

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VALÉRIA GURKEWICZ EIGLMEIER

PORTINHOLA DE BEBÊS E PARTO ANÔNIMO: ENTRE O DIREITO AO
CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E O DIREITO À VIDA.

CURITIBA

2013

VALÉRIA GURKEWICZ EIGLMEIER

PORTINHOLA DE BEBÊS E PARTO ANÔNIMO: ENTRE O DIREITO AO
CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E O DIREITO À VIDA.

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de
graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof^o. Dr^o. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk.

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

VALÉRIA GURKEWICZ EIGLMEIER

PORTINHOLA DE BEBÊS E PARTO ANÔNIMO: ENTRE O DIREITO AO
CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E O DIREITO À VIDA.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito no curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Professor Doutor Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Orientador - Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR.

Professor Doutor Egon Bockmann Moreira
Primeiro membro - Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR.

Professora Doutora Melina Girardi Fachin
Segundo membro - Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR.

Curitiba, 06 de dezembro de 2013.

DEDICATÓRIA

AGRADECIMENTOS

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo examinar a possibilidade de inserção das portinholas de bebês e do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro. Tais medidas foram propostas por dois projetos-de-lei no Congresso Nacional, o PL 2747/08 e o PL 3220/08, que aludiam à presença das portinholas de bebês e do parto anônimo nas legislações estrangeiras. Estes projetos, contudo, foram rejeitados pelas comissões que os analisaram, sob o argumento de inconstitucionalidade e de representarem um retrocesso aos direitos das crianças. É sob a perspectiva do direito ao conhecimento da origem genética e do estado de filiação (abarcando, também, a maternidade/paternidade responsável) que o presente trabalho se propõe a investigar se as portinholas de bebês e o parto anônimo são compatíveis com o atual ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Portinholas de bebês. Parto Anônimo. Constituição Federal de 1988. Direito ao conhecimento da origem genética. Estado de filiação. Maternidade/Paternidade responsável.

ABSTRACT

This paper intends to examine the possibility of inserting the baby safe haven and the anonymous birth in the Brazilian legal system. These measures were proposed by two bills in the National Congress, the Bill 2747/08 and the Bill 3220/08, which alluded to the presence of baby safe haven and anonymous birth in the foreign laws. These bills, however, were rejected by the Commissions that analyzed them, arguing unconstitutionality and that these bills represented a regression to the children's rights. It's through the perspective of the knowledge genetic ancestry's right and the filiation state (involving, too, the responsible motherhood/fatherhood) that this paper proposes to investigate if the baby safe haven and the anonymous birth are compatible with the current Brazilian legal system.

Key-words: Baby safe haven. Anonymous birth. Federal Constitution of 1988. Knowledge Genetic ancestry's right. Filiation State. Responsible motherhood/fatherhood.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 BREVE HISTÓRICO.....	10
2.1 ACOLHIMENTO DE RECÉM-NASCIDOS.....	
2.2. PORTINHOLA DE BEBÊS E PARTO ANÔNIMO: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA.	
2.3. PORTINHOLA DE BEBÊS.	
2.4. PARTO ANÔNIMO.	
3. PORTINHOLA DE BEBÊS E PARTO ANÔNIMO NO DIREITO COMPARADO.	
3.1. PORTINHOLA DE BEBÊS E PARTO ANÔNIMO NO DIREITO FRANCÊS.	
3.2. PORTINHOLA DE BEBÊS E PARTO ANÔNIMO NO DIREITO ALEMÃO.	
3.3. O JULGAMENTO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM NO CASO ODIÈVRE.	
4. PORTINHOLA DE BEBÊS E PARTO ANÔNIMO À LUZ DO DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA.	
4. O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA.	
4.1. O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA COMO DIREITO DE PERSONALIDADE.	
4.2. O DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM GENÉTICA E O ESTADO DE FILIAÇÃO.	
5. PORTINHOLA DE BEBÊS E PARTO ANÔNIMO À LUZ O ESTADO DE FILIAÇÃO.	
5.1. O ESTADO DE FILIAÇÃO NOS CÓDIGOS DE 1916 E DE 2002.	
5.2. A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA.	
5.3. A MATERNIDADE/PATERNIDADE RESPONSÁVEL.	
6. À GUIA DE CONCLUSÃO: PROBLEMATIZAÇÃO SOBRE A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DA IMPLANTAÇÃO DESSAS MEDIDAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.	
REFERÊNCIAS	
ANEXOS	

1. INTRODUÇÃO.

As portinholas de bebês e o parto anônimo são adotadas por alguns países para fazer frente ao abandono e ao infanticídio de recém-nascidos. Essas medidas não existem no Brasil. Contudo, diante do grande número de abandonos de crianças que permeiam os diversos tipos de meios de comunicação, recentemente dois projetos-de-lei foram apresentados no Congresso Nacional com o objetivo de inseri-las no nosso ordenamento jurídico: os PL 2747/2008 e PL 3220/2008. O objetivo de tais projetos era, resumidamente, assegurar a vida da criança ao permitir o anonimato dos pais.

Tais projetos foram rejeitados sob o argumento, dentre outros, de não observarem certos direitos fundamentais das crianças e de irem de encontro à atual compreensão de família. De acordo com as comissões que os analisaram, tais projetos apresentavam implicações jurídicas insanáveis e não consideravam a criança como sujeito de direitos a merecer proteção especial. Em razão disso, foram considerados inconstitucionais.

A seguir, serão analisadas essas medidas e suas conseqüentes implicações jurídicas na atual legislação brasileira. O primeiro capítulo aborda o fenômeno do abandono de crianças presente nos mais diversos contextos históricos, - distinguindo as portinholas de bebês do parto anônimo - e descreve os projetos-de-lei que visavam instituí-las em nosso ordenamento jurídico. O capítulo seguinte expõe o tratamento dessas medidas na França e na Alemanha - explicando o porquê naquele país o anonimato dos pais frente à criança é possível e neste último não - bem como analisa o julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos no caso Odièvre. Já o terceiro capítulo estuda as implicações jurídicas da eventual posituação dessas medidas à luz do direito ao conhecimento da origem genética, do estado de filiação e da paternidade/maternidade responsável. Por fim, no último capítulo, conclui-se que tais medidas violam certos direitos das crianças, dentre os quais o de conhecer a ancestralidade genética e de serem merecedoras de proteção integral, e não observam o fato dos menores hoje serem considerados sujeitos de direitos, razão pela qual as portinholas de bebês e o parto anônimo são institutos que colidem com o atual ordenamento jurídico brasileiro.

2. Breve histórico.

Neste capítulo, primeiramente, discorre-se a respeito do fenômeno do abandono de recém-nascidos, apreendendo-se que este fenômeno sempre se fez presente na humanidade. Em seguida, as portinholas de bebês e o parto anônimo são caracterizadas e diferenciadas, citando-se quais os países em que existem essas medidas. Dentro do subcapítulo do parto anônimo, ainda, são descritos os projetos-de-lei 2747/2008 e 3220/08, que visavam instituí-lo no ordenamento jurídico brasileiro.

É o que se verá a seguir.

2.1 Acolhimento de recém-nascidos abandonados: breve histórico.

O fenômeno do abandono de crianças fez-se presente em todas as épocas históricas, variando-se tão somente, no transcorrer dos tempos, as motivações, as circunstâncias, as causas, as intensidades e as atitudes frente a essa dolorosa prática¹.

Na Antiguidade, afere-se das narrativas disponíveis que todas as grandes civilizações conviveram com esse fenômeno². A Bíblia, livro sagrado do povo hebreu, faz inúmeras alusões, no Antigo Testamento, ao abandono de bebês. A mais conhecida, sem dúvida, é a do profeta Moisés, forçadamente abandonado por sua família e encontrado em um cestinho de vime à beira do Rio Nilo pela filha do faraó, sendo por ela recolhido³.

As civilizações grega e romana conviveram com o abandono de crianças e os principais motivos desta prática eram a deformidade do bebê e a pobreza da família. É de se lembrar que nestas civilizações o poder do pai sobre os filhos era absoluto,

¹ MARCÍLIO, Maria Luiza. *História Social da Criança Abandonada*. São Paulo: Hucitec, 2006. p. 21.

² É dessa época, aliás, que surge a primeira regulamentação escrita a respeito do abandono de crianças. O Código de Hamurábi, no II milênio a. C., prescrevia “Se um homem tomou uma criança para adotar com o seu próprio nome e a educou, esse filho adotivo não pode ser reclamado”. Cf. Goody, Jack. *Adoption in Cross-Cultural Perspective*. *Comparative Studies in Society and History*, II (1): 55-78, jan. 1969, p. 55 (Apud) MARCÍLIO, Maria Luiza. *História Social da Criança Abandonada*. São Paulo: Hucitec, 2006, p.21.

³ BÍBLIA. Êxodo, Cap. 2, versículos 3-6.

sendo que os recém-nascidos só eram acolhidos em razão de uma decisão do chefe de família. Era permitido a ele matar, vender ou expor o filho sem que disso decorresse qualquer tipo de sanção. Caso o bebê fosse abandonado, era costume deixar junto a ele sinais de identificação para que posteriormente fosse possível aos pais recuperar o filho, se as circunstâncias assim permitissem e se tivessem a intenção de reavê-lo.

Tanto na Grécia como em Roma casais que não tinham filhos poderiam fazer uso do instituto da adoção. No entanto, tal instituto era utilizado mais como uma solução para possibilitar a continuidade da religião doméstica (Grécia)⁴ ou como solução para evitar o desaparecimento da família (Roma)⁵ do que propriamente para diminuir o número de crianças abandonadas.

Ainda que no final da Antiguidade tenha havido mudanças quanto aos princípios jurídicos sobre a exposição de crianças (notadamente o Édito de 331, que diminuiu a extensão da *Patria Potestas* ao não mais reconhecer o direito de recuperar os filhos expostos), parece não ter havido, em boa parte da Antiguidade, a existência de uma instituição para cuidar das crianças abandonadas. Os expostos eram, simplesmente, relegados à própria sorte.

A compaixão pelos pequeninos e o respeito às suas vidas apenas se tornou relevante com o crescimento do cristianismo, que ocorreu no fim do Império Romano. Após a queda deste Império e no início da Idade Média, o abandono de crianças continuava a ser comum, mas o espírito cristão influenciou novos comportamentos frente aos enjeitados. Segundo MARIA LUÍZA MARCÍLIO, em livro intitulado "*História Social da Criança Abandonada*", ao longo da História do Ocidente cristão é possível distinguir três grandes fases na assistência e proteção às crianças abandonadas: a *fase caritativa*, a *fase da filantropia científica* e a *fase do Estado de Bem Estar Social*.

Antes de se discorrer sobre essas fases, é necessário enfatizar que elas não ocorreram de forma estanque, a ensejar uma total separação entre elas sem que as características de uma tenham se feito presente em outra fase. Não é o intuito, também, entender que entre essas fases houve uma linha evolutiva quanto ao abandono de bebês. Tal fenômeno sempre se fez presente e guardou relação em

⁴ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 59.

⁵ MARCÍLIO, M. L. Obra citada, p. 25-26.

como as formações familiares ocorriam e quais eram os valores a serem observados entre os membros. A família, é de se lembrar, apresenta elementos da denominada história estrutural, de longa duração, em que as permanências se fazem presentes e que podem durar por séculos inteiros. Conseqüentemente, também o abandono de recém-nascidos é assim, não sendo possível a sua compreensão sem levar em conta que instâncias anteriores dessas fases a influenciam e que, de forma dialética, com elas se entrelaçam⁶.

A *fase caritativa*, que coincide com a oficialização do cristianismo no Império Romano e perdurou por séculos, caracterizou-se pelo sentimento de fraternidade humana e privilegiou a caridade e a beneficência como formas de ação. Tal fase sofreu transformações ao longo de sua duração, mas em toda a sua existência perdurou a falta de preocupação em controlar ou condenar a prática de expor crianças e a ausência de pretensão de mudanças sociais⁷.

A inspiração religiosa serviu de fundamento para a *aliena misericórdia* (a misericórdia do outro) e a caridade tornou-se uma condição para a salvação da alma. Quanto ao exposto, esperava-se que este fosse recolhido e que sobrevivesse.

O seguinte trecho do livro de MARIA LUÍZA MARCÍLIO descreve bem a filosofia cristã no medievo:

“Na sociedade cristã ocidental, a psicologia da exposição é, sem dúvida, mantida muito próxima da herdada da Antiguidade, ou seja, deixar a sorte dos inocentes não desejados nas mãos de Deus – responsável por seu nascimento – e, assim não sujar as próprias mãos com o sangue de seus filhos. Mas já se começava a especular a caridade do “outro”. (...). Aqueles que encontravam uma criança abandonada ficavam na obrigação de se mostrar caritativos; caso contrário, cometeriam pecado grave”⁸.

O exercício da beneficência, primeiramente, coube a iniciativas e atividades laicas que, aos poucos, foram substituídas para uma espécie de monopólio monástico. A Igreja, entre os séculos V e X, exerceu papel ímpar na recepção e na distribuição de bebês abandonados ao facilitar, em sua organização paroquial, o local de sua exposição e, também, procurar novos lares para os expostos⁹.

Durante a Alta Idade Média surgiu o instituto da oblação, que era a doação de uma criança a um mosteiro. A *oblatio* atendia a fins tanto espirituais – pois o enjeitado era posto a serviço de Deus e de sua religião – quanto práticos – já que

⁶ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 84.

⁷ MARCÍLIO, Maria Luíza. *História Social da Criança Abandonada*. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 306.

⁸ MARCÍLIO, Maria Luíza. *História Social da Criança Abandonada*. São Paulo: Hucitec, 2006, p. 37.

⁹ MARCÍLIO, M.L., op cit.,p. 32-33.

regulava o tamanho da família, da distribuição da herança e, o mais importante, evitava o infanticídio. Nesse período, devido ao grande número de bebês oblatos, as comunidades monásticas transformaram-se em verdadeiros berçários.

As transformações ocorridas a partir do século XI, no entanto, exigiu mudanças no assistencialismo até então em voga. É nessa época que renasce a prática do comércio e a cidade começa a sua crescente ascensão sobre o campo. Como resultado, aumentou o número de pobres e estes se tornaram cada vez mais visíveis nos núcleos urbanos. Além disso, a Igreja, por meio de regulamentos, passou a impor sérias restrições quanto aos filhos ilegítimos - o que acabou por estigmatizá-los na sociedade - e extirpou a prática da adoção, impossibilitando, assim, a inserção da criança abandonada em uma família substituta¹⁰.

As iniciativas caritativas multiplicam-se, a partir de então, fora da Igreja. Inúmeros hospitais e outras instituições de assistência médica e social contaram com a ativa participação das guildas, das corporações de ofícios e das confrarias. Também entram em cena os municípios, que passaram a assumir a responsabilidade pelos enfermos, pobres e necessitados.¹¹

É a partir do apoio das municipalidades, das confrarias e dos legados que surgem as primeiras instituições de proteção à criança órfã ou abandonada. Gradativamente, os hospitais medievais e outras instituições de caridade saem da administração dos religiosos e passam para a jurisdição secular. Não que a Igreja tenha abandonado a assistência às pessoas carentes, mas do século XIII em diante a Europa progressivamente institucionalizou os serviços sociais e, dentre eles, a assistência à criança abandonada.

Os hospitais, antes numerosos e pequenos, transformaram-se em grandes estabelecimentos centralizados, ocorrendo isso também com os de atendimento especializado à criança abandonada. A Itália foi a pioneira na concentração dos pequenos hospitais para os expostos em uma *Ca'grande* (Casa grande) ou em um *Ospedale Maggiore* (Hospital Central). Em seguida, países como a França, a Bélgica, a Espanha e Portugal seguiram o exemplo italiano de reunir em um único estabelecimento as inúmeras organizações assistenciais da Idade Média.

¹⁰ MARCÍLIO, M.L. Idem, p. 42-46.

¹¹ MARCÍLIO, M.L. Idem, 38-39.

Na grande maioria dessas instituições centralizadas foi instalada a Roda dos Expostos, que é considerada a primeira iniciativa pública de atendimento à criança¹².

De forma cilíndrica e com uma divisória no meio¹³, a “Roda” caracterizava-se como um artefato de madeira onde o bebê era deixado e por meio de um giro era conduzido¹⁴ para o interior de uma instituição de caridade. O toque de uma campainha, ou um badalar de sino, avisava os internos que uma criança havia acabado de ser posta na roda – e que a pessoa que a entregou não queria ser identificada. A Roda, além de possibilitar o anonimato da mãe, aumentava as chances de sobrevivência do bebê, pois já em seguida este era entregue a uma ama-de-leite para ser amamentado e criado¹⁵.

O sistema da “Roda dos Expostos” generalizou-se nos países católicos¹⁶ e encontrou na defesa dos bons costumes e da preservação da moral familiar, aliada ao dever principal de salvar a alma do pequeno inocente por meio do batismo¹⁷, os motivos para a sua instalação.

A assistência dada às crianças em Portugal e suas respectivas colônias era regulamentada pelas Ordenações Manuelinas de 1521 e foi confirmada pelas Ordenações Filipinas de 1603. Devido à herança de Portugal, a Roda começou a ser utilizada no Brasil colonial por meio de convênios entre as municipalidades e as Santas Casas de Misericórdia. O sistema da Roda dos expostos, juntamente com a obrigação das Câmaras Municipais pela tarefa de assistir aos enjeitados e a atuação

¹² ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O instituto do parto anônimo no Brasil*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, v.1, dez./jan. 2008, p. 144.

¹³ MARCÍLIO, M.L., op cit.,p. 57.

¹⁴ ALBUQUERQUE, F. S., Obra citada, p. 144.

¹⁵ As amas-de-leite eram mulheres que amamentavam e cuidavam das crianças durante a primeira infância destas. Eram, em geral, provenientes das categorias baixas da sociedade e não possuíam noções básicas de higiene e nem orientações sobre alimentação infantil ou cuidados com o bebê, razão pela qual a mortalidade das crianças nas casas das amas era alto. Contudo, sem elas nenhum tipo de assistência aos enjeitados teria sido possível antes da difusão da amamentação artificial (que ocorreu em fins do século XIX). Cf. MARCÍLIO, M.L. Idem, p. 65-67.

¹⁶ É de ressaltar que nos países protestantes, ao contrário dos católicos, raramente ocorria o abandono de crianças. Isso deve-se pela atitude desenvolvida desde a Reforma de que cada pessoa era responsável pelos atos praticados. Os pais, em quaisquer circunstâncias, deveriam assumir o filho gerado. Cf. MARCÍLIO, M.L. Idem, p. 79.

