvolvimento da personalidade humana. (PINHEIRO; CAVALHEIRO, 2012)

Delineia-se um espaço de emancipação dos indivíduos em relação família, caracterizando por um processo de definição e garantia de direitos individuais pelo Estado democrático de direito. Substituindo a subjetividade abstrata pela subjetividade concreta, o Estado elege setores da sociedade, submetendo-os a uma regulamentação específica, com vistas a alcançar a igualdade material. (PINHEIRO; CAVALHEIRO, 2012)

Segundo o filósofo Immanuel Kant, a autonomia configura-se como fundamento da dignidade da pessoa humana e de totalidade dos valores e princípios que instituem a natureza racional (KANT,1986, p.79). Dessa forma, observa-se que, por mais que a dignidade da pessoa humana seja princípio que enseja a instituição de tantos outros, não há relação de hierarquia e superioridade entre esses valores, uma vez que todos constituem um todo comum que direcionam as relações sociais, familiares e estatais.

Portanto, os valores não devem ser ignorados em prol de um único princípio a ser considerado individualmente, mas em coletividade para que se adeque à introdução e os efeitos

do parto anônimo em sociedade, com o objetivo de resguardar e ampara a maior parte dos princípios fundamentais à instituição da harmonização e convivência social (OLIVEIRA,2011,p.64)

Sobremaneira, o respeito à dignidade da pessoa humana torna-se indispensável no que tange às relações sociais e a implantação de institutos que se direcionam as relações familiares, como é o caso do parto anônimo, tendo em vista que:

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

Em conclusão, vale frisar a ideia de que para a constituição e a instituição do instituto do parto anônimo deve ser observado o fundamento central em relação a garantia da dignidade da pessoa humana e, o núcleo de sua incidência, a família, e não menos importante, a relação desse polo familiar com o Estado, que será o garantidor da aplicação e efetivação desse instituto.

2.2 Sob a perspectiva do direito à vida

No que tange a previsão constitucional, entre os direitos e deveres que devem ser garantidos pelo Estado e pela sociedade como um todo, o direito à vida é possui pressuposto fundamental. Neste sentido, é necessário à incidência de conceitos, estudos e aplicação por parte da ciência do direito, de institutos como o parto anônimo sob a perspectiva desse direito fundamental, uma vez que “ A previsão constitucional do resguardo ao direito à vida não é suficiente para se extrair sua conceituação e abrangência, tampouco uma relação com o parto anônimo. ” (OLIVEIRA,2011, p.64)

Muito embora, a Carta Magna preveja e expressamente garanta o direito à vida, o entendimento sobre a aplicação desse direito encontra uma divergência quanto ao fato de o direito à vida ser um direito fundamental propriamente dito ou, na realidade, ser um pressuposto essencial para se ter direitos. Tendo em vista essa compreensão, é a partir desse questionamento que se torna possível estabelecer uma relação entre esse direito e o parto anônimo. (OLIVEIRA.2011, p.64)

Em relação a essa garantia fundamental, deve ser observado que o que existe na realidade é respeito à vida e não direito, posto que a existência da vida antecede a própria criação da sociedade, portanto, não podendo ser um direito criado por esta. Sob este ângulo, sob a concepção da sociedade “o reconhecimento da vida que lhe antecede, amparando-a; não a concede, não a outorga; seu papel é protegê-la como dado axiológico máximo e anterior que é” (MEIRELLES, 2008, p.220, apud QUEIROZ, 2010, p. 57)

Em relação ao respeito à vida e o instituto do parto anônimo, é notável o elo de ligação entre esses conceitos, uma vez os objetivos desse instituto se materializa na prevenção de

abortos, desse modo, refletindo na redução da quantificação de nascituros e genitoras que se prejudicam pela submissão aos métodos abortivos. (OLIVEIRA,2011, p.65)

A proteção ao respeito à vida é garantida pela Constituição Federativa do Brasil e, pelo Código Civil Brasileiro, que em seu art.2º dispõe que a personalidade civil da pessoa humana tem sua origem a partir do nascimento, neste caso com vida, embora, a própria lei garanta a existência de direitos ao nascituro desde a concepção. (OLIVEIRA,2011, p.65)

Sob a previsão da Carta Magna, apesar de existir garantia em relação ao respeito à vida, não há um direcionamento específico voltado a conceituação da vida. De acordo com essa visão, se impõe de maneira clara a ideia de que:

Como a Constituição Federal ao garantir o direito à vida não definiu 'vida' como em decorrência do postulado da racionalidade do Legislador ele nada faz de inútil (não utiliza palavras inúteis), temos de recorrer à Ciência para saber quando se inicia a vida e, com ela, a proteção constitucional. (MELLO,2005, p.266)

Entretanto, a vida intrauterina não possui a mesma relevância no âmbito garantido pelo Estado, sendo preservada, portanto a salvaguarda da vida extrauterina, tanto na óptica da Constituição, quanto em relação à doutrina, jurisprudência e outras leis já positivadas pelo ordenamento jurídico brasileiro (OLIVEIRA,2011, p.66)

Neste sentido, cabe a alegação do entendimento firmado por Daniel Sarmento que fora expresso da seguinte maneira: “ A vida intrauterina, portanto, não possui o mesmo grau de proteção da vida extrauterina, sendo certo que este posicionamento é prevalente. ” (SARMENTO, 2007, p.33)

Nessa lógica, observa-se que há uma dicotomia no que tange ao tratamento do nascituro pelo ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, a incidência da personalidade civil juridicamente constituída advém do nascimento do ser humano com vida, sendo que mesmo antes do nascimento, o nascituro possui garantias de direitos, mesmo que ainda não seja considerado pessoa humana. (OLIVEIRA,2011, p.66)

Neste aspecto, sob a perspectiva do respeito à vida, cabe uma discussão no que se refere a distinção entre o método do aborto e o instituto do parto anônimo, pois entre eles há diferenças significativas. Em relação a escolha pelo aborto, há decorrência do pressuposto fundamental da liberdade que a genitora possui sobre a disposição e escolha sobre o que fazer com o próprio corpo, mesmo que com violação do direito à vida do nascituro, que neste caso necessita da existência do nascituro que se encontra em desenvolvimento intrauterino. Já no que tange ao parto anônimo, há prioridade em garantir o direito à vida do nascituro e, ainda, logo após, o respeito à vida que se materializa com o nascimento. (OLIVEIRA,2011, p.67)

Quanto a maternidade, esse contexto se materializa, ocasionalmente como um mito que possui “ a função de exteriorizar e objetivar os fenômenos compartilhados problemáticos e incompreensíveis, fomentando desse modo, também a identidade e a coesão grupais. ” (MOTTA, 2001, p.64)

Assim, um dos mitos com maior relevância social é o da “boa mãe”, esse mito ainda hoje é aplicado de maneira impositiva, sendo considerado “essencialmente importante para a constituição e manutenção do sistema familiar e sem ele nossas sociedades ocidentais de hoje provavelmente não seriam o que são.” (MOTTA, 2001, p.65)

Nossa história, a evolução dos costumes familiares, econômicos e sociais do mundo ocidental, tornam hoje a posição da mulher particularmente difícil na medida em que ela ganhou direitos de se expressar em outras esferas anteriormente proibidas, mas não adquiriu o direito de ser “boa mãe” de modo diferente do que se conceituava a “boa mãe” no século passado, pois, tal como nos diz Marbeau-Cleirens (1966), em todo sentimento materno os fatores sociais são determinantes. (MOTTA, 2001, p.65)

