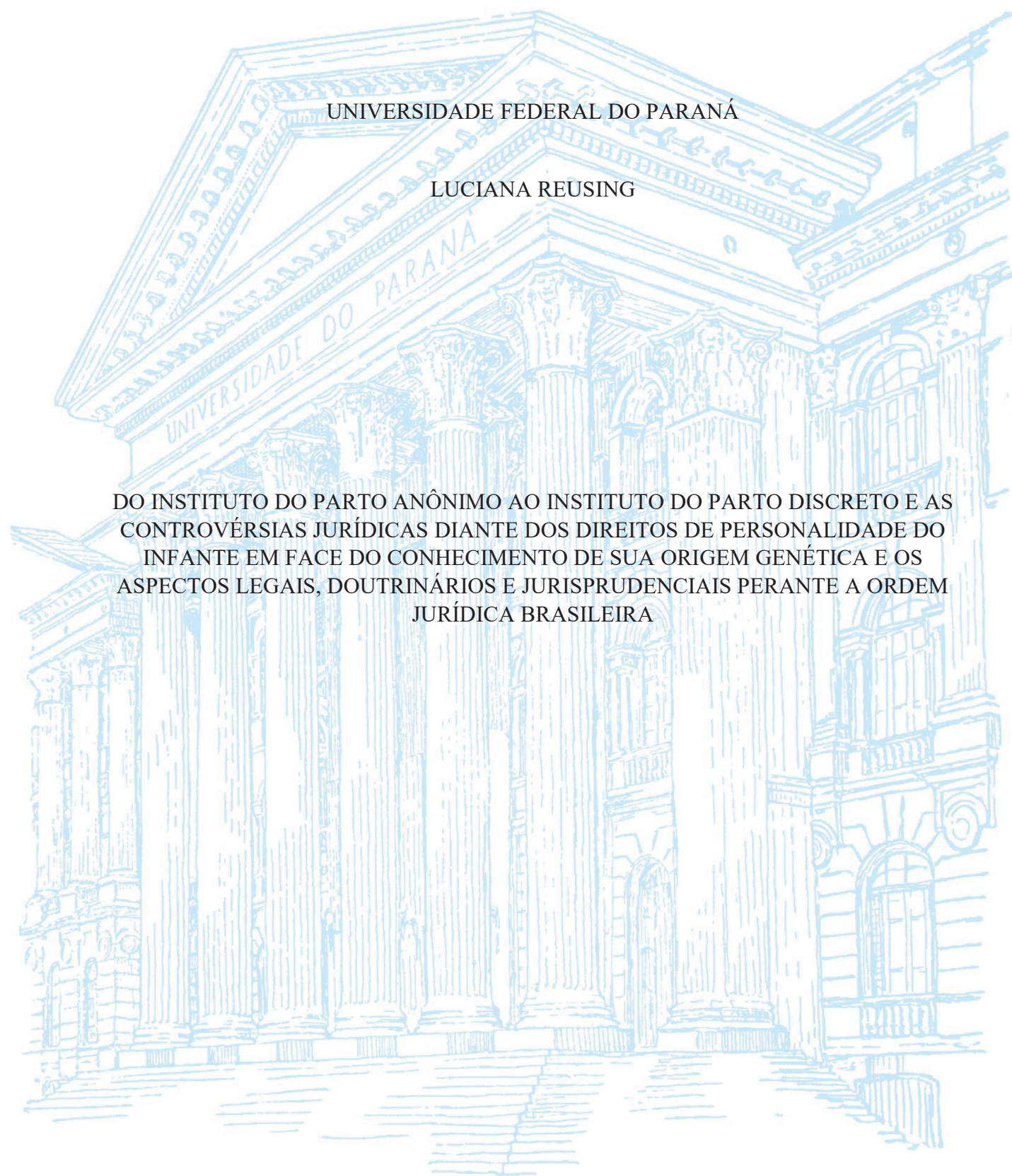




UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCIANA REUSING

DO INSTITUTO DO PARTO ANÔNIMO AO INSTITUTO DO PARTO DISCRETO E AS
CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS DIANTE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO
INFANTE EM FACE DO CONHECIMENTO DE SUA ORIGEM GENÉTICA E OS
ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS PERANTE A ORDEM
JURÍDICA BRASILEIRA

CURITIBA

2023

LUCIANA REUSING

DO INSTITUTO DO PARTO ANÔNIMO AO INSTITUTO DO PARTO DISCRETO E AS
CONTROVÉRSIAS JURÍDICAS DIANTE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO
INFANTE EM FACE DO CONHECIMENTO DE SUA ORIGEM GENÉTICA E OS
ASPECTOS LEGAIS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS PERANTE A ORDEM
JURÍDICA BRASILEIRA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção do título de Doutora em
Direito; Área de concentração: Direito das Relações
Sociais. Linha de pesquisa: Novos paradigmas do
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Reusing, Luciana

Do instituto do parto anônimo ao instituto do parto discreto e as controvérsias jurídicas diante dos direitos de personalidade do infante em face do conhecimento de sua origem genética e os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais perante a ordem jurídica brasileira / Luciana Reusing. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.
Orientador: Sérgio Said Staut Júnior.

1. Personalidade (Direito). 2. Direito de família. 3. Pais e filhos (Direito). 4. Bioética. 5. Direito e biologia. I. Staut Júnior, Sérgio Said. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº402

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTORA EM DIREITO

No dia vinte de novembro de dois mil e vinte e três às 14:00 horas, na sala 317 - Sala de defesas, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese da doutoranda **LUCIANA REUSING**, intitulada: **Do Instituto do Parto Anônimo ao Instituto do Parto Discreto e as controvérsias jurídicas diante dos Direitos de Personalidade do Infante em face do conhecimento de sua origem genética e os aspectos legais, doutrinários e jurisprudências perante a ordem jurídica brasileira.**, sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ARILDA FORTUNATA ARBOLEYA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ), JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA (CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE MARINGÁ - CURITIBA), ELIMAR SZANIAWSKI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutora está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 20 de Novembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

23/11/2023 08:01:50.0

SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

23/11/2023 16:21:19.0

ARILDA FORTUNATA ARBOLEYA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ)

Assinatura Eletrônica

22/11/2023 15:00:37.0

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

Avaliador Externo (CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE MARINGÁ -
CURITIBA)

Assinatura Eletrônica

22/11/2023 15:02:22.0

ELIMAR SZANIAWSKI

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **LUCIANA REUSING** intitulada: **Do Instituto do Parto Anônimo ao Instituto do Parto Discreto e as controvérsias jurídicas diante dos Direitos de Personalidade do Infante em face do conhecimento de sua origem genética e os aspectos legais, doutrinários e jurisprudências perante a ordem jurídica brasileira.**, sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutora está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 20 de Novembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

23/11/2023 08:01:50.0

SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

23/11/2023 16:21:19.0

ARILDA FORTUNATA ARBOLEYA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ)

Assinatura Eletrônica

22/11/2023 15:00:37.0

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

Avaliador Externo (CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE MARINGÁ -
CURITIBA)

Assinatura Eletrônica

22/11/2023 15:02:22.0

ELIMAR SZANIAWSKI

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Dedico este estudo aos meus pais, Mirian Malherbi Reusing e Roberto Reusing (*in memoriam*), abnegados em puro amor, e extrema dedicação, em grandes incentivos e bons conselhos, de que há o momento para plantio e para a colheita, e que todas as minhas escolhas e renúncias me tornariam uma pessoa melhor;

Ao meu querido companheiro Marcos, por todo carinho e incentivo e por me ensinar a mágica do tempo;

A minha estimada avó materna Hilda Kamradt Malherbi, por ter me ensinado a doçura da fortaleza de sempre persistir. "*in memoriam*".

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha real família, Pai Roberto (*in memoriam*), Mãe Mirian, por terem participado efetivamente em todos os momentos da minha formação, e não terem medido esforços para eu sempre estudar.

Meu pai, eu não esperava a sua partida antes desse momento que o senhor tanto desejou e torceu por mim, entre minhas lágrimas de tristeza em escrever esse pequeno texto como gratidão por tudo que fez em vida, tenho um sorriso largo e cheio de luz que brota do peito ao lembrar de ti.

Tenho certeza, que estará nesse momento junto à mim, para vencer mais essa etapa. Gratidão por tudo, principalmente por sempre me orientar, aconselhar e acalantar meu coração e espírito diante das adversidades para chegar até esse dia. O senhor esperou eu terminar de escrever para então voltar para a sua casa de origem, pois era um ser de luz e muito especial. Como sempre eu disse das poucas sortes que tive na vida, eu tive um PAI. Gratidão por tudo.

E como não ser grata a pessoa mais especial e maternal que é a minha Mãe Mirian, professora, pedagoga, que desde que eu era muito pequena, já tentava me mostrar que o melhor lugar do mundo era a sala de aula, e ela tinha toda a razão. Segui seus caminhos, sou sua imagem, sua semelhança, sou Gratidão. Digo e repito, das poucas sortes que tive na vida, eu tenho uma MÃE. Gratidão por tudo.

Ao meu querido companheiro Marcos pelo apoio, incentivo e carinho, que em todos os momentos me ajudou a seguir e sempre mais forte e capaz. As minhas amigas do coração Edy Ana Ferreira Silveira Said, Jaqueline Góes, Marlene Aparecida Fernandes, Marta Wachowicz, Jacqueline Santos, apoio incondicional e carinho fraternal e a minha nova amiga das aulas de Prática em Docência Andreia Caroline Leite Batista.

Agradeço à Universidade Federal do Paraná, por ter aberto as suas portas para mais uma professora, pesquisadora, com ensino público, gratuito e de imensurável qualidade.

Aos Professores do Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná, bem como a todos os demais membros da equipe, meu muito obrigada.

Ao estimado Professor Doutor Titular Elimar Szaniawski, a quem eu carinhosamente chamo de pai intelectual, e que no ano de 2018 quando participei das suas aulas como aluna de disciplina isolada no mestrado, me incentivou a fazer o doutorado neste programa, e só reafirmou em mim o meu amor pela docência e pesquisa, a quem eu admiro e hoje sou eternamente agradecida. Por fim ao meu orientador Professor Doutor Sérgio Said Staut Júnior, em aceitar me acompanhar até o fim dessa caminhada.

*“Que nossos esforços desafiem as barreiras das
impossibilidades. Lembrai-vos que os grandes feitos da
História foram conquistas do que parecia impossível”.*

(Charles S. Chaplin)

RESUMO

O objetivo geral deste estudo transdisciplinar que transpõem os âmbitos do Direito Civil, alcançando o Direito das Famílias, o Direito Constitucional, o Direito Penal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Sociologia, a Filosofia, a Bioética e o Biodireito, é validar o Parto Discreto com gênese no direito belga, como instituto do direito brasileiro, na sua capacidade de harmonizar o convívio de direitos colidentes das partes interessadas, quanto o sigilo da identidade da mulher e das condições do parto e do indivíduo em conhecer da sua origem genética para fins de salvaguardar à vida, à saúde e a qualidade de vida. Dessa forma, o Parto Discreto, como instituto jurídico poderia obstar a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana entendido como cláusula geral de personalidade, principalmente nos inúmeros casos de abandono ilegal e na exposição do recém-nascido. Tais fenômenos, sempre estiveram presentes na sociedade e muitas vezes praticados para salvaguardar a honra da família patriarcal, seja por gravidez indesejada ou não planejada, como a dos filhos concebidos na extraconjugalidade ou antes do casamento, considerados uma densora à família. Tais fenômenos seguem rasgando o véu do tempo, quando não só a rejeição mas o abandono eram amparados pela Roda dos Expostos no século XII, evitando assim a morte precoce de recém-nascidos e crianças, e que acompanham os novos arranjos familiares principalmente os construídos pelo afeto. Em termos metodológicos, realiza-se este trabalho com base no levantamento de dados extraídos de vasta pesquisa bibliográfica, legal, jurisprudencial e doutrinária, utilizando-se o método indutivo. A principal conclusão que se extrai desse estudo é a possibilidade do Parto Discreto como política pública de proteção integral, ser um caminho justo e equilibrado para o direito de renúncia da mulher à maternidade, na proteção de seus dados e das circunstâncias do parto, sem sofrer qualquer tipo de preconceito ou discriminação por parte da sociedade, bem como, na salvaguarda do direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo, diante da análise do caso concreto, a fim de proteger a família originária e a substituta como base da sociedade, a integridade dos seus membros e dos laços de afeto construídos ao longo do tempo.

Palavras-chave: Direito da Personalidade; Direitos das Famílias; Conhecimento da Origem Genética; Parto Discreto; Política Pública de Proteção Integral.

ABSTRACT

The general aim of this transdisciplinary study, which goes beyond civil law to include family law, constitutional law, criminal law, the Statute of the Child and Adolescent, sociology, philosophy, bioethics and bio-law, is to validate Discreet Birth, which originated in Belgian law, as an institute of Brazilian law, in its ability to harmonize the conflicting rights of the interested parties, regarding the confidentiality of the woman's identity and the conditions of the birth and the individual's need to know their genetic origin in order to safeguard life, health and quality of life. In this way, Discreet Birth, as a legal institute, could prevent violations of the principle of human dignity, understood as a general personality clause, especially in the countless cases of illegal abandonment and exposure of the newborn. These phenomena have always been present in society from the earliest times, and are often practiced to safeguard the honor of the patriarchal family, whether through unwanted or unplanned pregnancies, such as children conceived during extramarital affairs or pregnancy before marriage, which is considered to be damaging to the family. These phenomena continue to tear at the veil of time, when not only rejection but also abandonment were supported by the Expostile Wheel in the 12th century, thus avoiding the early death of newborns and children, and which accompany new family arrangements, especially those built on affection. In methodological terms, this work is based on a survey of data extracted from vast bibliographical, legal, jurisprudential and doctrinal research, using the inductive method. The main conclusion that can be drawn from this study is that Discreet Birth, as a public policy for comprehensive protection, can be a fair and balanced way of guaranteeing a woman's right to renounce maternity, protecting her data and the circumstances of childbirth, without suffering any kind of prejudice or discrimination from society, as well as safeguarding the right to know an individual's genetic origin when analyzing a specific case, in order to protect the original family and the surrogate family as the basis of society, the integrity of its members and the bonds of affection built up over time.

Keywords: Personality Law; Family Rights, Knowledge of Genetic Origin; Discreet Childbirth; Public Policy of Integral Protection.

RÉSUMÉ

L'objectif général de cette étude transdisciplinaire, qui dépasse le cadre du droit civil pour inclure le droit constitutionnel, le droit pénal, le statut de l'enfant et de l'adolescent, la sociologie, la philosophie, la bioéthique et le droit biologique, est de valider la Naissance Discrète dans ses origines en droit belge, dans sa capacité à harmoniser les droits contradictoires des parties intéressées au secret de l'identité de la femme et de la personne adoptée par une famille socio-affective au droit de connaître leur origine génétique ou biologique, afin de sauvegarder la vie, la santé et la qualité de vie. Ainsi, l'accouchement discret, en tant qu'institution juridique, peut empêcher la violation du principe de la dignité de la personne humaine, entendu comme une clause générale de personnalité, comme dans le cas de l'accouchement anonyme, qui trouve son origine dans le droit français et a fait l'objet de trois propositions de loi au Brésil en 2008, qui ont toutes été archivées, en raison de leur incompatibilité avec les règles en vigueur au moment où elles ont été proposées, du manque de connaissances du législateur, du tabou et des préjugés à l'égard de thèmes centraux tels que l'autonomie des femmes à renoncer à la maternité et de thèmes connexes tels que l'avortement clandestin et l'infanticide, ainsi que des idéologies des bancs législatifs. Ces pratiques continuent de déchirer le voile du temps, accompagnant de nouveaux arrangements familiaux basés principalement sur l'affection et sur le désir controversé des femmes de ne pas exercer la maternité. Dans de nombreux cas, ce désir découle des faits qui imprègnent les grossesses non désirées ou non planifiées, mais qui peuvent être soutenues par la Naissance Discrète en tant que politique publique de protection intégrale. Sur le plan méthodologique, ce travail se fonde sur une étude des données extraites d'une vaste recherche bibliographique, juridique, jurisprudentielle et doctrinale, en utilisant la méthode inductive. La principale conclusion tirée de cette étude est que l'accouchement discret peut être un moyen juste et équilibré pour les femmes de renoncer à l'exercice de la maternité, de protéger leurs données et les circonstances de l'accouchement, sans subir aucun type de préjudice ou de discrimination de la part de la société, ainsi que de sauvegarder le droit à la connaissance de l'origine génétique lors de l'analyse du cas spécifique, afin de protéger la famille en tant que base de la société, l'intégrité de ses membres et les liens d'affection tissés au fil du temps.

Mots-clés: Droits de la personnalité ; Droits de la famille ; Connaissance de l'origine génétique; Naissance discrète ; Protection globale Politique publique.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – TEORIA DOS CÍRCULOS CONCÊNTRICOS.....	147

Adaptada de Szaniawski (2022), estágio docência - aula de direito de personalidade, ministrada em 22 de julho de 2022.

LISTA DE QUADROS

QUADRO COMPARATIVO 1 - Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002.....	42
QUADRO COMPARATIVO 2- Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e Constituição Federal brasileira de 1988	69
QUADRO COMPARATIVO 3 - Art. 1956 do Código Civil de 2002 e Art. 227 §6º da Constituição Federal brasileira de 1988.....	79
QUADRO COMPARATIVO 4 - Art. 1597 do Código Civil de 2002 - Concepção Natural e Concepção Artificial.....	80
QUADRO COMPARATIVO 5 - Adoção e Qualquer Pessoa.....	98
QUADRO COMPARATIVO 6 - Resolução 2320 de 2022 Conselho Federal de Medicina e Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).....	126
QUADRO COMPARATIVO 7 - Ano Base e Números de Registros de Certidão de Nascimento apenas com o nome da genitora	138

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

a.C	- Antes de Cristo
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AMBRAFRANCE	- Embaixada da França no Brasil
ANVISA	- Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	- Artigo
CAHBI	- Comissão Ad Hoc de Peritos sobre o Progresso das Ciências Biomédicas
CDB	- Convenção sobre Diversidade Biológica
CECA	- Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEE	- Comunidade Económica Europeia
CEDH	- Corte Europeia de Direitos Humanos
CFM	- Conselho Federal de Medicina
CIEC	- Comissão Internacional do Estado Civil
CNAOP	- Conselho Nacional de Acesso às Origens
CNB/CF	- Colégio Notarial do Brasil
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CNUMAD	- Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento
COFEN	- Conselho Federal de Enfermagem
COVID-19	- Coronavírus
CPI	- Comissão Parlamentar de Inquérito
DATASUS	- Departamento de informática do Sistema Único de Saúde do Brasil
DNA	- Ácido Desoxirribonucleico
DPI	- Doutrina da Proteção Integral da Criança
DUDH	- Declaração Universal dos Direitos Humanos
ECA	- Estatuto da Criança e do Adolescente
FUNABEM	- Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
IBDFAM	- Instituto Brasileiro de Direitos da Família
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDF	- International Diabetes Federation
LGPD	- Lei Geral de Proteção de Dados
MAP	- Procriação Médica Assistida

OIT	- Organização Internacional do Trabalho
OMS	- Organização Mundial da Saúde
ONG	- Organismos Geneticamente Modificados
ONU	- Organização das Nações Unidas
PNAD	- Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
REsp	- Recurso Especial
SAM	- Serviço de Assistência a Menores
SUS	- Sistema Único de Saúde
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TCF	- Tribunal de Justiça Alemão
TJ	- Tribunal de Justiça
UNICEF	- Fundação das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	18
2 PARTE I – DIREITO DE FILIAÇÃO	28
CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	28
SEÇÃO I – Arranjos Familiares na Contemporaneidade.....	29
1.1 Apontamentos Históricos e Conceituais da Família.....	29
1.2 A Importância do Trinômio Maternidade – Paternidade – Filiação	34
1.3 A Mulher, a Família e a Maternidade	39
SEÇÃO II- Da Legislação Brasileira e Convenções Internacionais	47
2.1 A Constituição Federal brasileira de 1988.....	47
2.2 Do Código Civil Brasileiro	57
2.3 Das Convenções Internacionais	65
3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	72
CAPÍTULO II - ESTADOS DE FILIAÇÃO	73
SEÇÃO I - Filiação Biológica	74
1.1 Conceito relacional	74
1.2 Em face de ambos os Pais, da relação do Casamento ou da União Estável	78
1.3 Em face do único Pai ou Mãe biológicos, na Família Monoparental	83
SEÇÃO II – Filiação Não Biológica	89
2.1 Conceito relacional	89
2.2 Decorrente da Adoção	93
2.3 Decorrente da Reprodução Humana Assistida Heteróloga.....	99
3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	103
3 PARTE II – DIREITO DAS ORIGENS.....	104
CAPÍTULO I – DIREITO AO CONHECIMENTO DA PRÓPRIA ORIGEM.....	104
SEÇÃO I – Da Origem Genética.....	105
1.1 Como Direito da Personalidade	105
1.2 Da ascensão do Patrimônio Genético	113
1.3 Bioconstituição – Biotecnologia, Bioética e Biodireito	119
SEÇÃO II –Da Origem Familiar	125
2.1 Como Direito de Família	125
2.2 Da Atribuição da Filiação Biológica	129
2.3 Do Meio de Prova para atribuição da Filiação Biológica.....	136
3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	143