¹⁷ Segundo a filosofia católica, o batismo era a precondição única de salvação da alma e a chave de entrada no Paraíso. O inocente que morria sem esse sacramento, mesmo sem ter ainda pecado, poderia ficar eternamente privado da visão beatífica de Deus e de seu séquito de anjos e de santos em um espaço conhecido como limbo - meio nebuloso, nem céu nem inferno, povoado tão somente por inocentes e pagãos sem batismo, daí porque a importância desse sacramento no imaginário e na prática do povo. Só o batismo era capaz de destruir o pecado original. Cf. MARCÍLIO, M.L., op cit.,p. 43. Esse entendimento, contudo, foi afastado recentemente durante o pontificado do Papa Bento XVI, que confirmou as almas que não tenham cometido pecados graves vão para o céu, ainda que tenham sido batizadas.

de famílias ou indivíduos na criação de bebês abandonados foram as três formas básicas de assistência à infância desvalida durante a *fase caritativa* no Brasil¹⁸.

Essa assistência apoiada pelas corporações de ofício, confrarias e municipalidades se encaixa na última parte da denominada *fase caritativa*. A partir do século XVI e principalmente durante o século XVIII a caridade privada aos poucos cede espaço a uma política secularizadora que confia nos poderes públicos o exercício da assistência social.

É em meados do século XVIII que emerge a segunda fase da assistência à criança abandonada, a *fase da filantropia científica*, que recebe influência da Filosofia Iluminista e Liberal e caracteriza-se pela gradativa tendência em substituir a caridade particular, ou religiosa, por uma beneficência pública. Para essa nova fase, a assistência aos expostos era antes um problema material do que espiritual e, por meio de políticas públicas e sociais, estes deveriam ser capacitados profissionalmente para se fazerem úteis ao Estado e à sociedade.

É de se lembrar, contudo, que características da assim chamada *fase caritativa* continuavam a existir e influenciou a *fase da filantropia científica*. É de se enfatizar que não houve uma separação estanque entre essas fases.

A *fase da filantropia científica* coincide com as mudanças econômicas e sociais que atravessaram a Europa a partir de meados do século XVIII. A Revolução Industrial e o progresso da ciência, aliado a um grande impulso demográfico, provocaram alterações estruturais que acabaram por agravar a pobreza e os problemas sociais, dentre eles o do abandono de crianças.

Na Europa do século XIX o fenômeno da exposição de bebês ampliou-se a tal ponto que, nas palavras de MARIA LUÍZA MARCÍLIO, o século XIX foi “o século da criança abandonada na Europa”. Além dos motivos já presentes em outras épocas (deformidade, pobreza), um outro contribuiu decisivamente para o aumento no número de recém-nascidos abandonados, a ilegitimidade, que já era condenada pela Igreja há muito tempo, mas que neste século começa a receber maior censura da sociedade em razão do advento de um modelo familiar que consagrou-se nas codificações civis oitocentistas e passou a ser o único reconhecido juridicamente: a família nuclear.

¹⁸ MARCÍLIO, M.L., op cit., p. 135-136.

Formada pelos pais – unidos pelo casamento civil – e a filiação daí decorrente, a família nuclear, dentre outras características, estabelecia a desigualdade entre os filhos ao considerar legítimos somente aqueles nascidos na constância da relação matrimonializada e empurrar para a ilegitimidade os filhos havidos fora do seio do casamento. Há a condenação moral da mãe solteira e os frutos de seus pecados – os filhos ilegítimos – tornam-se fonte maior da existência de crianças abandonadas. A ilegitimidade, portanto, tornou-se um forte motivo para a exposição de bebês no século XIX, fazendo com que os números de enjeitados nas Rodas e nos hospitais se elevassem assombrosamente. De acordo com Maria Luíza Marcílio:

O século XIX foi (...) o século da criança abandonada na Europa. Da criança legítima, da ilegítima e da abandonada.

(...)

Desde 1842, o número de expostos dos hospitais de Milão nunca foi inferior a 3 mil, chegando a 5 mil entre 1861 e 1867. Esse exemplo pode ser estendido a toda Itália. Na cidade de Brescia, a média anual foi de 434 exposições, entre 1600-1649, tendo caído para 341 na segunda metade do século XVII. A partir de 1750, os números não pararam de subir, atingindo 346, em fins desse século, para explodir no século seguinte. Entre 1800-1830, a média anual de abandonados naquela cidade italiana elevou-se para 4665. No período de 1830-1859, o número subiu para 5840. Na década de 1860-69, o número de exposições em Milão foi assombroso: 8403! Os números falam por si mesmos.

Na maioria das cidades italianas – bem como em países como Rússia, Áustria, Espanha, Portugal, Polônia e Bélgica – o número de expostos aumentou nessa mesma ordem de grandeza.

(...)

O aumento do abandono de bebês na Europa no século XIX se deveu, em parte, ao aumento da ilegitimidade.¹⁹

Paralelamente ao brusco aumento no número de crianças expostas, a alta taxa de mortalidade também era uma realidade presente no sistema das Rodas, que chegava de 80% a 90% de mortes de bebês antes de atingirem a idade de doze meses²⁰, o que obrigou os governos e a sociedade a estabelecer normas, instituições e políticas públicas que fizessem frente a esse grande problema social. Para combater a mortalidade infantil, tanto na população como nas instituições de expostos, adotam-se métodos de trabalho higienistas e multiplicam-se as sociedades protetoras da infância. Há, também, o surgimento de instituições de ensino profissionalizante para a capacitação dos expostos e de colônias, orfanatos, colégios, creches, etc., como novas formas de proteção à criança desvalida.

¹⁹ MARCÍLIO, M. L., op cit., 75-77.

²⁰ MARCÍLIO, M.L. Idem, p. 307.

Diante dessas novas condições criadas durante a *fase da filantropia* científica, gradativamente a prática de abandono de bebês e a garantia do anonimato do expositor foram deixados de ser tolerados. A criança passou a ocupar um lugar de importância nas decisões da sociedade e formou-se uma mentalidade de que a valorização da família e das relações mãe/filho são essenciais para o bom desenvolvimento infantil. No final do século XIX as Rodas, uma a uma, foram sendo fechadas na Europa, ao mesmo tempo em que timidamente novos institutos adentraram as legislações, tais como a tutela e a adoção.

A *fase da filantropia científica* fez-se presente entre nós a partir de meados do século XIX e buscou seguir basicamente os mesmos passos de desenvolvimento dos países da Europa. Assim como neste continente, o número de Rodas aumentou, mas a sua utilização encontrava diferentes motivos de acordo com o estrato social a que pertencia aquele ou aquela que entregava um recém-nascido nesse sistema.

Entre nós, também a ilegitimidade foi um forte motivo para o enjeitamento de recém-nascidos. Mais fiscalizada e pressionada a se conduzir moralmente de maneira exemplar, a mulher branca que gestava um filho na condição de mãe solteira era alvo de condenação social e sua situação se agravava caso o filho fosse fruto de uma relação extra-matrimonial. A entrega do seu filho na Roda, assim, era uma das formas de salvar a própria honra e de sua família.

Segundo Renato Pinto Venâncio:

Uma interpretação bastante conhecida consiste em atribuir o abandono à dupla moral comum às famílias brasileiras. Entre a população branca, o comportamento feminino austero era regra imposta e fiscalizada. A mulher branca que assumisse o filho ilegítimo ficava sujeita a condenação moral, enquanto as negras e mestiças “não estavam sujeitas aos preconceitos sociais como as brancas (...). Um filho ilegítimo [de mulheres negras e mestiças] não desonrava a mãe no mesmo grau de uma mulher branca. A instalação da Roda procurava evitar os crimes morais. A instituição protegia as brancas solteiras dos escândalos, ao mesmo tempo que oferecia alternativa ao cruel infanticídio²¹.

Outro era o motivo, no entanto, da entrega de um bebê por uma mãe escrava, que, nessa época, pode ser entendido como uma triste alternativa de garantir um futuro melhor para o seu filho, longe das mazelas impostas pela escravidão. Muitas escravas enjeitavam o próprio filho na esperança de que ele viesse a ter uma vida de liberdade. De acordo com o relato trazido por Renato Pinto Venâncio:

²¹ VENÂNCIO, Renato Pinto. Maternidade negada. In: PRIORE, Mary Del (Org); BASSENESSI, Carla (Coord. De textos). História das mulheres no Brasil. 9ª Ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 198.

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

(...) mandou-se entregar a Júlia Telles da Silva, um seu escravo menor de nome Thomé que fora lançado à Roda dos Expostos²².

Também no Brasil a alta taxa de mortalidade infantil estava presente no sistema das Rodas dos Expostos. Nas palavras de Renato Pinto Venâncio:

Se excluirmos os enjeitados desaparecidos do registro hospitalar, os que muito provavelmente acabaram sendo vendidos no mercado de escravos, podemos calcular o índice de mortalidade comum às crianças enviadas à Casa da Roda. Em Salvador, durante o período de 1758 a 1762, o percentual de expostos mortos com idade entre zero e sete anos foi de 646 em mil. Entre 1781 e 1790, a mortalidade atingiu 687, e nos anos posteriores à Independência chegou a cifras ainda maiores²³.

Assim como ocorreu na Europa, também entre nós a prática de exposição de bebês passou a ser condenada, o que fez com que as Rodas fossem definitivamente abolidas por volta de 1950.

No século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial e de intensas batalhas da sociedade, o Estado assume o papel de responsável pela assistência e pela proteção da infância desvalida. Têm-se início, então, a *fase do Estado do Bem-Estar Social*, que se fundamenta na Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pelas Nações Unidas em 1959 e, posteriormente, na Convenção da ONU pelos Direitos da Criança, de 1989. Progressivamente, é construída a consciência de que a criança é sujeito de direito e de que cabe ao Estado Protetor garantir os seus direitos: o direito à vida e à saúde, à convivência familiar e comunitária, à educação, dentre outros.

Entre nós, essa derradeira *fase* somente teve início a partir de 1960; contudo, é apenas com a redemocratização do Brasil que é elaborada uma importante legislação, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que representou – no campo das leis – uma reformulação das políticas públicas em prol da infância e da juventude. No entanto, há um profundo abismo entre as normas presentes neste Estatuto – e também as da Constituição Federal, sobretudo em seu artigo 227 – e a realidade brasileira.

De acordo com Renato Pinto Venâncio:

Durante o século XX, foi mantida a perversa tradição de estigmatizar os pobres e de excluir qualquer possibilidade de implantação de uma política

²² VENÂNCIO, R. P., op cit., p. 202.

²³VENÂNCIO, R.P. Idem, p. 212.

assistencial voltada à família, seja ela nuclear ou monoparental. Da mesma forma que no período colonial, as famílias pobres de nossos dias só encontram uma saída para socorrer os filhos carentes: entregá-los a uma instituição mantida pelo Estado ou pela filantropia privada, abandonando-os assim à própria sorte²⁴.

Em pleno século XXI o abandono de crianças continua sendo uma realidade não só no Brasil como também em outros países. Ainda que a exposição ou o abandono de recém-nascido seja objeto de tipificação penal – art. 134 do Código Penal – essa prática ainda ocorre, permeando o noticiário televisivo e estampando capas de revistas e jornais de grande circulação. A título de exemplo, apenas nos anos de 2006 e 2007, muitos bebês foram abandonados em condições subumanas em várias regiões do país, a saber: jogados em rios poluídos (out./07 – Minas Gerais); na saída de esgotos (nov./07 – Maranhão); nas ruas, debaixo de chuva (ago./07 – Paraná); boiando em valões, cercados por urubus (fev./07 – Rio de Janeiro); misturados ao lixo (fev./06 – São Paulo). Desses e de outros casos de abandono, poucos sobreviveram e muitos vieram a óbito em razão dos ferimentos/hemorragias/infecções decorrentes da violência do abandono²⁵.

Para combater essa triste realidade, tanto no Brasil quanto no exterior há um intenso debate para encontrar meios que aliviem o sofrimento dos recém-nascidos abandonados e que os salvem de uma morte indigna. Curiosamente, alguns países resolveram resgatar o instituto da “Roda dos Expostos” em duas novas roupagens: a “Portinhola de bebês” e o “Parto Anônimo”. Claro que os fundamentos e os valores sociais para a implantação dessas medidas são outros, mas ainda subsistem algumas semelhanças, tais como o anonimato e a possibilidade de se assegurar à criança o direito à vida.

Contudo, ao passo que tais medidas ajudam na possibilidade de conferir uma vida digna aos bebês abandonados, também trazem consigo implicações jurídicas e sociais que servem de argumento para que muitos tenham consideráveis reservas na adoção de tais institutos.

Essas duas novas medidas, bem como a diferença entre elas, é o que se verá a seguir.

²⁴ VENÂNCIO, Renato Pinto. *Famílias Abandonadas: Assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e Salvador – Séculos XVIII e XIX*. Campinas: Papyrus, 1999, p. 170.

²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SALES, Ana Amélia Ribeiro. Parto em Anonimato: uma Janela para a Vida. Revista Brasileira de Direito das famílias e Sucessões, nº1, dez-jan 2008. Ano IX nº1, p.160-161.

2.2 Portinhola de bebês e Parto Anônimo: uma distinção necessária.

A Portinhola de bebês e o Parto Anônimo são medidas que se aproximam no que diz respeito ao acolhimento de bebês e ao anonimato daqueles que se utilizam de tais institutos. Ambas as medidas geram discussões, pois se movimentam em uma zona cinzenta psicossocial e, também, jurídica. Contudo, cada medida implica em diferentes questionamentos jurídicos²⁶. É o que se verá no decorrer deste estudo.

2.3. Portinhola de bebês.

A Portinhola de bebês pode ser considerada a “Roda do século XXI”²⁷. Claro, não se fazendo mais uso da “roda” medieval, mas sim de um compartimento com berço aquecido dotado de sensor de peso e calor, visual e externamente protegido, no qual o bebê é colocado através da janela do hospital²⁸. Um alarme é disparado, avisando aos profissionais da saúde que uma criança foi ali deixada. A mãe tem direito ao anonimato, não respondendo criminalmente, e na janela do hospital são colocados à sua disposição materiais informativos, em diversos idiomas, sobre entidades em que ela pode procurar ajuda, inclusive psicológica.

Apesar da semelhança com a antiga “Roda dos Expostos”, é de se destacar que alguns países resolveram implantar a Portinhola de bebês como medida para evitar o abandono e a morte trágica de recém-nascidos.

Dentre eles estão a Itália, que desde 1997 possibilita a prática do abandono seguro através do “*culla per la vita*”, e o Japão, que adotou extraoficialmente as portinholas denominando-as de “*konotori no yorikago*”

²⁶PRATA, Henrique Moraes. Aspectos Jurídicos da Portinhola de bebês e do parto anônimo na Alemanha com especial consideração da tradição francesa do accouchement sous X e do julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Odièvre. Revista Brasileira de Direito das famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, jun./jul. 2009, p. 101.

²⁷ FRANCO, Renato. Rejeitados, jamais: O abandono de crianças na Colônia era visto como uma alternativa mais aceitável do que o aborto ou o infanticídio. Revista de História da Biblioteca Nacional, Rio de Janeiro, outubro de 2010, ano 6, nº 61, p. 47.

²⁸ PRATA, H. P., Obra Citada, p. 100.

Nos Estados Unidos, 28 dos 50 estados regulamentaram os denominados *Baby Safe Heaven*. Um desses estados é o Texas, que através de lei regulou a possibilidade do pai ou da mãe do bebê deixar este aos cuidados do responsável de plantão em qualquer instituição médica ou de um servidor de agência de bem estar da criança. O bebê deve ter no máximo 60 dias de idade e não há a obrigatoriedade do registro de informações mínimas quanto à origem genética e histórica da criança entregue²⁹.

Na Alemanha, desde o fim dos anos noventa, surgiram em várias de suas cidades as denominadas *babyklappe*, portinholas que interligam o interior e o exterior de hospitais. As *babyklappen* contam com o apoio de organizações católicas e evangélicas e de mantenedores de obras sociais destinadas à juventude e a mulheres grávidas. É de se destacar, contudo, que este país enfrenta uma discussão a respeito da constitucionalidade da existência dessas portinholas, razão pela qual isso será abordado mais detalhadamente no ponto 3.2 desta monografia.

2.3. Parto Anônimo.

O Parto Anônimo é uma medida que permite a uma mulher, com a garantia do sigilo de todos os seus dados perante qualquer pessoa, se utilize dos serviços médicos de pré-natal em uma unidade de saúde e, após o parto (ou um curto “período de reflexão”), não assuma a maternidade da criança que gerou. Em outras palavras, há a assistência médica, social e psicológica antes, durante e após o parto³⁰.

Este instituto, além de possibilitar a entrega de um bebê anonimamente, se diferencia da Portinhola de bebês ao assegurar à mãe amplo acesso à rede pública de saúde, possibilitando a ela dar a luz dignamente.

²⁹ VERSIANI, Tátia Gomes. Parto Anônimo, abandono infantil e morosidade dos processos de adoção. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:01 de outubro de 2013. Disponível em: <http://conteúdo.jurídico.com.br/?artigos&ver=2.27283>. Acesso em 27 de setembro de 2013.

³⁰ PRATA, H. M., op cit, p. 101.

O Parto Anônimo, atualmente, está institucionalizado em países como a Bélgica, Luxemburgo e França. Na Alemanha, ainda que o parto anônimo não esteja regulado por lei, esta medida é ofertada por alguns hospitais³¹.

No Brasil, em 2008, foram apresentados três projetos legislativos sobre o parto anônimo: Projetos de Lei 2.747/08, 2.824/08 e 3.220/08. Todos eles foram rejeitados, primeiramente, pela Comissão de Seguridade Social e Família e, em seguida, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que entenderam que os projetos de lei eram inconstitucionais em razão da matéria que abordavam.

O PL 2.747/08 foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 11.02.2008 pelo deputado federal Eduardo Valverde (PT) e objetivava a criação de mecanismos para coibir o abandono materno ao dispor sobre o instituto do parto anônimo no Brasil. Ao total, possuía 12 artigos. Posteriormente, o deputado federal Carlos Bezerra (PMDB) apresentou, em 19.02.2008, o PL 2.834/08, que visava a instituição do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro por meio da alteração do art. 1638 do Código Civil, que passaria a prever mais uma possibilidade judicial para suspender ou extinguir o poder familiar, caso o pai ou a mãe fizessem uso do parto anônimo. Este projeto, contudo, não estabelecia parâmetros de funcionamento deste instituto. Por fim, em 09.04.2008, o deputado federal Sérgio Barradas³² (PT) apresentou o PL 3.220/08, que tinha como finalidade a regulamentação e a implantação do parto anônimo de uma forma mais completa do que os anteriores. Este último projeto, ao total, dispunha de 16 artigos.