Tendo em vista essa compreensão, é fato que não é possível determinar de maneira objetiva que toda a genitora tem vontade e a possibilidade de exercer de maneira digna a função de ser mãe. Consecutivamente, é possível estabelecer o entendimento de que:

Se é indiscutível que uma criança não pode sobreviver e desenvolver-se sem uma atenção e cuidados maternos, não é certo que todas as mães humanas sejam predestinadas a oferecer-lhes esse amor de que ela necessita. Não parece existir nenhuma harmonia pré-estabelecida nem interação necessária entre as exigências da criança e as respostas da mãe. Nesse domínio, cada mulher é um caso particular. Algumas sabem compreender, outras menos, e outras ainda nada compreendem. (BADINTER, 1985, p.18)

Dessa forma, cabe a análise do parto anônimo como um instituto que carrega consigo a proteção do direito e do respeito à vida, sem, entretanto, que haja contradição entre essas garantias fundamentais, sendo abordados de forma ampla, ao ponto de inseri-los em um contexto de res- guardo aos direitos do nascituro, do nascido e da mulher como genitora. (OLIVEIRA, 2011, p.67)

Não obstante, é importante reafirmar que um dos objetivos do parto anônimo é estabelecer a coexistência e a garantia entre e o direito e o respeito à vida. Ademais, com relação à outros direitos como a liberdade da mulher que se encaixa no contexto como genitora, não exercer o papel de mãe, não contrapõe as garantias referentes à vida. (OLIVEIRA, 2011, p.67)

Nessa perspectiva, o instituto do parto anônimo objetiva-se em arquitetar um âmbito social em que direitos diversos são reunidos com a intenção de garantir que a vida ocorra de maneira digna. Sendo assim, como já analisado anteriormente, a dignidade da pessoa humana configura um centro necessário que garanta a criação e a coexistência de vários direitos, garantias e conceituações a partir de um núcleo único, a existência da pessoa humana. (OLIVEIRA, 2011, p.67)

Portanto, o conflito entre direitos e garantias fundamentais não devem ser o centro de estudo no que diz respeito ao parto anônimo, mas sim a ligação entre princípios instituídos expressa ou implicitamente que se destinam a atuação conjunta com o propósito de garantir que

a dignidade seja aplicada tanto à mãe, que possui liberdade de escolha, quanto ao nascituro ou nascido, que encontra a sua proteção no que se refere à esfera da vida. (OLIVEIRA, 2011, p.67)

2.3 Sob a perspectiva do direito à liberdade

Inicialmente, interpreta-se o direito de liberdade como um direito de 1ª dimensão, reconhecido como uma liberdade negativa, no sentido que limita a atuação estatal que apenas deve garantir que direitos civis e políticos dos cidadãos sejam efetivados (OLIVEIRA,2011, p.68)

Esse direito de liberdade é previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, sendo bifurcada em dois conceitos, o primeiro, autonomia da vontade do indivíduo e, o segundo a autodeterminação do sujeito. Sendo assim, o Estado deverá apenas garantir que esse direito seja adimplido, limitando-se, portanto, a não obstaculizar tal direito constitucional. (OLIVEIRA,2011, P.68)

Neste sentido, o desenvolvimento da personalidade decorre de um lado, do reconhecimento da existência em uma total disponibilidade, da qual gera a possibilidade de atuação própria de cada indivíduo, excluída de interferências ou ainda, impedimentos externos e, de outro, se origina da liberdade para atuar na proteção histórica da razão humana, antes mesmo de uma predeterminação. (LUÑO,2005, p.324)

Não obstante, partindo do princípio de que o parto anônimo é um instituto que reflete em seu bojo a proteção de diversos direitos fundamentais, à exemplo a liberdade da pessoa, é relevante destacar que todos esses direitos são criados e determinados com um fundamento em comum, à dignidade da pessoa humana. (OLIVEIRA,2011, p.68)

Ao encontro desse pensamento, de acordo com as palavras de Daniel Sarmiento, a dignidade da pessoa humana reflete inclusive no direito de liberdade dos indivíduos, uma vez que:

[...] o reconhecimento da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera da autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferência do Estado ou de terceiros. (SARMENTO,2007, p.43)

Ademais, a dignidade da pessoa humana em si contém em sua essência o conceito da liberdade de decisão de escolha, da racionalidade e ainda da capacitação que o indivíduo possui de interagir com a sociedade de modo geral. Neste caso, tudo que objetivar imputar ao sujeito de direitos, sua objetificação se coaduna de encontro a dignidade da pessoa humana, posto que retira do sujeito a própria dignidade, que se consagra como o elo instituidor dos demais direitos. (MORAES,2006, p.69)

Tendo em vista a cognição de Maria Celina Bodin de Moraes, a dignidade é um preceito que deve ser compreendido de acordo com quatro premissas que se traduzem nas seguintes características:

[. . .] i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência de outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. ” (MORAES,2006, p.69)

Em relação ao direito de liberdade fortemente fundado no ideal do parto anônimo, cabe a compreensão de que o legislador se refere em relação ao instituto como uma liberdade positiva. Isso refere-se ao fato de que antes de ser publicada a lei referente ao parto anônimo e, inclusive, antes de sua implementação por meio de políticas públicas não cabe a gestante a decisão da escolha deste instituto, nem mesmo o anonimato que deste decorre, gerando, portanto, no caso dessa decisão uma responsabilização jurídica. (OLIVEIRA,2011, p.69-70)

Assim, para que seja garantida a eficácia do direito à liberdade que advém do instituto do parto anônimo deve existir a ação do Estado a fim de que implemente políticas públicas e a lei necessária a sua institucionalização no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, não só é necessário a garantia da liberdade, como também de outros direitos essenciais à aplicação desse instituto, como o direito à vida. (OLIVEIRA,2011, p.70)

Neste contexto, sobre o aspecto da necessidade de resguardar a execução e proteção de outros indivíduos, de acordo com a compreensão de Gustavo Miguez Mello, em relação ao direito à vida “ quando alguém viola o direito à vida de outro prejudica gravemente a sua própria liberdade de ser. Na verdade, pratica um ato contrário à principal forma de liberdade, a liberdade para a qual demais devem convergir. ” (MELLO,2005, p.280)

Entretanto, o direito à liberdade de escolha encontra-se obstaculizada, uma vez que o próprio ordenamento jurídico brasileiro prevê em seu Código Penal a criminalização da conduta de aborto caso realizado pela genitora. Apesar desta imposição criminalizadora, para que seja possível a interpretação da eficácia da norma, merece relevância a realidade social. E, tendo em vista que a lei é constituída com intuito de evitar que o aborto aconteça, se contradiz com a realidade da sociedade brasileira, uma vez que muitas genitoras por vezes optam por esse método, motivo pelo qual gerou como consequência a preocupação do Estado para com esse problema. (OLIVEIRA,2011, p.70)

Neste sentido, a indagação de deve ser feita em relação será garantido à genitora o direito à liberdade de escolha sobre exercer ou não a maternidade, exercendo a função de mãe, para tanto, deve ser observado, duas circunstâncias, em primeiro lugar, a gestante que não deseja ser mãe e, por isso, decide pela interrupção da gravidez e, em segundo lugar, a gestante que também não deseja ser mãe, porém não opta por abortar e, conseqüentemente dá luz à criança. (OLIVEIRA,2011, p.71)