CAPÍTULO II – COLISÃO DE DIREITOS	144
SEÇÃO I – Dos Direitos Fundamentais e de Personalidade	146
1.1 Intimidade e Vida Privada e o Direito ao Sigilo de Identidade	146
1.2 O Direito à Própria Origem Genética e o Sigilo da Identidade	161
1.3 Acima de tudo o Direito à Vida	167
SEÇÃO II – A Rota de Colisão dos Direitos Fundamentais.....	188
2.1 A Ponderação como Técnica de Interpretação e Harmonização	188
2.2 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade	192
2.3 Dos casos Glória Trévi e Klara Castanho	194
3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	204
4 PARTE III – DO INSTITUTO DO PARTO ANÔNIMO.....	205
CAPÍTULO I – DA RODA DOS EXPOSTOS AO PARTO ANÔNIMO	205
SEÇÃO I – Da Roda Dos Expostos	207
1.1 A Roda dos Expostos como espaço simbólico também de proteção.....	207
1.2 Do Abandono Infantil Ilegal até a Constitucionalização da Proteção Integral....	217
1.3 A Realidade do Abandono Ilegal no Brasil	223
SEÇÃO II - Do Parto Anônimo.....	229
2.1 Gênese do Parto Anônimo e sua relação com o Brasil	229
2.2 O Instituto do Parto Anônimo no Direito Comparado.....	235
2.3 O Parto Anônimo e a Entrega Voluntária do filho para Adoção no Brasil	252
3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	261
CAPÍTULO II – DA INCOMPATIBILIDADE DO PARTO ANÔNIMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	262
SEÇÃO I - Uma análise dos Projetos De Lei	263
1.1 Projeto de Lei nº2.747/2008	263
1.2 Projeto de Lei nº 2.834/2008	270
1.3 Projeto de Lei nº 3.220/ 2008	274
SEÇÃO II – Da Afronta aos Direitos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela Convenção Internacional dos Direitos das Crianças	280
2.1 Da Proteção Integral da Criança e do Adolescente.....	280
2.2 Do Entendimento da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.....	283
2.3 Entrega Legal “Voluntária” não é Parto Anônimo	286
3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	293

5 PARTE IV – DA INSTITUIÇÃO DO PARTO DISCRETO NO BRASIL.....	295
CAPÍTULO I – DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	295
SEÇÃO I- Da Compatibilidade do Parto Discreto como Instituto Jurídico	297
1.1 A não violação aos preceitos da Constituição Federal brasileira de 1988.....	297
1.2 Na Efetividade do Planejamento Familiar após o ato da concepção	305
1.3 Na Efetividade da Proteção Integral à Mulher e ao Recém-Nascido	309
1.4 Da Desburocratização do procedimento de adoção	314
1.5 Na superação da incompletude do Artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).....	321
SEÇÃO II – Por um Novo Projeto De Lei como Mecanismo de Exercício de Cidadania.....	328
2.1 Do Uso da Nomenclatura e dos Conceitos adequados ao contexto jurídico social brasileiro	328
2.2 Do Cumprimento dos Primados Constitucionais para sua admissibilidade	331
2.3 Das Dimensões do Dizer, Explicar e Traduzir	336
3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	342
CAPÍTULO II – POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO INTEGRAL.....	344
SEÇÃO I – Proteção Integral segundo os diversos Contextos Sociais	347
1.1 Aspectos históricos e de formulação de Políticas Públicas	347
1.2 A formulação de Política Pública no Brasil.....	353
1.3 Dos Princípios de Proteção Integral ao Recém-Nascido e à Mulher	359
SEÇÃO II – Como Política Pública de Prevenção a Atos Ilícitos	364
2.1 Uma alternativa à não criminalização de condutas.....	364
2.2 Do Impacto como Política Pública no Código Penal de 1940.....	368
2.3 Do Impacto como Política Pública no Estatuto da Criança e do Adolescente	377
3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS	383
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	385
REFERÊNCIAS	391
ANEXO 01 - Educa IBGE Criança – Desenhe eu e minha família.....	437
ANEXO 02 - Anuário Brasileiro de Segurança Pública Registros Criminais de abandono de incapaz (art.133 CP)	439
ANEXO 03- DATASUS: Ministério da Saúde Óbitos de mulheres em idade fértil.....	442
ANEXO 04 – Doc 55 1631/001 <i>Belgique</i>.....	444
ANEXO 05 – Doc 55 1631/002 <i>Belgique</i>.....	463

1 INTRODUÇÃO

A presente tese, dentro da área de concentração Direito das Relações Sociais, na linha de pesquisa Novos Paradigmas do Direito e sob orientação do professor Dr. Elimar Szaniawski, docente do Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná, em face do tema proposto, tem por substrato maior a pessoa humana e o direito à vida, à saúde, à qualidade de vida, a viver e morrer com dignidade no direito do indivíduo de conhecer a sua origem genética.

Objetiva a partir de um estudo reflexivo e crítico, validar¹ o Parto Discreto com gênese no direito belga como instituto jurídico² diante da sua compatibilidade com as normas vigentes no Direito Brasileiro e na sua capacidade de harmonizar direitos de personalidades colidentes, como o direito ao conhecimento da origem genética do indivíduo e o direito ao sigilo de identidade da mulher e das condições do parto sob discrição.

O problema desta tese está nas controvérsias jurídicas existentes no âmbito do Direito de Personalidade em harmonizar e limitar direitos em rota de colisão como o direito da mulher no sigilo de sua identidade e das circunstância do parto e o direito do indivíduo de conhecer sua origem genética, por meio do instituto do Parto Discreto (direito belga), e assim permitir a convivência pacífica de ambos os direitos, sob a égide dos preceitos constitucionais brasileiros.

Dada a relevância do problema, esta pesquisa se justifica na importância de discutir os temas emergentes do Direito Civil, de que toda pessoa tem direito de vindicar o conhecimento da sua origem genética / biológica, como uma espécie do Direito de Personalidade, para identificar em momento oportuno, os seus ascendentes genéticos, sem estabelecer vínculo de filiação, e assim poder adotar medidas preventivas na manutenção de sua vida, da saúde, e da qualidade de vida, para mitigar comportamentos que possam colocar em risco à vida do recém-nascido, como a prática do abandono ielgal, da exposição do recém-nascido, do aborto ilegal e clandestino, da adoção ilegal e do infanticídio.

Tais comportamentos mesmo que presentes na sociedade independentemente do seu período histórico-social precisam ser discutidos e resignificados por meio de um estudo científico transdisciplinar, distante de meras opiniões, de tabus, de preconceitos, de ideologias

¹ Legitimar; fazer com que se torne válido a partir das regras em vigor.

² Conjunto de normas reguladoras ou disciplinadoras de certa criação legal, com características próprias, constituindo uma entidade autônoma de direito, que atende a interesse de ordem privada ou pública. Disponível em: <https://vademecumbrasil.com.br/palavra/instituto-juridico> Acesso em: 19 set. 2023.

partidárias e bancadistas, e principalmente distante do pouco conhecimento daqueles que operam o processo legislativo.

Nesse aspecto, ao considerar a pessoa e o abandono, estes possuem um longa trajetória histórica, social, cultural, política e jurídica na busca de institutos que venham ao menos mitigar tal comportamento, que por vezes tem sua origem em uma gravidez indesejada ou não planejada, e que pode ainda ser concebida pelo estupro, pelo adultério, pela desinformação, pela falta de planejamento familiar, pela extrema miserabilidade, na rejeição do companheiro e da família ao ser concebido, e que pode ser adotado ilegalmente, traficado, vendido, ou ter sua vida cerceada pelo aborto ilegal e clandestino e pelo infanticídio.

Ao longo dessa mesma trajetória o recém-nascido aos olhos das legislações e das convenções se tornou sujeito de direito, reconhecido como uma categoria jurídica, que na contemporaneidade é protegido integralmente, com enfoque principal na dignidade, na personalidade e na sua tutela, por meio da Teoria dos Direitos da Personalidade ora decorrente da repersonalização dos fenômenos sociais na Constituição Federal brasileira, do Direito Comparado e de documentos internacionais.

Por essa razão, o presente estudo requereu uma ampla pesquisa para produzir um conhecimento distante da superficialidade ao tema principal e aos conexos no âmbito do Direito de Personalidade, e especificamente àqueles direitos que podem entrar em rota de colisão como o direito de sigilo e do conhecimento da origem genética de um indivíduo.

Sua construção está distante da técnica da síntese, como um resumo que busca contemplar apenas as principais ideias de um determinado tema, sendo muitas vezes menor que o próprio texto base ou originário. Via de regra, a síntese deve ser aplicada em textos e temas aos quais se tem certeza do seu conteúdo, e que não gerem controvérsias ou discussões acadêmicas e que independam de transdisciplinaridade, ou seja, que não requeiram um conhecimento profundo e plural do(s) seu(s) objeto(s).

A transdisciplinaridade é atualmente a corrente mais esperada no processo da educação, por buscar romper com as barreiras da educação tradicional de um estudo por meio de disciplinas isoladas, distante da visão holística para compreender os fenômenos e a aquisição de conhecimento de maneira contextualizada.

A transdisciplinaridade no presente estudo se apresenta à partir do momento que para conhecer o direito da origem genética como direito de personalidade, é necessário conhecer primeiramente quem é o sujeito de direito, bem como, os demais direitos que lhe são inerentes e que decorrem *prima facie* do direito à vida.

Faz-se necessário, ter uma visão holística dos direitos deste sujeito que foi entregue para a adoção ou concebido por inseminação artificial heteróloga, mas que em determinado momento da sua vida, demandará conhecer da sua origem genética, para continuar a viver, com saúde, com qualidade de vida, e com dignidade até os últimos dias de vida.

A visão holística, busca observar o todo e sua relação com as partes, e vislumbra no âmbito jurídico a transdisciplinaridade com outras formas de conhecimento, na qual não se aplica apenas a letra fria da lei, sem observar as circunstâncias que envolvem os fatos apresentados, a exemplo da Biotecnologia com as realidades genéticas dos agrupamentos humanos, da Psicologia nas realidades do psiquismo humano, na Filosofia para determinar a origem, a essência e as reflexões do próprio Direito, e da Sociologia que leva em consideração a motivação dos indivíduos e dos grupos diante de qualquer ação realizada no meio social em que vivem.

Desta feita, se inserem outros âmbitos do direito a transpor o Direito Civil com as Teorias da Relação Jurídica e dos Direitos de Personalidade, que tem por substrato a pessoa humana, assim como o Direito Constitucional que por meio da Constituição Federal brasileira de 1988, estabeleceu seus primados e princípios, que se fundem na dignidade da pessoa humana, na família como a base da sociedade, no reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito, e na Doutrina da Proteção Integral.

Ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como lei específica que reitera a Doutrina da Proteção Integral para aqueles que ainda não chegaram à maioridade civil, e que foram expostos ou colocados em risco a fim de garantir direitos como o de ser inserido em uma nova família construída com base no afeto, no convívio a comunidade, no processo legal da adoção, no direito do conhecimento da origem genética do adotado, no sigilo da identidade da mulher e das condições do parto e da entrega do recém-nascido sem qualquer constrangimento.

A transdisciplinaridade também alcança o Código Penal de 1940, ao tratar dos comportamentos contrários a lei, tipificados como crime por atentarem contra à vida, como o abandono ilegal, a exposição do recém-nascido, o aborto ilegal e clandestino seja por uma gravidez indesejada e motivada por um estupro, inclusive o marital, ou uma gravidez não planejada por falta de informação sobre planejamento familiar, ou até mesmo o infanticídio decorrente das alterações do estado emocional da mulher na rejeição do próprio filho, muitas vezes motivada pela rejeição do seu companheiro, da sua família, bem como, de casos que podem envolver quadros de doença mental e de extrema miserabilidade.

Por sua vez, a transdisciplinariedade com a Sociologia e a Psicologia, se justifica pela interlocução com o Direito, por buscar responder questões como o porque do abandono ilegal

ser entendido como um comportamento mais gravoso, quando praticado pela mulher, diferentemente de quando realizado pelo homem ou pela família.

Ou ainda, o porque a mulher é estigmatizada e condenada ao desamor, quando opta pelo sigilo da sua identidade, das circunstancias do parto e do encaminhamento do recém-nascido para a adoção.

De questionar o porque da ausência de limites para o direito do conhecimento da origem genética de um indivíduo, sob pena de desconstituir um núcleo familiar construído pelo afeto, haja vista, a possibilidade de muitos dos fatos desconhecidos que acompanham a gestação até a entrega da adoção atentaram contra a integridade emocional e psicológica dos seus membros.

No tocante aos direitos da mulher, em promover uma interlocução quanto a sua liberdade e autonomia de decidir livremente sem qualquer preconceito, estigma ou coerção por sua saúde sexual e reprodutiva, no direito de planejar sua família optando à monoparentalidade, ou seja, de formar uma família, mãe e filho, sem um cônjuge ou companheiro, temas que lhe são conexos ao Direito de Família.

A transdisciplinariedade também alcança a interlocução com documentos internacionais, ao tratar dos primórdios da sociedade, na máxima da dignidade da pessoa humana, como a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção dos Direitos da Criança de 1959, com a proteção integral da criança.

Segue a transdisciplinariedade, com os direitos da mulher na Convenção de Beijing de 1985, com o abandono ilegal e a Roda dos Expostos pelos Conventos e as Santas Casas de Misericórdia, e posteriormente com o instituto do Parto Anônimo do direito francês, com o instituto do Parto Discreto do direito belga, para proteger recém-nascidos e crianças do abandono ilegal, do aborto ilegal e clandestino, do infanticídio, da adoção ilegal, e na proteção de direitos de personalidade em rota de colisão.

Desta forma a pesquisa busca contribuir para a ciência jurídica, e para todas as demais ciências que se transpõe a tais direitos, bem como, para o referido Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, com um tema original, polêmico e controverso, que precisa ser discutido por toda a comunidade acadêmica, e compreendido em sua essência e estabelecido como prática, que em tempo oportuno possa gerar frutos para a sociedade.

O referido tema, foi escolhido em razão da obra “Diálogos com o Direito de Filiação Brasileiro” de 2019, escrita pelo professor Doutor Elimar Szaniawski, e adquirida para leitura e aprofundamento de conhecimentos jurídicos, por aquela que desde a academia acompanha

seus os escritos e por pesquisar temas emergentes do Direito Civil. Ao abrir uma página aleatória como é de praxe, seguiu a leitura deste trecho:

“Aqueles que são resgatados das ruas dos vícios e têm a feliz oportunidade de ser integrados no âmago de uma família regularmente constituída e pertencer a ela são os privilegiados pela vida, pois terão um pai, uma mãe, uma família na qual crescerão e desenvolverão livremente sua personalidade. Os que não tiverem essa sorte vagarão anonimamente pelas cidades, perecendo lentamente nos becos drogados, até morrerem ou serem mortos prematuramente por qualquer razão. O parto discreto possui a grande vantagem de queimar uma etapa no sofrimento da criança, além de diminuir o risco de abortos clandestinos, dos infanticídios e do abandono desorganizado de filhos (SZANIAWSKI, p.456).”

Com os olhos marejados sobreveio a decisão de escrever um Projeto de Tese, para que um futuro mesmo que incerto este possa vir a concretizar a proteção de tais direitos, pois o trecho lido se aproxima muito da realidade vivida em 10 (dez) anos na área de saúde, por aprender muito mais que gestão e administração hospitalar, mas o quão imensurável é a dor de uma mulher que decidiu sozinha continuar uma gravidez indesejada ou não planejada, e que mesmo após o parto deixa o recém-nascido e foge para não precisar fazer o seu registro como mãe, por alegar não ter condições financeiras nem emocionais de cria-lo, e mesmo deixando-o em segurança, foi por muitos chamada de irresponsável, por outros de criminosa, àquela que aos olhos dos outros tinha tudo menos amor, afinal abandonou seu filho para se livrar de um fardo.

A narrativa é apenas um dos poucos momentos vividos como profissional da área da saúde, e também nas outras tantas como professora e advogada de núcleo de prática jurídica, como advogada militante no Direito das Famílias, mas acima de tudo como Mulher.

O método de abordagem da pesquisa será indutivo, partindo do objetivo geral de estudar as controvérsias jurídicas no direito da personalidade do infante em conhecer de sua origem genética, utilizando-se de leitura e documentação bibliográfica e da investigação do tema abordado de forma sistematizada, (MOREIRA; CALEFFE, 2008, p. 104).

Para auxiliar no processo cognitivo de compreensão de conteúdo, utilizou-se da obra “Uma questão de interdisciplinaridade - O Uso dos Conceitos” escrito por Nadir Domingues Mendonça, na prospecção “do uso do conceito como elemento básico para a obtenção do

conhecimento histórico”³. Parte da premissa como bem coloca a autora que “os conceitos são construções lógicas, estabelecidas de acordo com um quadro de referências. Adquirem seu significado dentro do esquema de pensamento no qual são colocados” (MENDONÇA, 1985, p. 16).

Por essa razão utilizou-se primeiramente de conceitos, e várias fontes bibliográficas, para distinguir muitos dos institutos jurídicos, que na prática podem confundir os operadores do direito e causar dúvidas como o próprio conceito de Parto Anônimo ora utilizado erroneamente como sinônimo da Roda dos Expostos, ou que o conhecimento da própria origem genética é sinônimo de atribuição de filiação. Ou ainda que entrega voluntária para adoção pode ser sinônimo de abandono, e que Pai / Mãe são sinônimos de Genitor / Genitora.

Isso se faz necessário, visto que no processo de comunicação, a função dos termos ou das palavras é a de tornar manifestos e compreensivos a realidade empírica, pois enquanto conceito científico este pretende trazer significado de uma realidade, tornando-se pertinente ao representar uma fenômeno adequadamente.

No auxílio a compreensão adequada dos fenômenos, além do conceito correlacional, utilizou-se Interpretação Sistêmica, visando a harmonia entre as normas, que não podem ser compreendidas de forma isolada, dado que o direito existe como sistema em sintonia com a Constituição Federal brasileira de 1988 e as demais normas.

Nas palavras de Capra (2006, p. 1.66), para se atingir à solução adequada para conflitos, deve-se entender a complexa interdependência dos sistemas e dos seus fatores, o que não ocorre apenas na interpretação de normas”.

Para exemplificar a necessidade da interpretação sistêmica, vislumbra-se o disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal brasileira de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento basilar do Brasil, que traz a visão sistêmica da vida, seja biológica, cognitiva, social e ecológica.

Utilizou-se também interpretação sociológica no recorte específico da ação social, a partir do pressuposto que a lei também é resultado do processo sociológico e que segundo Weber (2012, p. 328), as ideias, as crenças e os valores, são os principais catalizadores das mudanças sociais, que dependem da liberdade de agir e modificar a sua realidade.

Para confirmar ou não a hipótese apresentada, é importante consubstanciar o estudo partindo também de dados particulares e localizados, bem como, por fontes secundárias

³ Uma tentativa de Interdisciplinaridade. A base do estudo situa-se na significação dos conceitos, na sua classificação e nos perigos de distorção de algumas categorias, por meio da obra “O Uso dos Conceitos”, (MENDONÇA, 1985, p.16).

disponíveis na literatura científica, com bibliografias atualizadas, leis, teses, dissertações, artigos, sites, ora imprescindíveis para sua construção, (GUSTIN; DIAS e NICÁCIO, 2020, p.23; LAKATOS e MARCONI, 2011, p. 81).

Como estratégia didática para o alcance dos objetivos propostos para este estudo clássico e transdisciplinar no âmbito das ciências jurídicas, apresenta-se a tese dividida em 4 (quatro) partes, cada qual em 2 (dois) capítulos e subdivididos em 2 (duas) seções, e estruturada por meio da Taxonomia de Bloom do Domínio Cognitivo (método construtivista) para definir os objetivos geral e específicos, apresentados em cada capítulo tendo como resultado esperado um “*framework*”, ou seja, uma estrutura para se discutir, analisar e recuperar informações.

Desta forma, o objetivo geral é estudar as controvérsias jurídicas no direito ao conhecimento da origem genética do adotado e o direito da genitora ao sigilo de sua identidade e das condições do parto, sob os fundamentos de incompatibilidade do Parto Anônimo e da compatibilidade do Parto Discreto na legislação brasileira como o instituto jurídico capaz de harmonizar os direitos de personalidade colidentes.

Por objetivos específicos, estes se encontram descritos como segue, de acordo com a estrutura da tese apresentado no sumário, distribuída em partes, sessões e capítulos.

Na Parte I – Direito de Filiação no Capítulo I intitulado “A Evolução do Direito de Família”, tem por objetivo compreender a Família, nas mais variadas formas de sua constituição, respeitando o processo histórico e social para a construção lógica das bases conceituais, a fim de expressar o que ocorre na realidade empírica.