Tanto o PL 2.747/2008 como o PL 3.220/08³³ objetivavam instituir a possibilidade de a mãe se manter no anonimato ao não declarar a sua identidade

³¹ Também em relação ao parto anônimo há uma discussão, na Alemanha, quanto à sua constitucionalidade. Isso será estudado mais a frente, no ponto 5.2.2 desta monografia.

³² A redação deste projeto, aliás, contou com o auxílio do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família).

³³ O PL 2.824/08 não será objeto de análise na presente monografia visto que apenas visava alterar a redação do art. 1638 do Código Civil para positivar o parto anônimo, mas nada dizia a respeito do funcionamento deste instituto.

Dispunha o PL 2.834/08:

Art. 1º. Esta lei institui o parto anônimo.

“Art. 1638. (...)

V – optar pela realização do parto anônimo.

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

em razão do parto e de não assumir a maternidade do filho que deu a luz³⁴. No entendimento de Fabíola dos Santos Albuquerque:

O parto anônimo diz respeito a um instituto que busca equalizar dois interesses contrapostos: de um lado garantir que uma criança indesejada pela mãe não seja vítima de abandono, aborto ou infanticídio; e, de outro, que à mãe, que não quer ser mãe, seja assegurado o direito ao anonimato e a não formação da relação materno-filial.³⁵

Neste sentido, dispunham os Projetos-de-Lei 2.747/2008 e 3.220/2008:

Artigo 4º do Projeto-de-Lei nº 2747/2008: A rede do SUS garantirá a mãe, antes do nascimento, que comparecer aos Hospitais declarando que não deseja a criança, contudo, quer realizar o pré-natal e o parto, sem ser identificada.

Artigo 2º do Projeto-de-Lei nº3220/2008: É assegurada à mulher, durante o período da gravidez, ou até o dia em que deixar a unidade de saúde após o parto, a possibilidade de não assumir a maternidade da criança que gerou.

Ambas as iniciativas legislativas se assemelhavam em alguns pontos, dentre os quais o de assegurar à mulher que optasse por manter-se em anonimato o direito à realização de pré-natal e parto em postos de saúde, hospitais da rede pública e demais serviços que tivessem convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS); a prestação de informações sobre as conseqüências jurídicas do parto anônimo para a parturiente que se utilizasse desse instituto e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos³⁶; a previsão de criação de acessos sigilosos nos hospitais para o atendimento de mães e bebês nascidos de parto anônimo e a isenção da mãe de qualquer responsabilidade criminal, sendo que o Projeto-de-Lei nº 3.220/2008 ressaltava a hipótese prevista no artigo 123 do Código Penal e o Projeto-de-Lei nº 2.747/2008 isentava a mãe também de qualquer responsabilidade civil.

É de se destacar que esses dois projetos de lei não faziam qualquer menção a respeito da figura do genitor paterno ou da sua necessária autorização para a entrega do recém-nascido³⁷.

Os projetos se distinguiam, contudo, em certos pontos. O PL nº 2.747/08 não definia o termo “parto anônimo”, dizendo tão somente que seriam asseguradas à mulher condições para a sua realização e que a ela seria garantido

³⁴ MOLINARI, Fernanda. Parto Anônimo: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 103.

³⁵ ALBUQUERQUE, F. S., op cit, p. 11.

³⁶ MOLINARI, F., Obra Citada, p. 104.

³⁷ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. O Parto Anônimo à luz do Constitucionalismo brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

acompanhamento psicológico; o PL nº 3220/08, diferentemente, assegurava à mulher, durante a gestação ou até o dia que deixasse a unidade de saúde, depois do parto, a possibilidade de não assumir a maternidade da criança que deu a luz, sendo-lhe oferecido atendimento psicossocial. Além disso, o PL nº 2.747/08 previa que a mulher que se submetesse ao Parto Anônimo seria informada da *possibilidade* de fornecer informações sobre sua saúde ou a do pai, a origem da criança e as circunstâncias do nascimento, assim como sua identidade, que seria mantida em sigilo e só revelada por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho, ao passo que pelo PL nº 3220/2008 a mulher *teria a obrigação* de fornecer e prestar informações sobre sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permaneceriam em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto.

As diferenças mais relevantes, todavia, estavam no procedimento a ser adotado, quanto à criança, na hipótese de ocorrer o Parto Anônimo.

De acordo com o PL nº 2.747/08, a responsabilidade pelas formalidades e encaminhamentos à adoção seria dos médicos e enfermeiros que acolhessem a criança abandonada, assim como do diretor do hospital – não havia a menção da participação do Juizado da Infância e Juventude.

Já para o PL nº 3.220/08, também a responsabilidade pelas formalidades e encaminhamentos da criança à adoção seria dos profissionais da saúde que a acolhessem e do diretor do hospital, mas haveria a obrigatoriedade da unidade de saúde onde ocorreu o nascimento de informar o fato, no prazo máximo de 24 horas, ao Juizado da Infância e Juventude da Comarca, através de formulário próprio, e, assim que a criança tivesse condições médicas, ela deveria ser encaminhada ao local indicado pelo mesmo Juizado.

Quanto ao registro da criança nascida de Parto Anônimo, o PL nº 2.747/08 era omissivo, subentendendo-se que a criança tão somente viria a ser registrada no momento da concretização da adoção.

Já para o PL nº 3220/08, havia a determinação de que a criança seria registrada pelo Juizado da Infância e Juventude, com um registro civil provisório, recebendo um prenome, e, ainda, seria conferido o direito à mulher que optasse em se manter no anonimato a possibilidade de escolher o nome que gostaria que fosse dado ao bebê.

No que tange à adoção, o PL nº 2747/08 determinava que a criança só seria adotada depois de terminado o período de *oito semanas* da data em que adentrou o hospital, ou, no caso de criança nascida no próprio hospital, após oito semanas do seu nascimento, ao passo que o PL nº 3220/08 estabelecia que a criança seria encaminhada à adoção após *dez dias* da data de seu nascimento e, não havendo a adoção no prazo de trinta dias, ela seria incluída no Cadastro Nacional da Adoção. Este projeto, ainda, tratava da situação de alguém encontrar um bebê abandonado: haveria a obrigação de encaminhá-lo ao hospital ou casa de saúde, que deveria, dentro de 24 horas, comunicar o fato ao Juizado da Infância e Juventude. Quem encontrasse a criança, caso desejasse, poderia ficar com ela sob seus cuidados e teria a preferência para adotá-la. A respeito desse fato, o outro projeto era omissivo.

Por derradeiro, é de se mencionar que o PL nº 3220/08 estabelecia, em seu artigo 15, parágrafo único, que as unidades de saúde deveriam criar espaços apropriados para receber os bebês ali deixados, a fim de que fosse preservado o anonimato de quem os entregasse. Este dispositivo, claramente, objetivava implantar no Brasil as Portinholas de bebês, tais como existem hoje em alguns países europeus.

Como dito anteriormente, os projetos de lei foram rejeitados pela Comissão de Seguridade Social e Família e, posteriormente, pela Comissão de Justiça e de Cidadania. Dentre as justificativas para a rejeição, a deputada federal Rita Camata, relatora da Comissão de Seguridade Social e Família, argumentou que o parto anônimo é uma medida que vai de encontro à evolução jurídica que concede a proteção integral às crianças e adolescentes no Brasil, havendo a violação nos projetos de lei de pelo menos dois direitos já reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro: o direito ao conhecimento das próprias origens e o de ter preservada as suas relações familiares. Também nessa linha entendeu o deputado Luiz Couto, relator da Comissão de Justiça e de Cidadania, que decidiu pela inconstitucionalidade e injuricidade dos projetos de lei, já que feririam, dentre outros, o direito à convivência familiar, presente no art. 227 do texto constitucional e também no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e o direito da criança de ser registrada desde o nascimento, disposto no art. 7º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças da qual o Brasil é signatário.

Após a análise dos projetos e tendo em vista que os pareceres os rejeitaram, é de se constatar que a inserção das portinholas de bebês e do parto anônimo no

atual ordenamento jurídico brasileiro resultam em diversas implicações jurídicas. Antes, no entanto, faz-se necessário analisar como essas medidas são reguladas e as conseqüências delas nas ordenações estrangeiras. A seguir, serão estudados os ordenamentos jurídicos francês e alemão no que tange a esses institutos

3. Portinhola de bebês e parto anônimo no Direito Comparado.

Como relatado na parte histórica da presente monografia, as Rodas foram muito utilizadas na Europa até fins do século XIX. Devido a pressões da sociedade e do advento de novas formas de acolher e assistir os pequeninos enjeitados, gradativamente as “Rodas” foram sendo desativadas.

Contudo, os países desse continente tomaram rumos diferentes em relação às “Rodas”. Enquanto alguns países decidiram por desativá-las definitivamente, outros optaram por legalizar a entrega anônima de bebês.

A Portinhola de bebês e o Parto Anônimo recebem diferentes tratamentos no direito comparado. Agora, iremos nos deter em como esses institutos são tratados, primeiramente, pelo ordenamento jurídico francês e, em seguida, pelo ordenamento jurídico alemão.

3.1. Portinhola de bebês e Parto Anônimo no direito francês.

Existe na França uma longa tradição de abandono organizado de recém-nascidos. Remonta-se esta prática à época de São Vicente de Paula que, em 1638, introduziu uma Roda no muro de um hospício com o objetivo de evitar os infanticídios, os abortos e as exposições.

O nascimento anônimo foi regulamentado pela primeira vez em 2 de setembro de 1941 e possibilitou à parturiente utilizar-se do sistema de saúde estatal sem que o seu nome constasse no registro de nascimento da criança. Posteriormente, em 15 de abril de 1943, um Decreto disciplinou esta prática e obrigou cada prefeitura a

dispor de uma casa maternal. Em 8 de janeiro de 1993, o nascimento anônimo adentra o Código Civil francês, no art. 341-1³⁸, por meio da edição da Lei nº 93-22.

Segundo o art. 341-1 do *Code Civil*, a mãe pode demandar que o seu nome não seja inscrito no registro de seu filho e que a sua identidade não seja revelada. Este dispositivo é o fundamento legal do “accouchement sous X”, ou seja, do parto anônimo. Além disso, existem outras previsões legislativas que permitem à mãe o direito ao anonimato, tal como o art. 57, I, § 2 do mesmo *Code*, que não obriga a mãe a fornecer os seus dados no assentamento de nascimento da criança gerada. Caso a parturiente assim escolha, na certidão de nascimento do bebê anota-se um X no lugar em que deveria estar o nome da mãe.

O atual ordenamento jurídico francês estabelece certas restrições na hipótese do filho eventualmente desejar saber a identidade de sua genitora³⁹. Além de ter que preencher o requisito de ter alcançado a maioridade, a sua mãe biológica terá que concordar em revelar a sua identidade. Primeiramente, o filho deverá se dirigir ao órgão administrativo responsável pelo arquivamento desses dados e efetuar/preencher um requerimento. Em seguida será feito contato com a mãe biológica, informando-a a respeito do pedido e questionando-a sobre a possibilidade de ter a sua identidade revelada. Na hipótese de ela apresentar motivos que justifiquem a manutenção do sigilo, sua vontade será respeitada. Esta decisão é administrativa e não poderá o filho recorrer ao Judiciário para pedir a investigação de maternidade em razão do mesmo art. 341-1 do *Code Civil* acima citado⁴⁰.

Nas palavras de Débora Gozzo:

“Com esta norma objetiva-se evitar: 1) que a mulher busque no aborto uma solução para a gravidez, por não se sentir em condições de ter esse filho; ou 2) o infanticídio; ou, por fim 3) o abandono do filho, o que muitas vezes resulta na morte deste, por ficar sem os cuidados necessários para sua sobrevivência”⁴¹.

A preservação do *direito à vida* sempre foi a finalidade da legislação francesa, seja a vida *intra* ou *extra-uterina*, mesmo que seja necessário aceitar que a mãe escolha o anonimato frente ao filho⁴².

³⁸ *Code Civil*, art. 341-1. “Lors de l'accouchement, la mere peut demander que le secret de son admission et son identité soit preserve”.

³⁹ A revelação da identidade da mãe passou a ser possível a partir da reforma de 1996. Embora se fale em nascimento anônimo, o que existe atualmente é um nascimento secreto. Este se diferencia daquele pois possibilita que a identidade da mãe seja revelada. Cf. GOZZO, D., op cit, p.126.

⁴⁰ GOZZO, D., op cit, p. 127.

⁴¹ GOZZO, D., op cit., p. 126.

⁴² Idem, Ibidem.

Há tempos que o direito francês não é regido pela presunção *mater semper certa est*. Neste ordenamento, o direito de estado de filiação se baseia em grau muito menor no parentesco sanguíneo e vige o princípio da voluntariedade do reconhecimento⁴³, o que possibilita a existência do nascimento anônimo nesse país⁴⁴.

Pelo fato da França ter institucionalizado o parto anônimo, é neste país que se constata os problemas sociais decorrentes desta prática. E não por acaso que foi neste país que se originou um conhecido caso que culminou na sentença *Odièvre* contra França. É o que veremos mais a frente.

3.2. Portinholas de bebês e Parto Anônimo no direito alemão.

A portinhola de bebês e o parto anônimo não são institucionalizados na Alemanha. Contudo, nas últimas décadas, não faltam propostas que visem possibilitar a entrega anônima de filhos indesejados. Dentre essas propostas, três projetos de lei foram apresentados com o objetivo de regular tais medidas. Estes projetos, inclusive, no que diz respeito ao parto anônimo, adotavam como modelo a legislação francesa⁴⁵.

O primeiro deles (BT-Drs. 14/4425) surgiu no ano de 2000 e tinha o objetivo de modificar a lei alemã que trata do estado pessoal. Este projeto propunha estender o prazo da lavratura do termo de nascimento de uma para dez semanas na hipótese da mulher procurar o serviço de aconselhamento à grávida. Assim, a mãe teria mais tempo para refletir se ficaria ou não com o filho. Ainda segundo o Projeto, o serviço de aconselhamento, depois de encerrado o prazo de dez semanas, deveria requerer a lavratura do termo de nascimento e nele declinar o nome da mãe. Contudo, por entender que este projeto poderia favorecer o comércio de crianças, o Parlamento o rejeitou⁴⁶.

⁴³ Idem, *Ibidem*.

⁴⁴ PRATA, H., *op cit*, p. 110.

⁴⁵ PRATA, H., *op cit*, p. 101 e 105.

⁴⁶ Segundo Frank e Helms, ao comentar este projeto, “enquanto uma criança não está oficialmente registrada no Cartório de Registro Civil, parece relativamente fácil fazê-la desaparecer”. Cf. GOZZO, D., *op cit*, p. 128.

Dois anos depois novamente é proposto um Projeto de Lei (BT-Drs. 14/8856). Este se diferenciava do anterior já que tinha o claro objetivo de positivar o nascimento anônimo no ordenamento jurídico alemão. No entanto, por impossibilitar ao filho o acesso aos dados de sua mãe biológica, ele foi considerado inconstitucional por ir de encontro ao art. 2, 1 e 2 da Lei Maior, que dispõe que toda pessoa tem direito à vida e ao pleno desenvolvimento da personalidade, inserido aqui o direito de saber sobre a própria origem biológica⁴⁷.

Por derradeiro, um último projeto foi proposto (BT-Drs. 506/02). Este distinguia-se do anterior pois, além de prever o ressarcimento dos custos hospitalares pelo Estado, possibilitava ao filho, quando este completasse 16 anos, o acesso aos dados de sua mãe biológica. Além disso, a mulher, depois do parto, teria um prazo de oito semanas para decidir se ficaria ou não com o bebê. Este último projeto, no entanto, também foi rejeitado por inconstitucionalidade⁴⁸.

Mesmo com a rejeição destes projetos de lei, iniciou-se, na Alemanha, uma espécie de “Campanha para a salvação de bebês”. No Estado da Baviera (Amberg), em julho de 1999, foi inaugurado o Projeto Moisés, possibilitando a entrega anônima, contudo pessoal, de uma criança. No ano seguinte, em Hamburgo, foi aberta a primeira portinhola de bebês e ofertada a possibilidade de parto anônimo. Posteriormente, foram surgindo inúmeras portinholas de bebês por todo território alemão e, concomitantemente, várias ofertas de parto anônimo.

Os fomentadores desses projetos constituem-se, em sua grande maioria, por organizações católicas e evangélicas. Já as iniciativas de ajuda são, principalmente, ofertadas por mantenedores de obras sociais destinadas à juventude e a mulheres grávidas⁴⁹.

Percebe-se, portanto, um descompasso entre o ordenamento jurídico e a realidade na Alemanha. Ainda que as portinholas de bebês e o parto anônimo existam faticamente, estas medidas não existem juridicamente, e prova disso são os projetos de lei recusados. É de se perguntar: porque a dificuldade? A resposta a esta questão diz respeito a como o estado de filiação e o direito ao conhecimento das origens genéticas são concebidos pelo direito germânico.

⁴⁷ Idem, *Ibidem*.

⁴⁸ OLIVEIRA, O., *op cit*, p. 50.

⁴⁹ PRATA, H., *op cit*, p. 103.

O direito alemão, diferente do direito francês, atribui relevância ao parentesco sanguíneo. De acordo com o § 1591 do Código Civil alemão, para a constatação da origem de uma pessoa é aplicada a regra fundamental segundo a qual mãe é a mulher que deu à luz a criança. A relação entre mãe e filho, portanto, decorre do ato do nascimento, e não do registro⁵⁰.

No que diz respeito ao estado de filiação do recém-nascido, o parto anônimo apresenta maiores problemas se comparado ao abandono de uma criança numa portinhola de bebês. De acordo com os §§ 16 e seguintes da Lei de Registro Civil das Pessoas Naturais, médicos e enfermeiras têm o dever de informar os dados da parturiente sob pena de incorrerem em uma contravenção. Diferentemente da portinhola de bebês, em que via de regra não se sabe quem entregou o bebê, no parto anônimo estes profissionais da saúde e, por vezes, a administração do hospital conhecem a mãe pessoalmente. Portanto, é mais difícil, no parto anônimo, alegar o desconhecimento da identidade da mãe do recém-nascido, e nas situações em que os profissionais da saúde assim procederem estarão praticando atos contrários à norma vigente⁵¹.

Já em relação ao direito ao conhecimento das origens genéticas, é de se mencionar que, a partir de decisão da Corte Constitucional Alemã, de 31 de janeiro de 1989, iniciou-se uma construção jurisprudencial pelo entendimento de que o conhecimento das próprias origens genéticas é parte integrante dos direitos fundamentais da personalidade (art. 2, I, em conjunto com o art. 1, I, da Constituição Alemã). Ou seja, impedir o acesso a informações que dizem respeito à própria personalidade (que é o que ocorreria com a positivação das portinholas de bebês e do parto anônimo no ordenamento jurídico alemão) teria como consequência a lesão a direito fundamental - o direito ao conhecimento das próprias origens. Nos casos de adoção é direito da pessoa, a partir de um certo momento da vida e se assim desejar, ir à procura de seus pais biológicos para melhor conhecer a própria identidade. Esse direito, inclusive, também está previsto em convenções internacionais que tratam dos direitos do homem⁵².