Em relação ao aborto, já existe situações previstas legalmente que permitem a utilização desse método, em casos como gravidez que decorra de estupro, ou que possa ter como consequência o risco à vida da genitora, ou então, de acordo com entendimento jurisprudencial em caso de gravidez da qual decorra nascituro anencéfalo, cuja chance de vida é reduzida. Dessa maneira, é possível determinar que não há direitos absolutos, uma vez que há a relativização do direito à vida do nascituro em detrimento à proteção da saúde da genitora, sendo esta física, moral ou psíquica. (OLIVEIRA,2011, p.71)

Com relevância ao direito à genitora que anteriormente era entendido pelo direito vida, se entende atualmente como direito à saúde da mesma e, portanto, possui um maior campo de incidência, como compreendido pela Jurisprudência atual, cabe a apresentação da ideia de que:

Em que pese a tutela constitucional conferida à vida pré-natal, não é razoável impor à mulher o ônus de prosseguir numa gestação que pode lhe comprometer a saúde física ou psíquica. Devidamente comprovado o risco, deve ter a gestante o direito de optar pela interrupção da gestação, no afã de salvaguardar sua própria higidez física e psíquica. Isto porque, como foi assentado anteriormente, a proteção constitucional ao nascituro não tem a mesma intensidade do que a assegurada pela Lei Maior aos indivíduos já nascidos. (SARMENTO,2007, p.40)

Nesse aspecto, a incidência do direito à liberdade também é um dos pontos de garantia do instituto do parto anônimo, previsto no projeto de Lei nº 3.220/08, porém, como mencionado, haverá a garantia de outros princípios, podendo ser posto como exemplo, a dignidade da criança não desejada, a fim de “evitar um abandono selvagem e oferecer condições para que ela possa seguir sua vida em um lar saudável”. (OLIVEIRA,2011, p.71)

Portanto, não há o que falar em contraposição entre direitos, tendo em vista que o fato de garantir a genitora à escolha de ser mãe, não implica em restrição ao direito da dignidade para com a criança. Por isso é possível a compreensão de que os princípios são coniventes e de aplicação cumulativa na aplicação do parto anônimo e não antagônicos e excludentes entre si. (OLIVEIRA,2011, p.71)

Por fim, a garantia do direito de liberdade à genitora, advém também a garantia da intimidade da mulher, uma vez que se está escolhe pelo parto anônimo, será resguardado o anonimato da mesma. Ademais, essa intimidade é consequência do direito fundamental da personalidade, e com isso, fica evidente a coexistência de diversos direitos e garantias incluídos em um mesmo contexto fático. (OLIVEIRA, 2011, p.71)

2.4 Sob a perspectiva dos direitos de personalidade

Os direitos de personalidade a caracterização e determinação dos indivíduos, imputando a eles uma personalidade física, que atribui a eles a identificação como pessoas naturais detentoras de direitos e deveres. “A própria concepção de personalidade se aproxima do valor ‘Dignidade’”. (GROENINGA,2006, p.655)

A personalidade por se um valor já tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, é caracterizado como um direito, que será aplicado a todos os indivíduos, tendo em vista que sua origem decorre do valor da dignidade da pessoa humana, centro de influência dos demais direitos previstos. “São tidos como Direitos da Personalidade todos os direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa.” (GROENINGA, 2006, p.649)

O direito à personalidade jurídica se bifurca em personalidade física e em personalidade moral, neste sentido, conforme entendimento de Daniel Sarmento:

Segundo a definição clássica, consistiriam eles, basicamente, num direito geral à abstenção, em proveito do seu titular, pelo qual todos os demais sujeitos de direito ficariam adstritos ao dever de não violar os bens jurídicos que integram a sua personalidade. Estes bens, segundo a doutrina dominante, desdobrar-se-iam em dois grupos: os relativos à personalidade física, como a vida, o corpo, a voz, a imagem e o cadáver, e os referentes à personalidade moral ou espiritual, como a intimidade, o nome, a reputação etc. (SARMENTO, 2008, p.97-98)

A Carta Magna prevê em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade de valores como intimidade, vida privada, honra e imagem, que são conceitos derivados do direito de personalidade, sendo que em caso de violação, caberá indenização. Além dessa previsão, o Pacto de São José da Costa Rica, que foi recepcionado pelo Brasil, em seu artigo 3º prevê o “Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica”, tendo em vista que “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. (OLIVEIRA, 2011, p.73)

Em relação a esse direito de personalidade, o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo no que se refere ao conceito do direito geral de personalidade. Entretanto, por análise ao artigo 5º, II da atual Constituição Federal, com relevância na dignidade da pessoa humana e no direito de liberdade, é possível estabelecer que o direito geral de personalidade é a garantia do desenvolvimento do indivíduo enquanto pessoa natural. (OLIVEIRA, 2011, p.73)

Neste sentido, é possível estabelecer a compreensão sobre o direito geral de personalidade em diferentes perspectivas, entre elas pode-se destacar que este direito decorre do fato de que “uma vez que o sistema constitucional de normas invioláveis do homem é aberto, pode-se falar em cláusula geral de tutela da pessoa humana” (PERLINGIERI, 2007, p.154-155)

Esse direito possui importância significativa no que tange ao instituto do anonimato garantido aos pais biológicos devido a implementação do instituto do parto anônimo, motivo que gera impacto também no direito ao reconhecimento da origem biológica da prole que será sujeito passivo da relação criada no parto anônimo. (OLIVEIRA, 2011, p.74)

O direito ao reconhecimento da origem biológica, que se enquadra aos moldes do direito de personalidade, se evidencia em uma garantia para que o indivíduo possa conhecer sua origem, não objetivando, necessariamente, a postulação de uma relação de filiação entre a prole e seus genitores biológicos. Neste sentido, conforme a autora Maria Berenice Dias, entende-se estado de filiação, a relação da qual “decorre da estabilidade dos laços de filiação construídos no

cotidiano do pai e do filho, e que constitui o fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade. ” (DIAS,2007, p.326)

Ademais, o direito de personalidade, além de ensejar o livre desenvolvimento da personalidade, advindo da dignidade da pessoa humana, também se traduz pelo direito à identidade pessoal, incluindo neste caso, o conhecimento da sua ancestralidade, da origem biológica, refletindo, portanto, na identidade dos pais biológicos. (SARLET,2009, p.115)

Nesse âmbito, vale ressaltar também que o reconhecimento da origem biológica não ensejará de forma objetiva e necessária o reconhecimento do estado de filiação, uma vez que os conceitos não se confundem, cabendo inclusive a aplicação de ambos ou de apenas um deles, fator que será avaliado mediante o caso concreto. (OLIVEIRA,2011, p.75)

Para melhor distinguir os aqueles conceitos referentes à verdade biológica e o estado de filiação, cabe a compreensão a partir do entendimento do autor Paulo Lôbo que esclarece que:

[...] fazer coincidir a filiação com a origem genética é transformar um fato cultural em determinismo biológico, o que não contempla suas dimensões existenciais. O direito ao reconhecimento da origem genética não está necessária ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade. [...] é forte e razoável ‘a idéia de que alguém possa pretender tão apenas investigar sua ancestralidade, buscando sua identidade biológica pela razão de simplesmente de si mesmo’. (LÔBO,2008, p.203-204)

Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe expressamente em seu artigo 17, sobre os direitos de personalidade, uma vez que garante o respeito à inviolabilidade da integridade física, moral e psíquica da criança e do adolescente, incluindo a preservação de pressupostos, à exemplo, a imagem, identidade, autonomia. Sendo ainda, previsto no artigo 27, que o reconhecimento do estado de filiação é considerado direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. (Estatuto da Criança e do Adolescente,1990)