O Capítulo II intitulado “Estados de Filiação”, tem por objetivo explicar em continuidade ao processo cognitivo deste estudo os novos arranjos familiares.

Na parte II – Direito das Origens no Capítulo I intitulado de “Direito ao Conhecimento da Própria Origem Genética”, tem por objetivo distingui-lo do direito do conhecimento da sua origem familiar, tendo por ponto de partida a interpretação sistemática que o direito da origem genética se insere no direito de personalidade e o direito da origem familiar no direito de família.

No capítulo II intitulado de “Colisão de Direitos Fundamentais”, o objetivo é analisar a colisão de direitos fundamentais e de personalidade, quais sejam o sigilo de identidade e o direito da identidade genética de determinado indivíduo seja por meio da adoção, ou de técnicas de reprodução assistida heteróloga.

Na parte III – Do instituto do Parto Anônimo no Capítulo I intitulado como “Da Roda dos Expostos ao Parto Anônimo”, tem por objetivo apresentar ambos os institutos em sua gênese, considerando suas igualdades mais principalmente suas diferenças, seja de caráter

social, cultural, político e jurídico, em uma determinada época, a fim de não incidir erroneamente no entendimento que ambos os institutos podem ser tratados como sinônimos, por estarem fundamentados principalmente nas causas do abandono, do aborto ilegal e clandestino e do infanticídio.

No Capítulo II intitulado “Da Incompatibilidade do Parto Anônimo com o Ordenamento Jurídico Brasileiro” o objetivo é analisar a incompatibilidade do Parto Anônimo com a legislação brasileira, por meio da análise dos três projetos propostos no ano de 2008, e a afronta a doutrina da Proteção Integral estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela Convenção sobre os Direitos das Crianças ratificada pelo Brasil em 1990, assim entendida pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, bem como, na superação do erro em considerar a Entrega Legal na legislação vigente como Parto Anônimo.

Na parte IV – “Da Instituição do Parto Discreto no Brasil”, no Capítulo I intitulado “Da Legislação Brasileira”, o objetivo é verificar a compatibilidade do Parto Discreto como instituto jurídico capaz de harmonizar e limitar os direitos de personalidade colidentes, haja vista, não violar o ordenamento jurídico brasileiro, e também por efetivar o planejamento familiar após o ato da concepção, ao proteger integralmente à mulher e o recém-nascido, em desburocratizar o procedimento da adoção, e de superar a incompletude do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e assim seguir como um novo projeto de lei tendo por pressuposto a cidadania, com bases sólidas no respeito aos primados constitucionais, ao contexto jurídico social brasileiro, ao conhecimento científico, e nas dimensões do dizer, explicar e traduzir, mantendo-se distante dos erros e da ignorância outrora cometidos por aqueles que tem o dever de bem legislar.

No capítulo II intitulado como “Política Pública de Proteção Integral” o objetivo é validar instituto do Parto Discreto como política pública de proteção integral aos direitos do recém-nascido e da mulher nos diversos contextos sociais, tal como, os possíveis impactos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no Código Penal de 1940 em mitigar o cometimento de atos capazes de colocar em risco o bem maior do ser humano que é a vida e de todos os demais que dela decorrem.

Considerado no direito brasileiro como um instituto novo, a abordagem do instituto do Parto Anônimo (direito francês) acaba sendo feita de forma errada, e por consequência não conseguindo equacionar entendimento ao tema por muitos doutrinadores, no direito da mulher ao sigilo de sua identidade no parto e do recém-nascido em momento oportuno de conhecer a sua origem genética, haja vista, sua incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro.

Ao compor um estudo transdisciplinar por meio de fontes fidedignas nacionais, no âmbito do direito constitucional, do direito das famílias, do direito de personalidade, do direito da criança e do adolescente, do direito penal e internacionais como as convenções, as legislações e os projetos de lei, vislumbra-se a possibilidade do instituto do Parto Discreto (direito belga) ser inserido no sistema jurídico brasileiro como lei específica, tendo em vista, a sua compatibilidade com o sistema jurídico vigente, e assim constituir-se como política pública de proteção integral com capacidade para harmonizar e limitar os direitos de personalidade quando colidentes.

Sua eficácia se concretiza no momento em que o operador direito, dispõe das fontes imediatas e mediatas para ponderar que o direito de conhecimento da sua própria origem genética está ligado à autopreservação da vida, entendida como bem maior do ser humano e que por esse fundamento não pode ser mitigado.

Para fundamentar e também desenvolver o presente estudo com a habilidade de análise e pensamento crítico em relação ao tema principal e os conexos, foram utilizadas algumas teorias, com o desígnio principal de facilitar a interpretação de uma determinada realidade, e guiar com mais eficácia a prática, e o cumprimento dos objetivos fixados em cada capítulo.

Ademais, não existe prática sem teoria, tão pouco teoria sem prática, como bem aponta Leonidas Hegenberg (2002, p. 24) que um estudo para ser bem elaborado possui três etapas do conhecimento, saber de; saber como; saber que; para trazer conhecimento amplo àqueles que vão operar o direito.

Das teorias utilizadas, apresenta-se a Teoria do Direito Geral da Personalidade, baseada na Obra “Direitos de Personalidade e sua Tutela”, de autoria do professor doutor Elimar Szaniawski, na máxima do princípio da dignidade da pessoa humana e da vida como bem maior a ser tutelado.

Na Teoria da Sociologia Compreensiva, baseada nos escritos de Max Weber, com um recorte específico na ação social, que remete a um tipo de conduta do indivíduo que reflete sentido tanto para ele quanto para aqueles que são afetados, e nas formas de interação e simbolismo com a perspectiva de que os fatos sociais devem ser considerados em sua essência na análise de um caso concreto sob a tutela do Estado, distante do pensamento retilíneo de aplicar a norma pelo simples fato dela existir.

A Teoria da Ponderação, do jurista alemão Robert Alexy, que aponta a ponderação (*Gewichtung*) como uma técnica de interpretação e harmonização na colisão de direitos fundamentais, atualmente aceita e utilizada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

A Teoria da Ética dos Máximos e Mínimos da filósofa espanhola Adela Cortina, para compreender a dimensão moral da pessoa humana, sem reduzir quaisquer dos seus componentes, psicológicos, sociológicos, econômicos, compartilhando de uma ética mínima que aspira realizar valores como liberdade, igualdade, solidariedade, diálogo e respeito. E por fim, uma abordagem discursiva na construção de políticas públicas por meio dos escritos do cientista político francês Philippe Zittoun, com caráter pragmático na definição do(s) problema(s) e na formulação de soluções que constituem grandes atividades ontologicamente políticas.

Embora o tema do instituto do instituto do Parto Anônimo (direito francês) já ter sido objeto do cenário legislativo, eivado de erros históricos e jurídicos, por parte do legislador, que culminaram no seu insucesso, e em razão das múltiplas questões sociais que podem conduzir a mulher em decidir precepidamente por um caminho muitas vezes sem volta e que podem trazere como resultado eventos danosos.

Por consequência desta escolha, o direito à vida do ser concebido, fica condicionado a ter como soluções mais viáveis, o abandono ilegal, a sua exposição, o o aborto ilegal e clandestino, o infanticídio e a adoção ilegal.

Urge então, a necessidade de revisitar o tema, para reavaliar e reescrever seu conteúdo de modo compatível com a legislação brasileira vigente, para que possa se concretizar como um instituto de direito, e como uma política pública de proteção integral.

Proteção que alcança à mulher, o ser concebido, à família, à sociedade e o próprio Estado, em não negar e/ou mitigar direitos fundamentais e de personalidade, mas de ponderá-los quando em rota de colisão em prol da autopreservação da vida, da saúde, da qualidade de vida, do viver e do morrer com dignidade, tal e qual, dos limites necessários para esse conhecimento, a fim de proteger a família originária, a família socioafetiva construída pelos laços de afeto, e dos seus membros, por meio do instituto do Parto Discreto (direito belga).

PARTE I – DIREITO DE FILIAÇÃO

CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Este capítulo tem por objetivo compreender a família, nas mais variadas formas de sua constituição, respeitando o processo histórico e social para a construção lógica das bases conceituais, a fim de expressar o que ocorre na realidade empírica.

A importância para ser tema do primeiro capítulo, decorre dos conflitos existentes no Direito de Família, quanto a filiação biológica e socioafetiva, ambas vinculadas ao direito do indivíduo de conhecer sua da origem genética.

Embora a união dos seres humanos a princípio datar de 10 (dez) mil anos atrás, sempre exigiu uma organização social, para coordenar as relações e esforços desprendidos por cada indivíduo do grupo, que alcança a necessidade de reproduzir e conservar a própria espécie.

Para Szaniawski (2019, p.17), tal necessidade responde à lei biológica, que conduz os indivíduos a unir-se com os outros dando origem às famílias.

A família, surge primeiramente por meio de fatores biológicos, com a atração sexual entre homem e mulher, e consequentemente por fatores psíquicos e sociológicos, que pelo instinto do amor os aproxima, incluindo a sua prole, tornando-a o grupo social mais abrangente (SZANIAWSKI, 2019, p. 17).

O conceito de família é variável e mutável. Variável, pois o conceito pode ser antropológico e/ou jurídico. Mutável, por estar atrelado ao processo histórico da sociedade da época no qual o conceito foi escrito, mas também para a formação da personalidade dos indivíduos e dos possíveis arranjos familiares.

Por essa razão, inicialmente, aponta-se o contexto histórico dos primeiros agrupamentos humanos na sociedade, o estabelecimentos dos seus vínculos, já que a família sofreu e sofre ao longo dos tempos, mudanças consideráveis, que acabaram por regular preceitos éticos e morais, e o fomentar a escrita das leis.

Posteriormente, se pretende elencar conceitos básicos de família, atrelados a evolução da sociedade, bem como o trinômio Mãe – Pai – Filho.

Por fim, apresentar o contexto histórico e jurídico de família no Brasil e na Europa, por meio das legislações vigentes até o entendimento consolidado pela Constituição Federal brasileira de 1988 e Código Civil de 1916 e 2002.

SEÇÃO I – Arranjos Familiares na Contemporaneidade

1.1 Apontamentos Históricos e Conceituais da Família

A família é considerada como a forma mais natural, espontânea e antiga de agrupamentos em sociedade.

Em 1792 a.C a família já era tema de proteção na lei escrita por Hamurabi, rei da Babilônia, considerado o código mais antigo da humanidade com 282 artigos, que excluía o artigo 13 por superstições da época (BURNS, 1982, p. 40).

Nas leis de Hamurabi, a família estava delineada no capítulo X, entre os artigos 128º até 184º, com proteção dirigida à mulher, principalmente quando o homem fugia de suas responsabilidades, entendidas como responsabilidades do cidadão (BONZON, 1992, p. 144).

Contudo, as referidas leis também protegiam o homem da mulher a qual esposasse, e que não gerasse filhos, já que o objetivo da união pelo matrimônio não monogâmico era constituir prole (BONZON, 1992, p. 144).

Esse matrimônio era, em princípio, uma espécie de contrato de associação que visava a procriação e a educação dos descendentes da família, contrato regularmente estudado e assinado sem contar com os interessados, com frequência incluso pelos chefes de suas famílias respectivas. A finalidade prolífica de sua união era até tal ponto essencial que a esterilidade da esposa constituía para seu marido razão suficiente para repudiá-la, a não ser que, sem trocar em nada sua posição em respeito a ele, ela lhe proporcionasse uma substituta que trouxesse ao mundo muitos filhos que se considerariam como seus próprios (BOTTERO, 2004, p. 220).

Porém, as leis de Hamurabi contemplavam também punições, para as relações matrimônias, quais se regiam apenas por contrato. Deste modo, a mulher que encomendasse a morte de seu marido porque estava interessada em outro homem, era empalada, aquela mulher que mantivesse relações sexuais com o filho, eram conjuntamente queimados, e se o homem assim agisse com sua filha era exilado (BONZON, 1992, p. 144).

A família, era patriarcal e considerada o centro da sociedade babilônica (BONZON, 1992, p. 144).

Nas civilizações orientais, a lei de Manu, era a base para os Hindus, escrita por Manu o primeiro legislador da Índia, que na Estância 204, do livro VIII, conjuga a família, como a principal união da sociedade (RULLI NETO, 2002, p. 142).

Para as leis de Manu, a família teria como base o casamento monogâmico e poligâmico, com a finalidade de gerar descendentes, e por essa razão era indispensável a coabitação

entre o casal, inclusive para que o homem pudesse exercer seu direito de guardião sobre a mulher, a fim de afastá-las de más propensões (RULLI NETO, 2002, p. 142).

Na Grécia, a família precedia de monogamia e no homem como reprodutor da sua espécie, com paternidade indiscutível, tendo como seu único sucessor os filhos, pois apenas a mulher era a suscetível ao repúdio e a infidelidade do seu marido, devendo ainda lhe ser devota e rigorosamente casta (RULLI NETO, 2002, p.143).

Para os Romanos, a palavra família era sinônimo de hierarquia, derivando tal entendimento ontológico da palavra *famulus*, que significava escravo (CARLETTI, 2002, p. 36).

A família romana, era conceituada como de um grupo de pessoas submetidas ao *paterfamilias*, ou seja, ao pátrio poder, ao poder do pai – homem, e jamais da mãe-mulher (CARLETTI, 2002, p. 36).

Estava compreendida entre os requisitos de personalidade, definida no seu sentido estrito (*familia proprio iure*) como “o conjunto de pessoas sujeitas ao poder do mesmo *pater*”, e no sentido lato (*familia communi iure*) como “o conjunto de pessoas que estariam reunidas sob o poder de um mesmo *pater* se ele fosse vivo” (CHAMOUN, 1988, p. 64)

A família era no período da Realeza até o início da República, como condição social, era dividida rigidamente em classes bem determinadas implicando que as pessoas de uma determinada classe não se envolvessem com as de outra classe, sendo impedidas de constituírem uma nova família, (VERA-CRUZ PINTO e OLIVEIRA, 2011, p.535).

Nesse sentido, uma pessoa da classe dos plebeus não poderia contrair núpcias com uma pessoa da classe dos patrícios, já que esses eram de uma classe superior e aqueles de uma classe inferior, e que nas palavras de Vera-Cruz Pinto e Oliveria (2011, p. 527), não tinham “certas prerrogativas inerentes ao *cives romani*”.

Portanto, as pessoas da classe dos plebeus, só podiam contrair núpcias pelo *coemptio*, modalidade de casamento civil, e as pessoas da classe dos patrícios, pela modalidade do *confarretio*, casamento religioso presidida pelo Sumo Pontífice.

O casamento romano foi sempre monogâmico, considerado como a união entre o homem e a mulher com o fim de estabelecer uma comunhão de vida íntima e duradora, que segundo Chamoun (1988, p. 156) apresentava um conteúdo de caráter ético, iniciado com a entrada da mulher na casa do marido.

Para os romanos a posição que uma pessoa ocupava na família “*status familiae*” era de suma importância por determinar sua amplitude e capacidade jurídica, na esfera do direito privado, (MOREIRA ALVES, 2002, p.107).

Contudo, com a chegada de Justiniano ao poder como imperador, com fortes influências de sua mãe Helena, insere em Roma princípios ético-religiosos, fazendo desaparecer do *paterfamilias* um poder que muitas vezes considerado desumano, que concedia ao pai-homem o *ius vitæ et necis*, que era o direito da vida e da morte (CARLETTI, 2002, p. 37).

Com a extinção do direito da vida e da morte por Justiniano, urge como função pública a proteção das crianças abandonas (CORREIA, 1957, p.51).

Na Idade Média, a formação da família sofre grande influência da Igreja, tendo como fato gerador o casamento, deixando para traz a defesa da virgindade e da castidade, pois era no casamento que a família seria uma instituição estável e fortalecida (CORREIA, 1957, p.51).

Deste modo, a família, o casamento e o divórcio passam a ser questão exclusiva da Igreja, que nas palavras de São Tomás de Aquino, com o seu escrito “Suma Teológica”, sustentou que o casamento era um sacramento que se tornava indissolúvel por meio das relações carnavais (CORREIA, 1957, p.52).

Do entendimento de São Tomás de Aquino, com o Papa Gregório IX por meio das Decretais, se estabelece duas classes para o casamento, aquele que era consentido apenas com a manifestação de vontade, e aquele que era consumado com a copula carnal (CAMPOS, 1989, p. 44).

A Igreja, portanto, consolida o casamento como sacramento, no qual o homem e a mulher com sua união se transformariam em um único e indissociável ser físico e espiritual, podendo apenas ser desfeito com a morte (CAMPOS, 1989, p.44).

Esse perfil de família, entendido como ideal, sofreu modificações principalmente com o início do século XIX, sendo influência pela Revolução Francesa (1798 - 1799) e também pela Revolução Industrial (1760 – 1840), época na qual a sociedade enfrentou momentos de crise e de renovação (BARRETO, 2013, p.25).

A esse tempo, a família não mais se amoldava a um modelo único de família constituída pelo matrimônio. Passaram a ser reconhecidos diversos modelos de família, como a família oriunda da união permanente de pessoas independentemente de sua vinculação ao matrimônio, denominada união estável, o concubinato e a família monoparental. A forte e “inabalável” concepção de família, concebida pelo direito de família, fundamentada na união matrimonial de um homem e uma mulher e dos filhos, nascidos dessa união, que atravessou séculos e que segundo os pensadores do séc. XIX seria *sempiterna*⁴, veio a sofrer abalos nos anos sessenta do séc. XX, surgindo pequenas fissuras, até a ruína de todo o sistema (SZANIAWSKI, 2019, p.27).

⁴ Significado de “sempiterna”, o mesmo que: perpétua, eterna, duradora. Característica do que persiste, do que se mantém ou se conserva, para sempre – que é eterno. Etimologia: origem do latim. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sempiterna/> Acesso em: 04 ago. 2022.

A família no viés de contemporaneidade, vai se caracterizando pela diversidade do seu modo de operar. Aquilo que anteriormente só poderia ser constituído por consanguinidade, passa a ser também por afetividade, ou seja, as novas bases de família acontecem por meio do afeto, do amor e da convivência (BARRETO, 2013, p. 25).

Assim sendo, aquela união de seres humanos, que data desde os primórdios da humanidade, que conduziu os humanos a unir-se e originar às famílias, por uma lei biológica que precedia dos instintos de conservação do indivíduo na luta pela sobrevivência, e de reprodução para a conservação da espécie, são superados (SZANIAWSKI, 2019, p.17).

A família então, não surge apenas como bem aponta (Szaniawski, 2019, p.17), como respostas à lei biológica, mas também pelo amor que aproxima o homem e a mulher e posteriormente os seus filhos.

A família contemporânea passa a ser entendida como termo genérico, e formada pelo agrupamento de pessoas que vivem juntas, possuindo laços sanguíneos e/ou afetivos, assumindo formas anteriormente não aceitas (MALUF, C. e MALUF, A., 2018, p.41).

Nesse sentido a família, não é mais uma instituição fruto apenas do matrimônio, tampouco limitada a funções econômicas, políticas ou religiosas, mas alicerçada nas liberdades individuais, nos direitos da personalidade e nos direitos humanos (MALUF, C. e MALUF, A., 2018, p.41).

A família para Roudinesco (2003, p.11), se diferencia em sua evolução em três períodos, como segue:

- i. Antes do século XVIII, denominada de família “tradicional”, que tinha por objetivo principal proteger a transmissão de patrimônio;
- ii. Final do século XVIII, denominada de família “moderna”, baseada no amor romântico, e a educação dos filhos era sua maior responsabilidade.
- iii. A partir do século XX mais precisamente em 1960, denominada de família “contemporânea”, sustentada pelas relações íntimas, promovendo a valorização da vida privada, originando sofrimentos aos homens, já que as suas frustrações o Estado e Deus não mais intervinham.

Sem embargo, Szaniawski (2019, p.27) apresenta a família com a denominação de transmoderna, por não se amoldar em um único modelo, o que constitui uma crise para o direito civil, por ser baseado em modelo clássico oitocentista, que promoveu o fenômeno da repersonalização do direito civil.

A repersonalização, se insere no contexto que de a família tradicional que apresentava caráter patrimonialista, hodiernamente desvela uma família fundado no afeto, centrada no trinômio maternidade, paternidade e filiação (SZANIAWSKI, 2019, p.28).

Aquilo que antes era observado como unidade proposta para fins econômicos, culturais e religiosos, passa a ser observado como grupo de companheirismo e lugar de afetividades (VILELLA, 1980, p.11).

A nova observação, perpassa na necessidade do Direito Civil e da Constituição Federal brasileira de 1988, dialogar com os demais ramos do Direito, para se efetivar e valorizar as pessoas que formam a família transmordena.

Isso porque, ao superar o caráter patrimonialista e adotar a valorização da pessoa humana como titular de direitos personalíssimos, se protege a sua dignidade⁵, e todos os demais direitos dela decorrentes.