Nesse sentido, afirma Débora Gozzo:

⁵¹ PRATA, H. M., op cit, p. 104. As autoridades competentes, no entanto, têm tolerado a existência das portinholas de bebês e do parto anônimo, inclusive no campo penal. Cf. GOZZO, D., op cit, p. 130.

⁵² PRATA, H. M., op cit, p. 106 e 110.

Na Alemanha, essa figura (*a do parto anônimo*) contraria a letra da Constituição, que prevê em seu artigo 2º não só o direito à vida, mas o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa. Este é, por sua vez, integrado por um outro direito fundamental que é de conhecer sua ascendência genética. Cuida-se não só de uma questão de dignidade humana, mas de um direito de personalidade fundamental para o bom desenvolvimento psíquico do ser humano. Ademais, para o direito alemão, a mãe é sempre certa (BGB, §1.591, 37), por ser aquela que deu à luz. Por isso, inconcebível a aprovação do Projeto de Lei sobre o nascimento anônimo, sem uma alteração constitucional, ainda que se pudesse alegar que essa prática poderia contribuir para reduzir não só o número de abortos, preservando o direito à vida do nascituro, mas, também, o abandono e o infanticídio⁵³.

De acordo com Henrique Moraes Prata, a respeito do direito ao conhecimento das origens genéticas no direito alemão:

A possibilidade de ser informado sobre as próprias origens genéticas, bem como de ter conhecimento sobre a família que se criou – se sanguínea ou apenas afetiva -, constitui parte integrante do conceito de dignidade humana⁵⁴.

Como já dito no início desse tópico, a portinhola de bebês e o parto anônimo não são institucionalizados na Alemanha. Ainda que no plano fático existam instituições que ofereçam tais medidas, estas são incompatíveis, em diferentes graus, com o direito alemão vigente. A institucionalização tanto da portinhola de bebês quanto do parto anônimo importaria em uma violação estatal do direito ao conhecimento das próprias origens, visto que impediria o pleno exercício de um direito fundamental, direito este assegurado pela Constituição e reafirmado pelas decisões da Corte Constitucional Alemã. No entanto, sob o ponto de vista jurídico, o parto anônimo gera maiores incertezas, pois a sua implantação, de acordo com Henrique Moraes Prata, “obrigaria, na Alemanha, a uma reforma radical e a uma quebra com princípios fundamentais do direito alemão do estado de filiação”⁵⁵. Alterar uma regra geral do direito de estado de filiação, segundo o estudioso, que tutela não só o interesse da criança como também o da coletividade para que seja mais célere e clara a determinação do *status* de uma pessoa, em prol de um número muito pequeno de mulheres que desejam realizar o seu parto em anonimato, fere princípios gerais de direito. Ao invés de implantar a portinhola de bebês e o parto anônimo por meio de lei, na Alemanha, é preferível fazer a opção, segundo Henrique

⁵³ GOZZO, D., op cit, p. 132.

⁵⁴ PRATA, H. M., op cit, p.110.

⁵⁵ PRATA, H. M., op cit, p. 110.

Moraes Prata, pelo desenvolvimento das discretas iniciativas existentes de “aconselhamento e ajuda social estatal à juventude”⁵⁶.

3.3. O Julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Odièvre*.

Como já mencionado anteriormente, dar a luz anonimamente na França tem uma longa tradição. Neste país existem por volta de 400 mil pessoas cujas mães optaram por permanecer no anonimato. A mãe tem o direito de exigir que sua identidade não conste no registro do nascimento da criança, não podendo esta demandá-la com o objetivo de atribuir-lhe a maternidade⁵⁷.

Em razão da institucionalização do parto anônimo, foi neste país que se originou um conhecido caso que culminou na sentença *Odièvre* contra França.

De grande repercussão, o caso diz respeito a uma francesa chamada Pascale Odièvre, cuja mãe optou por ficar no anonimato, que ingressou com um pedido no Tribunal Europeu de Direitos Humanos objetivando ter acesso aos dados de sua mãe biológica e, conseqüentemente, conhecer suas origens genéticas. A requerente, antes, tentou ter acesso a esses dados junto às autoridades administrativas competentes, contudo não obteve êxito em razão de sua genitora ter impedido a revelação de sua identidade. Recorreu, ainda, ao Judiciário francês, mas o seu pedido foi julgado improcedente. Pascale Odièvre, então, propôs demanda perante o Tribunal de Estrasburgo.

Na demanda, alegou a sra. Pascale Odièvre que o atual regramento francês violava os arts. 8º e 14 da Convenção Européia dos Direitos Humanos: o art. 8º dispõe sobre o respeito à vida privada e familiar, que, de acordo com Pascale Odièvre, tutela o acesso à sua identidade; e o art. 14 proíbe a discriminação, tendo sido entendido, pela requeira, que o sigilo era uma discriminação fundada sobre o nascimento⁵⁸. Este processo foi ajuizado em 12.03.2008 e o Estado francês figurou no pólo passivo.

⁵⁶ PRATA, H. M., p. 110-111.

⁵⁷ LÓBO, P. L. N., op cit, p. 229.

⁵⁸ OLIVEIRA, O., op cit, p.46.

De acordo com o art. 8º da Convenção:

Art. 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar.

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver qualquer ingerência de uma autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista pela lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e liberdades de outrem.

O debate em relação a este dispositivo foi dividido em dois momentos, o primeiro relativo à aplicabilidade do art. 8º da Convenção e o segundo à sua violação.

Ao se discutir a aplicabilidade do art. 8º, Pascale Odièvre sustentou que a busca por dados relativos a aspectos pessoais de sua história e de sua infância entra no âmbito de aplicação desse dispositivo, visto que o conhecimento de sua identidade diz respeito à sua vida privada e à sua vida familiar. Ao se obter informações a respeito de sua família biológica, seria possível com ela estabelecer laços afetivos se a lei francesa não apresentasse obstáculos ao acesso dessas informações.

Contra-argumentando, o Estado francês lembrou que é necessária a existência de uma família para a garantia do direito ao respeito da vida familiar presente no art. 8º da Convenção. Lembrou que de acordo com a jurisprudência do Tribunal, para que realmente haja uma família é necessário que existam ao menos relações pessoais entre os diferentes membros, não bastando o laço biológico, pois se assim não fosse o doador de esperma em uma inseminação artificial deteria o direito ao respeito de sua vida familiar em relação à criança concebida desta inseminação. Além disso, o Estado francês não está impedindo o fornecimento de informações à requerente, mas considera o fato de que a sua genitora recusou, desde o início, que a sua identidade fosse revelada. O pedido formulado pela requerente, no entendimento do Estado francês, não encontra correspondência com a noção de “vida privada” nos termos do artigo 8º da Convenção, visto que este pedido diz respeito a dados relativos a uma família natural da qual a requerente foi separada desde o nascimento em razão da escolha de sua mãe em abandoná-la⁵⁹.

⁵⁹ CONSELHO DA EUROPA: Processo Odièvre c. França. Trad. Diana Salama. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, n. 4, p. 74-102, jun./jul., 2008, p. 91.

Quanto a esta primeira manifestação das partes em relação ao art. 8º da Convenção, o Tribunal entendeu que o objetivo da requerente não é discutir a existência de sua filiação afetiva, mas sim em conhecer os dados do seu nascimento e do seu abandono, inserido nisso o acesso à identidade de seus pais biológicos e de seus irmãos, motivo pelo qual não é necessário o julgamento do caso sob o aspecto da vida familiar para o acesso desses dados, mas sim da vida privada. É em razão de ser impossível o acesso às próprias origens que a requerente pediu o conhecimento de sua história pessoal. O Tribunal lembrou que já entendeu anteriormente, mais precisamente no acórdão *Bensaid c. Reino Unido*, que “o artigo 8º protege um direito à identidade e ao desenvolvimento pessoal bem como o de travar e desenvolver relações com os seus similares e o mundo externo. (...). A salvaguarda da estabilidade mental é, a este respeito, um elemento inelutável para o gozo efetivo do direito ao respeito da vida privada”⁶⁰. A fim de que seja possível este desenvolvimento, é necessária a obtenção de dados de um âmbito importante da vida pessoal, que é a identidade dos pais biológicos. O Tribunal entendeu que como o nascimento, e as circunstâncias em que este ocorreu, diz respeito à vida privada da criança, que posteriormente se tornará um adulto, então é aplicável a garantia do art. 8º no presente caso.

Como o Tribunal decidiu que é aplicável o art. 8º ao caso em questão, passou-se à análise da possível violação deste dispositivo.

Quanto à violação ao art. 8º, a requerente fez alusão ao fato de que na maioria dos países o laço de filiação entre a mãe e o filho que gerou é constituído de forma instantânea com o fato do nascimento. O parto anônimo, no seu entendimento, é uma violência “excessiva e inútil”, pois não é necessário que o efetivo cuidado com a saúde da mãe e do seu bebê fosse baseado em um direito ao sigilo, impossibilitando à criança o acesso às suas origens. Argumentou a requerente que há uma preferência clara na legislação francesa que regula este instituto pelos direitos da mãe em detrimento dos direitos da criança, não havendo proporcionalidade em vincular o levantamento do sigilo da identidade da mãe tão somente na hipótese em que ela aceite isso. Ao assim proceder, no entendimento da requerente, a França não está tutelando o interesse superior da criança e essa

⁶⁰ Acórdão *Bensaid c. Reino Unido*, nº 44599/98, § 47, CEDH 2001-I.

posição destoada dos demais países membros do Conselho da Europa. Concluiu a requerente que o Estado francês, portanto, está violando o art. 8º da Convenção.

O Estado francês, por sua vez, defendeu-se ao sustentar que o instituto do parto anônimo, previsto no art. 341-1 do Código Civil, visa atender a um escopo legítimo, que é o de proporcionar que mulheres em situação de desespero possam dar a luz em boas condições. Tutela-se, assim, não apenas a saúde da mãe, mas também a da criança. Quanto à ausência de proporcionalidade em revelar os dados biológicos apenas com a autorização da mãe, o Estado francês argumentou que o acesso à identidade do nascido de parto anônimo a esses dados biológicos poderia entrar em confronto com a liberdade da mulher de não assumir a condição de mãe. Sendo a maternidade um aspecto da vida privada, a publicação dos dados da mãe, sem a autorização dela, resultaria em uma afronta à sua vida privada. Sustentou o Estado francês, também, que outros países europeus permitem à mãe não revelar a sua identidade no momento do parto, tais como Itália e Luxemburgo. Além disso, progressivamente o Estado francês, por meio de edição de leis, vem procurando conciliar os interesses da mãe e da criança basicamente em três direções: a) *ao procurar estimular as mães a assumirem o nascimento de seus filhos* (antigo art. 62 do Código da Família); b) *ao permitir que os nascidos de parto anônimo tenham acesso a determinadas informações* (Lei de 17 de julho de 1978) e c) *ao prever a reversibilidade do sigilo pedido pela mãe* (Lei de 5 de julho de 1996). Ou seja, não há que se falar que o Estado francês não leve em conta o interesse da criança, visto que há a regulamentação do acesso às origens genéticas e existe o favorecimento da reversibilidade do sigilo.

Após a manifestação das partes, o Tribunal, ao analisar a possível violação ao art. 8º da Convenção, lembrou que a expressão "qualquer pessoa" disposta neste artigo é aplicável tanto à criança quanto à mãe. No presente caso, entendeu o Tribunal que se está diante de dois interesses privados dificilmente conciliáveis, quais sejam, o direito ao conhecimento das próprias origens por parte da criança – que se fundamenta em uma interpretação extensiva do âmbito de aplicação da noção de vida privada – e o interesse de uma mulher em se manter no anonimato para que sua saúde esteja assegurada ao dar a luz em condições dignas. A requerente, hoje adulta, e sua mãe biológica fazem uso, cada uma, da autonomia da própria vontade. O Tribunal entendeu que a escolha das medidas para fazer valer o que está estipulado no art. 8º da Convenção nas relações interindividuais está na

margem de apreciação de cada Estado, existindo diferentes formas de se tutelar o “respeito pela vida privada”. Cada Estado possui uma margem de discricionariedade para adotar os meios que entende serem os mais adequados para conciliar os diversos bens jurídicos protegidos por este dispositivo. O Tribunal tão somente analisa se o direito francês vai ao encontro das garantias da Convenção, e no presente caso o Estado francês não ultrapassou a sua margem de discricionariedade. Em razão disso, declarou o Tribunal, por dez votos contra sete, que não houve violação ao art. 8º da Convenção.

Já em relação ao art. 14 da Convenção, Pascale argumentou que o sigilo, tal como concebido pelo ordenamento jurídico francês, acaba por discriminá-la em razão do seu nascimento já que a proibição de ter acesso aos dados de sua mãe natural a impossibilita de receber bens dela, ainda que haja compensações em razão de ter sido adotada. Este dispositivo é assim redigido:

Art. 14. Proibição de discriminação

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

O Estado francês, por sua vez, afirmou que não há diferença de tratamento no presente caso, mesmo porque todos os nascidos de parto anônimo estão submetidos às mesmas regras para ter acesso aos dados de sua origem genética. Contudo, na hipótese do Tribunal entender que subsiste a discriminação, então é de se considerar que é justificável o tratamento diferenciado por dois motivos, quais sejam, a meta legítima intentada pelo art. 341-1 do Código Civil francês e a existência de proporcionalidade entre os meios empregados e a meta deste dispositivo.

Em relação ao art. 14, o Tribunal lembrou que, a priori, este dispositivo é apenas um complemento das outras cláusulas normativas da Convenção ou de seus protocolos. Os fatos do presente caso se enquadram no art. 8º da Convenção, sendo aplicável também o art. 14. A reclamação em questão se relaciona com a impossibilidade de conhecer as próprias origens e não com o estabelecimento de filiação para fins de sucessão. A discussão sobre a discriminação de que é vítima a requerente em razão do anonimato de sua mãe coincide com o que já foi examinado em relação ao art. 8º da Convenção. A requerente não sofre discriminação no que

tange à filiação, já que ela já possui vínculos de filiação com os seus pais adotivos, dos quais será herdeira de seus bens patrimoniais. Também quanto ao art. 14, associado com o artigo 8º, o Tribunal declarou, por dez votos contra sete, que não houve violação.

A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, portanto, concluiu que a legislação francesa que permite o parto anônimo está de acordo com as garantias da Convenção⁶¹. Entendeu o Tribunal que o Estado francês não violou o art. 8º da Convenção, pois não excedeu à margem de apreciação que a cada Estado deve ser concedido quanto à questão complexa e delicada do levantamento do sigilo para a tutela do direito ao conhecimento das próprias origens, e nem o art. 14, já que não houve tratamento discriminatório com a Sra. Pascale Odièvre em razão da qualidade de sua filiação.

O julgamento deste caso acabou por expor abertamente o dilema que permeia o parto anônimo, que é o embate entre o direito de saber das próprias origens e o direito da mulher em se manter no anonimato para proteger a sua saúde e poder realizar o parto em condições dignas⁶². O Tribunal apenas reexaminou a decisão francesa e se o direito francês estava de acordo com as garantias da Convenção, não sendo a decisão do Tribunal imposta sobre o país. Consequentemente, não houve por parte do Tribunal a emissão de um juízo de valor a respeito da regra francesa e nem disse se deveria o Estado francês decidir de forma diversa quanto à valoração entre os interesses da mãe ou da criança. O Tribunal tão somente analisou se o balancimento dos interesses foi realizado da maneira mais justa possível⁶³ e se o país tem a intenção de atingir um fim legítimo.

A decisão do Tribunal de Estrasburgo, no entendimento de Henrique Moraes Prata:

A decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que concluiu pela conformidade da legislação francesa que permite o parto anônimo com as garantias da Convenção, foi acertada e não surpreendeu.

(...)

A decisão do Tribunal poderia, contudo, ser criticada em outro ponto: pelo julgamento, restou, ainda, uma área de discricionariedade para os Estados europeus implantarem o parto anônimo, na qual, pode-se entender, o desejo da mãe de manter o sigilo de sua identidade sempre se sobreporá. Ainda que o Tribunal não tenha estabelecido claramente o espectro de discricionariedade do qual um Estado pode dispor, mas apenas o pressupôs,

⁶¹ PRATA, H. M., op cit., p. 107.

⁶² Idem, Ibidem.

⁶³ PRATA, H. M., op cit, p. 108.

este depende, de acordo com a sua jurisprudência, da existência ou não de um “denominador comum europeu” para a matéria⁶⁴.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos negou um consenso entre os Estados-Membros a respeito do parto anônimo, o que possibilita que cada país adote as medidas que entender mais convenientes em relação a este instituto. Não é de se estranhar, portanto, a divergência de posicionamentos entre o ordenamento jurídico francês e o ordenamento jurídico alemão, analisados aqui em sede de estudo de direito comparado, visto que cada Estado ainda dispõe de uma certa margem de apreciação quanto ao tratamento legal do tema.

A partir de agora, as atenções serão voltadas para o direito brasileiro. Será feito um estudo das implicações jurídicas das portinholas de bebês e do parto anônimo no nosso ordenamento jurídico, sobretudo sob o aspecto do direito ao conhecimento da origem genética (como direito de personalidade) e do estado de filiação (estudando-se como as relações de filiação eram concebidas à luz do Código Civil de 1916 e como hoje elas são compreendidas no Código Civil de 2002), bem como sob a perspectiva da maternidade/paternidade responsável.

4. As portinholas de bebês e o parto anônimo à luz do direito ao conhecimento da origem genética.

Primeiramente, o estudo quanto à possibilidade (ou não) da inserção das portinholas de bebês e do parto anônimo será feito à luz do direito ao conhecimento da origem genética. A isso se dispõe este capítulo.

4.1 O direito ao conhecimento da origem genética.

A origem genética é tema contemporâneo. Até recentemente, o entendimento adotado pelo Direito quanto à ascendência genética quase sempre encontrava correspondência no parentesco e na filiação, ou seja, nas relações familiares. Toda a estrutura de parentesco tinha como pilar a presunção de paternidade – *pater is est*

⁶⁴ Idem, Ibidem.

quem justae nuptiae demonstrat – que estabelecia uma paternidade firmada na legitimidade do casamento⁶⁵. Esta presunção foi consagrada a partir do Código Civil francês de 1804 e se fez presente no nosso Código Civil de 1916, influenciando boa parte do nosso direito até fins do século XX. O liame genético, até então, era presumido pela filiação e apresentava-se como sinônimo de parentesco, tendo importância circunscrita aos ditames das justas núpcias da família matrimonializada.