O reconhecimento do estado de filiação é feito mediante ação de investigação de paternidade ou maternidade, uma vez que o objetivo é definir as pessoas as quais se vincularam no laço familiar. Diferentemente disso, a investigação da ascendência genética tem como objetivo a identificação da origem biológica, dos laços consanguíneos. (OLIVEIRA,2011, p.76)

Neste contexto, há divergência sobre o direito de conhecimento da origem biológica por parte da prole, e o direito ao anonimato por parte da genitora, ambos decorrentes do direito de personalidade. Com isso, vale destacar o sigilo na adoção e o anonimato dos pais biológicos:

O sigilo representa o segredo do estabelecimento dos novos vínculos de parentesco do adotado, o que impede a qualquer pessoa obter informações e, portanto, ter conhecimento sobre determinado indivíduo adotado. E, o anonimato dos pais e parentes naturais do adotado decorre da necessidade da pessoa adotada se desvincular total e absolutamente da família natural, permitindo sua plena e integral inserção na família civil e (substituta). (GAMA,2003, p.580)

Em direção ao pensamento do autor, o instituto do parto anônimo, refletido no projeto de Lei 3.220/08, possibilita à genitora a escolha de gerar a criança, mas não exercer o papel maternal, gerando por consequência na entrega da prole de forma sigilosa à instituição hospital responsável por receber crianças não desejadas. Tendo em vista que este instituto se direciona à proteção do nascente, possibilitando, no entanto, que à genitora seja garantido o direito de liberdade de não exercer o papel de mãe, e para isso, a decisão decorrerá de sigilo. (OLIVEIRA,2011, p.77)

Em conclusão, vale ressaltar que o direito ao sigilo não inviabiliza a efetivação do direito de personalidade do indivíduo, inclusive pelo fato do projeto de Lei 3.220/08, sobre o parto anônimo, autoriza que a partir de decisão judicial, ocorra o acesso aos dados genéticos parentais. Na realidade, o parto anônimo não possui objetivo de restringir qualquer direito, nem mesmo o de personalidade, a real intenção do instituto é garantir o direito à vida e ainda, a garantia do equilíbrio entre o direito de liberdade da genitora e o direito a personalidade do nascente proveniente do parto anônimo. (OLIVEIRA,2011, p.77)

Dessa forma, o parto anônimo visa garantir a proteção de maneira equilibrada dos direitos fundamentais à dignidade humana, inata a própria característica de ser sujeito detentor de garantias legais, como exemplo, direitos à vida, à liberdade e à personalidade.

3. A IMPLEMENTAÇÃO DO PARTO ANÔNIMO

A sociedade enfrentou inúmeras transformações ao longo do tempo e, para que o Direito possa acompanhar essas modificações é necessário que evolua, tentando ultrapassar barreiras culturais e jurídicas. Assim, apesar da existência de diversos desafios encontrados no âmbito social é necessário superá-los e, “o parto anônimo é um deles, mas urge sua positivação como alternativa jurídica para reduzir o número de abortos e abandono de crianças”.

(ALBUQUERQUE, 2008, p.159)

É fato que a discussão sobre o aumento do número de abandono infantil em condições sub-humana e de abortos não é atual, entretanto falha no que tange a implementação de políticas públicas eficazes a reduzir esses problemas. E, nessa situação, o parto anônimo se posiciona como uma tentativa de garantir esses assuntos saiam da esfera da discussão teórica e passa para a etapa da positivação. (OLIVEIRA, 2011, p.117)

Nesse sentido, os defensores do parto anônimo alegam que sua institucionalização proporcionaria a efetivação da doutrina da proteção integral, preservando o melhor interesse da criança, uma vez que lhe asseguraria o respeito à vida digna, evitando abortos e garantindo-lhe a oportunidade de efetivar seu direito à convivência familiar afetiva. (OLIVEIRA, 2011, p.117-118)

Portanto, quando as normas jurídicas tendem a proibir e até punir certas condutas, antes de tudo é imprescindível que visualize a realidade social existente, caso contrário, quando se vislumbra a aplicação da mesma apenas em um contexto abstrato e não fático, dificilmente haverá efetivação e eficácia real. Sendo assim, ao pensar em parto anônimo ou mecanismos voltados à família é necessário verificar que:

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

Apesar da existência e aplicação de diversas normas jurídicas protetivas a respeito da criança, no que tange sua vida, dignidade e dever social de proteção, não há a possibilidade de afirmar que são eficazes a ponto de mudar a realidade brasileira de abandonos selvagens e abortos realizados por parcela significativa da sociedade.

A despeito disso, é plenamente cabível a citação do pensamento posto por Olívia Marcelo Pinto de Oliveira, em que assevera:

Mesmo após a publicação de leis protetivas, como o Código de Menores (1927), a Declaração dos Direitos da Criança (1959), do qual o Brasil é signatário, e a vigência da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente [. . .] o país mantém índices altos de mortalidade infantil, mortes fetais[...]. (OLIVEIRA, 2011, p.22)

Nessa realidade, a mulher brasileira possui algumas possibilidades ao ficar ciente da gravidez indesejada, dentre elas, dar continuidade a gestação, entregar a prole a uma família substituta ou ainda, abortar. Entretanto, esse processo possui pontos negativos e relevantes para a percepção do fato, a começar pela situação do aborto que é tipificado no ordenamento jurídico como crime. (OLIVEIRA, 2011, p.23)

Tendo em vista esse primeiro aspecto, é necessário frisar desde de 1992, o aborto realizado de forma insegura era um meio frequentemente utilizado para se evitar a continuidade de uma gravidez malquista, chegando a alcançar 43% dos nascimentos vivos. (ADESSE; MONTEIRO, 2007, apud OLIVEIRA, 2011, p. 23)

Ademais, verifica-se que esse é um problema relevante que não se situa apenas em algumas regiões do Brasil, na realidade, “Há uma diversidade regional grande no risco de aborto inseguro na população feminina em idade fértil.” (ADESSE; MONTEIRO, 2007, apud OLIVEIRA, 2011, p.23)

Outrossim, constata-se que o aborto é um dos principais motivos que causam a morte materna, tendo como principais protagonistas as adolescentes de 15 a 19 anos de idade, sendo que os maiores índices de aborto nessas circunstâncias ocorrem entre as regiões Norte e Nordeste, sequenciados pelo Distrito Federal, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro, sucessivamente. (ADESSE; MONTEIRO, 2007, apud OLIVEIRA, 2011, p. 23)

Nesse sentido, tendo em vista o significativo número de abortos que ocorrem na sociedade brasileira, fora das circunstâncias previstas no ordenamento jurídico, em casos de estupro, quando necessário para resguardar a vida da mãe e feto anencéfalo, a implementação do instituto do parto anônimo pode ser uma solução. Porquanto:

Diferentemente da questão do aborto no Brasil, o parto anônimo não visa à liberdade da mulher em dispor do seu próprio corpo em contraposição ao direito à vida do nascituro, que depende diretamente da gestante enquanto ser em desenvolvimento intrauterino. Trata-se de garantir, em primeiro momento, o direito à vida do nascituro e o respeito à vida do nascente. (OLIVEIRA, 2011, p.67)

Assim, o parto anônimo tem por finalidade resguardar de forma ampla o direito à vida, não só da criança, como também da genitora que não dependerá a sua vida de sorte em procedimento de aborto realizado em circunstâncias extremas e contraindicadas. Não há colisão entre os direitos da genitora e do nascituro, tendo em vista que “ambos se complementam, culminando com a garantia de viver dignamente”. (OLIVEIRA, 2011, p.67)