O direito à identidade, à liberdade, à igualdade, à existência, à segurança, à honra, à vida privada e ao desenvolvimento da personalidade, bem como “os bens jurídicos da vida, do corpo, do espírito e da capacidade criadora, todos se encontram representados na dignidade, o próprio cerne de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana” (HOGEMANN, 2012b, p. 13).

O afeto, assume a natureza de direito individual fundamental, diante da transcendência que se apresenta na possibilidade das pessoas se escolherem independentemente de laços de parentesco ou padrões sociais impostos.

Tomando por empréstimo a ontologia da palavra afeto, esta deriva do latim *affectus*, pela junção do “*ad*” que significa “para” e “*fectum*” que significa “feito”, ou seja, “feitos um para o outro” (FUJITA, 2011, p. 105).

Portanto, é possível entender que o afeto em relação a família, foge a qualquer prova de consanguinidade, bastando apenas os laços de solidariedade entre as pessoas para defini-las como uma família.

A família no sentido *lato sensu*, irá abranger todas as pessoas ligadas ou por um vínculo de sangue, ou por afinidade, ou por adoção.

⁵ A dignidade da pessoa humana, sob o ponto de vista jurídico, tem sido definida como um atributo da pessoa humana, o fundamento primeiro e a finalidade última, de toda a atuação estatal e mesmo particular, o núcleo essencial dos direitos humanos”, conforme Szaniawski (2005, p.140).

1.2 A importância do Trinômio Maternidade – Paternidade – Filiação

A importância do trinômio maternidade, paternidade e filiação, decorre de uma função maior que é a de unir o homem (ser do sexo masculino) a uma mulher (ser do sexo feminino) ao pressupor uma aliança com origem no casamento, e posteriormente na filiação com o nascimento dos filhos – trinômio maternidade, paternidade e filiação.

Esse fenômeno universal, se insere na família transmoderna, assim denominada por Szaniawski (2019, p.51), na qual a maternidade é a qualidade de ser mãe, a paternidade é a qualidade de ser pai, que se traduzem no vínculo estabelecido com seus filhos.

O mesmo vínculo acontece por se estabelecer uma relação jurídica entre a pessoa do filho aos seus pais e denominado de filiação (SZANIAWSKI, 2019, p.51).

Importante salientar que as expressões pai e mãe, que no dia a dia são utilizadas como sinônimos de genitor e genitora, dentro da relação jurídica não os são, pois genitor e genitora são aqueles que geram e que constituem o vínculo da filiação biológica com seu filho, mas não necessariamente o vínculo de filiação afetiva (SZANIAWSKI, 2019, p.51).

Szaniawski (2019, p.51), ainda complementa que o vínculo de filiação afetiva, independe da existência ou não do vínculo de filiação biológica ou genético.

Percebe-se então, que a filiação, assim como a família, sofreu e sofre uma elasticidade em seu conceito, que não se pode mais olvidar, haja vista, a filiação também ser uma realidade afetiva e não apenas uma realidade biológica ou genética (DIAS, 2016, p. 362).

Portanto, o que se quer deixar claro, é que o vínculo de filiação se estabelece em razão do afeto, independentemente do vínculo biológico. Isto porque, o afeto ao ser considerado um aspecto intrínseco do ser humano, propicia a formação de uma família, que já carrega consigo princípios constitucionais ligados a dignidade da pessoa humana, como a convivência familiar, a igualdade e a solidariedade (LÔBO, 2022, p. 15).

Apesar de não ser expressamente elencado no texto constitucional como princípio a afetividade, se consolida com a leitura do art. 1593 do Código Civil de 2002, ao considerar que o parentesco é condição além da consanguinidade (BRASIL, 2002, n. paginado).

Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal– STF, tem julgado ao tema que o conceito de família, ultrapassa os limites da consanguinidade decorrente do casamento e da presunção biológica, alcançando assim a convivência entre as pessoas, baseados nos cuidados práticos do dia a dia, como segue no texto do Recurso Extraordinário, nº 898.060 de Santa Catarina com relatoria do Ministro Luiz Fux:

Ementa: Recurso Extraordinário. Repercussão Geral Reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre Paternidades Socioafetiva e Biológica. Paradigma do Casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: Deslocamento para o plano constitucional. Sobre princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio Constitucional Implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União Estável (Art. 226, §3º, CRFB), e Família Monoparental (Art. 226, §4º, CRFB). Vedação à Discriminação e Hierarquização entre espécies de filiação (Art. 227, §6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica, ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da Paternidade Responsável). (...) **10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela presunção biológica ou (iii) pela afetividade.**⁶ (Destaque nosso)

Da leitura do referido acórdão, é possível verificar que a afetividade é um princípio constitucional implícito e intrínseco ao princípio da dignidade da pessoa humana, construído no cuidado diuturnamente e independentemente de consanguinidade.

O afeto, nas mais variadas formas de expressão, se resume na busca da felicidade pelos indivíduos, o que traz a necessidade de compreendê-lo de forma ampliada e diante de cada caso concreto.

A afetividade como princípio, nos escritos de José de Oliveira Ascensão (2005, p. 404), busca explicar que este os são, “as grandes orientações que se depreendem, não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica”.

Ademais, a afetividade como princípio atua de duas formas: (i) objetiva; (ii) subjetiva. Na forma objetiva, por reunir fatos sociais de manifestação afetiva. Na forma subjetiva por ser anímico, ou seja, de estar adstrito ao sentimento, com caráter mais psicológico, (CALDÉRON, 2013, p.147).

Os sentimentos e as manifestações afetivas, são dons inerentes ao ser humano, dons presentes na sua natureza individual como ser sociável, que se comunica, que se expressa, e que dia após dia constrói e se constrói como pessoa por meio das relações de afetividade.

A afetividade sendo entendida como processo natural a todo ser humano, passa a ter uma reflexão conceitual denominada por Max Weber⁷ na ação social, por remeter a uma

⁶ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1369336524/recurso-extraordinario-re-898060-sc/inteiro-teor-1369336529> Acesso em: 04 ago. 2022.

⁷ Juntamente com Émile Durkheim e Karl Marx, Weber compõe a chamada tríade da sociologia moderna. Nascido na Alemanha, na cidade de Eufurt, aos vinte e um dias do mês de abril de 1864, Maximilian Karl Emil Weber, ou apenas Max Weber, é considerado o pai da Sociologia Moderna. Sociólogo, economista, filósofo, historiador,

determinada conduta como forma de comunicação do indivíduo, e que reflete sentido tanto para ele quanto para aqueles que por essa conduta são afetados por meio da ação social afetiva, motivada por sentimentos e emoções.

Considerando-se que o sentimento e o afeto, são objetos para um estudo Weberiano nas relações familiares por meio da ação social afetiva que traduz uma determinada realidade familiar construída pelo afeto, motivado por uma conduta (ação social) que reflete sentido para todos, sem ter necessariamente laços de consanguinidade.

A ação social, se organiza por meio das ações (comportamento) que o sujeito estabelece quando interage com seu semelhante na sociedade, e que a Sociologia como ciência, busca identificar como objeto de estudo na ação social, como um instrumento para se chegar ao conhecimento do que motivou aquela ação, (WEBER, 2012, p.15).

O afeto, é a realidade da ação realizada por uma pessoa a qual comunica, expressa e constrói relações com seus semelhantes, independentemente da existência de laços consanguíneos / biológicos.

A máxima para Max Weber, era buscar no ser individual, entendimentos para as transformações sociais. Assim o afeto transforma as relações sociais e por consequência o conceito de família, tradicionalmente considerada como um instituto decorrente apenas do matrimônio e da filiação biológica.

Em decorrência do exposto, uma questão se apresenta: Por que aplicar a ação social baseada na Teoria da Sociologia Compreensiva? Porque parte do pressuposto weberiano, de que o objeto do seu estudo é a ação humana, dotada de sentido, e sendo o afeto uma manifestação da conduta humana, reflete suas formas de interação e seu simbolismo (REUSING; SZANIAWSKI, 2022, p.29).

Parte-se da premissa que em Weber a sociedade só será compreendida, por meio da ação do indivíduo e das relações que ele mantém com outros indivíduos, o que ele chama de ação social (conduta), que pode ser dividida em quatro categorias: (i) afetiva; (ii) tradicional; (iii) racional por fins; (iv) racional por valores, (WEBER, 2012, p.15).

(i) A ação social afetiva, é aquela construída e realizada pelo afeto, ou seja, sentimento. As atitudes aqui iram ser estabelecidas entre os seres humanos, a partir dos sentimentos e emoções, as quais podem ser boas ou ruins. Quando boas, pode-se relacionar com o entendimento transmoderno de família, a qual é formada, construída e mantida pelas relações de afeto, ou seja, pelo “*affectus*”.

jurista e também cientista político, Weber demonstrou por meio da metodologia da sociologia, seu pensamento anti-positivista, hermenêutico e idealista (WEBER, 2017, n. paginado).

Pode-se então relacionar que o afeto como ação social afetiva, é o vínculo existente na filiação afetiva como aponta Szaniawski (2019, p.51), que independe da existência ou não do vínculo de filiação biológica ou genético, pois se basta no afeto. Isso porque, a percepção do afeto se dá através da análise da conduta como comportamento e comunicação dos indivíduos envolvidos na relação.

(ii) A ação social tradicional, é a ação na qual se aponta o predomínio do costume, ou seja, algo que é feito de maneira natural, pois está inserido no cotidiano, (WEBER, 2012, p.15). Na práxis, o afeto se dá de modo corriqueiro, natural, como conduta inerente ao ser humano.

(iii) Na ação social racional por fins, a ação em si realizada pelo ser humano, almeja ganho, lucro, o que necessariamente não está atrelado ao ganho como capital, ou seja, lucro econômico, (WEBER, 2012, p.16).

O lucro, que pode ocorrer por meio da manifestação do afeto, é a conduta que constroi as relações, que faz com que os seres humanos interajam e lucrem com o bem-estar, entendido como o cuidado, como o alicerce para um desenvolvimento saudável enquanto indivíduos.

(iv) Por fim, a ação racional por valores, que acontece quando o ser humano, pauta sua conduta, por meio de suas convicções pessoais, como exemplo da religião e da filosofia, (WEBER, 2012, p.16).

Ao pensar no afeto em uma concepção também transmoderna de religião, este pode ocorrer por meio das chamadas comunidades de afeto, edificadas e vinculada na afetividade, como se pode verificar com Paiva (2012, p.70) ao apresentar que:

A vinculação afetiva parece estar assumindo a vetorização da relação entre os indivíduos movidos muito mais por esta determinante do que pelos tradicionais laços de parentesco, consanguíneos, territoriais e mesmo legais. É preciso considerar as comunidades de afeto em duplo movimento, não necessariamente complementares, mas também não congruentes. Primeiro, a designação de comunidades de afeto para descrever as experiências religiosas vivenciadas em grupos no interior das Igrejas formalmente institucionalizadas. No âmbito de uma determinada instituição religiosa, grupos passam a cultivar mais a dimensão da amizade entre os membros, fortalecendo os laços afetivos. Segundo, a aplicação do termo comunidades de afeto para definir experiências religiosas vivenciadas em Igrejas institucionalizadas assumindo o afeto, a amizade entre os membros como grande elemento catalisador e aglutinador. (PAIVA, 2012, p.70).

O afeto mais uma vez, rompe com a forma tradicional⁸ de se entender uma estrutura institucional, nesse caso a religião, qual não mais se baseia nos dogmas propriamente ditos, mas na vinculação afetiva como elemento catalisador e aglutinador.

Ao se pensar no afeto em uma concepção filosófica como as emoções que emanam do ser humano que irão acompanhar todas as suas relações interpessoais, e que podem ser externalizadas pelas atitudes (condutas) como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, o apego, a gratidão, a ternura, a proteção (ABBAGNANO, 2007, p. 268).

O afeto então, filosoficamente em sua maior extensão e generalidade, pode designar todo estado e/ou condição que irá consistir em uma ação, que todos serão de certa forma influenciados e/ou modificados pelo afeto.

Portanto, a afetividade se faz presente em todas as relações sociais, independente dos laços de consanguinidade, o que se insere na já citada repersonalização da Constituição Federal brasileira de 1988 e do Direito Civil, a qual deve ser assim entendida principalmente pelos membros do legislativo.

Caso contrário, existe a possibilidade de se consolidar uma era de erros crassos e grosseiros, seja em razão do conhecimento raso pelos legisladores não só das questões sociais, mas da ausência do conhecimento ontológico de direitos já existentes em outras nações, que poderiam instituir novos direitos e instrumentos jurídicos no Brasil para salvaguardar o bem maior que é o direito à vida.

Desta feita, é possível verificar a dinamicidade nas relações familiares, ora vinculada ao processos de ressignificação na maternidade e a paternidade, flexibilizadas e realocadas em prol dos filhos com a garantia da tutela da dignidade da pessoa humana como direito fundamental e também de personalidade.

Nesse sentido, em continuidade a esse estudo é importante apresentar as modificações sofridas em razão do decurso do tempo e das necessidades sociais e jurídicas sobre a mulher, e a sua relação com a família e com a maternidade

⁸ Quando as grandes concepções religiosas e filosóficas estavam vivas, os indivíduos pensantes não exaltavam a humildade e o amor fraternal, a justiça e a humanidade porque era realista manter tais princípios e extravagante e perigoso desviar-se deles, ou porque tais máximas estavam mais em harmonia com os seus gostos, presumivelmente livres, do que outras. Sustentavam essas ideias porque nelas viam elementos de verdade, porque as relacionavam com a ideia de logos, seja na forma de Deus ou de um intelecto transcendental, seja mesmo na forma da natureza como um princípio eterno (HORKHEIMER, 2016, p. 38-39).

1.3 A Mulher, a Família e a Maternidade

Desde os primórdios da humanidade, a figura da mulher sofre transformações significativas em razão dos desdobramentos antropológicos e sociológicos hodiernos que possibilitam uma compreensão ampliada da sua relação com a família e com a maternidade.

Isso porque, a mulher mesmo sendo considerada em algumas épocas uma peça ausente da sociedade, sempre foi fundamental na formação humana da família, a qual biológica e afetivamente também depende da sua existência e não apenas da existência do homem.

Tal condição de ausência e também de inferioridade, pode ser verificada na Filosofia, com as palavras de Platão, “os homens covardes, que foram injustos durante sua vida, em outra encarnação provavelmente seriam mulheres” (AQUINO, 2004, p.02).

Para São Tomás de Aquino a mulher era frágil, vulnerável e inferior, e afirmava o seguinte:

A mulher é um ser acidental e falho. Seu destino é o de viver sob a tutela do homem. Sobre si mesma ela não tem autoridade alguma. Por natureza a mulher é inferior ao homem em força e dignidade, e por natureza lhe está sujeita, pois no homem o que domina, pela sua própria natureza, é a facilidade de discernir, a inteligência (AQUINO, 2004, p.02).

Da leitura, de São Tomás de Aquino, a mulher era ausente de qualidades, era vulnerável, mais suscetível à ter piedade, abalável, propicia ao desespero, e fadada a viver da dominação homem, seja o pai, o irmão, o marido e até mesmo do filho, diante da sua incapacidade de ser.

Tal incapacidade, se apresenta nos textos do Direito Romano, considerado o berço da cultura jurídica, onde a mulher era desprovida de capacidade jurídica.

No período colonial brasileiro (1530 a 1822), a mulher era figura considerada em segundo plano, já que a ordem vivida era escravocrata senhoril, o que justificou muitos preceitos em nome da tradição, e com base nas estruturas feudais da Europa (SAFFIOTI, 1976, p.130).

Segundo Freyre (1961, p. 73), o padrão de diferenciação entre o homem e a mulher, se dava por questões morais. O homem, era livre, e a mulher um instrumento de satisfação sexual, ou aquela que cuidava da casa e dos filhos. Traduzia a função das mulheres na sociedade brasileira como a “branca para casar, mulata para fornicar, a negra para trabalhar”.

Assim se construiu o ideário feminino, mulher, mãe e família. Isto porque, o destino de todas as meninas da época antes mesmo de completar quinze anos, era o casamento, ou o convento.

Deste modo, o chamado controle social feminino, era feito de duas maneiras, primeiramente, por meio do discurso ideológico da Igreja Católica Apostólica Romana, ou por atestado da medicina, (SIVA; CASTILHO, 2014, p.258).

Isso porque, acreditava-se no período colonial que a mulher era mais suscetível que o homem de ações do mal, já que foi Eva a enganada pela serpente à comer o fruto proibido por Deus. E como afirma Priore (1993, p. 152), houve uma reação em cadeia de que todas as mulheres poderiam ser um poço de pecados e perdição, e por essa causa as mulheres deviam ser domesticadas pelos preceitos bíblicos para ser como Maria a mãe de Deus.

Como perfil historiográfico⁹ a mulher a época da colonização era criada em uma sociedade hierárquica e escravocrata que restringia as mulheres brancas a esfera do lar e as mulheres pobres escravas ou livres como objeto de trabalho ou da submissão sexual, condição que tornou o abandono de recém-nascidos algo comum e arraigado na sociedade, (SILVA; CASTILHO, 2014, p. 259).

Os preceitos escravagistas¹⁰, tinham por alvo as mulheres negras e indígenas. As mulheres negras conjuntamente com seus filhos, os quais eram tratados como escravos e com a promulgação da Lei do Ventre Livre no ano de 1871, se tornaram os novos enjeitados, chamados de filhos da escravidão, (DIAS, 2012, p. 364).

As mulheres indígenas apesar de serem livres, se inseriram nesse processo escravagista, pois eram obrigadas não só a realizar trabalhos forçados, mas a manter relações sexuais com os portugueses, (DIAS, 2012, p. 364).

Entretanto, os preceitos morais da época tratam da mulher branca, a qual deveria ter sempre um comportamento austero. Se solteira fosse, e ficasse grávida, poderia juntamente com seu filho (a), serem mortos, e por esse motivo a entrega clandestina do recém-nascido nas rodas poderia ser uma salvação (VENÂNCIO, 2004. p.44).

Tal prática se justificava, pelo estigma de que ser mãe solteira era mais forte que o estigma do filho ilegítimo, pois a honra da família estava diretamente ligada à honra de suas

⁹ É importante destacar que parte do contingente feminino, a quem tanto o Estado quanto a Igreja ultramarina se dirigiram, recomendando que se casasse e constituísse famílias, chegava aos homens pelo caminho da exploração ou da escravização, acentuando, assim, nas suas desigualdades, as relações de gênero. Tais diferenças foram importantes na constituição dos papéis femininos e serviram para a fabricação de estereótipos bastante utilizados pela sociedade colonial e mais tarde incorporados pela historiografia (PRIORE, 1993, p. 25).

¹⁰ As mulheres escravas, por se tratarem de objeto, eram obrigadas a manter relação sexual tanto com os seus senhores quanto com os capatazes destes (DIAS, 2012, p.365).

mulheres, que sendo solteiras deveriam se manter castas, e se casadas, deveriam manter-se livres de qualquer boato ou situação que comprometesse a sua honra (SIVA; CASTILHO, 2014, p.259).

Contudo, no Brasil o Código Civil de 1916 ainda retratava um quadro de desigualdades, superados se comparado com o Código Civil de 2002, em virtude dos preceitos constitucionais vigentes desde 1988, e influenciados pelos movimentos históricos internacionais.

Com a Revolução Industrial nos meados do século XX o perfil frágil e doméstico estereotipado à mulher, foi modificado. A mulher começou a ocupar o chão das fábricas, e exercer trabalho braçal e a participar de associações profissionais.

Com a 1ª Guerra Mundial iniciada no ano de 1914, ocorre o alistamento em massa dos homens para as trincheiras, fato que contribuiu para que muitas mulheres se tornassem chefe e arrimo de família, e participando indiretamente da guerra como operárias nas fábricas de munição.

A convenção da Organização Internacional do Trabalho no ano de 1919 (OIT), apresenta a mulher, já inserida no mercado de trabalho, e a necessidade de novos direitos como à licença posterior ao nascimento dos seus filhos, resguardando assim à maternidade.

Deste modo, a luz do Código Civil de 1916, os dispositivos em sua escrita retratam o pensamento dominante à época ao afirmar que o homem era dotado de capacidade absoluta e a mulher dotada de capacidade relativa¹¹ podendo exercer certos atos enquanto casadas.¹²

Em 27 de agosto de 1962, com o Estatuto da Mulher Casada, por meio da Lei nº 4.121, é estabelecido a igualdade entre os cônjuges, a organização familiar não era mais preponderantemente patriarcal, a mulher deixou de ser equiparada aos pródigos, silvícolas e menores de idade¹³ em detrimento da capacidade (VENOZA, 2014, p.167).

¹¹ À mulher não se concedia a capacidade plena, ou seja, ela não podia realizar os atos da vida civil de forma independente, precisando ser assistida ou ter seus atos ratificados. Sendo relativamente incapaz, era equiparada aos menores, aos pródigos e aos silvícolas, como demonstra o art. 6º do Código Civil de 1916.

¹² Os Códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época, (VENOSA, 2014, p. 16).