Classicamente, os povos do sistema jurídico romano-germânico se valeram da incerteza da paternidade como presunção prático-operacional. A presunção supunha que a maternidade era sempre certa e o marido da mãe era, geralmente, o pai dos filhos que nasceram da coabitação deles. A certeza da maternidade ficava evidente a partir de sinais exteriores, como a gestação e o parto, e a paternidade era estabelecida a partir de uma presunção *iuris tantum*, visto que não era tarefa fácil apurar de que pai biológico o filho procedia⁶⁶. A consanguinidade era importante, sem dúvidas, mas ela se restringia frente à dita filiação legítima. Subsistia, assim, tão somente a consangüinidade presumida, ou seja, aquela consangüinidade surgida a partir da legitimidade oferecida pelo casamento, o que impedia muitas vezes a revelação da verdade biológica (a verdade dos laços de sangue).

Nas palavras de MARIA CHRISTINA DE ALMEIDA:

Em verdade, o tema da descoberta da origem genética consubstancia-se em uma história de profunda discriminação daqueles filhos engendrados fora do seio do casamento, justificada pela proteção legislativa à conclamada família legítima, a entidade familiar fundada no casamento.

(...)

Nesse modelo, a verdade biológica não era relevante para o sistema jurídico⁶⁷.

Contudo, os recentes avanços científicos permitiram a investigação e a certeza da origem genética, o que fez com que a presunção da paternidade cedesse espaço para a verdade biológica através da realização do exame de DNA. Este exame, que permite tanto a certeza quanto a exclusão do liame genético com confiabilidade superior a 99,99%, tornou concreta a possibilidade de conhecimento da origem biológica, o que repercutiu, conseqüentemente, no universo jurídico⁶⁸.

⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 201.

⁶⁶ LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2011. p. 219.

⁶⁷ ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana*. Porto Alegre, 2003. p. 106.

⁶⁸ LEITE, E. de O., Idem, p. 202.

Se antes a importância dada à origem genética estava circunscrita aos estreitos limites da presunção da filiação, hoje o ordenamento jurídico é obrigado a dar resposta a essa nova realidade existente graças aos avanços da ciência. A certeza científica proveniente do exame de DNA, aliada à relativa simplicidade de sua realização⁶⁹, possibilitou o reconhecimento de um direito à pessoa humana, qual seja, o direito ao conhecimento da origem genética, que tem natureza de direito da personalidade e de que é titular cada ser humano⁷⁰.

Segundo PAULO LUIZ NETTO LOBO:

Ao mesmo tempo em que o direito de família sofreu tão intensas transformações, em seu núcleo estrutural, consolidou-se a refinada elaboração dos direitos da personalidade, nas últimas décadas, voltados à tutela do que cada pessoa humana tem de mais seu, como atributos inatos e inerentes, alcançando-se o que PONTES DE MIRANDA denominou “um dos cimos da dimensão jurídica”. São dois universos distintos, pois o direito de família volta-se aos direitos e deveres da pessoa, hauridos do grupo familiar, e os direitos da personalidade aos que dizem com a pessoa em si, sem relação com qualquer outra ou com grupo. A origem genética da pessoa, tendo perdido o seu papel legitimador da filiação, máxime na Constituição, migrou para os direitos da personalidade, com finalidades distintas⁷¹.

O direito ao conhecimento da origem genética, como direito de personalidade, é o que será abordado em seguida.

4.2. O direito ao conhecimento da origem genética como direito de personalidade.

A concepção de personalidade e dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico sofreu uma brusca mudança a partir da segunda metade do século XX. A repercussão dos horrores ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial despertou a consciência da necessidade de proteção, sob todos os aspectos, dos valores da personalidade e do indivíduo como ser humano

As Constituições promulgadas depois da Segunda Guerra Mundial passaram a conferir uma tutela especial ao indivíduo como pessoa, protegendo a sua

⁶⁹ ALMEIDA, M. C. de, op cit, p. 89.

⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e o direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 19, ago/set., 2003, p. 156.

⁷¹ LÔBO, P. L. N., op cit, p. 134.

personalidade e garantindo a salvaguarda de sua dignidade, recolocando, assim, o indivíduo como ponto nuclear e principal destinatário da ordem jurídica⁷².

Por consistir o direito de personalidade em um direito subjetivo de categoria especial, de proteção e de respeito a todo ser humano, a partir da segunda metade do século XX as Constituições passaram a tutelar a personalidade humana através de uma cláusula geral pétrea. A consagração da proteção integral da personalidade humana, em todas as suas manifestações, centrou a sua tutela geral no princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se este princípio o fundamento de todo o ordenamento jurídico. As Constituições alemã e italiana, por exemplo, contêm uma cláusula geral expressa para tutelar amplamente a personalidade do homem.

A nossa Constituição de 1988 não apresenta essa cláusula geral expressa, no entanto, não é de se dizer que ela não tenha absorvido a doutrina do *direito geral de personalidade*. Com a sua promulgação, rompeu-se definitivamente com a influência até então presente das concepções pandectistas e individualistas da doutrina jurídica do século XIX. Nossa Constituição tutela e reconhece o direito geral de personalidade por meio do *princípio da dignidade da pessoa humana*, que consiste em uma *cláusula geral* de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo. É através do princípio da dignidade da pessoa humana que deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro visto que este princípio constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, sendo a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica⁷³, o que permite entender, portanto, que há no ordenamento jurídico a existência do direito de o ser humano desenvolver-se livremente como pessoa, qual seja, o direito geral de personalidade.

⁷² A concepção do positivismo jurídico a respeito dos direitos da personalidade não encontra mais guarida na grande maioria dos ordenamentos jurídicos atuais. Esta escola, que entendia o Estado como fonte única do direito e que reconhecia como merecedores de tutela apenas os direitos da personalidade expressamente tipificados na lei - o que acabou por afastar a tutela da personalidade humana a partir de um direito geral da personalidade, contribuindo, assim, para a fragmentação do direito geral da personalidade em diversos direitos da personalidade autônomos - perdeu influência considerável no mundo jurídico após a segunda metade do século XX. A repercussão dos horrores ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial despertou a consciência da necessidade de proteção, sob todos os aspectos, dos valores da personalidade e do indivíduo como ser humano. O entendimento do positivismo jurídico de que a personalidade nada mais era que atribuição normativa e que ascendia à condição de pessoa tão somente aqueles a quem o direito "concedia" tal condição, assim como a centralidade do direito civil clássico no ordenamento jurídico (com sua visão privatística dos direitos de personalidade), não mais satisfaziam os anseios sociais da nova ordem econômica e social que se seguiu a partir de então. Cf. SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. 2ª ed., rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 43, 55-56.

⁷³ SZANIAWSKI, E., op cit, p. 136-137.

Quanto à relação existente entre dignidade da pessoa humana e direito geral de personalidade – abrangendo, conseqüentemente, os direitos de personalidade - afirma Ingo Sarlet:

[...] situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa, tudo a revelar a já indiciada conexão da dignidade, não apenas com um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos de personalidade em geral⁷⁴.

O direito ao conhecimento da origem genética trata-se de um direito da personalidade. No entendimento de Ingo Sarlet:

Para além do já reconhecimento de um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, diretamente deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana (já que o ser sujeito (titular) de direitos é, à evidência, inerente à própria dignidade e condição de pessoa) tal ocorre, apenas para citar outro exemplo dos mais, com a proteção da pessoa humana, em virtude de sua dignidade, contra excessos cometidos em sede de manipulação genética e até mesmo a fundamentação de um novo direito à identidade genética do ser humano, ainda não contemplado como tal (ao menos não expressa e diretamente) no nosso direito constitucional positivo. Também um direito à identidade pessoal (nesse caso não estritamente referido à identidade genética e sua proteção, no caso, contra intervenções no genoma humano) tem sido deduzido do princípio da dignidade da pessoa humana, abrangendo inclusive o direito ao conhecimento, por parte da pessoa, da identidade de seus genitores⁷⁵.

Em relação ao direito ao conhecimento da origem genética a doutrina, no entanto, por vezes prioriza o seu entendimento na espécie direito à identidade pessoal (como Ingo Sarlet, acima citado) e outras vezes na espécie direito à vida. Ressalte-se, no entanto, que esses diferentes entendimentos não se opõem e todos eles ajudam a entender a problemática que se instala entre o direito à identidade genética e a adoção de medidas como as portinholas e bebês e o parto anônimo.

Uma das correntes entende que o direito à identidade genética decorre do direito amplo à identidade, que é um das expressões concretas do direito à verdade pessoal⁷⁶, e é assegurado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com SELMA RODRIGUES PETTERLE, o sentido da identidade pessoal não se resume à identidade genética:

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 95-96.

⁷⁵ SARLET, I., op cit, p. 115.

⁷⁶ MOLINARI, Fernanda. Parto anônimo: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 131.

A identidade pessoal não se resume à identidade genética. A identidade pessoal é noção bem mais complexa e abrangente, com dois componentes: um referencial biológico, que é o código genético do indivíduo (identidade genética), e um referencial social, este construído ao longo da vida, na relação com os outros. É nesse sentido que a doutrina refere-se a duas dimensões do direito à identidade pessoal: uma dimensão individual, que torna cada pessoa humana um ser único, original e irrepitível, diversidade essa que enriquece a humanidade, integrando o núcleo da respectiva dignidade o respeito pelo caráter único e diverso dos seus elementos genéticos; e uma relativa da identidade pessoal, noção bem mais ampla e complexa.⁷⁷

E conclui, afirmando:

“Quanto ao significado do direito à origem genética, enfatiza-se que está focalizado na aceção individual, ou seja, na identidade genética como base biológica da identidade pessoal, que, em última análise, corresponde ao genoma de cada ser humano, ou melhor, ao genoma humano de cada pessoa humana individual. Sob este prisma, identidade genética é sinônimo de individualidade genética.”⁷⁸

Para Maria Berenice Dias:

O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, é um preceito fundamental, um direito de personalidade: direito individual, personalíssimo (...). Seu exercício não significa inserção em relação de família.⁷⁹

A partir dessa compreensão, entende-se que o direito à identidade genética é um direito de personalidade que objetiva assegurar o bem jurídico fundamental chamado de “identidade genética”, que é uma das manifestações essenciais da personalidade humana, junto do já conhecido viés do direito à privacidade e do direito à intimidade. Quando a doutrina se refere a um direito fundamental à identidade genética tem por finalidade assegurar a constituição genética individual (a identidade genética única e irrepitível de cada ser humano) como base biológica de sua identidade pessoal, esta em permanente construção, no universo das relações interpessoais⁸⁰.

A respeito do direito à verdadeira identidade, entende Maria Celina Bodin de Moraes:

A integral tutela da criança, em particular de sua dignidade, reflete, nessa medida e ainda hoje, tarefa primária e urgente, da qual decorre, em primeiro lugar, o conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida, dos progenitores. [...]. Conhecer as próprias origens. Origens não são apenas

⁷⁷ PETERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 110-111.

⁷⁸ PETERLE, S.R., Idem, p. 111.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: revista dos Tribunais, 2011.

⁸⁰ MOLINARI, F., op cit, p. 133.

genéticas, mas também culturais e sociais. O patrimônio genético não é mais indiferente em relação às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas impedir o incesto e possibilitar a aplicação de impedimentos matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias, mas, responsabilmente, estabelecer o vínculo entre o titular do patrimônio genético e a sua descendência, assegurar o uso de seu sobrenome familiar com sua história e sua reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio-poder⁸¹, além das repercussões patrimoniais e sucessórias. A toda evidência, neste sistema jurídico, o conhecimento acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental. Com efeito, a propósito, já foi dito que “saber a verdade sobre a sua origem é um legítimo interesse da criança”. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma corte pode frustrar⁸².

O direito à identidade pessoal, dessa forma, abarca o direito ao conhecimento da origem genética e permite à pessoa se ver inserida em uma ancestralidade. Toda pessoa possui, como elemento fundante, uma identidade pessoal de caráter biológico, genético, individual, singular, que a torna única enquanto portadora de características herdadas de seus antecessores, conectando-a biologicamente a eles, de maneira inderrogável e eterna⁸³. A integral tutela da criança exigiria, dessa forma, o conhecimento da verdadeira identidade. Assegurar o conhecimento da verdadeira identidade conduz necessariamente à livre investigação dos liames genéticos.

De acordo com Capelo de Souza:

A tutela juscivilística da identidade humana incide desde logo sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo, particularmente sobre a sua imagem física, os seus gestos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral. Mas recai também sobre os termos da inserção socioambiental de cada homem, máxime, sobre a sua imagem de vida, sua história pessoal, o seu decoro, o seu crédito, a sua identidade sexual, familiar, racial, lingüística, política, religiosa e cultural. Finalmente, no bem da identidade podem englobar-se ainda os próprios sinais sociais da identificação humana, quer principais, como o nome e o pseudônimo, quer acessórios, como a filiação reconhecida, o estado civil, a naturalidade e o domicílio, que, embora sujeitos a regimes jurídicos específicos, integram, para certos fins, o conteúdo do bem personalíssimo da identidade⁸⁴.

Já outra corrente doutrinária entende que o direito à origem genética é um direito de personalidade na espécie direito à vida, devendo ser possibilitado o conhecimento da origem biológica para que seja possível adotar medidas

⁸¹ Hoje não se fala mais em pátrio poder, mas sim poder familiar, em razão do princípio da igualdade dos cônjuges consagrado pela Constituição Federal e que repercutiu na elaboração do texto do novo Código Civil.

⁸² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos de personalidade*. In: BARRETO, Vicente (Org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 187-188.

⁸³ ALMEIDA, M. C. de, op cit, p. 92.

⁸⁴ SOUZA, R. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, PP. 246-252.

preventivas para a preservação da saúde e, conseqüentemente, da vida. Tutela-se, assim, além do direito à vida também o direito à saúde.

Quanto ao objeto tutelado pelo direito ao conhecimento da origem genética, entende Paulo Luiz Netto Lôbo que:

é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida⁸⁵.

É amplamente reconhecido na medicina atual que o conhecimento do patrimônio genético e do histórico familiar da pessoa é imprescindível para a prevenção, tratamento e cura de doenças genéticas ou hereditárias. São os parentes mais próximos (mãe, pai, irmãos) que detêm maior compatibilidade, por exemplo, no transplante de medula para curar o paciente de leucemia⁸⁶. Obstaculizado o acesso aos dados biológicos, diminui-se a efetiva manutenção da saúde e, também, da vida. A Constituição, aliás, prevê expressamente a tutela desses bens jurídicos em seu art. 5º, *caput*, e art. 6º, *caput*, respectivamente.

Tamanha é a importância do direito à origem genética que, no âmbito do direito internacional, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos consagrou, em seu art. 1º, que “o genoma humano é a base da unidade fundamental da família humana e do reconhecimento da sua dignidade e diversidade intrínsecas”. O Brasil, inclusive, é signatário dessa declaração.

Em casos de adoção, ressalta-se que com vistas a tutelar o interesse legítimo da criança em saber a verdade sobre a sua ascendência genética, a Lei nº. 12.010/2009 determinou nova redação ao art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao estipular que possui o adotado o direito de conhecer a sua origem biológica.

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer a sua origem biológica, bem como o direito de obter acesso irrestrito ao processo do qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Com a positivação das Portinholas de bebês e do Parto Anônimo, contudo, parte da doutrina entende que restaria diminuída a importância do conhecimento da origem genética, ainda que vigente o disposto no artigo acima citado, visto que os

⁸⁵ LÔBO, P., p. 151.

⁸⁶ GOZZO, Débora. “Nascimento Anônimo”: em defesa do direito fundamental à vida. Revista Mestrado em, Direito, Osasco, ano 6, 2006, p. 134.

Projetos que visam instituí-los retirariam da criança esse direito ao garantirem o anonimato da mãe. Há também aqueles que não interpretam dessa forma.

A doutrina diverge principalmente em relação aos seguintes dispositivos de lei:

Artigo 6º do Projeto-de-Lei nº 2.747/2008: A mulher que, antes ou no momento do parto, demandar o sigilo de sua identidade, será informada das conseqüências jurídicas desse pedido e da importância para as pessoas em conhecer sua origem genética e sua história.

Artigo 11 do Projeto-de-Lei nº 2747/2008: A identidade dos pais biológicos será revelada pelo Hospital, caso possua, somente por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho.

Artigo 4º do Projeto-de-Lei nº 3.220/2008: A mulher que solicitar, durante o pré-natal ou o parto, a preservação do segredo de sua admissão e de sua identidade pelo estabelecimento de saúde, será informada das conseqüências jurídicas de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos.

Artigo 6º do Projeto-de-Lei nº 3220/2008: A mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto.

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

De acordo com o que é possível depreender dos artigos acima citados, a identidade dos pais biológicos ficaria armazenada no Hospital, podendo ser revelados apenas a pedido do nascido mediante ordem judicial, de acordo com o parágrafo único do art. 6º do PL nº 3220/2008, e em caso de doença genética ou por ordem judicial, segundo o art. 11 do PL 2747/2008. Essas hipóteses são taxativas.

Ao analisar o PL nº 3220/08, Olívia Oliveira entende que este projeto de lei, ao permitir ao nascido de parto anônimo - depois de alcançada a maioridade - a possibilidade de ter acesso aos dados de sua ascendência genética, acaba por preservar o direito à verdade biológica e, também, a dignidade da pessoa humana. Segundo a estudiosa, caso o nascido de parto anônimo tenha interesse em conhecer os seus dados parentais poderá ele, por meio de autorização judicial em ação de investigação de ascendência genética, acessar esses dados que serão prestados pela unidade de saúde em que nasceu ou pelo Juizado da Infância e Juventude, de acordo com o que está prescrito no art. 6º e seguintes do PL nº 3220/08⁸⁷.

Nas palavras de Olívia Oliveira:

⁸⁷ OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. *O parto anônimo à luz do constitucionalismo brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 126

O projeto de lei 3.220/08 não se opõe à prevalência da verdade biológica, tampouco à do direito de intimidade da gestante. Entretanto, o exercício do direito ao conhecimento da ascendência genética, nesse caso, dependerá de ordem judicial ou quando provada a existência de doença genética do filho. O sigilo previsto no projeto de lei 3.220/08 não representa ameaça à efetivação do direito de personalidade do nascente, cabendo apenas ao juiz, diante do caso concreto, ordenar ao hospital que libere as informações, caso existam, acerca da origem genética do nascente; ou, ainda, deverá o próprio hospital liberar diretamente tal informação, caso fique provada a existência de doença genética do nascente, oportunidade em que se poderá contactar seus genitores para a facilitação da busca de uma solução para o seu diagnóstico⁸⁸.