Além disso, em circunstâncias que a mãe repelida moralmente ou socialmente opta por dar continuidade a maternidade, após o nascimento do recém-nascido é comprovado o elevado número de abandono infantil. De modo oposto ao estabelecido socialmente, quando a genitora decide continuar a gestação, não necessariamente isso resultará em cuidado e amparo à criança, “é importante esclarecer que, não obstante o mito do amor materno de que a maternidade e a maternagem estariam presentes em todas as mulheres (MOTTA, 2007, p.251), a verdade é que nem toda mulher deseja ou tem condições psicológicas”. (OLIVEIRA, 2011, p.24)

Ainda, um ponto a ser questionado é o fato do nosso ordenamento preferencialmente colocar as crianças de forma impositiva na casa dos próprios parentes, todavia conclui-se que:

É absolutamente equivocado o prestígio que se empresta à família natural, quando se busca manter a qualquer preço, o vínculo biológico. Na vã tentativa de manter os filhos sob a guarda dos pais ou parentes que constituem a chamada família estendida. Essas infrutíferas tentativas fazem com que as crianças, ao serem rejeitados por seus pais e parentes, acumulem sucessivas perdas e terrível sentimento de abandono que trazem sequelas psicológicas. (DIAS, 2010, p.12)

Essa realidade de abandono enfrentada pela população brasileira demonstra a necessidade do amparo estatal na positivação de outros institutos que podem se mostrar eficazes, assim como o parto anônimo.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Pinheiro Sales (2008, p.160) após o nascimento do filho, um significativo número de genitoras opta pelo abandono em circunstâncias de insegurança, medo e falta condições de sustento adequada. Assim, abandonos realizados em condições subumanas, sendo as crianças jogadas em lagos e lagoas, rios poluídos, em riachos, saídas de esgoto, banheiros de estações de trem, e diversas outras maneiras ao menos indignas. (OLIVEIRA, 2011, p.24)

Logo, caso uma mãe biológica decida pelo exercício da maternidade, tendo em vista o preconceito social existente relativo ao abandono de criança, e a relação afetiva entre mãe e filho não tenha sucesso, isso pode ocasionar situações problemáticas logo no início da relação, notadamente para a figura hipossuficiente da relação, o nascente, o qual poderá sofrer maus-tratos e, até mesmo ser vítima de abandono selvagem. (OLIVEIRA, 2011, p.24)

E, como última solução utilizada pela mãe para a gravidez indesejada é a opção de entregar a criança a uma família substituta, sendo que essa entrega pelo ordenamento jurídico deverá ser feita de acordo com os trâmites legais, conhecido como adoção. (OLIVEIRA, 2011, p.24)

Entretanto, o cumprimento do trâmite legal apesar de ser considerado válido e necessário pelo direito brasileiro, como já salientado anteriormente, apresenta dificuldade no que tange a opção deste pelas famílias brasileiras e inclusive as estrangeiras, pois “o processo de adoção é muito rígido e demorado, com isso algumas pessoas deram o “jeitinho brasileiro” de burlar o sistema para conseguir o resultado”. (CARVALHO; HAJJ, 2018).

Assim, conhecido como adoção à brasileira, esse processo visa a realização da entrega de maneira mais ágil, tanto a mãe que deseja entregar seu filho, quanto para a família que deseja recebê-lo, sem deixar de pensar na criança, que passa a ser recepcionada rapidamente por esta família, processo esse que “consiste em registrar filho (a) de outra pessoa como sendo próprio, sem ser registrado como ato de adoção”. (CARVALHO; HAJJ, 2018)

A adoção à brasileira não é utilizada com o intuito de burlar o sistema jurídico brasileiro atualmente vigente, mas sim se esquivar de complicação da mora no processo de adoção e sua

rigidez, que por vezes desgasta e conseqüentemente ocasiona a desistência de diversas famílias e o desamparo do possível adotado. Fato é que, apesar de compreensível tal prática, é uma conduta realizada fora dos trâmites legais, e, portanto, considerada criminosa. (CARVALHO; HAJJ, 2018)

Nesse sentido, contradições surgem, uma vez devem ser observados os pontos de vista sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro e também o interesse do menor, sendo assim, considera-se “Criminosa, pois é punida por lei, tal como descrita no Código Penal, todavia, pode ser considerada um ato de amor uma vez que acaba evitando que a criança passe a morar em casa de apoio enquanto aguarda os trâmites para a possível adoção”. (CARVALHO; HAJJ, 2018)

Portanto, a burocratização e a rigidez desaguam na mora da adoção no Brasil e, a desistência de algumas famílias em dar continuidade ao processo, tendo em vista o receio de após transcorridas todas as etapas necessárias, serem rejeitadas pelo magistrado e, conseqüentemente optam por opções que podem parecer mais céleres e eficazes. (CARVALHO; HAJJ, 2018)

Essa problemática pode ser observada pelo número de pais que esperam a conclusão do processo de adoção e de crianças que aguardam para receberem um lar e uma família substituta. “A chamada Lei de Adoção, em vez de agilizar o processo de adoção e reduzir o tempo de crianças e adolescentes institucionalizados, acabou impondo mais entraves para sua concessão. E, ao invés de esvaziar os abrigos, certamente, vai é esvaziar a adoção”.(DIAS, 2010, p.12)

Dessa forma, tendo em vista todos os problemas mencionados referentes ao abandono, aborto e inclusive a adoção realizada de maneira ilícita, torna-se compreensível a implementação do instituto do Parto Anônimo. Instituto inicialmente proposto pelo Projeto de Lei 2.834/08, conceituando-o como “ [...] aquele em que a mãe, assinando termo de responsabilidade, deixará a criança na maternidade, logo após o parto, a qual será encaminhada à Vara da Infância e da Adolescência para adoção”. (Brasil, Câmara, Projeto de Lei 2.834/08, online)

Entretanto, o Projeto de Lei 3.220/08, não só prevê em seu escopo a regulamentação sobre o instituto, mas também dispõe sobre o direito da gestante de escolher não criar sua prole e a maneira correta como que o nascente será direcionado a adoção, devendo a genitora fornecer informações genéticas e biológicas, para que quando adulto, seja resguardado ao filho o direito à personalidade, fornecendo a este, quando requerer, a verdade sobre sua origem. (OLIVEIRA, 2011, p.35)

Essa implementação no ordenamento brasileiro, é justificada pelo Projeto de Lei 3.220/08 como um mecanismo de garantia à vida e a proteção da criança, em face ao elevado índice de abandonos selvagens, assim como assegurar o direito à liberdade da genitora, sem que seja incumbido a ela a obrigação de prestar o papel de mãe. (OLIVEIRA, 2011, p.36)

O que se pretende não é esconder a maternidade socialmente rejeitada, mas garantir a liberdade à mulher de ser ou não mãe do filho que gerou, com amplo acesso à rede pública de saúde. As crianças terão, a partir de então resguardados o seu direito à vida, à saúde e à integridade e potencializado o direito à convivência familiar. (Brasil, Câmara, Projeto de Lei 3.220/08, online)

Nesse contexto, o instituto do parto anônimo se pauta na discussão de garantia de direitos fundamentais não apenas da genitora que opta por este processo, mas também resguarda o direito da família substituta e, principalmente possibilita à criança o amparo necessário. Assim, todo esse processo necessita de um amparo Estatal de modo a garantir e viabilizar esse direito. (OLIVEIRA, 2011, p.43)