¹³ O art. 6º do Estatuto da Mulher Casada, exclui o inciso II do art. 6º do Código Civil de 1916, retirando a equiparação das mulheres com os pródigos, silvícolas e menores de idade com relação à capacidade (BRASIL, 1916, n. paginado).

Mas, o grande divisor de águas, foi a Constituição Federal brasileira de 1988, seja meio do art. 226 com a igualdade jurídica entre os cônjuges, ecom o art. 227, §6º com a igualdade jurídica dos filhos.

Entretanto, a igualdade de direitos da mulher se consolida com o Código Civil de 2002, ora balizado pelos preceitos constitucionais, da autonomia, independência e isonomia, não apresentando qualquer diferenciação com os homens.

Do quadro comparativo abaixo, segue alguns artigos de ambos os códigos civilistas brasileiros, os quais retratam o contexto social e as influências sofridas no decurso do tempo.

QUADRO COMPARATIVO 1 (grifo nosso) (continua)

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
Art. 2º: Todo <u>homem</u> é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.	Art. 1º: Toda <u>pessoa</u> é capaz de direitos e deveres na ordem civil.
Art. 4º: A personalidade civil do <u>homem</u> começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.	Art. 2º: A personalidade civil da <u>pessoa</u> começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.
Art. 6º: São incapazes, relativamente a certos atos, ou a maneira de exercer: I - Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos. II - As <u>mulheres casadas</u> , enquanto subsistir a sociedade conjugal. III - Os pródigos. IV - Os silvícolas. Parágrafo único - Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.	Art. 4º: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) <u>Não há referência a mulher.</u>
Art. 36: <u>Os incapazes</u> têm por domicílio o dos seus representantes. Parágrafo único. A mulher casada tem por domicílio o do marido, salvo se estiver desquitada, ou lhe competir a administração do casal.	<u>Não há correspondência</u> , pois a Constituição Federal Brasileira de 1989 no art. 5º, inciso I reza: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. A mulher é pessoa natural, sujeito de direito, com personalidade e capacidade, se inserindo no artigo 70, onde o domicílio é o local em que de forma definitiva, a pessoa natural estabelece residência.
Art. 178: § 1º Em 10 (dez) dias, contados do casamento, <u>a ação do marido</u> para anular o matrimônio contraído com a mulher já deflorada (arts. 218, 219, IV, e 220). (Parágrafo alterado pela Lei nº 13, de 29.1.1935 e restabelecido pelo Decreto-lei nº 5.059, de 8.12.1942).	<u>Não há correspondência</u> , pois a Constituição Federal Brasileira de 1989 no art. 5º, inciso I reza: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

QUADRO COMPARATIVO 1 (grifo nosso) (conclusão))

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
Art. 233: O <u>marido</u> é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.	Art. 1.565. Pelo casamento, <u>homem e mulher</u> assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Art. 1.568. <u>Os cônjuges</u> são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.
Art. 467: Em falta de cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe ao pai, à mãe, aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo. Parágrafo único. Entre os descendentes, os mais vizinhos precedem aos mais remotos, e, entre os do mesmo grau, <u>os varões preferem às mulheres.</u>	Art. 25, § 1º: Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo. §2º: Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos. <u>Não há mais preferência.</u>

Fonte: a autora / 2022.

É possível observar pelo quadro comparativo dos artigos selecionados, que o direito civil brasileiro, retrata os movimentos da sociedade da época em razão dos sujeitos que a compõem e nesse recorte especificamente com a mulher, a mãe e a maternidade, na formação da família e na garantia da igualdade de direitos.

Ao comparar referidos artigos em razão do tema “A Mulher, a Família e a Maternidade”, pode-se verificar que no art. 2º do Código Civil de 1916 a palavra que definia quem era capaz de contrair direitos e obrigações na ordem civil era o homem (sexo masculino), o que demonstra a característica da sociedade patriarcal da época, na qual a mulher era criada para casar, ser mãe, cuidar da família, e subjugar-se ao poder do seu pai, marido ou irmão mais velho.

Tal condição, não se evidencia Código Civil de 2002, pois o art. 1º, não traz a palavra homem (sexo masculino), substituída pela palavra pessoa¹⁴ entendida como todo ser humano independentemente do seu gênero. Logo toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. (grifo nosso)

Ao comparar o art. 2º do Código Civil de 2002 com o art. 4º do Código Civil de 1916, mais uma vez a palavra pessoa, substitui a palavra homem (sexo masculino), demonstrando que

¹⁴ Segundo o art. 1º, do Código Civil de 2002: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Logo, a capacidade de gozo ou de direito é inerente a qualquer pessoa, não podendo ser-lhe recusada. A regra é a capacidade. A incapacidade é exceção. A **incapacidade civil** é a restrição ao poder de agir e está expressamente prevista no Código Civil. Essa parte do código foi modificada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Hoje em dia só é absolutamente incapaz o menor de 16 anos que deve ser representado pelos pais em qualquer ato civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 18 set. 2022.

não apenas este é o detentor do direito de ter personalidade condicionada ao nascimento com vida, colocando a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. (grifo nosso)

No art. 6º do Código Civil de 1916, mais uma questão da razão diminuta da mulher por ser considerada relativamente incapaz de praticar certos atos ou a maneira de exercê-los quando vinculadas ao casamento (marido). Em condição contrária estariam ainda vinculadas, ao pai, condição esta que não é mais referenciado no Código Civil de 2002, pois a Lei nº 4.121 de 1962¹⁵ que dispunha sobre a situação jurídica da mulher casada, retirou a vigência dispositivo.

Em razão do art. 36 do Código Civil de 1916, que tratava do domicílio dos incapazes, qual se inclui a mulher, tendo estas por domicílio a dos seus representantes, pai ou marido, o que não foi incluído no Código Civil de 2002, pois a Constituição Federal brasileira de 1988 já as considerava como pessoa natural, ao prever no seu texto legal no art. 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Deste modo, a mulher como pessoa natural é inserida no Código Civil de 2002 no art. 70, com base nos preceitos constitucionais repersonalizados, qual têm por domicílio aquele que manifestar ânimo definitivo de residência, independentemente de seu estado civil, seja solteira, casada, convivente em união estável, separada de fato, divorciada. Ou seja, um domicílio desvinculado de qualquer figura masculina, pai, marido ou convivente.

O mesmo acontece com o art. 178, §1º do Código Civil de 1916, o qual dava apenas ao marido o direito de anular o matrimônio se este fosse contraído com mulher já deflorada¹⁶, entendido como erro essencial comprovado por laudo de exame de conjunção carnal o defloramento (virgindade ausente), considerado falta de lealdade da mulher em omitir que já teve relações sexuais, condição que não se aplicava se o homem já soubesse do fato ou se o casamento fosse com mulher viúva.

O art. 233 do Código Civil de 1916, determina que apenas o marido (sexo masculino) é o chefe da sociedade conjugal, podendo a mulher exercer uma colaboração vinculada aos interesses do casal e dos filhos, mais uma vez reiterando a condição da mulher de ser criada

¹⁵ O Presidente da República, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei: Art. 1º Os artigos 6º, 233, 240, 242, 246, 248, 263, 269, 273, 326, 380, 393, 1.579 e 1.611 do Código Civil e 469 do Código do Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação: I - Código Civil “Art. 6º: São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer: I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156). II - Os pródigos. III - Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm Acesso em: 19 set. 2022.

¹⁶ de·flo·rar - Conjugar (latim *defloro*, -are) verbo transitivo e pronominal. 1. Tirar ou perder as flores. 2. Tirar ou perder a virgindade. Verbo transitivo 3. Prelibar. 4. Encetar, provar. “deflorar”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/deflorar> Acesso em: 18 set. 2022.

para ser mãe e cuidar da família, condição que não se apresenta no Código Civil de 2002 nos arts. 1565 e 1568, na qual ambos são alicerces da sociedade conjugal e sua manutenção.

No tocante do art. 467 do Código Civil de 1916 em seu § único que precede a preferência aos varões (sexo masculino) do que às mulheres quando da falta do cônjuge para a curadoria dos bens, é retirada do art. 25, §2º do Código Civil de 2002. Ou seja, as varoas (mulheres) poderiam curar dos bens deixados na falta do cônjuge, não sendo preferencialmente um atributo do varão (homem).

Portanto, é sempre importante reiterar as palavras ditas por Szaniawski (2005, p. 56-57) na sua obra “Direitos da Personalidade” para que se bem possa compreender o Código Civil como reflexo de uma sociedade de época que apesar de seus avanços, precisa ser lido concomitantemente aos preceitos constitucionais em prol da dignidade humana e não apenas do homem.

Deste modo, o Código Civil deverá ser lido sob a ótica dos grandes princípios constitucionais. Nesta nova ótica, o direito civil, não se contém somente na regulação dos valores patrimoniais individuais em si, mas se expande, estendendo seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais de justiça social. (...) O direito civil a exemplo dos demais ramos do direito, caminha para uma total repersonalização. O direito, como um todo, é um sistema ético, tendo centro o ser humano, como primeiro de seus valores, repousando os fundamentos do ordenamento jurídico, dentro da noção de dignidade do ser humano.

É incontestável que tais mudanças, trouxeram sua contribuição para que aquele que não tinha voz, hoje tenha, aquele que antes era coadjuvante nas relações de família atualmente seja o autor principal, mas ainda há muito que ser superado entre dogmas, preconceitos ligados a mulher, a mãe e a maternidade.

O caminho de ruptura é longo, precisa ser amadurecido, revisado, como se deu com o Código Civil de 1916, que entrou 94 (noventa e quatro) anos após a independência, e que trazia em sua essência o espectro patriarcal, com a mulher à margem não só do homem mas da sociedade.

O mesmo caminho também é possível ser verificado, com o processo de construção do Código Civil de 2002, que foi escrito no ano de 1960 e publicado no ano de 2002, com vigência a partir do ano de 2003.

Seus autores, ao contrário do que afirmam, não consideraram a evolução jurídica do Brasil, sua sociedade multifacetária, perdendo-se no descompasso com a realidade, atirando no vazio a justiça social. Não cogitaram sequer as multinacionais e adotaram tranquilamente um terço do Código Civil vigente, já envelhecido em decorrência das transformações sociais. Apregoar a humanização do Código é mera redundância, superfetação (SILVA, 1987, p. 132).

Ademais, a garantia de direitos a mulher em pleno século XXI se estende em diversos temas emergentes do Direito Civil, fruto de discursos que representam um dado momento histórico e social, os quais precisam ser estudados, questionados, modificados e resignificados em prol da estabilidade social e da criação de políticas públicas de atendimento integral, sob pena do lapso temporal consistir na mitigação de direitos.

As conquistas no decorrer dos séculos dos direitos das mulheres, se apresentam em várias áreas, mas principalmente no capítulo do direito das famílias quando no período da Assembleia Nacional Constituinte, por meio da Carta das Mulheres Brasileiras no ano de 1987 e influenciada pelo contexto jurídico social das legislações estrangeiras à mulher é incluída na Constituição Federal brasileira de 1988, o que precede justifica a importância de ser também estudada como segue na próxima sessão.

SEÇÃO II - Da Legislação Brasileira e Convenções Internacionais

2.1 A Constituição Federal brasileira de 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988, trata da família no art. 226, por meio de um rol exemplificativo, não excluindo qualquer outro modelo em razão do próprio contexto histórico que perfaz o entendimento da família primeiramente como instituto social ao jurídico.

A família, passa a ser entendida como a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado (BRASIL, 1988, n. paginada).

Ao ser entendida como a base da sociedade, os respectivos vínculos familiares, ganham uma maior flexibilidade, no campo fático, sendo necessário ao campo jurídico, quebrar paradigmas que sejam obstáculos a valores de solidariedade.

De acordo com Kuhn (2000, p.108), toda quebra de paradigma é uma revolução científica¹⁷, e por essa razão o Direito como ciência que normatiza as relações sociais, necessita modificar institutos ora tradicionais, em institutos transmodernos como aponta Szaniawski (2019, p.24), em sua obra “Diálogos com o Direito de Filiação Brasileiro”.

Tais modificações podem ser elencadas, segundo o entendimento de Szaniawski (2019, p. 24), quando a Família é entendida por meio das suas relações de afeto, as quais ultrapassam a perfilhação biológica, e consolidam a perfilhação socioafetiva.

A família como aponta Szaniawski (2019, p.43), na sua constitucionalização permite à pessoa humana também realizar-se íntima e afetivamente, e estar voltada a promoção do livre desenvolvimento da personalidade dos membros que a compõem.

Vislumbra-se, então, que a Constituição Federal brasileira de 1988 e o Código Civil de 2002, se adequam a repersonalização das relações familiares, pois não é apenas o matrimônio que constitui um núcleo familiar.

Porém, esse caminho foi longo e árduo, a evolução da família e de seus fundamentos nem sempre estiveram presentes no Direito Constitucional, como aponta Oliveira (2002, p. 25), de que o assunto família “passou despercebido pelos responsáveis nas duas primeiras Constituições nacionais”, do ano de 1824 e depois no ano de 1891.

A Constituição de 1824, foi o primeiro e o único documento do período imperial outorgado por Dom Pedro I, direcionada nas palavras de Oliveira (2002, p.28) “para o elemento

¹⁷ Para Kuhn ao termo paradigma de seu posfácio de 1969, que ele apresenta com dois sentidos deste termo: “[o primeiro] indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade científica. [...] [o segundo] denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da Ciência Normal” (KUHN, 2011, p. 220).

político, o que por si só justificaria a ausência de um tópico específico sobre família no sentido comum”.

Detentora de um caráter patriarcal a Constituição de 1824, segue um viés liberal-clássico, não intervencionista, deixando ausentes também aspectos sociológicos, culturais, econômicos e sociais, tratando apenas da Família Imperial na forma de transmissão hereditária e vitalícia (OLIVEIRA, 2002, p.30-31).

A segunda Constituição é de 1891, porém, é a primeira constituição republicana modelada pelos princípios da constituição norte-americana, que também não trouxe um capítulo dedicado a família, apenas citou no art.72, §4º, que a República dos Estados Unidos do Brasil só reconhecia o casamento civil, sendo a celebração gratuita, com viés laico, (OLIVEIRA, 2002, p.35).

Mais uma vez a Constituição reitera seu caráter patriarcal e liberal, com o direito a cidadania sendo ainda concedida apenas à pessoa do sexo masculino, o que vislumbra mais uma vez a mulher excluída, Porém, a que se observar que segundo Oliveira (2002, p.37), que o legislador constituinte Pinheiro Guedes buscou caracterizar a família como base da sociedade, o que se concretizou com a Constituição de 1988 no art.226, tendo o Estado competência para sua regulação.

Seguindo para o ano de 1934, em 16 de julho é promulgada a terceira constituição na qual os legisladores de acordo com Oliveira (2002, p.45) “se preocuparam em inserir a temática da família”, mas também da educação e da cultura.

Nesse tocante, o texto sobre família foi tratada no Título V, intitulado da “Família, da Educação e da Cultura, inserida no Capítulo I arts. 142 à 147, sendo a família, constituída pelo casamento indissolúvel e na proteção do Estado.

A família, ainda é apresentada no Título III, Capítulo II, intitulado “Dos Direitos e Garantias Individuais”, com o arts.113 n.34, no direito de prover à sua subsistência e a subsistência da própria família, mediante trabalho honesto, (OLIVEIRA, 2002, p.46).

Por fim, no Título IV, intitulado “Da Ordem Econômica e Social” no art.134, com a regra de sucessão, e no art.138 com a seguinte redação:

Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios amparar a maternidade e a infância, socorrer às famílias de prole numerosa, proteger a juventude contra toda a exploração e contra o abandono físico, moral e intelectual e adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbilidade infantis, (OLIVEIRA, 2002, p.46).

Por meio da leitura do art.138, vislumbra-se a preocupação do legislador em proteger direitos inerentes a pessoa humana, em razão da sua dignidade como preceitua a atual Constituição e o Código Civil de 2002, reafirmando a importância da família como direito conexo ao direito de filiação, e questões que envolvem àqueles que ainda não atingiram a maioridade civil.

Na quarta Constituição que segue no ano de 1937, a família é estabelecida por meio dos arts.124 a 127, porém, sem apresentar um conceito para o direito constitucional, atendo-se mais a tratar da necessidade de se educar a prole, à vida digna, e o Estado como o tutor da infância e juventude nos casos de abandono, (OLIVEIRA, 2002, p. 53).

Com a quinta Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946, traz em seus escritos um pensamento mais democrático, ao buscar atender ao mesmo tempo o interesse individual e também o coletivo, contemplando a família no Capítulo I, do Título VI, arts.163 a 165, mantendo o reconhecimento apenas do casamento civil, para a formação de uma sociedade conjugal ou familiar (OLIVEIRA, 2002, p. 59). Destarte, que é possível afirmar que o referido texto constitucional em nada envolveu, sendo substituída por um novo texto no ano de 1967.

Na sua quinta edição, a Constituição republicana de 1967, referendou a família no art.167, com quatro parágrafos, mantendo-se fiel ao texto anterior. Contudo, no ano de 1969 segue uma nova Constituição originada na Emenda Constitucional n.1, sofrendo duras críticas do jurista Pontes de Miranda, haja vista, o casamento civil ser precedente para a formação da família, e ainda sem possibilidade de dissolução, (OLIVEIRA, 2002, p. 69).

A dissolução do casamento, é alterada apenas no ano de 1977 com a Lei Ordinária Federal nº 6.515 de 26 de dezembro, mais conhecida como Lei do Divórcio. Em razão da sociedade ser dinâmica em 27 de novembro de 1985 foi convocada e aprovada sob n.26 a Assembleia Nacional Constituinte, resultando na promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, a “Constituição Cidadã” a qual no art.226 institui a família como base da sociedade.

Mesmo não sendo o objetivo esgotar o referido conteúdo que tange ao direito das famílias e os tipos de núcleos familiares, é preciso demonstrar a sua importância no decurso do tempo por meio dos textos constitucionais que precederam a Constituição Cidadã, em razão das inúmeras formas de sua instituição como reflexo social, político e econômico, ora albergadas pela legislação.

Deste modo, é possível citar como núcleo familiares: (i) a família matrimonial, (ii) a família da união estável, (iii) a família monoparental, (iv) a família do concubinato, (v) a família paralela, (vi) a família anaparental, (vii) a família pluriparental, (viii) a família extensa, (ix) a

família homoafetiva, (x) a família unipessoal, (xi) a família substituta e por fim (xii) a família eudemonista.

(i) A família matrimonial, ou tradicional, inicialmente constituída pela oficialização do casamento entre o homem e a mulher, para todo o sempre, na comunhão de Deus e dos homens. Atualmente, compreende o casamento religiosos e civil, dissolvido a qualquer tempo, e podendo ser hétero ou homoafetivo, (PESSOA, 2000, p.48).

(ii) A união estável, também denominada de família informal, inserida no Código Civil de 2002 nos arts. 1723 a 1726¹⁸, é entendida como a relação pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituir família, respeitando os impedimentos¹⁹, e sem prazo mínimo de duração para que se atribua tal condição, incluindo as pessoas do mesmo sexo (BRASIL, 2002, n. paginado).

(iii) A família monoparental, reconhecida na Constituição Federal brasileira de 1988, no art. 226, §4º²⁰, deixando explícito que sua característica era ser formada apenas pela mãe ou pelo pai e seu(s) descendente(s), (BRASIL, 1988, n. paginado).

A monoparentalidade, é considera atualmente uma das grandes expressões da sociedade, enquanto forma de constituir uma família, haja vista os números apresentados em 2018 pelo IBGE²¹ que declarou por meio de dados coletados que mais de 11 milhões de famílias no Brasil, são monoparentais, ou seja, famílias formadas apenas pela mãe ou pelo pai e seu(s) descende(s).

¹⁸ Art. 1.723 do Código Civil de 2002: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Art. 1.724: As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Artigo 1.725: Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 14 ago. 2022.

¹⁹ Do Casamento Art. 1.521 do Código Civil de 2002: Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 14 ago. 2022.

²⁰ Art. 226 da Constituição Federal brasileira de 1988: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 14 ago. 2022.

²¹ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf> Acesso em: 18 set. 2022.

(iv) O concubinato²², também segue a sua importância, haja vista estar elencado no Código Civil de 2002 no art. 1.727²³, entendido como a relação não eventual entre homem e mulher os quais possuem algum impedimento para contrair casamento por força do art. 1521 do mesmo código²⁴.

O art. 1521 do Código Civil de 2002, enseja atenção pois dos incisos I ao VII, determinam as pessoas que não podem contrair matrimônio como: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas, VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte, sob pena de no caso concreto constituírem em concubinato.

(v) A família paralela, é uma outra denominação para o concubinato, pois nessa formação um dos seus integrantes participa como cônjuge em mais de uma família.

A base dessa relação é o laço afetivo, já que o matrimônio é condição impeditiva haja vista uma das partes já ser casada, sendo alvo de repúdio social e divergências doutrinárias.

Os relacionamentos paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. (...) Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. (...) Negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade, (DIAS, 2016, p. 34).