No entendimento de Olívia Oliveira, a redação do PL 3.220/08 não está correta ao se utilizar da expressão “parto anônimo”, pois anonimato diz respeito à mentira e ao segredo, o que não vai ao encontro dos direitos da criança e do adolescente. Mais de acordo com o conteúdo deste projeto de lei seria propor o parto em sigilo, já que em alguns casos o filho pode ter acesso aos dados biológicos de seus genitores. Mesmo assim, entende a autora que como há hipóteses taxativas em que o sigilo do parto pode ser relativizado, o direito de personalidade do filho não fica prejudicado.

A maior parte da doutrina, no entanto, não entende que haja conciliação entre o parto anônimo e o direito ao conhecimento da origem genética. Assim entende Belmiro Pedro Weber, que também critica o anonimato da mãe - que está disposto nos arts. 6º e 4º dos PL 2747/2008 e PL 3220/2008, respectivamente:

Não concordo com o acobertamento do anonimato, excluindo o mundo genético e, em consequência, a origem, o princípio, a aurora das coisas, a ética, a moral, a evolução da civilização, encobrendo a condição humana. A gestante não poderá deixar de assumir a maternidade sob o manto impermeável do anonimato, à medida que, com o seu modo de ser no mundo (conceber a existência humana pelo material genético), fez com que se tornasse mãe, abrindo a janela da vida ao filho, cujo direito é irrenunciável, imprescritível, inegociável, indisponível, intangível⁸⁹.

Também vislumbrando problemas na sonegação da origem biológica no parto anônimo, posiciona-se Fernanda Molinari:

A sonegação da origem biológica, além das graves consequências que podem recair sobre a criança, hoje, sujeito de direitos, levará, inclusive, nos casos em que não forem encontrados registros sobre a origem da criança, uma vez que caberá ao hospital armazená-lo, à impossibilidade de examiná-lo, por ocasião da habilitação, um dos mais severos impedimentos para o casamento, isto é, a proibição de ascendente casar com descendente, de irmão casar com irmã, e vice-versa, previsto no artigo 1521, incisos, I e IV, do

⁸⁸ OLIVEIRA, O. M. P. de, Idem, p. 82.

⁸⁹ WEBER, Belmiro Pedro Marx. *Parto Anônimo e a condição humana tridimensional*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>> Acesso em: 8 set. 2008. (Apud) MOLINARI, F., op cit, p. 139.

Código Civil brasileiro, levando a considerar um dos mais importantes pilares da civilização, a interdição imposta pelo incesto. Investigar o nascedouro biológico é conhecer a ancestralidade, a identidade pessoal, para impedir, por exemplo, o incesto, preservar os impedimentos matrimoniais, evitar enfermidades hereditárias, enfim, para receber o direito de cidadania no qual estão incluídos todos os direitos e garantias do parentesco genético, afetivo e ontológico⁹⁰.

No mesmo sentido, entendem Luiz Edson Fachin, Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva em relação ao parto anônimo:

Diante da proposta em análise, parece certo que o aforismo romano *mater semper certa est* sofre abalo jamais antes ocorrido em relação à certeza da maternidade. Se até os dias correntes a mãe é sempre certa, o pai não. Grande número de crianças vem à luz sem paternidade definida. A única chance que estas crianças têm de um dia conhecer o pai ou ascendente genético se dá pela informação da mãe pelo exercício do direito à investigação de paternidade. O parto anônimo quitaria dessas crianças, que sequer nasceram, a possibilidade de conhecer seus ascendentes. Não se estaria, assim, diante de um retrocesso?⁹¹

Retrocesso. É o que entende parte significativa da doutrina que se posiciona contrariamente à instituição do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro. Retrocesso porque a sonegação da origem biológica gera graves conseqüências, dentre elas, a de não permitir a verificação dos impedimentos para a celebração do casamento, presentes nos incisos I e IV do art. 1521 do Código Civil, e de impossibilitar à criança o conhecimento do pai ou do ascendente genético por meio da investigação de paternidade, já que o exercício desse direito é viável tão apenas através de informações dadas pela própria mãe.

A inserção do parto anônimo também seria um retrocesso, para parte da doutrina, em razão desse instituto ir de encontro ao que está disposto na Constituição e aos direitos das crianças até hoje reconhecidos.

Quanto à incompatibilidade entre a atual Constituição e o parto anônimo, parte da doutrina entende que esta figura é inconstitucional visto que ao se mitigar o direito ao conhecimento da origem genética não se estaria observando a cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Maria Regina Fay Azambuja e Ivone Coelho de Souza:

No Brasil, assim como na Alemanha, somente para exemplificar, a figura do Parto Anônimo contraria a letra da Constituição que assegura não só o direito à vida, mas a dignidade da pessoa humana que engloba, por evidente, o

⁹⁰ MOLINARI, op cit, p. 140.

⁹¹ FACHIN, Luiz Edson; CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. *Parto sem mãe – uma questão em debate*. Disponível em www.nqn.com.br/imprimir.php?visualizar=10116849 Acesso em 27 de setembro de 2013.

direito de conhecer sua ascendência genética, totalmente desprezada e desmerecida no Projeto apresentado⁹².

Paulo Lôbo, quanto ao conhecimento da origem genética na Alemanha:

Ao ser humano, concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento da origem genética, ou da própria ascendência, como direito geral de personalidade, como decidiu o Tribunal Constitucional alemão em 1997, mas sem relação de parentesco ou efeitos de direito de família *tout court*⁹³.

Quanto ao dilema entre a figura do parto anônimo e o direito ao conhecimento da origem genética neste país, relata Débora Gozzo:

Na Alemanha, essa figura contraria a letra da Constituição, que prevê em seu artigo 2º não só o direito à vida, mas o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa. Este é, por sua vez, integrado por um outro direito fundamental que é de conhecer sua ascendência genética. Cuida-se não só de uma questão de dignidade humana, mas de um direito de personalidade fundamental para o bom desenvolvimento psíquico do ser humano. Ademais, para o direito alemão, a mãe é sempre certa (BGB, §1.591, 37), por ser aquela que deu à luz. Por isso, inconcebível a aprovação do Projeto de Lei, sobre o nascimento anônimo, sem uma alteração constitucional, ainda que se pudesse alegar que essa prática poderia contribuir para reduzir não só o número de abortos, preservando o direito à vida do nascituro, mas, também, o abandono e o infanticídio⁹⁴.

Como dito no início deste tópico, a Constituição brasileira não apresenta uma cláusula geral expressa do *direito geral da personalidade* como ocorre na Constituição alemã. Contudo, a dignidade da pessoa humana é mencionada em seu art. 1º, inciso III, e o direito geral de personalidade está aí consagrado. O direito geral de personalidade é qualificado como um direito fundamental, já que é o princípio da dignidade da pessoa humana que rege os direitos fundamentais. Os direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro são, portanto, direitos fundamentais.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruziek:

Pode-se dizer (...) que a construção jurídica dos Direitos de Personalidade constitui subconjunto do universo mais amplo dos Direitos Fundamentais e que, como tais, aplicam-se tanto às relações que envolvem o Estado como naquelas que envolvem apenas indivíduos⁹⁵.

Neste raciocínio, portanto, sendo o direito ao conhecimento da origem genética um direito de personalidade, é possível sustentar que também entre nós tal

⁹² AZAMBUJA, M. R. F. de; SOUZA, I. C. de., p. 70.

⁹³ LÔBO, P., p. 152.

⁹⁴ GOZZO, D., op cit, p. 132.

⁹⁵ FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. Revista trimestral de Direito Civil, v. 35. Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 13.

direito é um direito fundamental. Este direito, aliás, progressivamente vem sendo incluído entre os direitos de personalidade tanto por parte da doutrina quanto da jurisprudência⁹⁶, atraindo, dessa forma, as características inerentes à categoria⁹⁷. E diferente não poderia ser, pois de acordo com Anderson Schreiber:

Os direitos da personalidade consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas⁹⁸.

Portanto, questiona parte significativa da doutrina: não estariam os projetos de lei ferindo a nossa atual Constituição ao objetivar regular o parto anônimo, negando, assim, um direito fundamental à criança, impossibilitando a ela o pleno desenvolvimento de sua personalidade? Boa parte da doutrina afirma que sim, entendendo serem as portinholas de bebês e o parto anônimo um retrocesso diante da mudança paradigmática relativa aos direitos da criança resultante da Constituição federal de 1988, que reconheceu a criança como prioridade absoluta e detentora de direitos fundamentais. Assim entende Fernanda Molinari:

Contudo, andando na contramão de toda a evolução sociológica e legislativa, no que concerne à forma de tratamento dispensado à criança e aos direitos fundamentais a ela reconhecidos, tramitam, no Congresso Nacional, propostas legislativas que visam instituir o parto, a mãe e o filho anônimo, subvertendo todo o ordenamento jurídico brasileiro e a normativa internacional que conferem à criança a condição de prioridade absoluta, detentoras de proteção integral cujo objetivo é preservar sua condição humana de viver com dignidade.

O que se vislumbra é um retrocesso inaceitável quanto aos direitos instituídos no ordenamento jurídico brasileiro, ocorrendo uma nítida inversão de valores ao privilegiar a mulher em detrimento da criança, sob a justificativa de coibir o abandono materno.

Porém, se a intenção é essa, deve prevalecer a prudência, por meio do estudo e da busca de conhecimento sobre o tema, antes de legislar sobre ele e, ao legislar, ater-se ao fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, há uma Constituição Federal que proclama a dignidade da pessoa humana e a prioridade absoluta da infância como normas e valores fundamentais, devendo as demais normas infraconstitucionais respeitar esses princípios.

No entendimento de Fernanda Molinari, os projetos de lei representam um retrocesso ao paradigma adotado pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de que a criança é sujeito de direitos e merecedora de proteção integral. As propostas não adotam uma perspectiva de garantia de direitos da criança, mesmo porque buscam privilegiar a mulher ao lhe conceder um novo direito que sequer está presente na Constituição: o direito ao anonimato, de não assumir a

⁹⁶ STJ, Recurso Especial 807.849/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 24.03.2010.

⁹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 177.

⁹⁸ SCHREIBER, A., idem, p. 13.

identidade e a responsabilidade pelo filho gerado. Ao invés de acrescentar, os projetos em nada privilegiam ou protegem a criança⁹⁹.

Quanto aos direitos das crianças, Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay de Azambuja lembram que existem dispositivos no atual ordenamento jurídico brasileiro que permitem à mulher, que não deseja exercer a maternidade do filho, a possibilidade de entregá-lo em adoção logo depois do nascimento sem que ele fique desprovido do direito ao conhecimento da origem genética:

No sistema atual, a mulher que não deseja permanecer com o filho pode, logo após o nascimento, manifestar a sua decisão aos profissionais da saúde que, de imediato, comunicarão o fato ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária (Juiz da Infância e Juventude da comarca). A diferença é que, para o filho, nascido nestas condições, não há discriminação na forma em que chega ao mundo ou, nas palavras referidas pela legislação, na forma que a vida extra-uterina aconteceu. Desejando ou não a mulher permanecer com o filho, não será ele (o filho), no sistema atual, tratado de forma diferenciada e anônima como se está a pretender instituir. E mais, pelo Projeto, os dados sobre a origem, a saúde dos genitores e as circunstâncias do nascimento ficarão armazenadas, em sigilo, na unidade de saúde, somente sendo liberadas a pedido do anônimo e por ordem judicial. Na sistemática atual, os dados da família biológica são levados ao processo judicial, permitindo que, no futuro, possa o filho a eles ter acesso¹⁰⁰.

Quanto aos direitos das crianças, portanto, além dos projetos de lei que visam instituir o parto anônimo representarem um retrocesso, são também desnecessários, pois já existe no sistema atual a possibilidade da mulher entregar o seu filho em adoção sem que ele fique eternamente privado do acesso aos dados da família biológica. Para isso, basta que manifeste a sua decisão aos profissionais da saúde que, então, comunicarão o fato ao Conselho Tutelar e à autoridade judiciária – Juiz da Infância e Juventude da comarca – que irá fazer constar os dados da criança em sede de processo judicial de adoção, o que permitirá que a criança posteriormente tenha acesso a eles.

A doutrina não nega que o abandono de recém-nascidos é um problema, mas permitir que o anonimato da mãe se sobreponha ao direito à origem da criança não é justificável porque não tutela a criança integralmente. Não respeitar isso, aliás, fere a dignidade da criança e não permite que ela desenvolva amplamente a sua personalidade. Por não tutelar esse direito e não respeitar a criança como sujeito de direitos, é de se entender que medidas como as portinholas de bebês e o parto

⁹⁹ MOLINARI, F., op cit, p. 110-111.

¹⁰⁰ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SOUZA, Ivone Coelho de. *Parto Anônimo: uma omissão que não protege*. Revista Brasileira de Direito das famílias e Sucessões, IBDFAM, Porto Alegre, vol. 4, nº 4, jun/jul 2008, p. 66.

anônimo, além de serem redundantes porque alternativas mais garantistas já existem no atual ordenamento jurídico brasileiro, estão em desconformidade com a Constituição de 1988.

4.3. O direito ao conhecimento da origem genética e o estado de filiação.

Até aqui a presente monografia se focou no estudo da origem genética do indivíduo e o correspondente direito que tutela esse bem jurídico. Importante ressaltar, contudo, que o fato biológico não encontra necessariamente correspondência no estado de filiação, sendo conceitos que pertencem a áreas distintas do direito civil. Enquanto aquele encontra guarida no âmbito dos direitos da personalidade, o segundo tem sede no direito de família.

Paulo Lôbo diferencia claramente origem genética de estado de filiação:

O direito ao conhecimento da origem genética não está coligado necessariamente ou exclusivamente à presunção de filiação e paternidade. Sua sede é o direito da personalidade, que toda pessoa humana é titular, na espécie direito à vida, pois as ciências biológicas têm ressaltado a insuperável relação entre medidas preventivas de saúde e ocorrência de doenças em parentes próximos. Ao mesmo tempo é forte e razoável a idéia de que alguém possa pretender tão apenas investigar a sua ancestralidade, buscando sua identidade biológica pela razão de simplesmente saber-se de si mesmo. O estado de filiação se constrói entre pais e filhos, independente de serem parentes consangüíneos. Portanto, não se deve confundir o direito de personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não¹⁰¹.

Quanto à diferença entre os objetivos da investigação de paternidade e da pesquisa da ascendência genética, afirma José Carlos Teixeira Giorgis:

Enquanto a investigação de paternidade tem leito no direito de família e procura a genitura biológica com reflexos no nome, parentesco, alimentos e sucessão, a pesquisa da ascendência genética apóia-se no direito constitucional de personalidade; e apenas pretende descobrir a história familiar para adotar medidas de preservação da saúde e da vida, necessidade psicológica de descortinar os pais, ou resguardar os impedimentos matrimoniais¹⁰².

É certo que o reconhecimento da filiação é, via de regra, subsequente à investigação de paternidade e maternidade, contudo são situações distintas que, para favorecer a economia processual, são reunidas em uma mesma ação judicial. Nada impede, ainda que inexistente o direito ao reconhecimento do estado de

¹⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 203-204.

¹⁰² GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito à ancestralidade genômica*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?boletim&artigo=200>. Acesso em 27 set. 2013.

filiação, que seja pleiteado o direito ao conhecimento da ascendência genética mediante ação ajuizada para produzir efeitos meramente declaratórios¹⁰³.

Ainda que na grande maioria dos casos o fato biológico e o estado de filiação coincidam, há aqueles em que isso não ocorre, e exemplos disso são a adoção, a posse de estado de filiação e a inseminação artificial heteróloga. Com a finalidade de abranger todas as situações existenciais reconhecidas pelo ordenamento jurídico, o estado de filiação apresenta necessariamente natureza socioafetiva.

A partir de agora será dada atenção a esse conceito do direito de família, qual seja, o estado de filiação.

5. Portinholas de bebês e parto anônimo à luz do estado de filiação.

Filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, em que uma delas é considerada filha da outra. Quando a relação é considerada diante do pai, denomina-se paternidade; diante da mãe, maternidade¹⁰⁴. A partir dessa relação de parentesco qualifica-se juridicamente o estado de filiação, que é atribuído a uma pessoa e abrange um conjunto de direitos e deveres de forma recíproca. O filho é titular do estado de filiação, assim como o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, respectivamente¹⁰⁵.

O estado de filiação percorreu diferentes entendimentos ao longo dos tempos no nosso ordenamento jurídico, dependendo, em maior ou menor grau, da origem genética. Essa mudança será vista no tópico subsequente, em que será abordado como a filiação era estabelecida no Código Civil de 1916 e a alteração da compreensão desse conceito relacional no Código Civil de 2002, gerando, conseqüentemente, diferentes concepções quanto ao estado de filiação.

¹⁰³ OLIVEIRA, O., op cit, p. 76.

¹⁰⁴ LÔBO, P., *Obra Citada*, p. 216.

¹⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e o direito à origem genética: uma distinção necessária*. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 19, ago/set., 2003, p. 135.

5.1. O estado de filiação nos Códigos de 1916 e de 2002.

A diferença de concepção quanto ao estado de filiação entre os Códigos de 1916 e de 2002 encontra direta correspondência em como cada Código estabelecia/estabelece os contornos do que deve ser entendido por família. Ainda que em grande parte do século XX o direito de família tenha sofrido poucas mudanças, é inegável que com o advento da Constituição de 1988 operou-se uma verdadeira repersonalização das relações familiares. Em razão disso, primeiramente é indispensável entender as características da instituição familiar presente em cada Código para então apreciar a respectiva distinção quanto à fixação da filiação.

A família concebida pelo Código Civil de 1916 é, antes de tudo, fruto da realidade social vivenciada pelas elites da época e de tempos anteriores. Para melhor compreender o modelo legislado de família presente neste Código, faz-se necessário abordar dois modelos familiares que fortemente influenciaram a mente daqueles que construíram este diploma normativo: a família extensa e a família nuclear. Estes modelos não foram os únicos que se fizeram presentes nas organizações familiares, mas foram os que apresentaram importância para o tema do direito de família na primeira codificação civil brasileira.

No Brasil do final do século XVII até o início do século XIX há a formação de uma família extensa e patriarcal que não encontra equivalente na Europa. O seu centro é ocupado por um chefe – o pai e/ou o marido – e a sua composição abarca não só a esposa e os filhos mas também um conjunto de agregados que não necessariamente apresentavam consangüinidade com aqueles. Todos conviviam em um mesmo ambiente (a casa grande) e o conjunto de laços de interdependência entre os membros era fundado no clientelismo, não subsistindo qualquer tipo de relação estamental. A esposa, os filhos e os agregados integravam o âmbito de influência do senhor de engenho e deste dependiam para a manutenção da respectiva posição na sociedade e inclusive da própria subsistência.