Por conseguinte, é dever do Estado a garantia e efetivação de direitos fundamentais, pela perspectiva da aplicação da proteção integral devida ao nascente, entende-se que, “Valendo-se da liberdade de autodeterminação humana, cabe ao Estado, portanto, possibilitar o direito ao parto anônimo em razão da gravidez indesejada, proporcionando ao nascente um e nascimento saudáveis e, ainda, o direito à convivência familiar afetiva”. (OLIVEIRA, 2011, p.43)

O exercício do direito ao parto anônimo recai diretamente na figura do nascente, que se vê afastado do contato materno-biológico logo após seu nascimento, e sob a proteção do Estado, que deverá dispensar os cuidados necessários a sua sobrevivência e seu encaminhamento a uma família substituta. O respeito à vida do nascente e a intermediação ao convívio familiar afetivo são reflexos do exercício do parto anônimo pela gestante. (OLIVEIRA, 2011, p.43)

A institucionalização do parto anônimo por legislação brasileira é defendida como a aplicação de um direito pelo poder público. “ E, independente de uma lei específica sobre o assunto, pode o Poder Executivo apresentar políticas públicas visando a implementação de tal direito, tendo em vista a ausência de previsão legal contrária”. (OLIVEIRA, 2011, p.43)

Destarte, a implementação do instituto do Parto Anônimo por iniciativa do Estado, pauta-se no papel de garantidor constitucional, com o propósito de garantir a proteção de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, vida, liberdade, personalidade e convívio familiar.

3.1 O parto anônimo como acelerador da adoção

O parto anônimo além de ser um instituto que auxilia na aplicação da doutrina da proteção integral também tem como um dos seus objetivos a inclusão familiar da criança, a partir da aceleração da adoção, que se define como “[...] ato jurídico que estabelece entre duas pessoas uma relação análoga àquela que resulta da paternidade e da filiação. ” (SILVA FILHO, 2009, p. 48)

Nesse instituto, a destinação da criança após ser entregue aos hospitais ou mesmo instituições que assumem a responsabilidade do cuidado para com a saúde da mesma, após a

realização dos atos necessários irão encaminhá-lo ao sistema de adoção, tendo como finalidade a sua destinação a uma família, para que tenha a possibilidade de ser beneficiada com o direito constitucional à convivência familiar. (PEREIRA; RIBEIRO, 2008, p.163)

Entretanto, nem sempre a adoção foi um mecanismo de comum utilização para a proteção da criança. No período medieval eram raras as adoções e, normalmente acontecia quando adultos eram adotados com o intuito de transmissão de bens, nome e até poder político. Além do que, a separação entre os filhos e seus pais biológicos não era considerada um problema social, tendo em vista que a família não era considerada um núcleo essencial na vida da criança e, tinha como fundamento o ingresso da mesma na sociedade. (FONSECA, 2002; ARIÈS, 1981, apud SOLON, 2006, p. 5-6)

Ademais, segundo Fustel de Coulanges (2004, p. 50, apud OLIVEIRA, 2001, p. 119), o instituto da adoção, embora ainda seja utilizado na atualidade, não é considerado moderno. Em períodos anteriores, esse método tinha como objetivo a tentativa de evitar que os núcleos familiares acabassem por ser extintos no âmbito social. “ Sua origem remonta ao Código de Hamurábi, e sua maior difusão remete ao período pós-guerra. (SILVA FILHO, 2009, p. 47-48, apud OLIVEIRA, 2011, p. 119)

Apesar de ser um instituto antigo, a adoção só teve seu processo de legislação instaurado no Brasil com o advento do Estado moderno, no início do século XX. Essa legislação recebeu influência do novo entendimento surgido a época, que passou a considerar a infância como período essencial à construção da personalidade humana. (SOLON, 2006, p. 6)

Com isso, o Estado “[. . .] baseado nessa “justificativa científica”, passou a entender sua influência para dentro da vida familiar, no sentido de controlar o potencial biológico das populações, a fim de aumentar a produção econômica e, assim, a infância passou a ser vista como passagem à vida produtiva adulta”. (AMORIM, 2002; FONSECA, 2002, apud SOLON, 2006, p. 6-7)

Ainda nesse contexto de evolução da adoção, após o início conturbado marcado pelas diversas guerras, o poder público entendeu ser necessário a existência de meios para o acolhimento de órfãos. (LEWIS, 1999, apud SOLON, 2006, p. 6-7)

Ademais, a adoção das crianças recém-nascidas tinha como objetivo preencher a ausência maternal e prover um desenvolvimento saudável. Nesse sentido, explicita Lilian de Almeida Guimarães Solon:

[...] percebe-se, então, que a concepção de adoção de crianças e adolescentes na cultura ocidental é marcada por uma forte influência dos estudos psicológicos do século XX, que nos deixaram a convicção de que os indivíduos têm traços de personalidade e que esses traços derivam das primeiras experiências de vida, principalmente das relações estabelecidas entre mãe e filho, determinando todas as relações posteriores da pessoa. (2006, p.7)

Ao encontro do posicionamento acima apresentado, observa-se que o contato da criança com o convívio familiar é essencial para que aquela tenha um desenvolvimento saudável de sua personalidade. Portanto, a discussão sobre a instalação de institutos destinados a assegurar e

acelerar o processo da convivência familiar é relevante. “A correlação entre o parto anônimo e a adoção inicia-se com a análise da mãe biológica que pretende entregar seu filho a uma família substituta”. (OLIVEIRA, 2011, p.121)

Como já abordado neste trabalho, a adoção apesar de ser um sistema que resguarda a convivência familiar e o cuidado com a criança, atualmente não consegue suprir de forma eficiente todas as necessidades quanto aos processos de adoção, que com acentuada frequência são demorados. “Sabe-se que deve manter a cautela em se tratando da escolha do lar para a criança e adolescente, averiguar, seguir os procedimentos estabelecidos e analisar se o lar é adequado e proporcionará segurança e conforto, no entanto, o julgamento é lento e burocrático.” (GOMINHO; NUNES, 2019)

Nesse sentido, uma das graves consequências da morosidade no processo de adoção é a existência de famílias que, não obstante possuam os requisitos necessários a serem consideradas aptas ficam inertes na fila de espera. Assim, como tentativa de minimizar o lapso temporal para a permanência das crianças nos abrigos foi editada a Lei Federal nº 12.010/2009. (GOMINHO; NUNES, 2019)

Não é dada, a celeridade constitucionalmente conferida às crianças. Processos de habilitação que deveriam durar no máximo seis meses, duram anos. Algumas comarcas realizam uma única formação por ano e com isso represam as habilitações e terminam por levar os futuros habilitados a situações de ilegalidade através de adoções intuitu personae, sem habilitação prévia, ou, até, de ações ilegais. (MOREIRA, 2015, apud GOMINHO; NUNES, 2019)

E, com base na realidade existente no Brasil, é nítido que a mora no sistema da adoção é uma violação ao princípio constitucional da razoável duração processual, que encontra previsão no art.5º, inciso LXXVIII, da Carta Magna dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (GOMINHO; NUNES, 2019)

Nesse sentido, é de grande valia a análise realizada por Eunice Ferreira Rodrigues Granato, que corrobora com a ideia da necessidade de transformação do sistema da adoção, a fim de conferir a este a celeridade. Afirmando que:

Se, temos o objetivo de enfrentar os desafios da adoção no Brasil e promover o surgimento de uma cultura voltada para a inclusão familiar de todas as crianças e adolescentes, precisamos construir estratégias de mobilização adaptadas à diversidade que nos caracteriza, aos diversos níveis de organização, lançando ideias [. . .] fortalecendo um movimento que defende uma mudança de paradigma: da adoção como simples satisfação do desejo dos candidatos, para a adoção como defesa de um direito da criança, o de crescer em uma família. (GRANATO, 2006, apud GOMINHO; NUNES, 2019)

Portanto, verifica-se que o parto anônimo, apesar de existirem críticas sobre a instituição no ordenamento jurídico brasileiro que advém daqueles que o descreve como um instituto desnecessário face ao sistema de adoção (SOUZA; AZAMBUJA, 2008, p. 65), se apresenta

como uma tentativa que tem como finalidade reduzir essa mora jurisdicional recorrente no processo de adoção. (OLIVEIRA, 2011, p. 122)

À vista disso, o projeto de Lei 3.220/08, já mencionado, tendo como alvo a institucionalização desse facilitador da adoção, o parto anônimo, objetiva não apenas “[...] proporcionar a efetivação do direito à convivência familiar afetiva, [...] busca a preservação do respeito à vida do nascente, com a facilitação do processo de entrega pela mãe biológica [...]”, estando assim em consonância com o ideal de um paradigma de adoção voltado à proteção da criança, tanto no meio familiar, como no social. (OLIVEIRA, 2011, p. 122)

Dessa forma, o Parto Anônimo não se opõe ao instituto da adoção, tendo como fim ser uma aceleração deste, garantindo que a entrega a criança pela mãe biológica seja realizada de maneira segura, direcionando-a de forma mais ágil ao convívio familiar e, assegurando a família substituta o direito de adoção de modo mais célere e eficaz.

3.2 O parto anônimo sob a ótica da proteção integral

A inserção do Parto Anônimo no ordenamento jurídico vai ao encontro da proteção da criança prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Carta Magna em seu artigo 227, prevê essa proteção como sendo dever de todos, quando determina que:

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

Assim sendo, a implementação de métodos e instrumentos capazes de contribuir para esse dever constitucional são de extrema valia. Não obstante, após longo processo evolutivo, o Brasil supera a Teoria da Situação Irregular- em que o Estado só era obrigado a atuar em casos em que há prevalência do binômio da carência e violência, caso contrário o dever de cuidado era exclusivamente da família- e, adota a Teoria da Proteção Integral, determinando como dever de todos a garantia de cuidado. Além do que, o afeto e o cuidado são vinculados às ideias da adoção e o exercício do parto anônimo. (OLIVEIRA, 2011, p.115)

Nesse sentido, é possível observar que o instituto em tela apesar de ainda não implementado no ordenamento brasileiro, enquadra-se na Teoria adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo Código Civil vigente, além de constar na própria legislação suprema, a Constituição Federal. Por isso, a criança deixa de ser vista como mero objeto social e, passa a ser “[...] reconhecida constitucional e infraconstitucional como sujeito de direitos na sociedade brasileira”. (OLIVEIRA, 2011, p.115)

Ademais, quando o texto constitucional prevê o dever de todos quanto ao amparo, assistência, segurança da criança, inclui-se esse cuidado no âmbito familiar. Embora normalmente se interpreta o conceito de família como sendo apenas aquela advinda de laços

sanguíneos, é importante res-saltar que dentro do contexto do parto anônimo existe uma nova conceituação de família e de paternidade. “[...] Desvinculada do aspecto tão-somente biológico, a paternidade revela-se como uma opção, e não como uma imposição, capaz de conduzir os filhos à autonomia e ao encontro de sua identidade”. (PINHEIRO, 2008, p.291)

Em um contexto social, em que o significado de família se modificou é importante que novos institutos surjam com a finalidade de acompanhar e amparar a inserção das crianças em novos lares e com isso, incentivar na constituição de novas famílias. “A repersonalização das novas relações familiares provocou o surgimento da família eudemonista, tendo o afeto como elemento precípua para a caracterização de uma entidade familiar”. (OLIVEIRA, 2011, p.114)

Ainda, é cabível a interpretação de que com a Teoria da Proteção Integral é imprescindível que esse conceito saia da esfera idealista e passe a ser implementada em métodos sociais eficazes, pois deve ser observada como “[...] um dever social, e como uma norma constitucional não é sugestão ou conselho, é determinação”. (PEREIRA, 2008, p.338)

Sendo assim, o enfoque do parto anônimo é assegurar às crianças a possibilidade de cumprimento dos direitos fundamentais, como a vida, a dignidade e o direito a participar da constituição familiar. Porquanto, para que isso ocorra, é de extrema valia que a genitora possa ter liberdade em escolher entregar seu filho em casos que se vislumbre garantia da proteção da criança. (OLIVEIRA, 2011, p.118)

Dessa forma, a institucionalização de outros meios com a finalidade de alcançar a proteção integral é necessária e, nesse aspecto, o parto anônimo “[. . .] é o único instituto que, por ora, se apresenta com uma função prestante, ainda que não seja a melhor e mais indicada, qual seja: garantir a vida, a integridade e a dignidade da criança que a mãe não pode ou não desejou criar”. (ALBUQUERQUE, 2008, p.158)

Portanto, o parto anônimo pode ser observado como um instituto que possui como uma de suas finalidades o amparo e segurança da criança de maneira efetiva e eficaz, encontrando respaldo na proteção integral. Assim, o parto anônimo visa garantir o melhor interesse da criança, e nessa perspectiva:

Ressalta-se que a proteção integral, segundo Tânia da Silva Pereira (2008, p. 338), “é um dever social, e como norma constitucional não é sugestão ou conselho, é determinação. Nesse sentido, os defensores do parto em anonimato alegam que sua institucionalização proporciona a efetivação da doutrina da proteção integral[. . .]” (OLIVEIRA, 2011, p.117)

Por óbvio, assim como qualquer outro instituto tendente a debates, existem posicionamentos contrários a essa implementação do parto anônimo, como exemplo pode-se citar Luiz Edson Fachin, Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay Azambuja, cujos pensamentos vão ao encontro no que se refere ao retrocesso da família sob o aspecto do suposto incentivo à irresponsabilidade e negação do filho por parte da genitora. (OLIVEIRA, 2011, p.118-119)

Entretanto, tendo em vista os projetos de lei por ora postos em discussão, o Parto Anônimo é defendido como uma solução a conflitos que se vinculam ao princípio da proteção

integral. Nessa perspectiva, reafirma-se que a desvinculação entre a genitora e sua prole por vezes ocorre de maneira humanamente inaceitáveis, por exemplo em caso que se verifica o abandono selvagem, que ainda é uma realidade crescente no Brasil, como apresentado por Olívia Marcelo Pinto de Oliveira (2011, p.118)

Em consonância com esse entendimento, como meio de garantir a aplicação da proteção da criança e a decisão da genitora, conclui-se que:

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

Em conclusão com o que fora apresentado, à instituição do Parto Anônimo encontra respaldo na busca pelo efetivo cumprimento da Teoria da Proteção Integral presente na Constituição Federal do Brasil de 1988 e, por isso, a justificativa do Projeto de Lei 3.220/08 é legítima. Contudo, como vale ressaltar que ainda há insegurança jurídica e social quanto a essa implementação, inclusive no que se refere a carência de pesquisas voltadas ao índice de abandono no Brasil.

CONCLUSÃO

O desígnio do presente trabalho direciona-se a problemática sobre implementação do Parto Anônimo no ordenamento jurídico brasileiro, com o propósito de assegurar os direitos fundamentais da criança e de sua genitora, entre os quais se apresentam a dignidade da pessoa humana, vida, personalidade, liberdade e convivência familiar.