(vi) A família anaparental²⁵, é aquela em que os indivíduos possuem vínculo de parentesco, excluindo os ascendentes e descendentes, como por exemplo dois irmãos, dois primos.

²² A expressão concubinato, vem do latim concubinatus, que significa “dormir com outra pessoa, copular, deitar-se com, ter relação carnal, estar na cama”, (AZEVEDO, 2002, p. 186).

²³ Art.1.727 do Código Civil de 2002: As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada Acesso em: 14 ago. 2022.

²⁴ Configura-se, segundo o Código Civil de 2002, quando ocorrem “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”, (GONÇALVES, 2022, p.609)

²⁵ Termo criado por Barros (2003), a família anaparental decorre do prefixo “ana”, de origem grega, indicativo de “falta”, “privação”, ou seja, se caracteriza pela família sem a presença dos pais. Ela se constitui basicamente pela convivência entre parentes ou pessoas, em um mesmo lar, “[...] dentro de uma estruturação com identidade de propósito” (DIAS, 2016.p.234).

Ao lado da família nuclear constituída por laços sanguíneos dos pais e sua prole esta a família ampliada como realidade social que une parentes, consanguíneos ou não, estando presente o elemento afetivo e ausentes relações sexuais porque o propósito desse núcleo familiar denominado anaparental não tem nenhuma conotação sexual como sucede na união estável e na família homossexual, mas estão juntas com o ânimo de constituir estável vinculação familiar. Nesse arquétipo a família anaparental está configurada pela ausência de alguém que ocupe a posição de ascendente como na hipótese da convivência apenas entre irmãos (MADALENO, 2013, p. 10).

Nessa senda, a chamada família anaparental sem a presença de um ascendente, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status (...) (STJ, REsp 1217415 RS, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, 3^a T., publ. 28/06/2012)²⁶.

(vii) A família pluriparental ²⁷ou também mosaico, é entendida como a entidade formada por indivíduos onde um ou ambos são egressos de outras relações familiares seja casamento ou união estável, definida como:

Uma peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos, (DIAS, 2016, p. 42).

Por conseguinte, a família pluriparental se origina do desfazimento de outras entidades familiares, seja pelo divórcio, pela dissolução de união estável, pela separação, e reunificadas por novas relações que se reorganizam e reconstroem uma nova família.

A família pluriparental, é então entendida como aquela constituída pela convivência entre irmãos, bem como as comunhões afetivas estáveis existentes entre parentes colaterais.

(viii) A família extensa, ou ampliada, é formada por parentes maternos ou paternos, aos quais por meio da afinidade e da afetividade mantem os vínculos com criança e adolescente conforme art. 25²⁸, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), (BRASIL, 1990, n. paginado).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com a família extensa como continuidade da família natural (pai, mãe e filho), os parentes, englobando parentes biológicos e também as relações que tenham vínculo de afinidade e afetividade.

²⁶ Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1217415**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/22271895/inteiro-teor-22271896> Acesso em: 18 set. 2022.

²⁷ A especificidade decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum. É a clássica expressão: os meus, os teus, os nossos (DIAS, 2007, p. 47).

²⁸ Art. 25 do Código Civil de 2002: Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 14 ago. 2022.

(ix) A união das pessoas do mesmo sexo, é a entidade familiar homoafetiva, baseada pelo afeto, reconhecida pela Constituição Federal brasileira de 1988 no art. 226, §3º, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Tal reconhecimento de entidade familiar, também se deu com a Lei nº11.340 de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha, no art. 5º²⁹, ao configurar a violência doméstica contra a mulher no âmbito da unidade doméstica, independente da orientação sexual.

(x) A família unipessoal é aquela composta por apenas uma pessoa, qual foi assim reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 364³⁰ que decorreu do direito constitucional de moradia expresso no art. 6º³¹ (BRASIL, 1988, n. paginado).

(xi) A família substituta, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estabelecida como a família não natural, cumpre receber a criança ou o adolescente de maneira execpecional, na ausência ou impossibilidade da família natural, por meio de três modalidade guarda, tutela e adoção, (BRASIL, 1990, n.paginado).

(xii) Por fim a família eudemonista, aquela que se constituiu pelos laços de afeto. O eudemonismo originário do grego “*eudaimonia*” que é sinônimo de felicidade, entendido pela doutrina como objetivo de vida, uma finalidade natural do ser (ARISTÓTELES, 1985, p.40).

Ainda em Aristóteles na sua obra “Ética a Nicômacos” enfatiza: ao analisar as várias vertentes acerca da natureza da felicidade destacava: “a felicidade é algo final e autossuficiente e é o fim a que visam às ações. Ela é o objetivo final da vida humana”.

Contemporaneamente a felicidade, é fundamento ou princípio da vida moral, que norteia as ações humanas, sendo um objetivo tangível a todos, e enquanto elemento da família constitui a afeição, o amor e o cuidado mútuo (RUSSELL, 2003, p. 131).

²⁹ Art. 5º: Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em: 14 ago. 2022.

³⁰ O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_32_capSumula364.pdf Acesso em: 14 ago. 2022.

³¹ Art. 6º da Constituição Federal brasileira de 1988: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 14 ago. 2022.

Porém, afastando-se dos laços da formalidade, as relações de mútua ajuda e afeto, estão cada vez mais presentes nas uniões não matrimonializadas, nas quais os indivíduos se inserem, se liberta e se realiza pessoalmente (FACHIN, 2003, p.1-2).

Em entendimento semelhante segue Szaniawski (2019, p.46), conceituando-a como família não fundada apenas no casamento, constituindo-se por uma formação social potencialmente idônea para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e como tal, orientada pelo ordenamento a perseguir esta função.

Aquilo que outrora era entendido como família, por estar atrelado ao parentesco por consanguinidade, ao vínculo que liga as pessoas pela ancestralidade, este é suplantado principalmente pela afeição (afetividade / afinidade), onde a Família está atrelada na sua essência ao parentesco afetivo, ou social (SZANIAWSKI, 2019, p.46).

Com base na pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua publicada em 2022, com dados coletados em 2019, mostra que atualmente no Brasil há cerca de 72 (setenta e dois) milhões de domicílios, (IBGE, 2022, n. paginado).

A referida pesquisa, busca conhecer as várias características destes domicílios, que apontam por exemplo, se são habitações próprias, alugadas, cedidas, permanentes, com saneamento básico, com sistema de abastecimento de água, com esgoto sanitário, destino de lixo.

Tais números, podem ser importantes para as instituições de direito, se por uma interpretação sistêmica, entender todos esses domicílios como uma família, em razão das diversas possibilidades de sua constituição.

Pode-se também apontar, outra pesquisa realizada por meio do Censo-2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ao identificar no Brasil que 16% (dezesesseis por cento) das famílias, não tinham a formação tradicional, ou seja, uma família composta por um homem (pai), uma mulher (mãe) e sua prole - filho(s), (IBGE, 2010, n. paginado). (Vide Anexo 1)

Como entendimento de família, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apresenta uma nomenclatura diferenciada aqueles ditas não tradicionais. A nomenclatura utilizada é “família reconstruída”, formada pelo número crescente de divórcios, e pelas novas configurações, as quais de ordem prática há uma certa dificuldade de se identificar os papéis de cada um dos seus membros, (IBGE, 2010, n. paginado).

“Até então, pela Pnad [Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio] e pelo Censo, o Brasil era um mar de tranquilidade, todo mundo era casal com filho, mas você não sabia filhos de quem eles eram. Essa informação mudou um pouco, tem a ver com o senso comum, de que hoje está havendo um maior número de divórcio, as pessoas se juntam em configurações que não são as tradicionais. Você ouve falar do casal: o meu filho, o seu filho e os nossos filhos”, explicou (IBGE, 2010, n. paginado).

O Censo-2010 ainda apresenta, números que também são importantes para as instituições de direito, pois ainda utilizando de uma interpretação sistêmica, podem retratar a realidade da constituição das famílias no Brasil, e assim servir de base para a escrita de outras legislações e instituição de novas políticas públicas, (IBGE, 2010, n. paginado) como se pode verificar que:

- i. 57 milhões de unidades domésticas, podem ser entendidas como família, e assim inseridas em qualquer das formas apresentadas nesse estudo, e as ainda vindouras frutos da relações sociais vivenciadas por exemplo em 2022;
- ii. Desse total, 50 milhões de unidades eram habitadas por duas pessoas ou mais pessoas com parentesco; ou seja, que tais unidades entendidas como família, podem ser caracterizadas como entidades tradicionais formadas pelo pai e pela mãe e sua prole, ou instituídas pelos rearranjos como a exemplo de família anaparental formada por mais de duas pessoas, dois primos ante a ausência dos seus ascendentes;
- iii. 4 milhões são de unidades domésticas com famílias conviventes; ou seja, que podem apresentar mais de um núcleo reprodutivo, remanescentes de uma dissolução de sociedade conjugal, e que se uniram por laços de afeto formando uma única família, a exemplo da família plu
- iv. 91% dessas unidades domésticas tem apenas dois núcleos familiares; ou seja, a possibilidade de ser uma família com vínculo biológico e afetivo e outra apenas com vínculo afetivo;
- v. 3,6 mil casas possuía cinco ou mais famílias; ou seja, famílias com vínculo biológico e afetivo, ou apenas afetivo, mas que convivem com base na solidariedade e ajuda mútua;
- vi. 80% das famílias são nucleares, casais com filhos, denominadas de monoparentais; ou seja, podem ser formada por casal heterossexual ou homossexual, ou compostas apenas pela mãe ou pelo pai e seu(s) filho(s);
- vii. 18% das famílias são extensas; ou seja, formadas por aqueles indivíduos que vão além da família natural de origem biológica e afetiva ou ligadas apenas pelo afeto e afinidade;
- viii. 1,7% das famílias são compostas por pessoas não parentes, quais eram denominados de empregados ou apenas agregados; ou seja, famílias onde aquele que possui

vínculo empregatício faz parte do domicílio mas é considerado membro da família, ou o agregado que não possui laços de parentesco, mas que convive no domicílio, como por exemplo ao fazer com habitualidade suas refeições e que pode ser considerado da família pelo afeto.

De acordo ainda com Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a “Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2021”, aponta que 17,3% dos integrantes de famílias monoparentais são chefiadas por mulheres pretas ou pardas, em situação de extrema pobreza e 57,9%, em situação de pobreza, (IBGE, 2022, n. paginado).

Importante elencar, que o indicador de famílias monoparentais apresentado pelo IBGE, diante da sua realidade que precisa ser amparada pelo direito, é objeto do Projeto de Lei nº 1005/22³² que tem por finalidade priorizar o preenchimento de vagas na educação infantil para as famílias monoparentais. Isso em razão de que as famílias monoparentais na sua maioria, são chefiadas por mulheres, as quais também precisam estar inseridas no mercado do trabalho mesmo que informal a fim de gerir o mínimo existencial a prole.

Em todas pesquisas apresentadas pelo IBGE, é possível verificar as mais variadas formas de constituir uma família, o que baliza e fundamenta a necessidade de reperssonalização de nossas leis ao tema.

A Constituição Federal brasileira de 1988, na sua repersonalização supera a visão positivista da norma, revolucionando a esfera jurídica por meio dos princípios constitucionais com carga valorativa ao ser humano, sendo este o destinatário primeiro da ordem jurídica (SZANIAWSKI, 2005, p.137).

A dignidade da pessoa humana³³, se torna o princípio basilar da qual irradia todos os demais direitos, e seu nascimento tem por marco, o nascimento da própria pessoa humana (SZANIAWSKI, 2005, p.140).

Destarte, segundo Szaniawski (2005, p. 140), a condição de princípio basilar, traz a dificuldade de ter um conceito definido e imutável do que é a dignidade da pessoa humana. Nesse prisma, afirma que:

A dignidade da pessoa humana nasce junto com o próprio indivíduo, por isso é difícil um conceito que expresse todo seu significado. O conceito de dignidade é fluido,

³² Câmara dos Deputados, **Projeto de Lei nº 1005/22**, prioriza as famílias monoparentais no preenchimento de vagas da educação infantil nos municípios brasileiros. O texto contempla crianças de até cinco anos de idade. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2320338> Acesso em: 14 ago. 2022.

³³ Art.1º da Constituição Federal brasileira de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- Dignidade da Pessoa Humana (BRASIL, 1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 14 ago. 2022.

multifacetário e multidisciplinar. A dignidade é atributo da pessoa humana, o fundamento primeiro e a finalidade última de toda a atuação estatal e mesmo particular, o núcleo essencial dos direitos humanos.

Portanto, a dignidade da pessoa humana permeia a família como pressuposto de justiça, como pressuposto social, e também de ordem ética, tornando o Direito das Famílias, mais humano, em razão dos novos e vindouros paradigmas sociais, decorrentes das relações humanas.

Deste modo, faz-se necessário a abordagem comparativa dos Códigos Civis de 1916 e de 2002, por refletir as relações do indivíduo com seus semelhantes dentro do núcleo familiar ao qual pertence ou tem sentimento de pertencimento.

2.2 Do Código Civil Brasileiro

Ao tratar do Código Civil brasileiro e os arranjos familiares, é necessário uma análise histórico – comparativa entre as leis dos anos de 1916 e 2002, pois retratam a realidade sócio jurídico desse instituto.

Projetado por Clóvis Beviláqua e moldado a época do final do século, em 1º de janeiro de 1916 sob nº 3.071 é promulgado o Código Civil, entrando em vigor um ano depois, com vértice patrimonialista, onde o que mais importava era o ter do que o ser.

O Código Civil de 1916, era alvo de expectativa da sociedade brasileira, inclusive do próprio presidente Hermes da Fonseca, que declarava que a “distribuição da justiça estava ligada diretamente a existência de um Código Civil”.

Isso porque para o presidente Hermes da Fonseca, o que não poderia mais pairar no Brasil era uma atmosfera de incertezas e obscurantismos, dadas pelas ordenações portuguesas vigentes até a promulgação do referido código.

Qualquer que sejam as imperfeições de que o projeto em discussão ressinta, constituirá um inconveniente infinitamente menor a continuidade das relações de direito sujeitas a uma legislação caótica, na qual muitas vezes até o profissional se encontra perdido ou em sérias dificuldades para encontrar as regras para fundamentar tais relações jurídicas.

O que se pode perceber na narrativa presidencial, é que não almejava-se uma lei ajustada e completa, mas finalizar um período de incertezas, que não atingiam apenas os operadores do direito, mas principalmente o coletivo, já que os direitos da época precediam de amparo legal.

Desta maneira, o Código Civil de 1916 acaba sendo nas palavras de Paulo de Lacerda em um dos seus artigos escritos para o Jornal do *Commercio*, que tal obra seria o maior monumento de codificação jurídica da América. Nesse mesmo pensamento, caminhava o catedrático português Manuel Paulo Merêa (2004, p. 277-282), ao afirmar que:

O Código Civil (...) era uma obra há longo tempo reclamada nos Estados Unidos do Brasil, e que de dia para dia se vinha tornando de mais urgente necessidade. De todas as republicas da América Latina, era o Brasil a única que ainda não tinha levado a cabo a tarefa da codificação civil.

Nasce então o Código Civil de 1916, em meio a uma sociedade subordinada a preceitos obsoletos como afirma Alves (1917, p.24), que, as questões vividas em pleno século XX, precisavam urgentemente serem regidas para evitar uma demanda maior de conflitos. Conflitos que poderiam ser mensurados, tomando por base o recenseamento do ano de 1920³⁴, que computava no Brasil uma população de 30.635.605 (trinta milhões seiscentos e trinta e cinco mil e seiscentas e cinco) pessoas (IBGE, 1941, p.103).

Deste número total apresentado, 15.443.818 (quinze milhões quatrocentas e quarenta e três mil e oitocentas e dezoito) pessoas eram homens e 15.191.787 (quinze milhões cento e noventa e um mil e setecentas e oitenta e sete) pessoas eram mulheres, todos sob a égide do novo Código Civil de 1916, (IBGE, 1941, p.103).

Por meio dos dados apresentados pelo IBGE, a população brasileira na sua totalidade computava 30.635.605 (trinta milhões seiscentos e trinta e cinco mil e seiscentas e cinco) pessoas consideradas na porcentagem de 100% (cem) por cento, possibilitando mensurar que havia uma pequena diferença em porcentagem do número de homens e mulheres na casa de 1.64% (um vírgula sessenta e quatro) por cento, permeado por um abismo entre direitos no referido código.

O código, trazia como cerne das relações familiares o pátrio poder, qual era exercido exclusivamente pelo homem, na figura do pai, o “*pater*”, figura masculina, chefe da sociedade conjugal, pai de família, uma semelhança ao direito dos romanos, incluindo a figura do “*pater familias*”, de provedor e credor de obediência da mulher e dos filhos.

Para Szaniawski (2019, p.409) o Código Civil de 1916, era fruto da República, considerado burguês e urbano menos para os temas do direito de família.

³⁴ Recenseamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, **Repertório Estatístico do Brasil:** quadros retrospectivos nº1 de 1941, que retrata o número da população brasileira, entre homens e mulheres, bem como estrangeiros que era de 1.590.378 pessoas, e aqueles que eram alfabetizados em 7.493.357 pessoas e aqueles não alfabetizados em 23.141.248 pessoas. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/10020211-1.pdf> Acesso realizado em: 14 ago. 2022.

Na sua essência, o Código Civil de 1916, apresenta um texto ainda com pensamento patriarcal, retratando o perfil histórico da época, na qual homens e mulheres não possuíam os mesmos direitos e obrigações, pois à mulher cabia a submissão total ao homem (pai ou marido), assim como os filhos e os agregados.

O Código Civil de 1916, foi construído a partir da ideologia racionalista burguesa, que afirmava que a família era assim reconhecida por meio do casamento, que consistia na reunião de pessoas colocadas sob o poder pátrio ou sob o comando de um chefe único, denominado cabeça do casal (marido / chefe da família), (PONTES DE MIRANDA, 1971, p. 155).

A única forma de constituir família, para o Código Civil de 1916 era por meio do casamento, ou seja, do matrimônio, portanto, era casamentaria e matrimonializada.

O casamento era então o único instituto capaz de reconhecer a união de duas pessoas, de sexo diverso, para adquirir o estado de cônjuges, qual é fonte de direitos e obrigações recíprocas, representado pela comunhão da vida moral, espiritual, afetiva e material” (SZANIAWSKI, 2019, p. 25).

O retrato do Código Civil de 1916 era de uma legislação verticalizada, a família tinha sua origem biológica, o homem estava no topo da pirâmide, a mulher era sua propriedade, os filhos eram assim reconhecidos pelo casamento. Porém, os filhos adotivos poderiam assim ser reconhecidos, desde que, não fossem incestuosos e/ou adúlteros.³⁵

O modelo patriarcal atravessou o incólume a maior parte da história da família, marcada por uma hierarquia vertical, centrada no patrimônio, na união de duas famílias, determinada pela vontade das células originais, fundada na homogeneidade de crenças e costumes, fonte de procriação e concentração da propriedade, lastreada na rígida divisão dos papéis familiares (MOUSNIER, 2002, p. 244).

Importante observar que, apesar das críticas feitas ao Código Civil de 1916 há que se considerar todos os fatores socioculturais próprios da sociedade da época, como todas as legislações posteriores que refletiam as transformações sociais.

Algumas outras leis, começam a quebrar alguns paradigmas verticais do Código Civil de 1916, anteriores a Constituição Federal brasileira de 1988, e já atentas as novas configurações sociais e a necessidade destas serem amparadas pelo Direito, dentre as quais pode-se destacar:

³⁵ Dava-se o primeiro caso, quando o impedimento decorria de casamento dos pais. (...) Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho nascido dessa relação era chamado incestuoso (QUEIROGA, 2004, p. 212).

i. Decreto Lei nº 4.737/1942³⁶: que permitiu o reconhecimento do(s) filho(s) fruto(s) das relações adulterinas, após o desquitado o pai; haja vista, a tempos do Código Civil de 1916 o reconhecimento do status de filho aquele que fruto do casamento³⁷, os quais eram protegidos pela presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, pai é aquele que o matrimônio indica como tal;

ii. Lei nº 5.860/1943³⁸: que modificou o art. 348 do Código no tema da vindicação de estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, exceto se provar erro ou falsidade do registro³⁹, prevalecendo este entendimento no Código Civil de 2002, e de modo implícito o estado de posse de filho, quando dispõe que a filiação será provada por qualquer modo admissível no direito quando existir presunção resultantes de fatos já certos⁴⁰;

iii. Lei nº 883/1949⁴¹, dispõe que os filhos ilegítimos quando dissolvida a sociedade conjugal (após o desquite), poderiam ser reconhecidos por qualquer dos cônjuges como filhos, e a este a ação para ser declarado o estado de filiação;

iv. Lei nº 3.133/1957⁴², dispõe sobre o tema da adoção, com a observação específica ao parágrafo único do art. 368 que pessoas casadas não poderiam adotar, podendo apenas após 5 (cinco) anos do casamento e tendo o casal filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, não envolvendo a sucessão hereditária;

³⁶ BRASIL. **Decreto Lei nº 4.737 de 24 de setembro de 1942**. Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos naturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del4737.htm Acesso em: 18 set. 2022.