Com o tempo houve a passagem dessa família extensa e patriarcal para uma família nuclear e patriarcal. Essa passagem, contudo, não se deu de forma abrupta. Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Enfatiza-se, porém, que não se identifica sequência necessária ou relação imediata de substituição entre casa-grande e sobrado. Há, sim, processo de

média duração que opera mudanças na sociedade do século XIX que acabam por repercutir nas formações familiares¹⁰⁶.

A família nuclear e patriarcal, que encontrou expressão ascendente no século XIX e que adentrou o século XX, tem a sua importância para a compreensão do fenômeno da “europeização da família”, ainda que não tenha havido uma importação exata do modelo europeu. Há o fortalecimento dos laços formados pela tríade pai-mãe-filhos, propiciando o desenvolvimento da concepção do amor conjugal e da valorização do afeto¹⁰⁷ – o que, entretanto, não justificou trazer o amor e o afeto para dentro da lei. O clientelismo não desapareceu, mas ele não é mais um elemento estruturante da família. A casa grande aos poucos é substituída pelo sobrado e entre nós não apenas a família burguesa passa a se organizar dessa forma, mas também as famílias relativas a comerciantes, profissionais liberais, servidores públicos, industriais - pessoas que estão vinculadas a um liberalismo econômico que não significa um liberalismo no âmbito da moral. Curiosamente, a idéia liberal de não intervenção econômica tornou possível a construção de um discurso para a normatividade da família. É aqui que se inseriu a noção de privatismo doméstico, que foi uma lógica de não intervenção na perspectiva do Judiciário visto que desde logo a lei definia quem tinha a última palavra no ambiente familiar – o pai/marido, chefe da família –, o que afastou, assim, a possibilidade de que eventuais divergências pudessem ser dirimidas por alguém externo ao grupo familiar. Em outras palavras, esse privatismo doméstico operou uma lógica que não deixava de ser contraditória, pois ao mesmo tempo que apartava o Judiciário da resolução de conflitos domésticos estabelecia uma rígida normatividade. A não intervenção, portanto, se dava na perspectiva do juiz, e não do legislador, e essa característica foi marcante no contexto em que se desenvolveu a família nuclear e patriarcal que se fez presente no Brasil de então.

São a esses dois modelos familiares – a família extensa e a família nuclear – que se dirige o Código Civil de 1916, sendo que o modelo legal de família contemplado por esta codificação era o retrato de valores hegemônicos de uma realidade histórica que o antecedeu, relativo ao estrato social dominante¹⁰⁸.

¹⁰⁶ PIANOVSKI RUZYK, C. E., op cit, p. 115.

¹⁰⁷ PIANOVSKI RUZYK, C. E., op cit, p. 123.

¹⁰⁸ PIANOVSKI RUZYK, C. E., op cit, p. 153.

Recebendo influência, portanto, desses dois modelos familiares acima citados, a família no Código Civil de 1916 caracterizava-se pelo patriarcalismo e pela estrutura hierárquica entre os membros, cabendo ao homem o papel de provedor e de chefe de família e à mulher o cuidado e o zelo com a educação dos filhos e com o âmbito interno do lar, estando alheia da vivência pública e desprovida de cidadania jurídica¹⁰⁹. Essa rigidez dos papéis ia ao encontro do caráter transpessoal, pois não interessava para o direito as aspirações pessoais dos indivíduos, importando a família muito mais como instituição do que como um meio para as realizações pessoais. A família era, portanto, mais importante do que as pessoas que a compunham. A mulher, desde cedo, era educada para o casamento e somente através dele era possível a constituição de família, legitimando-se, assim, as relações sexuais e também os filhos.

Quanto aos filhos – e aqui chegamos ao estudo do estado de filiação na legislação civil de 1916 – vigia a desigualdade entre eles, e tão somente recebiam tutela jurídica aqueles provenientes das justas núpcias da família matrimonializada. Eram os assim denominados filhos legítimos. Por lógica, aqueles nascidos fora desse padrão imposto ou poderiam ser legitimados em momento posterior - no caso de filhos naturais, que poderiam receber a legitimação com o superveniente casamento dos pais – ou seriam tidos eternamente como ilegítimos – nas hipóteses de filhos adulterinos ou incestuosos. Estes últimos, inclusive, recebiam a denominação de filhos espúrios e sobre eles recaía a indignidade da falta cometida pelos pais pelo simples fato dos genitores não terem se conduzido de acordo com o estabelecido na lei civil.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin:

A verdade biológica era, portanto, uma verdade proibida. Filho era somente o filho no sentido jurídico. A descendência genética podia (e deveria) coincidir com a concepção do direito; caso contrário, ao banimento do sistema se empurravam os filhos que não se submetiam aos limites da lei¹¹⁰.

Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

Patriarcalismo, hierarquização, transpessoalidade: são caracteres que irão se apresentar no marco legislativo que vem a lume em 1916, traçando, com os olhos voltados para o século XIX, um modelo jurídico para a família brasileira¹¹¹.

¹⁰⁹ ALBUQUERQUE, F. S., op cit, p. 145.

¹¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: Relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 20.

¹¹¹ PIANOVSKI RUZYK, C. E., op cit, p. 121.

Em razão das características do modelo familiar contemplado pelo Código Civil de 16 (*matrimonializada, patriarcalismo, hierarquia entre os cônjuges, transpessoalidade e distinção entre filhos legítimos e ilegítimos*) é que a imensa maioria da doutrina entende que neste contexto se justificava a existência das Rodas. Assim se manifesta Fabíola dos Santos Albuquerque:

O contexto social impunha um rígido comportamento de conduta à mulher, e sua inobservância gerava uma enorme pressão social, gerar um filho na condição de mãe solteira já seria uma desonra e mais grave ainda se fosse fruto de uma relação extra-matrimonial. Fatos que tornavam a mulher indigna da convivência familiar e alvo de discriminação e vergonha no meio social. O ônus era muito alto para criança, pois a esta seria impingida a mácula da quebra da suposta estrutura familiar, aliado ao fato de sobre ela recair o signo da ilegitimidade ou bastardia da filiação, já que prevalecia na lei civil o estatuto da desigualdade.

Mais adequado à moral social e à manutenção da paz doméstica seria imputar àquela mulher a negação do direito à maternidade, ou o sofrimento da privação do amor materno. Para remediar tal escândalo e salvaguardar a honra, as mulheres valiam-se da “roda”, ou seja, esta acabava desempenhando uma função prestante à realidade social e a opção legislativa da época¹¹².

A Roda, portanto, além de evitar que os recém-nascidos fossem vítimas do abandono e do infanticídio, também tinha a função de proteger das sanções sociais da época a criança que não fosse concebida dentro de um casamento, possibilitando a ela o acolhimento em um lar estabelecido de acordo com o padrão familiar exigido.

Com o advento da Constituição de 1988, contudo, uma mudança axiológica foi operada no direito de família. Diferente não poderia ser, pois a sociedade de então em muito se distanciava dos valores daquela que influenciou a codificação civilista de 16. A Constituição acabou sendo o resultado de uma sociedade plural e por causa disso advém a riqueza do texto constitucional ao permitir às suas normas um arejamento progressivo de modo a dar uma sentido à Constituição formal. Isso se aplica, também, à matéria de família.

No entendimento de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

A Constituição (...) foi antes reflexo de um longo movimento que, no decorrer do século XX, operou profundas mudanças na família nuclear. Está, também, como norma posta, no nível de uma história episódica, mas que, ao apreender as mudanças sociais, as reproduz e legitima¹¹³.

¹¹² ALBUQUERQUE, F. S., op cit, p. 145/146.

¹¹³ PIANOVSKI RUZYK, C. E., op cit, p. 163.

A família patriarcal cede lugar à família diárquica, em que o poder familiar é exercido por ambos os companheiros; a hierarquização dos cônjuges é mitigada diante da igualdade entre eles, procurando-se atingir principalmente uma igualdade material; as funções institucionais sucumbem face às funções pessoais, que permitem a passagem da família transpessoal para a família eudemonista; a família fundada exclusivamente no casamento dá espaço à pluralidade familiar, reconhecendo-se também outros tipos de formações familiares; e, por fim, a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos foi eliminada, passando todos os filhos a terem o direito de serem reconhecidos como tais.

O Código Civil de 2002 procurou, ainda que com algumas limitações, amoldar-se à nova ordem social – e, também, constitucional – mesmo que isso resultasse em sacrifício de uma unidade sistemática absoluta. Consagrou, ainda que de forma restrita, a família que não se estrutura apenas no casamento e contemplou os princípios da igualdade entre os cônjuges e o princípio eudemonista¹¹⁴. Afastou a noção de chefe de família. Além disso, vedou as designações discriminatórias na fixação da filiação.

Segundo o art. 1596 deste Código:

Art. 1596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação.

Quanto ao novo sistema de filiação, entende Luiz Edson Fachin:

(...) a construção de um novo sistema de filiação emerge como imperativa, posto que a alteração da concepção jurídica de família conduz necessariamente à mudança da ordenação jurídica da filiação. O rumo aponta para o que designou corretamente o Professor Eduardo de Oliveira Leite de nova paternidade, na qual o papel da efetividade é imenso, eis que a paternidade decorre menos da procriação e mais da circunstância de amar e servir.¹¹⁵

Quanto ao estabelecimento do estado de filiação, portanto, vige atualmente o princípio da igualdade entre os filhos, que confere a todos eles iguais direitos e qualificações. Não cabe mais ao direito definir quem é ou não filho, mas sim a realidade dos fatos. Esta realidade, frise-se, não se circunscreve ao critério da consangüinidade para o estabelecimento da paternidade e da maternidade, pois estas são construídas pela convivência, pelo afeto, pelo tratamento paterno filial e

¹¹⁴ PIANOVSKI RUZYK, C. E., op cit, p. 164.

¹¹⁵ FACHIN, L. E., op cit, p. 55.

materno filial. É claro que muitas vezes haverá uma coincidência entre o dado biológico e os vínculos paterno-filial e materno-filial, mas também haverá situações em que mesmo que não ocorra o liame biológico subsistirá a paternidade e a maternidade, não podendo esta realidade ser olvidada pelo direito. Em razão disso que o direito atual afasta o fato natural da procriação para o estabelecimento da filiação, podendo este conceito relacional ter origem biológica ou não.

Enfim, é evidente a diferença entre as concepções de família entre os Códigos de 1916 e de 2002, refletindo-se, conseqüentemente, em distintas formas de estabelecimento da filiação. É de se perguntar se esta mudança operada nas relações de família ainda legitima a existência de medidas tais como as portinholas de bebês e o parto anônimo. Como dito acima, no contexto da codificação civilista de 16 as “Rodas” se faziam necessárias para a preservação do modelo familiar legislado. Hoje, no entanto, outro é o entendimento adotado pelo ordenamento jurídico a respeito da família e, também, do estabelecimento da filiação.

No próximo capítulo será abordado a divisão da doutrina quanto à pertinência dessas medidas no que tange ao estado de filiação atualmente em vigor.

5.2. A filiação biológica e a filiação socioafetiva.

Como dito no capítulo anterior, vige atualmente no ordenamento jurídico brasileiro o estatuto unitário da filiação, desligando-se o estado de filiação da legitimidade e da consangüinidade. Atualmente entende-se que o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Não mais interessa a origem dos filhos já que o estado de filiação é de natureza socioafetiva, abarcando, também, as situações em que não existe o liame genético na convivência familiar.

A verdade jurídica cedeu espaço a outras verdades, dentre elas a verdade biológica e a verdade afetiva. A verdade jurídica, que adotava o critério jurídico para estabelecer o vínculo paterno-filial, descolou-se da ficção legal protetora da família legítima para se avizinhar da responsabilidade parental junto da reprodução biológica, o que não significa que o critério biológico tenha se tornado suficiente para firmar juridicamente a relação paterno-filial. É certo que no sistema anterior a

verdade biológica se restringia face à verdade jurídica, mas ainda hoje, mesmo após o advento da certeza científica propiciada pelo exame de DNA, o liame genético, por si só, não é o bastante para o estabelecimento do estado de filiação. É de se considerar, também, o critério sócio-afetivo, que expressa o sentido da paternidade como função e é aquela que se constrói na realidade dos fatos, fazendo uso da noção de posse de estado como papel decisivo para a fixação do vínculo paterno-filial¹¹⁶.

No entendimento de Luiz Edson Fachin:

O dado genético se expressa em diversas metodologias de testes de DNA. O pai tem tal qualidade posta, previamente definida. A paternidade construída se espelha na posse de estado de filho, apta a representar o afeto¹¹⁷.

A noção de posse de estado não é uma inovação da atual concepção a respeito da filiação. Ela também estava presente no sistema do Código Civil de 1916, mas se restringia face à centralidade da presunção *pater is est*. Hoje, no entanto, a posse de estado ganhou espaço em razão do relevo que a verdade afetiva exerce no estabelecimento da filiação. Nas palavras de Luiz Edson Fachin:

(...) não é propriamente à verdade biológica da filiação que a posse de estado serve prioritariamente. Depreende-se que ela mais se dirige a valorizar o elemento afetivo e sociológico da filiação, posto que sua ausência pode pôr em dúvida o vínculo da filiação¹¹⁸.

A origem biológica, portanto, não caracteriza sozinha um vínculo de filiação. É claro, a verdade biológica é verdade desde o seu início, corresponde a um elo indissolúvel, inato, mas ela não deve ser considerada a verdade suprema da filiação. A verdadeira paternidade não pode se limitar à busca de uma precisa informação biológica: é de se exigir, também, uma concreta relação paterno-filial em que pai e filho se tratam como tais, emergindo e tomando corpo, assim, a verdade afetiva. É nesse sentido que João Baptista Vilela discorreu sobre o processo de desbiologização da paternidade:

As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade¹¹⁹.

¹¹⁶ VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 111.

¹¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Paternidade e ascendência genética*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Temas da atualidade – DNA como meio de prova de filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 165.

¹¹⁸ FACHIN, op cit, p. 167

¹¹⁹ VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista Forense, vol. 271, jul./set. 1980, p. 49

No entanto, ainda que a doutrina venha concedendo espaço à verdade afetiva da filiação, em sentido contrário os tribunais vêm decidindo as situações que envolvem o estado de filiação. Na verdade, o que está ocorrendo é uma confusão conceitual. Diante da certeza científica representada pelo exame de DNA, que possibilitou à paternidade o fato da concepção (em contraposição ao antigo uso de presunções), acabou-se por criar na jurisprudência a noção de que a filiação é uma ligação entre o genitor e o ser gerado, tornando esse exame imprescindível nas ações de estado de filiação¹²⁰.

No entendimento de Zeno Veloso:

(...) as outras provas parecem débeis, frágeis, desnecessárias, diante da prova absoluta, plena, vigorosa do DNA. O que estamos assistindo, nas questões de paternidade, é a sacralização, quando não a divinização da prova do DNA¹²¹.

Dessa forma, houve uma espécie de total mitigação de todos os outros métodos científicos anteriormente utilizados como prova pericial nas ações de estado de filiação. A certeza científica representada pelo exame de DNA acarretou no entendimento de que a verdade real da filiação localiza-se no dado genético, obtível através do exame de DNA. Esqueceu-se que tal exame é apto de confirmar nada mais que a origem genética. Esse dado muitas vezes leva à paternidade, mas nem sempre este conceito relacional se encontra com a biologia. Entretanto, muitas decisões fazem alusão à verdade real, à paternidade real, como aquela determinada pelo liame biológico¹²².

Esse engrandecimento do exame de DNA como prova determinante a respeito da paternidade provocou até a flexibilização de normas rígidas do Código Civil de 1916, a exemplo do art. 340, que arrolava as hipóteses que permitiam a contestação da paternidade presumida. Tratava-se de um dispositivo taxativo, que, a rigor, apenas foi revogado pelo Código Civil de 2002. Apesar disso, o STJ aceitou a negatória de paternidade com fundamento na incoerência de liame biológico, provado por meio de exame de DNA¹²³. Da mesma forma também nos

¹²⁰ VENCELAU, R., op cit, p. 90.

¹²¹ VELOSO, Zeno. *A dessacralização do DNA*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, op. 197.

¹²² VENCELAU, R., op cit., p. 93.

¹²³ STJ: REsp. n. 222445/PR (2002); REsp. n. 14548/GO (2000); REsp. n. 189365/MG (1998); REsp. n. 41988/SP (1994). Todos in www.stj.gov.br, Acesso em 11.11.2013.

tribunais estaduais já foi aceito o afastamento da paternidade presumida, ampliando-se as hipóteses taxativas do antigo art. 340 do Código Civil de 1916.

Os Tribunais esqueceram-se do fato de que o exame de DNA é tão somente mais uma prova dentro do universo probatório na hipótese de se buscar a paternidade biológica. No entanto, ante a certeza absoluta em que se circunscreve, não são poucos os julgados que o enxergam como elemento indispensável, implicando na conversão do julgamento em diligência.

É de se citar trecho de acórdão proferido pelo Tribunal de Santa Catarina:

(...) diante da incrível evolução da ciência com a descoberta de novos e mais capazes meios que permitem se atingir, agora não mais a certeza relativa, mas sim e praticamente a verdade objetiva e real da paternidade, possibilitando ao julgador uma decisão firme e segura, é que deverá o julgador usar daquela cautela extraordinária, fazendo valer esse poder que lhe é conferido¹²⁴.

Nesse julgamento, assim como em outros dos diversos tribunais estaduais, bem como também em sede de STJ, foi considerado imprescindível a aplicação da seguinte fórmula: DNA positivo = paternidade.

Manifesta-se Paulo Lôbo quanto ao vislumbamento dos tribunais brasileiros diante do exame de DNA:

O estado de filiação desligou-se da origem biológica e de seu consectário, a legitimidade, para assumir dimensão mais ampla que abranja aquela e qualquer outra origem. Em outras palavras, o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Daí, é de se repelir o entendimento que toma corpo nos tribunais brasileiros de se confundir estado de filiação com origem biológica, em grande parte em virtude do fascínio enganador exercido pelos avanços científicos em torno do DNA. Não há qualquer fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois a Constituição estabelece exatamente o contrário, abrigando generosamente o estado de filiação de qualquer natureza, sem primazia de um sobre outro¹²⁵.

Em outras palavras, a Constituição não apresenta qualquer fundamento para priorizar a filiação biológica, visto que ampla é a sua abrangência. A prioridade não está na Constituição, mas na interpretação desacertada que tem se desenvolvido em sede jurisprudencial, desprezando o fato de que o paradigma da filiação foi alterado. Aliás, mesmo no direito anterior, a filiação biológica se circunscrevia aos ditames da dita filiação jurídica, que diferenciava filhos legítimos e ilegítimos, a

¹²⁴ TJSC, ApCiv n. 99.011822-3, Rel. Des. Gaspar Rubik, julg. 30.08.2000, in www.tj.sc.gov.br, disponível em 27.07.2002).