É perceptível que mudanças significativas ocorreram para que surgisse a sociedade atual e, conseqüentemente no âmbito familiar, fatores que ocasionaram novos paradigmas e ideias jurídicos, vez que o Direito deve se moldar a sociedade para qual foi criado e terá sua aplicabilidade.

Não obstante, é fato que problemas enfrentados pela sociedade contemporânea passam dificuldades que surgiram desde tempos remotos, como exemplo, o aborto, abandono infantil selvagem e a entrega ilegal da criança por sua genitora.

Nesse sentido, são nessas dificuldades que se baseia a discussão sobre a aplicação do instituto do Parto Anônimo no Brasil, a fim de minimizar de maneira significativa o índice de abortos e abandonos de crianças, que ocorrem por vezes em condições subumanas ou ainda, através de meios considerados ilícitos, como a adoção à brasileira.

No Brasil, atualmente, em casos de necessidade ou decisão de entrega de sua prole por parte da genitora, utiliza-se o instituto da adoção, que claramente possui seus pontos positivos, como a destinação da criança a uma família substituta, que se responsabiliza ao cuidado e amparo da mesma.

Entretanto, a adoção apesar de apreciável, enfrenta diversos entraves até sua efetivação de fato, a exemplo, a mora e burocracia do procedimento, o que acaba provocando uma barreira para assegurar o direito à convivência familiar e a proteção da criança.

Assim, esse atraso procedimental, tem como consequência a desistência de diversas famílias ora ao menos para tentar aderir ao instituto, ora por insegurança de ter que passar por todo um processo e serem rejeitados, sem deixar de mencionar, as diversas crianças que acabam ficando nos orfanatos e abrigos e não são beneficiadas com o acolhimento familiar pois chegam à idade limite e necessitam sair do sistema adotivo.

Deste modo, o parto anônimo visa acelerar o processo de adoção, facilitando a entrega da prole por parte da mãe, ampliando a perspectiva das famílias substitutas de acolherem o futuro filho (a) de forma mais célere e ainda, assegurar que a criança tenha o direito à convivência familiar, cuidado, amparo e a proteção, evitando que fique tempo elevado à espera da conclusão da adoção.

A implementação do instituto do Parto Anônimo não é novidade no âmbito mundial, tendo em vista que diversos países são adeptos à sua aplicabilidade. Isso demonstra que se em

outros países esse instituto surtiu resultados, pode ser uma esperança no sentido de agilizar o sistema brasileiro da entrega e garantir direitos fundamentais da genitora e da criança.

A discussão sobre o aborto e o abandono na esfera jurídica brasileira reflete-se na positivação de punições penais. Assim, o parto anônimo vem como uma solução para reduzir conflitos quanto o direito de liberdade de escolha por parte da mãe e ainda, o direito à vida da criança, dando uma outra perspectiva à entrega que poderá ser realizada de modo mais eficaz, célere, garantido o amparo estatal, sem que resulte em punição a quem aderir ao instituto.

Considera-se de extrema valia, portanto, o estudo sobre o tema a fim de compreendê-lo como um acelerador o processo judicial da adoção presente no Brasil e, ser sua implementação uma solução que vise a garantia de direitos fundamentais.

Por todo o exposto, verifica-se que a implementação do instituto do Parto Anônimo é medida e solução cabível no ordenamento jurídico, por ter como objetivo a proteção de direitos fundamentais positivados na Constituição Federal e o aceleração e eficácia da adoção, não existindo qualquer vedação legal para esse processo.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Danielle Dantas Lins de. **Parto Anônimo e princípio da afetividade**. 2011. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/3845/1/arquivo2454_1.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

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

_____. **O instituto do parto anônimo no direito brasileiro: avanços ou retrocessos**. In: Em destaque - Parto em anonimato: uma janela para a vida. Revista Direito das Famílias e Sucessões nº 1, Dez-Jan, 2008. p. 143-159. VI Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e solidariedade. Belo Horizonte, 14-17 de novembro de 2007. Programação: temas e palestrantes. p. 11.

_____. **O instituto do parto anônimo no direito brasileiro**. 2007. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/64.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 17.

BOFF, Leonardo. **O cuidado essencial: princípio de um novo ethos**. 2005. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1503/1689>. Acesso em: 03 set. 2019

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 2.834, de 29.02.2008. Apresentado pelo deputado Carlos Bezerra, Institui o parto anônimo. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=383669>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.220, de 09.04.2008. Apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro. Regula o direito ao parto anônimo e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=389933>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 set. 2019.

CARVALHO, Tâmara Monteiro; HAJJ, Hassan. **Adoção à brasileira: caracterização de ato de amor e nobreza**. 2018. Disponível em:

<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3249/2675>. Acesso em: 03 set. 2019

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 03 set. 2019

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

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

DINIZ, João Seabra. A adoção: notas para uma visão global. In: FREIRE, Fernando (Org.). **Abandono e Adoção: contribuições para uma cultura da adoção**. Terre des Hommes. Curitiba, 1991. p. 67-83.

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

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; NUNES, Brenda Neves de Oliveira. **A burocracia e a demora nos processos de adoção no Brasil: uma abordagem à luz das regras do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. 2019. Disponível em: <https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/723816183/a-burocracia-e-a-demora-nos-processos-de-adoacao-no-brasil-uma-abordagem-a-luz-das-regras-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca>. Acesso em: 03 set. 2019

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção: doutrina e prática**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2006, s/p

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

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

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

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

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

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

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

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

_____. **Mães abandonadas: a entrega de um filho em adoção**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2001.

OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. **O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**.

ed. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdán. **O parto anônimo em exame: uma análise à luz dos princípios bioéticos e da doutrina da proteção integral**. 2017.

Disponível em: <http://sosmulherefamilia.blogspot.com/2017/12/o-parto-anonimo-em-exame-uma-analise.html>. Acesso em: 03 de set. 2019

PENALVA, Luciana Dadalto. **Parto anônimo e direitos de personalidade**. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 87-99, mar. 2009.

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

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

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

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CAVALHEIRO, Joelma Isamáris. **Entre o “nó” e o “ninho”**: notas sobre a usucapião familiar em face o direito fundamental à moradia. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ac796a52db3f16bb>. Acesso em: 03 set. 2019

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Planejamento familiar e condição feminina. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **A construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nunia Fabris, 2008.

QUEIROZ, Olívia Pinto de Oliveira Bayas. **O Parto Anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro**. 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141_839.pdf. Acesso em: 03 set. 2019

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

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

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

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

_____. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

SILVA, Aline Amaral da. **Parto Anônimo sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988**. 2012. Disponível em:

<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67392/000872228.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 de set. 2019.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **A dignidade da pessoa humana no contexto da pós modernidade**: o direito no século XXI é tolerância, bom senso e cidadania. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenação). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SOLON, Lilian de Almeida Guimarães. **A perspectiva da criança sobre seu processo de adoção**. 2006. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-23022007-171716/publico/LiliandeAlmeidaGuimaraesSolon_MESTRADO.pdf. Acesso em: 03 set. 2019.

VALDEZ, Diane. **“Inocentes Expostos”**: o abandono de crianças na província de Goiás no século XIX. *Inter-ação: Rev. Fac. Educ. UFG*, v.29, n.1, p. 107-129, jan./jun. 2004. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/interacao/article/view/1334/1370>. Acesso em: 03 set. 2019.