³⁷ No Código Civil de 1916 os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos. “Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos.” (LOBO, 2004, p.48).

³⁸ BRASIL. **Decreto Lei nº 5.860 de 20 de setembro de 1943**. Modifica o artigo 348 do Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del5860.htm Acesso em: 18 set. 2022.

³⁹ Comentando o art. 348 do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua escreveu: Cumpre notar que o artigo como se encontra no Código, resulta de mutilação imposta, pela Câmara, ao art. 431 do Projeto revisto e 409 do primitivo. O que afirmavam esses Projetos é que se o estado da pessoa declarado no registro correspondesse á posse em que se achava, não poderia ela reclamar outro. O que se diz agora é que uma vez declarado o estado no termo do nascimento não é mais possível pretender outro. Este rigor extremo se atenua, e não redundava em clamorosa injustiça, se acrescentarmos: salvo provando-se erro ou falsidade do registro (BEVILÁQUA, 1948, p.789).

⁴⁰ Art. 1.604 do Código Civil de 2002: Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro e o Artigo 1.605 do Código Civil de 2002: Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: I - quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente; II - quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 18 set. 2022.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 833 de 21 de outubro de 1949**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0883.htm Acesso em: 18 set. 2022.

⁴² BRASIL. **Lei nº 3.133 de 8 de maio de 1957**. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3133.htm Acesso em: 18 set. 2022.

v. Lei nº 4.121/1962⁴³, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, e que revogou o entendimento Código Civil de 1916 no art. 6º, inciso II, que a considerava como relativamente incapaz para praticar certos, ou a maneira de exercê-los;

vi. Lei nº 6.515/1977⁴⁴, conhecida como a Lei do Divórcio para novamente proteger a família e não as pessoas, pois o juiz poderia indeferir a requerimento das partes mesmo que consensual, mantendo-as casadas;

vii. Lei nº 7.841/1989⁴⁵ que revogou o art. 358 do Código Civil de 1916, não deixando qualquer rastilho de dúvida na igualdade entre os filhos;

viii. Lei nº 8.560/1992⁴⁶ que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, tendo como principal objetivo proteger o direito da criança à um paternidade reconhecida e declarada sem qualquer discriminação na natureza de sua filiação.

Importante observar, que as leis acima citadas foram consideradas um avanço para a época em razão do contexto histórico-social da família no Brasil, pois muitas questões de direito de família já repersonalizadas, ainda eram alvos de críticas e comportamentos discriminatórios.

Tal observação, pode ser verificada quando o art. 358 do Código Civil de 1916 (vii), mesmo revogado, é utilizado como fundamento para contrapor o objeto de pleito datado do ano de 1991 no Recurso Especial nº 7.631 do STJ⁴⁷, ao tema filiação adulterina e investigação de paternidade, não reconhecido pelo Ministro Sálvio Figueiredo⁴⁸.

Nas palavras do Ministro Sálvio Figueiredo, o fundamento para o não reconhecimento do pleito requerido, se deve ao fato de que o art. 359 do Código Civil de 1916 já tinha sido revogado pela Lei nº 7.841 de 17 de outubro de 1989, “e que estado de filiação era direito

⁴³ BRASIL. **Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm Acesso em: 18 set. 2022.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm Acesso em: 18 set. 2022.

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 7.841 de 17 de outubro de 1989**. Revoga o artigo 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Art. 1º Fica revogado o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17841.htm Acesso em: 18 set. 2022.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992**. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18560.htm Acesso em: 18 set. 2022.

⁴⁷ STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 7.631** do STJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594294/recurso-especial-resp-7631-rj-1991-0001284-0> Acesso realizado em: 18 ago. 2022.

⁴⁸ STJ. Superior Tribunal de Justiça. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça. **Recurso Especial nº 7.631** do STJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594294/recurso-especial-resp-7631-rj-1991-0001284-0> Acesso em: 18 ago. 2022.

personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

Direito de família. Filiação adulterina. Investigação de paternidade. Possibilidade jurídica. I - em face da nova ordem constitucional, que abriga o princípio da igualdade jurídica dos filhos, possível e o ajuizamento da ação investigatória contra genitor casado. II - em se tratando de direitos fundamentais de proteção a família e a filiação, os preceitos constitucionais devem merecer exegese liberal e construtiva, que repudie discriminações incompatíveis com o desenvolvimento social e a evolução jurídica. (stj - resp: 7631 rj xxxxx/xxxxx-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 17/09/1991, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 04.11.1991 p. 15688 JBCC vol. 165 p. 304 LEXSTJ vol. 33 p. 239 RSTJ vol. 27 p. 383 RSTJ vol. 27 p. 383 RT vol. 674 p. 232).⁴⁹

Com o texto do julgado, é possível reconhecer a repersonalização do Direito a muitos temas do Direito de Família, como reconhecimento de personalidade e estado de filiação, afastando terminantemente a agressão que a legislação anterior perpetrava contra o direito de personalidade dos filhos nascidos fora do casamento.

O Ministro Sálvio de Figueiredo em sua relatoria afirma a necessidade de adequação não só jurídica, mas também social, reiterando que ante “os melindres e conveniências dos pais desinteressados e mal vocacionados” há que se dispor das ações declaratórias de paternidade ou maternidade, como segue:

Para espantar qualquer dúvida sobre o alcance incondicional da igualdade assegurada pela Carta Magna, foi expedida a Lei n Q 7.841, de 17.10.1989, cujo artigo 19, expressamente, revogou o artigo 358 do C. Civil, que impedia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos. Diga-se, de passagem, que a norma iníqua de muito vinha sendo mitigada, em relação aos filhos adulterinos, por sucessivas derrogações que lhe foram impostas: a) pelo Decreto-lei n Q 4.737, de 24-09-42 (conhecido nos meios forenses como Lei Chateaubriand), que permitiu o reconhecimento de filhos adulterinos após o desquite do Ca) genitor(a); b) pela Lei n Q 883, de 21-10-1949, que permitiu o reconhecimento de filho adulterino, após a dissolução da sociedade conjugal do Ca) genitor(a), incluindo, aí, a hipótese de morte, não prevista, dada sua especificidade, na lei anterior; c) pela Lei n Q 7.250, de 14.11.1984, que acrescentou, ao artigo 12 da Lei n2 883/49, o § 22 , para permitir o reconhecimento de filho adulterino, ainda na constância da sociedade conjugal, desde que o cônjuge genitor estivesse separado de fato há mais de 5 anos contínuos". A tese do recorrente não deixa de ter sedução dialética, em face do caput do art. 363 do Código Civil, que ainda expressaria a vedação dos filhos de pessoas casadas demandarem o reconhecimento da paternidade (inciso VI do art. 183, CC), dado o silêncio da Lei n Q 7.841/89 a seu respeito. Em outras palavras, possível seria apenas o reconhecimento espontâneo, pelo pai, mas não o provocado, pelo filho. Trata-se a meu juízo, contudo, de mero sofisma, daí o acerto do v. acórdão recorrido ao assinalar que" desaparecida, por força de disposição constitucional e por força de lei, a distinção entre filhos de qualquer natureza, é óbvio que tanto o reconhecimento espontâneo como o provocado por iniciativa do interessado são permitidos". Este, por sinal, o entendimento da melhor

⁴⁹STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº7.631** do STJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594294/recurso-especial-resp-7631-rj-1991-0001284-0> Acesso em: 18 ago. 2022.

doutrina que tem se pronunciado a respeito. Com efeito, ao anotar o referido art. 363 do Código Civil, observa Theotônio Negrão, na sua 10ª edição, que o artigo agora deve ser lido com os dizeres de que "os filhos têm ação contra os pais ...". Na mesma linha, escreveu Humberto Theodoro Jr.: "Prevê o art. 227, § 6º Q, da nova Carta, que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Operou-se, portanto, a completa equiparação entre os filhos legítimos e ilegítimos, não se podendo mais tolerar as discriminações que se faziam aos filhos adulterinos, como o impedimento de investigar a paternidade na constância do casamento do ascendente. Agora, qualquer que seja o filho, facultado lhe será, a qualquer tempo, a ação de investigação de paternidade com amplos efeitos, e não apenas reclamar alimentos em segredo de Justiça como impunha o art. 4º Q da Lei nº 883/49 aos filhos espúrios, enquanto perdurasse o casamento do genitor" Esta, sem dúvida, a melhor exegese, que se coaduna com a proteção constitucional, com o princípio da igualdade jurídica dos filhos e com o princípio jurídico segundo o qual os preceitos constitucionais não devem receber interpretação restritiva em se tratando de direitos fundamentais. Com tais fundamentos, não conheço do recurso. ("A Nova Constituição e o Direito Civil", Revista Jurídica, ed. Síntese, 148/11, item V) (STJ, 1991), (STJ, p. 383 – 391).⁵⁰

Opera-se, portanto, não apenas uma equiparação entre os filhos fruto do casamento ou não, mas também a proibição de qualquer outra designação a não ser a de filho, sob pena de estar atentando contra a dignidade da pessoa humana, condição que não se permite mais tolerar na sociedade com as expressões: (i) filho legítimo, (ii) filho ilegítimo; (iii) filho adulterino; (iv) filhos incestuosos, (v) bastardo⁵¹, atualmente assim rotulado.

Tais transformações por diversas vezes são morosas, burocráticas, e paradigmáticas, dependendo exclusivamente do pensamento humano como ser racional e social para sua materialização, que perpassa ao menos em três momentos: (i) pelos processos históricos e sociais com a quebra de paradigmas de temas emergentes do direito que estão relacionados às tradições, aos costumes e tabus, (ii) pelos processos legislativos com a formulação de leis, (iii) pelo judiciário ao dizer o direito diante do caso concreto.

Para Szaniawski (2019, p.28), a transformação no direito de família, só ocorreu a partir da segunda metade do século passado e paulatinamente, por meio de legislações extravagantes demandadas das relações sociais, ligadas diretamente ao direito geral de personalidade.

Com a nova condição apresentada pela Constituição Federal brasileira de 1988, de que deve-se proporcionar o livre desenvolvimento da personalidade dos membros da família, as

⁵⁰ STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica**. Brasília, a. 3, (27): 245-510, novembro 1991. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-1991_27 Acesso em: 18 set. 2022.

⁵¹ Derivado do francês antigo *bastart*, o conceito costuma aludir o descendente de um casal que não está unido pelos laços do matrimônio. Um bastardo também é o descendente ilegítimo de um homem conhecido e o indivíduo cujo pai não está acreditado. Por outras palavras, bastardo é um filho ilegítimo ou cujo progenitor é desconhecido. Tradicionalmente, seja a nível social ou legal, os filhos bastardos receberam sempre um pior trato do que os filhos legítimos. Disponível em: <https://conceito.de/bastardo> Acesso em: 18 set. 2022.

relações de dependência econômica antes tuteladas pelo Código Civil de 1916, são superadas (SZANIAWSKI, 2019, p.37).

Alicerçado pelos princípios constitucionais vigentes da dignidade da pessoa humana e da liberdade, o Código Civil de 2002, apresenta um novo quadro de regulamentação do direito das famílias, com base na proteção do grupo familiar enquanto ser.

A família, como resultado do desenvolvimento histórico em 2002, já não é mais entendida apenas na sua função reprodutiva e patrimonial, mas também sociocultural, política, econômica, e principalmente protetiva.

O caráter patriarcal não é mais o ápice da pirâmide familiar, a solidariedade, a afetividade se tornam a base para o entendimento do que é família no atual Código Civil, seguindo as premissas do art. 3º e seus incisos da Constituição Federal brasileira de 1988⁵².

Deste modo, o Código Civil deverá ser lido sob a ótica dos grandes princípios constitucionais. Nessa nova ótica, o direito civil não se contém somente na regulamentação dos valores patrimoniais individuais em si, mas se expande, estendendo seu poder de atuação no sentido de realizar a efetivação de valores existenciais e de justiça social, (SZANIAWSKI, 1999, p.21).

A família, é o primeiro instrumento de socialização, é nela que os indivíduos terão acesso aos usos e costumes, as crenças, as tradições e comportamentos que estarão ligados diretamente na formação da personalidade de cada um dos seus membros, os quais são os principais destinatários da ordem jurídica.

Szaniawski (2005, p.289) afirma que a personalidade é um direito de tal grandiosidade, por representar a parte intrínseca do ser humano⁵³, e suas manifestações, devem ter tutela especial e efetiva como uma cláusula constitucional pétrea.

Consubstanciado na proteção da família, o Código Civil de 2002 volta sua atenção aos direitos de personalidade como direito geral de personalidade, atendendo não só questões de parentalidade consanguínea mas também afetiva.

⁵² Art. 3º da Constituição Federal brasileira de 1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 18 ago. 2022.

⁵³ A personalidade humana consiste no conjunto de características da pessoas, sua parte intrínseca (TELLES JÚNIOR, (1977-1982, p. 315).

Acaba deste modo não só reafirmando o conhecido brocado popular de que “pai e mãe é quem cria”, mas reiterando os preceitos constitucionais do afeto, com se verifica no trecho de jurisprudência⁵⁴ ao tema.

Recurso Especial 1000356/SP: - a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no art. 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, como também “parentescos de outra origem”, conforme introduzido pelo art. 1.593 do CC/02, além daqueles decorrentes da consanguinidade oriunda da ordem natural, de modo a contemplar a socioafetividade surgida como elemento de ordem cultural. - Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a maternidade que nasce de uma decisão espontânea deve ter guarida no Direito de Família, assim como os demais vínculos advindos da filiação. - Como fundamento maior a consolidar a acolhida da filiação socioafetiva no sistema jurídico vigente, erige-se a cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade do ser humano. Relatora Ministra Nancy Andrich.⁵⁵

Apesar das modificações do Código Civil de 2002 no direito de família, dos quais são incontestes como virtudes, quais se vislumbram principalmente pela repetição de preceitos constitucionais em todo seu texto, há que se lembrar de suas vicissitudes por tentar disciplinar significativa parcela das atividades humanas, principalmente no direito de família e de personalidade.

Entre virtudes e vicissitudes, muitas destas podem ser consideradas como reflexos do elemento europeu para a concepção do direito brasileiro, principalmente como um processo contínuo que retrata e explica contextos históricos, social e científicos, por isso da necessidade de reconhecer a influencia das convenções internacionais.

2.3 Das Convenções Internacionais

Partindo do marco temporal do Brasil colônia de Portugal, onde o sistema normativo era do colonizador até a proclamação da república em 15 de novembro de 1889, surge a necessidade de instituir leis civis próprias dentro do território.

Após muitos estudos, em janeiro de 1916 nasce o primeiro código civil brasileiro, tendo sua vigência um ano após sua promulgação, ou seja, em janeiro de 1917.

⁵⁴Jusbrasil. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1000356**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14318607/recurso-especial-resp-1000356-sp-2007-0252697-5/inteiro-teor-14318608> Acesso realizado em: 18 ago. 2022.

⁵⁵STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1000356**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14318607/recurso-especial-resp-1000356-sp-2007-0252697-5/inteiro-teor-14318608> Acesso realizado em: 18 ago. 2022.

O Código Civil Brasileiro de 1916, escrito por Clóvis Beviláqua e com forte influência do Código Napoleônico de 1804 e do Código Civil Alemão de 1900, tinha como principal característica ser uma legislação formalista, baseada na igualdade formal, desconsiderando as condições sociais reais (VELLOSO, 2004, p.33).

No entendimento da doutrina, o Código Civil Brasileiro de 1916, era individualista, com conteúdo baseado no liberalismo, um código escrito no século XX e que na sua essência era oitocentista (LÔBO, 2022, p.40).

O retrato social que o código reproduziu era de uma sociedade patriarcal, individual, com desigualdade de gênero e fortemente influenciada pelo catolicismo, e por isso considerado “oitocentista”. Uma lei retrograda, em seu próprio tempo (RODRIGUES JÚNIOR, 2013, p. 115).

A semântica jurídica liberal da sociedade mundial era não apenas entrecortada por ideias antiliberais ou não liberais dos juristas, mas também por estruturas sociais incompatíveis com o individualismo liberal. Isso repercutiu no próprio texto do código, especialmente no tratamento do direito de família. Portanto, no plano das estruturas jurídicas, a institucionalização mediante produção textual já implicava certo deslocamento das ideias liberais de codificação, (NEVES, 2015, p. 17).

O retrato do atraso, se dá quando aquilo que se retrata é ainda uma sociedade colonial, com uma economia basicamente agrícola, onde a maioria da população era composta por pobres, quais se dividiam em escravos, índios, agregados, mas o ideal de justiça é europeu, de classe média e progressista (GOMES, 2003, p.73).

O que se vislumbrava era um legislação que refletia uma falsa realidade social fundada na hierarquia, na supremacia e na competição, bem distante dos ideários de igualdade, liberdade e fraternidade presentes na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁵⁶.

A Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, inspirada na independência americana de 1776, bem como no Iluminismo como espírito filosófico do século XVII, e consolidada com a Revolução Francesa de 1789.

A declaração, foi composto por 17 (dezessete) artigos, que define os direitos naturais e imprescritíveis como liberdade, propriedade, segurança e resistência a opressão, reconhecendo a igualdade formal e material, influenciando em 1948 a escrita da Declaração Universal dos Direitos dos Humanos (AMBRAFRANCE, 2022, n. paginado).

⁵⁶ Inspirada na declaração da independência americana de 1776 e no espírito filosófico do século XVII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 marca o fim do Antigo Regime e o início de uma nova era. Expressamente visada pela Constituição da Vª República, hoje ela faz parte de nossos textos de referência. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao> Acesso em: 20 set. 2022.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁷ elaborada em 1946 foi fruto dos reflexos e das ações sistemáticas de extermínio de etnias como judeus, ciganos, homossexuais, testemunhas de Jeová, pessoas com deficiência, que eram aprisionados nos campos de concentração.

Nos campos de concentração do Holocausto⁵⁸, as pessoas eram submetidas a diversas formas de tortura e maus tratos como: (i) o uso de drogas, (ii) gás mostarda, (iii) venenos, (iv) bactérias, (iv) altas altitudes, (v) esterilização, (vi) indução e quadros de hipotermia, (vii) bombas incendiárias, o que resultou juntamente com a bomba atômica cerca de 6 milhões de pessoas (JOHSON, 1989, p.40).

Havia 1634 campos de concentração e seus satélites e mais de 900 campos de trabalho. No entanto, todos os campos podem ser considerados de extermínio, já que enormes quantidades de pessoas lá morriam por inanição, trabalhos forçados, suicídio ou executadas por motivos banais. Jacob Gens, o chefe do gueto de Vilna, disse em um encontro público: “Quando eles me pedem mil judeus, eu os entrego [...]. Pois se nós judeus não nos dermos de nós, os alemães virão e os levarão à força. Então não levarão mil, mas milhares. Entregando centenas, salvo um mil. Entregando mil, salvo dez mil.” (JOHSON, 1989, p 40).

Dentre inúmeros reflexos trazidos pela 2ª Guerra Mundial⁵⁹, foi de uma nova configuração social, principalmente na família, pelo número expressivo de órfãos e de viúvas,

⁵⁷ Preâmbulo: Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que mulheres e homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum, Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do ser humano, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Países-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, Agora portanto a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 20 set. 2022.

⁵⁸ O Holocausto foi a perseguição sistemática e o assassinato de 6 milhões de judeus europeus pelo regime nazista alemão, seus aliados e colaboradores. O Holocausto foi um processo contínuo que ocorreu por toda a Europa entre os anos de 1933 a 1945. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/introduction-to-the-holocaust> Acesso em: 20 set. 2022.

⁵⁹ A Alemanha nazista iniciou a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) atacando a Polônia. Durante os dois anos seguintes, a Alemanha invadiu e ocupou grande parte da Europa, incluindo as partes ocidentais da União Soviética.

reacendendo uma ideia antiga de fundar uma “Europa Unida” baseadas na noção de dignidade e de valor da pessoa humana, (SZANIAWSKI, 2019, p.37).

No ano de 1949, cria-se o Conselho da Europa⁶⁰ por meio de um estatuto objetivando facilitar a relação entre os povos e garantir a paz universal, bem como os direitos já constituídos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, (SZANIAWSKI, 2019, p.36).

Outros dois documentos segundo Grataloup (1998) fundamentais para a concretude dos direitos humanos e também da modernização do direito de família, se dá com a Carta das Nações Unidas de 1945⁶¹ e o Protocolo da Comissão Internacional do Estado Civil de 1950⁶².

A Carta das Nações Unidas, é o tratado estabelecido pelas Nações Unidas depois da 2ª Guerra Mundial, ora assinada por 50 (cinquenta) países na busca da paz mundial, evitando assim os flagelos de uma nova guerra (ONU, 2022, n. paginado).