¹²⁵ LOBO, P. L. N., op cit, p. 134.

evidenciar que a origem genética nunca foi, a rigor, a essência das relações familiares¹²⁶.

Quanto à diferença entre ser pai e ser genitor, adverte Paulo Lôbo:

Impõe-se a distinção entre origem genética e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade¹²⁷.

Também nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite:

Priorizando o biológico, fazendo depender a paternidade de um mero exame de DNA, o legislador confundiu e nivelou duas noções, a de genitor e a de pai que não são, necessariamente, concludentes, mas que podem se apresentar distintas, porque genitor, qualquer homem potente pode ser (...) ¹²⁸.

E, ainda, Rodrigo da Cunha Pereira:

Embora os ordenamentos jurídicos ocidentais em geral determinem a paternidade biológica como fonte da responsabilidade civil, a verdadeira paternidade só se torna possível a partir de um ato de vontade e de um desejo. Assim, ela pode coincidir, ou não, com o elemento biológico. Nós nos arriscaríamos dizer que em nossa sociedade a paternidade baseada puramente nos laços de sangue pode ser uma ficção¹²⁹.

Nos dias de hoje, a atual Constituição concede espaço ao critério biológico, mas, também, aos laços afetivos, tendo em vista que veda discriminações. O direito de família constitucional tem como um de seus princípios jurídicos a afetividade, igualando os filhos biológicos aos não biológicos, e protege famílias que não são fundadas no laço matrimonial, a exemplo da união estável e da família monoparental, que se fundam no elemento da afetividade. Em razão disso que é reconhecida a paternidade socioafetiva, porque todos os filhos são iguais independente da origem.

Quanto ao elemento afeto, afirma Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

O afeto como origem e cimento da convivência familiar não é dado atemporal – como, aliás, todo fenômeno social, ainda que, historicamente, possa se apresentar como elemento de longa duração -, o que, como resta evidente, não retira sua marcante relevância como elemento estrutural da noção

¹²⁶ LOBO, P. L. N., op cit, p. 143.

¹²⁷ LOBO, Paulo Luiz Neto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Anais do II Congresso Brasileiro de de Direito de Família. A Família na Travessia do Milênio. Belo Hoirizonte: Del Rey, 2000, p. 252

¹²⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família – Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 134.

¹²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In Grandes temas da atualidade – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 77.

contemporânea acerca de família. Esta se apresenta, por certo, como um núcleo de coexistencialidade fundado no afeto, ou no amor familiar¹³⁰.

A convivência familiar está disposta no art. 227 da Constituição e é considerada fator basilar para o bom desenvolvimento do bem-estar infanto-juvenil, posto que a criança não cresce, de forma sadia, sem o estabelecimento de um vínculo afetivo com os adultos. É certo que o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a criança deve ser proritariamente mantida na sua família biológica e apenas excepcionalmente inserida em uma família substituta¹³¹. Contudo, não é qualquer convivência familiar que merece tutela, mas aquela que permite um desenvolvimento saudável à criança. Fala-se, portanto, em convivência familiar *afetiva*.

Para parte da doutrina, a recente relevância da filiação socioafetiva, ainda que represente uma nova concepção da relação materno-filial e paterno-filial, não é suficiente para legitimar a inserção das portinholas de bebês e do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro. Neste entendimento estão Luiz Edson Fachin, Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva:

A afirmação pura e simples de que a filiação socioafetiva poderia suprir a ausência de filiação biológica, pela via da adoção de recém-nascido de parto anônimo, pode criar uma falsa impressão de que a filiação biológica é *tout court* desprestigiada sempre em relação à sócio-afetiva, o que não parece ser sustentável nem sociológica, nem psicológica, nem juridicamente¹³².

Também nesse sentido Fernanda Molinari e detendo-se no direito à convivência familiar:

Conforme prevê o artigo. 9º do Projeto-de-Lei nº 2.747/2008, a criança só será levada a adoção após oito semanas da data em que chegou ao hospital, período em que a mãe ou parentes biológicos poderão *reivindicá-la*. Dispondo no mesmo sentido, o artigo 8º, § 1º, do Projeto-de-Lei nº 3220/2008 estabelece um prazo de 10 dias, após a data do nascimento da criança, para encaminhá-la à adoção.

Ou seja, em caso de a mãe ou parente biológico não *reivindicar* a criança, consoante terminologia em um dos Projetos, que remete a associação ao direito das coisas, o recém-nascido ficará privado do convívio familiar, até que seja concretizado uma possível adoção. E, considerando a hipótese de essa criança não ser adotada, ela será privada de qualquer convívio familiar, uma vez que permanecerá institucionalizada em abrigo¹³³.

¹³⁰ PIANOVSKI RUZYK, C. E., op cit, p. 8.

¹³¹ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

¹³² FACHIN, L. E.; CARBONERA, S. M.; SILVA, M. A. da, op cit, Acesso em 27 de setembro de 2013.

¹³³ MOLINARI, F., op cit, p. 146/147.

Já outra parte da doutrina, entende que tais medidas vão ao encontro da filiação socioafetiva. Dentre eles, está Fabíola dos Santos Albuquerque:

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

Vivenciamos a consolidação de novas molduras das relações familiares comprometidas com valores humanos e solidários, logo inconcebível privilegiar os ditames do biologismo em prejuízo da afetividade das relações estabelecidas no tempo¹³⁴.

Para essa corrente, não só a filiação afetiva corrobora a inserção desses institutos no nosso direito, mas também a possibilidade de inserção em família substituta, o que está de acordo com o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, Olívia Oliveira:

Fala-se (...) em direito à convivência familiar afetiva. (...). E é isso que se deduz da leitura do Projeto de Lei 3220/08 e de sua justificativa, quando propõe assegurar direitos fundamentais aos sujeitos envolvidos, notadamente o recebimento do nascente pelo Estado, sem oferecer preconceito, medo e dúvida aos pais biológicos e em especial à mãe biológica, bem como ao intermediar a colocação do mesmo em uma família substituta que o deseje realmente e ofereça um lar afetivo¹³⁵.

Ambos os posicionamentos da doutrina apresentam fortes argumentos quanto à relação entre os institutos em discussão e a relação de filiação - sobretudo quanto à filiação socioafetiva - adotada em nosso ordenamento jurídico. Parte da doutrina compreende que o critério socioafetivo ganhou relevância no nosso ordenamento, mas que isso não justifica uma mitigação total da filiação biológica ao se institucionalizar o abandono de crianças. Já outra parte de certa forma não nega a preocupação apresentada pelos que se posicionam contra os institutos ao não entenderem que a filiação socioafetiva é suficiente, mas entendem que ao menos estes institutos garantem o direito à vida do nascente e a relevância da socioafetividade no atual Direito de Família iria ao encontro desses institutos.

A parte da doutrina que se opõe aos institutos e que não vê suficiência no argumento da filiação socioafetiva para a positivação de tais medidas via de regra fala da responsabilidade que deve permear as relações familiares, a qual, inclusive, está disposta no texto constitucional. É o que se verá a seguir.

¹³⁴ ALBUQUERQUE, F. S., op cit, p. 158/159.

¹³⁵ OLIVEIRA, O. M. P. de; op cit, p. 85.

5.3. A paternidade/maternidade responsável.

O Código Civil de 1916 era silente quanto à responsabilidade. A família concebida por esta legislação era transpessoal e não se preocupava em promover a felicidade de seus membros: muito mais importante era a sua estabilidade, nem que isso significasse que a dignidade e a satisfação dos daqueles que a compunham fossem relegados a um segundo plano. Uma vez que o chefe da família – o pai/marido – desempenhava todos os papéis decisórios, não foi possível a construção de uma noção de responsabilidade, a não ser a contratual, nesse contexto¹³⁶.

Esse entendimento, contudo, foi alterado com a promulgação da Constituição de 1988. Ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, afastou a valoração da família como instituição em si mesma ao adotar o entendimento de que ela deve ser protegida tão somente e enquanto proporcionar o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros. A proteção não é mais dirigida ao modelo familiar, mas sim às pessoas que a compõe nas suas mais diversas acepções¹³⁷.

De acordo com o art. 227 da atual Constituição:

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

Este dispositivo estabelece um dever-ser da família, da sociedade e do Estado quanto à proteção da criança e do adolescente. Cabe primeiramente à família a responsabilidade para assegurar os direitos dos menores, e é daí que se depreende o princípio da paternidade/maternidade responsável, pois compete à família, sobretudo aos pais, a responsabilidade de resguardar a especial proteção que toda criança tem direito.

É de se questionar, portanto, se as portinholas de bebês e o parto anônimo não entram em conflito com o princípio da paternidade/maternidade responsável.

¹³⁶ SANCHES, Fernanda Karam de Chueri. *A responsabilidade no direito de família brasileiro contemporâneo: do jurídico à ética*. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 71

¹³⁷ SANCHES, F. K. de C., op cit., p. 77.

Quanto a esse questionamento, respondem Rodrigo da Cunha Pereira e Ana Amélia Ribeiro Sales que:

Defender o parto anônimo não é estimular o abandono ou a maternidade/paternidade irresponsável. É garantir condições mínimas e dignas de sobrevivência a um recém-nascido. É concretizar o direito fundamental à vida e a uma existência digna, inclusive potencializando as chances de adoção¹³⁸.

Contudo, outra parte da doutrina, no que tange à maternidade/paternidade responsável, não entende dessa forma. Haveria uma primazia da esfera dos direitos sobre a esfera dos deveres. Nas palavras de Luiz Edson Fachin, Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva:

Há (...) que se tomar cuidado para que não ocorra um processo de desresponsabilização dos genitores pela geração e nascimento de uma criança. Permitir simplesmente que o recém-nascido seja entregue para adoção sem que exista, ao menos, uma parte de assunção de responsabilidade, significa dar destaque à esfera dos direitos e descon siderar a existência de uma esfera de deveres, também decorrentes de qualquer ato praticado. Assim sendo, é relevante questionar qual a extensão de responsabilidade deve ser mantida para os genitores, de modo que, mesmo que não se estabeleça uma relação paterno-filial, o recém nascido tenha garantias mínimas de atendimento de seus direitos enquanto sujeito de direito¹³⁹.

Quanto ao tratamento da criança como sujeito de direito, entende Fernanda Molinari que os projetos-de-lei são um retrocesso tendo em vista que tratam a criança meramente como um objeto:

(...) numa evolução jurídica atual em que a Constituição elevou a criança como prioridade absoluta e dois anos após o ECA regulamentou a doutrina da proteção integral, nós vemos dois projetos-de-lei que encaram a criança como objeto, como produto, como algo que eu não quero assumir e vou deixar o produto que eu não quero no hospital, por um período de oito semanas até ser encaminhada para a adoção. (...) É um retrocesso absoluto em relação a direitos já conhecidos constitucionalmente, é um retrocesso a toda uma luta que nós temos de reconhecer direitos às crianças¹⁴⁰.

Também nesse sentido, Luiz Edson Fachin, Silvana Maria Carbonera e Marcos Alves da Silva:

Quanto aos efeitos colaterais de eventual regulação nos termos propostos, algumas perguntas devem ser suscitadas. De alguma forma, a possibilidade do parto anônimo não poderia incentivar a irresponsabilidade e reificação do humano? Uma gravidez indesejada se resolveria com a entrega de seu “produto” a uma unidade de saúde. Quanto menos responsáveis, menos humanos nos tornamos¹⁴¹.

¹³⁸ PEREIRA, R. da C.; SALES, A. A. R.; op cit, p. 168.

¹³⁹ FACHIN, L. E.; CARBONERA, S. M.; SILVA, M. A. da. *Op cit*, Acesso em 27 de setembro de 2013.

¹⁴⁰ MOLINARI, op cit, p. 144.

¹⁴¹ FACHIN, L. E.; CARBONERA, S. M.; SILVA, M. A. da. *Op cit*, Acesso em 27 de setembro de 2013.

Voltando ao questionamento deixado a algumas páginas atrás: as portinholas de bebês e o parto anônimo são medidas que encontram guarida no atual contexto familiar brasileiro, tanto aquele existente no mundo fático quanto o retratado no mundo jurídico? Quanto à filiação, não se nega que é possível argumentar a possibilidade de inserção dessas medidas já que o elemento afeto ganhou relevância na atual concepção de filiação, sobretudo após o desenvolvimento da noção de filiação socioafetiva. Contudo, tal discurso não se sustenta face à necessidade de também averiguar-se se as portinholas de bebês e o parto anônimo estão em conformidade com o princípio da maternidade/paternidade responsável. Se na codificação anterior o modelo de família tinha caráter transpessoal, em que a instituição familiar se sobrepunha aos membros que a compunham, devendo a *paz das famílias* ser tutelada a qualquer custo, nem que isso justificasse negar à mulher o exercício da maternidade ao obrigá-la a entregar o próprio filho em uma “roda”, hoje estamos em um contexto diferente. A família hoje tutelada no ordenamento jurídico é eudemonista, em que a proteção não é dirigida à instituição, mas sim às pessoas que a compõe. Não mais recai sobre a mulher o estigma de gerar um filho fora de um vínculo matrimonial, sendo que este filho não mais sofrerá a marca da ilegitimidade. Ainda que o princípio eudemonista tenha por objetivo assegurar que cada membro busque a felicidade pessoal, o exercício de direitos e deveres dentro da família deve operar de maneira transindividual. Cada membro é responsável pelos outros e estes também são responsáveis por ele. Em razão disso a responsabilidade permeia as relações familiares. É de entender, portanto, o porquê de boa parte da doutrina se posicionar contrariamente à positivação das portinholas de bebês e do parto anônimo, pois mesmo que estas medidas não entrem em choque com a atual concepção de filiação, o mesmo não ocorre com o princípio da maternidade/paternidade responsável. Estando a maternidade/paternidade responsável disposta na atual Constituição, subsiste razão ao argumento de que as portinholas de bebês e o parto anônimo são entendidas por inconstitucionais.

6. À guisa de conclusão: problematização sobre a possibilidade (ou não) da implantação dessas medidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda hoje recém-nascidos são abandonados à própria sorte, e infelizmente essa é uma realidade presente não só em outros países mas também no Brasil. Não se nega que medidas como as portinholas de bebês e o parto anônimo são capazes de tutelar um bem jurídico de extrema importância, a vida, ainda mais daqueles que se encontram em tão tenra idade e que necessitam do mais extremo cuidado por parte dos adultos. Os PL 2747/2008 e 3220/2008, ainda que rejeitados, não deixam de exprimir a preocupação da sociedade para com os pequeninos expostos.

Essas medidas, contudo, apenas se justificam em situações extremas, não encontrando correspondência tanto no atual contexto social quanto no ordenamento jurídico. A sociedade de hoje muito se diferencia daquela do início do século passado e o ordenamento jurídico muito mudou se comparado com aquele em que foi produzido Código Civil de 1916. Os direitos de personalidade – dentre eles o direito ao conhecimento da origem genética – e a matéria relativa ao direito de família sofreram um processo de constitucionalização, o que reflete a importância que esses temas têm não só no mundo jurídico como na realidade social.

A Constituição de 1988 operou uma verdadeira repersonalização tanto em sede de direitos da personalidade como na disciplina de direito de família. Consagrou-se a proteção integral da personalidade humana, em todas as suas manifestações, centrando a sua tutela no princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se este princípio o fundamento de todo o ordenamento jurídico. Essa proteção se dá através do princípio da dignidade da pessoa humana, que consiste em uma *cláusula geral* de concreção da proteção da pessoa humana.

Hoje a criança é considerada sujeito de direitos. A Constituição confere a ela proteção integral. A mera tentativa de afastar dela a plena tutela de seus direitos já enseja inconstitucionalidade e isso seria inevitável com a inserção das portinholas de bebês e do parto anônimo no nosso ordenamento jurídico. Em razão disso, são incompatíveis tais medidas com a ampla proteção da pessoa humana e, especialmente, das crianças, visto que ferem a dignidade destas ao impossibilitar o usufruto de seus direitos em sua completude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e Estado de Filiação à luz da Dignidade Humana*. Porto Alegre, 2003.

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

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

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: Relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. *Paternidade e ascendência genética*. In LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Temas da atualidade – DNA como meio de prova de filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; CARBONERA, Silvana Maria; SILVA, Marcos Alves da. *Parto sem mãe – uma questão em debate*. Disponível em www.nqn.com.br/imprimir.php?visualizar=10116849. Acesso em 27 de setembro de 2013.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. Revista trimestral de Direito Civil, v. 35. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

FRANCO, Renato. *Rejeitados, jamais: O abandono de crianças na Colônia era visto como uma alternativa mais aceitável do que o aborto ou o infanticídio*. Revista de História da Biblioteca Nacional, Rio de Janeiro, outubro de 2010, ano 6, nº 61

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito à ancestralidade genômica*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?boletim&artigo=200>. Acesso em 27 set. 2013.

GOZZO, Débora. *"Nascimento Anônimo": em defesa do direito fundamental à vida*. Revista Mestrado em, Direito, Osasco, ano 6, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito (Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e o direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 19, ago/set., 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2011.

MARCÍLIO, Maria Luiza. *História Social da Criança Abandonada*. São Paulo: Hucitec, 2006.

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

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

OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. *O Parto Anônimo à luz do Constitucionalismo brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SALES, Ana Amélia Ribeiro. *Parto em Anonimato: uma Janela para a Vida*. Revista Brasileira de Direito das famílias e Sucessões, nº1, dez-jan 2008. Ano IX nº1.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito fundamental à identidade genética na Constituição Brasileira*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PRATA, Henrique Moraes. Aspectos Jurídicos da Portinhola de bebês e do parto anônimo na Alemanha com especial consideração da tradição francesa do accouchement sous X e do julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Odièvre. Revista Brasileira de Direito das famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, jun./jul. 2009.

SANCHES, Fernanda Karam de Chueri. *A responsabilidade no direito de família brasileiro contemporâneo: do jurídico à ética*. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

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

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. 2ª ed., rev. atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENÂNCIO, Renato Pinto. *Famílias Abandonadas: Assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e Salvador – Séculos XVIII e XIX*. Campinas: Papirus, 1999.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Maternidade negada. In: PRIORE, Mary Del (Org); BASSENESSI, Carla (Coord. De textos). História das mulheres no Brasil. 9ª Ed. São Paulo: Contexto, 2008.

VENCELAU, Rose Melo. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VERSIANI, Tátilla Gomes. Parto Anônimo, abandono infantil e morosidade dos processos de adoção. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:01 de outubro de 2013. Disponível em: <http://conteúdo.jurídico.com.br/?artigos&ver=2.27283>. Acesso em 27 de setembro de 2013.