Nós, os povos as nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes

A Alemanha nazista ampliou ainda mais seu controle militar ao formar alianças com os governos da Itália, Hungria, Romênia e Bulgária, e criando também Estados fantoches na Eslováquia e na Croácia. Juntos, estes países europeus formaram os membros do Eixo, o qual também incluía o Japão, na Ásia. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/introduction-to-the-holocaust> Acesso em: 20 set. 2022.

⁶⁰ Council Of Europe. Fundado em 1949, por Winston Churchill, Konrad Adenauer, Robert Schuman, Paul Henri Spaak, Alcide de Gasperi e Ernest Bevin, os chamados homens de diálogo, que conheceram as duas guerras mundiais e estiveram em contato com várias culturas europeias, foram os pioneiros de uma Europa de paz, fundada sobre os valores dos direitos humanos, da democracia e do Estado de direito, estabelecendo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) em 1950 e a Comunidade Econômica Europeia (CEE) em 1957. Preconiza a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a igualdade, e a proteção das minorias, promove os direitos humanos através de convenções internacionais, tais como a Convenção para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica e a Convenção sobre o Cibercrime. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/founding-fathers> Acesso em: 20 set. 2022.

⁶¹ A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. Possui no seu conteúdo as principais disposições com relação à manutenção da paz e segurança internacionais, dando prioridade ao estabelecimento das condições necessárias para que a efetivação da justiça e o respeito às obrigações consequentes da assinatura dos tratados. A Carta das Nações Unidas enfatizou a defesa dos direitos humanos e às liberdades pessoais, utilizando-se da cooperação internacional; no entanto, restringiu-se quanto à identificação desses direitos e liberdades, tem como objetivos principais o respeito aos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, a manutenção da paz e segurança internacional e promoção do desenvolvimento social, com melhorias nas condições de vida dos indivíduos. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas> Acesso em: 20 set. 2022.

⁶² A Comissão Internacional do Estado Civil (CIEC), sediada em Estrasburgo, é uma organização internacional intergovernamental com a finalidade de promover a cooperação internacional em matéria de estado Civil e contribuir para melhorar o funcionamento dos serviços nacionais nesse âmbito. Fundada em 1948, a CIEC conta atualmente com 16 Estados membros (Alemanha, Áustria, Bélgica, Croácia, Espanha, França, Grécia, Hungria, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, Suíça e Turquia) e 6 Estados Observadores (Chipre, Lituânia, Rússia, Santa Sé, Eslovénia e Suécia). Colabora e coordena os seus trabalhos com outras organizações internacionais, nomeadamente com a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, Conselho da Europa e União Europeia. Disponível em: <https://www.redecivil.csm.org.pt/ciec/> Acesso em: 20 set. 2022.

do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

A Comissão Internacional do Estado Civil, segundo Szaniawski (2019, p.36), tinha por objetivo remodelar o direito de família no continente europeu, por meio da harmonização dos diversos dispositivos legais vigentes.

Deste modo, principalmente a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, vem de maneira ordenada influenciar a construção de diversas constituições, inclusive a Constituição Federal brasileira de 1988, como se pode verificar no quadro que segue com alguns direitos selecionados em razão do tema:

QUADRO COMPARATIVO 2 (continua)

Direito	Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948	Constituição Federal Brasileira de 1988
Dignidade	I. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.	Art. 5º, I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.
Da não Discriminação	II. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.	Art. 5º, XLI - A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Art. 5º, XLII - A prática do racismo constitui crime inafiançável imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.
Da Pessoa Humana	VI. Todo homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa humana, perante a lei.	Art. 1º, III - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana.
Da Igualdade	VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.	Art. 5º, I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.
Da Família	XVI. Os homens e as mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e dissolução. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.	Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

QUADRO COMPARATIVO 2 (conclusão)

Direito	Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948	Constituição Federal Brasileira de 1988
Das Garantias	XXX. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos.	Art. 5º, LXXVII, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Fonte: a autora, 2022.

Do quadro comparativo, é possível verificar a forte influência trazida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 à Constituição Federal brasileira de 1988. Porém, tais influências não alcançaram integralmente o Código Civil de 2002, resultado de um processo legislativo moroso e de seus debates retóricos.

O que não se pode olvidar, é que uma lei escrita na década de 60 (sessenta) venha retratar, balizar e amparar uma outra sociedade que irá usar e fruir desta lei apenas 42 (quarenta e dois) anos depois da sua escrita.

Desta feita, o cerne da questão em nenhum momento é desconsiderar o Código Civil de 2002, haja vista, as diversas inovações apresentadas, contudo, há necessidade de se entender a celeridade com que a sociedade se transforma, e por essa razão a necessidade de revisitar e revisar a legislação, sob pena de desconsiderar as novas relações familiares.

De acordo com os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) no ano de 2015, é possível observar que na amostra de domicílios o perfil da família tradicional composta por pai, mãe e filhos deixou de ser a maioria, já que ocupava na amostragem total apenas 42,3% (quarenta dois vírgula três) por cento dos lares pesquisados (IBGE, 2017, p.17)⁶³.

Em 2017, com pesquisa realizado pelo IBGE, demonstrou uma aumento das novas relações familiares com base nos dados de 2015, pois 50,1% (cinquenta vírgula um) por cento das famílias no Brasil, estavam fora dos padrões tradicionais, “modelo que é formado por pai e mãe e prole”.

⁶³ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Agência de Notícias. **Retratos. A Revista do IBGE.** As novas caras dos Arranjos Familiares Brasileiros, nº 6, 2017. p. 17-20. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/3ee63778c4cfdcbbe4684937273d15e2.pdf Acesso realizado em: 14 ago. 2022.

A pesquisa ainda do IBGE, aferiu que dessa porcentagem no ano de 2017, mostra a inserção de cerca de 19 (dezenove) tipos de laços de parentescos (IBGE, 2017, p.18).

A avó que mora com os filhos e os netos; o padrasto que também é pai; o filho que se divide entre duas casas; a mãe que cria os filhos sozinha; casais que optaram por não ter filhos. Quem não conhece um caso assim? Aquele clássico padrão de família formado por pai-mãe-filhos vem perdendo espaço e novos perfis vão se configurando nos lares brasileiros. Os últimos 60 anos foram cruciais para essa transformação. A entrada da mulher no mercado de trabalho, a queda da taxa de fecundidade, a legalização do divórcio e a onda dos recasamentos provocaram mudanças estruturais no seio familiar, o que tem levantado discussões sobre o que é família. (IBGE, 2017, p.19).

Por meio referida pesquisa, ainda há o retrato da existência de duas novas formas de família, a primeira denominada de mosaico e a segunda de ninho vazio. A família mosaico, é entendida quando um homem que já foi casado e teve filhos, se casa novamente com uma outra mulher que também já teve um outro casamento com filhos, e que desta nova união, advêm novos filhos. Entretanto a família do ninho vazio, entendida como aquela em que os casais tiveram seus filhos, os quais já saíram de casa (IBGE, 2017, p.18).

Portanto, não há como desconsiderar a celeridade com que surge os arranjos familiares, fundada nos laços de afeto no estado de filiação. Não há mais como desconsiderar os estados de filiação e a importância do seu estudo. Não há mais como desconsiderar, que o direito deve ser pautado na sua máxima aos princípios da dignidade e igualdade, e também da autonomia.

3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

A família, sempre decorreu de um longo processo de construção histórica social, por ser considerada o núcleo mais antigo de convivência entre os seres humanos. A importância da família, como instituição social e jurídica, é indiscutível, partindo da premissa que é impossível lhe atribuir um conceito estático, haja vista, ser em sua essência o mais puro retrato e reflexo de uma sociedade na sua época.

Sociedade esta que já adotou um único modelo de família, patriarcal, constituída apenas pelo matrimônio entre homem e mulher, e que reconhecia como filhos legítimos apenas aqueles oriundos dessa relação. Com o passar dos tempos, houve a quebra desse modelo único de família, a sociedade foi evoluindo, os novos arranjos familiares foram sendo constituídos. Não havia mais distinção entre os filhos, a mulher ocupa o status de chefe conjugal, as uniões homoafetivas foram reconhecidas, assim como a anaparentalidade e a multiparentalidade.

A sociedade mudou, a mentalidade humana mudou, bem como, as legislações brasileiras, fruto da repersonalização imposta pela Constituição Federal brasileira de 1988, influenciada pelas convenções internacionais, ao instituir como alicerce da sociedade os direitos fundamentais com a máxima principiológica da dignidade da pessoa humana.

A família e seus membros ganham um conceito plurisubstantivo, as liberdades individuais são expandidas, o afeto juntamente com a maternidade e a paternidade socioafetiva, são reconhecidos como o verdadeiro pilar do núcleo familiar. As relações no interior da família se instituem reproduzindo a cristalização dos papéis sociais e das lutas manifestas em sociedade, acima de tudo baseada no afeto e não apenas pelos laços sanguíneos. Nesse sentido, discutir esse tema é ponto de partida para a compreensão do espaço que cada um dos indivíduos, homens, genitores, pais, mulheres, genitoras, mães, e principalmente o(s) filho(s) biológico(s) e/ou adotado(s), ocupam não só na família, mas na sociedade e no próprio Estado frente aos novos arranjos familiares.

O indicador para a formação das novas relações familiares e dos estados de filiação tema que segue no próximo capítulo, é o afeto, sendo um reflexo do contexto político, econômico e social do século XXI, se tornando um espaço de realização pessoal dos seus membros, independentemente dos padrões de moralidade, preconceitos, regras e tabus.

CAPÍTULO II - ESTADOS DE FILIAÇÃO

Este capítulo tem por objetivo explicar em continuidade ao processo cognitivo deste estudo os Estados de Filiação decorrentes dos arranjos familiares.

Para alcançar esse objetivo, primeiro se fez necessário compreender os arranjos familiares dentro de um contexto histórico social, que acabou sendo retratado nas legislações escritas do direito interno e das influências dos documentos estrangeiros a cada época. Certo é que os arranjos familiares sempre são frutos de um processo de ressignificação, que alcança os estados de filiação, tema central deste capítulo.

Como já explanado no Capítulo I, seção I, item 1.2, a relação jurídica denominada filiação é o elo de ligação entre a pessoa do filhos aos pais, da qual decorrem os efeitos de filiação biológica ou genética, não biológica (social, afetiva, ou socioafetiva) e civil⁶⁴.

O estado de filiação, inicialmente decorria da ancestralidade por meio da perpetuação da espécie com o casamento. Porém, tal entendimento já não é mais unânime, vez que historicamente desde os primórdios da humanidade a filiação também pode decorrer da não ancestralidade, ou seja, do afeto.

Deste modo, os filhos podem ser considerados a continuidade da espécie por meio de uma representação biológica (genética), ou não biológica (afeto, psíquica), em função dos papéis de pai e mãe que podem ser exercidos por quaisquer outros indivíduos sem qualquer vínculo biológico.

Nesse viés, a abordagem se dá quanto os estados de filiação biológica (genética), seja com concepção natural (relação sexual), ou artificial (reprodução assistida), oriundas ou não do matrimônio, e pela via não biológica (afeto), originada dos novos rearranjos familiares, pela adoção, ou por meio da reprodução assistida heteróloga⁶⁵.

O estado de filiação, é tema de suma importância, uma vez que também repersonalizado pela Constituição Federal brasileira de 1988 e pelo Direito Civil, bem como, pelos avanços da medicina, da biologia e das técnicas de manipulação genética, a filiação biológica não é mais a única a legitimar a filiação, pertencendo contemporaneamente um novo paradigma ao Direito de Família.

⁶⁴ Filiação civil, é a terceira forma de filiação que se constitui a partir do registro civil do nascimento da criança, independentemente de qualquer afetividade, na qual o afeto, está ausente e raras vezes o vínculo biológico, (SZANIAVSKI, 2019, p. 52).

⁶⁵ A reprodução assistida heteróloga se dá quando há a doação por terceiro anônimo de material biológico ou há a doação de embrião por casal anônimo (Resolução CFM, art. IV e art. V, inciso 3). Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf> Acesso em: 01 set. 2022.

SEÇÃO I - Filiação Biológica

1.1 Conceito Relacional

A filiação pode ser conceituada como a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma qualificação jurídica de parentesco que se dá na pessoa do filho, do “pai” e da “mãe”.

Para Chaves de Farias (2019, p. 54), a filiação é uma relação jurídica multifacetária, que envolve três perspectivas: (i) a filiação considerada pela ótica do filho; (ii) a filiação pela ótica do pai; (iii) a filiação pela ótica da mãe.

As três perspectivas retratam a ótica da individualidade e multifacetária de cada um dos membros da tríade pai (paternidade) e mãe (maternidade), biológicos e/ou afetivos, e filho, biológicos e/ou afetivos (filiação propriamente dita).

A abordagem que se dá quanto aos estados de filiação biológica (genética), é de esta pode ocorrer de dois modos: (i) pela concepção natural (relação sexual)⁶⁶, (ii) pela concepção artificial (reprodução assistida)⁶⁷.

A concepção natural enseja a prática de relação sexual, entre o homem e a mulher, da qual há a formação do zigoto, na constância ou não do matrimônio (SZANIAWSKI, 2019, p. 70).

A concepção artificial, decorre da reprodução assistida⁶⁸, enseja duas possibilidades.

A primeira possibilidade resulta da filiação por ambos os genitores, como se naturalmente tivessem concebido outro indivíduo. A segunda possibilidade, decorre da participação de um dos genitores na concepção, sendo um dos gametas oriundos de um terceiro indivíduo (SZANIAWSKI, 2019, p. 79).

⁶⁶ É chamada de reprodução humana natural aquela que é obtida por meio da relação sexual. Com a copulação, ou seja, a inserção do pênis na vagina feminina, o homem ejacula no canal vaginal e milhões de espermatozoides entram dentro útero (FREITAS, SIQUEIRA e SEGRE, 2008, p.104).

⁶⁷ A Reprodução Humana Assistida (RHA) corresponde à intervenção do homem no processo de procriação natural, criando condições para que as pessoas inférteis ou estéreis consigam satisfazer o desejo da maternidade ou paternidade (FREITAS, SIQUEIRA e SEGRE, 2008, p.104).

⁶⁸ Entende-se por Reprodução Assistida todos os tipos de tratamento que incluem a manipulação in vitro (no laboratório), em alguma fase do processo, de gametas masculinos (espermatozoides), femininos (oocistos) ou embriões, com o objetivo de se estabelecer uma gravidez. Os procedimentos podem ser reunidos em dois grupos: rubrica de Baixa ou Alta Complexidade. A baixa complexidade está representada pela inseminação artificial – IA, na qual espermatozoides são preparados (capacitados) para adquirir maior e melhor motilidade e a seguir ser introduzidos, por um cateter adequado, diretamente no fundo uterino e na cavidade tubária, e a fecundação se dá dentro do corpo da mulher. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004 Acesso em: 18 ago. 2022.

Apesar das considerações iniciais feitas, é importante verificar as legislações atinentes ao tema como o Código Civil de 1916 e 2002, bem com a Constituição Federal brasileira de 1988.

Segundo o Código Civil de 1916, os filhos biológicos e legítimos, eram os nascidos das núpcias, de modo natural visto que entre os pais não havia qualquer impedimento para o casamento (GONÇALVES, 2021, p.321).

Deste modo, a presunção “*pater is est*” só existia com o casamento, sendo este entendido como o meio mais comum do ser humano constituir família, porém, a presunção materna era “*semper certa est*” (SZANIAWSKI, 2019, p.70).

Importante elencar que a presunção materna atualmente, nas palavras de Szaniawski (2019, p. 70), não se mostra mais confiável em razão das novas técnicas de reprodução assistida com a doação da célula germinativa da mulher ou da maternidade de substituição, tema que será tratado em tempo oportuno.

Assim a filiação biológica conceitual tem por critério de ser filho, aquele indivíduo gerado dentro do casamento por meio da relação sexual, na qual a situação conjugal dos pais reflete na sua identificação, garantindo-lhes direito essenciais a sua sobrevivência.

O Código Civil de 1916, considerava então a filiação biológica ou natural, em razão da sua origem, pautada na consanguinidade genética, excluindo dessa condição aquele indivíduo concebido fora das núpcias, ora denominado de ilegítimo quando naturais de pais que não estavam impedidos de casar, ou também de espúrio, quando filhos naturais de pais que não podiam se casar em virtude de algum impedimento. Estes, ainda podendo ser classificados como adulterinos em virtude de um dos pais ou ambos já serem casados com terceiros, e como incestuosos, por haver laço de parentesco natural, civil ou afim.

A Constituição Federal brasileira de 1988, rejeitou a classificação dos filhos como existia no Código Civil de 1916, quais sejam os legítimos, legitimados e ilegítimos, passando a não mais diferenciar filhos legítimos dos ilegítimos, oriundos ou não do casamento ou da adoção (BRASIL, 1988, n. paginado).

Desta feita, há que se observar que o tratamento diferenciado outrora existente antes da Constituição Federal brasileira de 1988 e por ela superado, ainda se fez presente na Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992⁶⁹ ao manter tal diferenciação entre os filhos concebidos fora

⁶⁹ Regula investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18560.htm Acesso em: 18 ago. 2022.

do casamento, os quais poderiam buscar sua paternidade biológica por meio do exame de DNA⁷⁰, (BRASIL, 1992, n. paginado).

O entendimento que prevalece é o constitucional de acordo com o art. 227, §6º⁷¹, de que os filhos independentemente de sua origem, são dotados de igualdade, não mais importando a origem biológica ou genética como instituto legitimador de filiação.

Por tal entendimento, enseja a impossibilidade de não se confundir a origem biológica com o estado de filiação, haja vista, a Constituição brasileira de 1988, não albergar primazia de um estado sobre outro.

Nos dizeres de Lobo (2004, p. 141), o estado de filiação biológica é espécie assim como a não biológica, sendo a filiação o gênero.

Todavia, o estado de filiação biológica derive dos genitores, o estado de filiação de cada indivíduo se faz de modo único, com natureza afetiva por meio da convivência.

A verdade biológica não reina absoluta sobre o direito da filiação, porque esta incorpora, necessariamente, um conjunto de outros interesses e valores. Para ele, confundir verdade real da filiação com verdade biológica, é um entendimento “reducionista, cego, demagógico e decepcionante”, engendrando “um direito biológico totalitário, além de um pseudo-direito subjetivo ilusório e nefasto” (CORNU, 2017, p. 256).

Destarte, afirmar que a filiação biológica pela concepção natural é sinônimo de verdade biológica é questão incontroversa, porém, afirmar que verdade biológica é sinônimo de verdade real, é obtuso.

Tal afirmativa também alcança, a concepção artificial que ocorre com a reprodução humana assistida por meio da manipulação ginecológica a qual pertence ao campo de conhecimento da Genética que se dedica a estudar e pesquisar o material genético humano, em especial a célula germinativa⁷², para reprodução por meios não naturais (SZANIAWSKI, 2019, p.80).

A reprodução humana assistida, teve seus primeiros resultados com a inseminação de sêmen no útero, no final do século XVIII. Atualmente é aplicada no tratamento de infertilidade,

⁷⁰ Ácido desoxirribonucleico. O DNA (Deoxyribonucleic acid) é a molécula que armazena a informação genética e consiste de duas cadeias de nucleotídeos unidas pela interação das bases complementares Adenina e Timina e Citosina e Timina. Disponível em: <https://gntech.med.br/blog/post/glossario-genetica> Acesso em: 18 ago. 2022.

⁷¹ Artigo 227, §6º da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 18 ago. 2022.

⁷² Células germinativas são as células que originam os gametas que por sua vez dão origem a todas as vidas que usam sexo para reprodução. Disponível em: https://www1.ibb.unesp.br/Home/Departamentos/Morfologia/roteiros_pratica_medicina.pdf Acesso em: 18 ago. 2022.

inaugurando em 1978 a geração proveta, mais precisamente 25 de julho, com o nascimento do primeiro bebê proveta⁷³.

A genética como ciência médica precursora dos estudos de reprodução humana assistida, tem sua origem no latim com a palavra “*gerare*”, que se traduz em “dar a existência, procriar, conceber, produzir”⁷⁴ e do “*genus*” no sentido de espécie (FRANCO, 1996, p.2).

Nesse sentido a reprodução humana assistida, nas palavras de Azevedo (1996, p.44) é definida como “a modalidade de fecundação com artificialidade médica, informada e consentida por escrito, por meio de inseminação de gametas humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou de saúde para o paciente e para o futuro filho”.

A reprodução humana assistida, pode se dar por duas técnicas, primeiramente com a inseminação artificial (IA) que pode ser homóloga ou heteróloga, ou por fertilização *in vitro* (FIV), (DIAS, 2013, p.376).

A inseminação artificial, é a técnica qual há a manipulação dos gametas masculinos, que serão implantados no útero feminino. Os gametas a serem implantados pode ser do próprio marido (homóloga), ou de um terceiro (heteróloga) com a doação do sêmen e com o consentimento do casal (DIAS, 2013, p.376).

A fertilização *in vitro*, é extracorpórea, pois os gametas masculino e feminino são coletados, fertilizados em laboratório e depois implantados no útero feminino. Porém, essa técnica produz inúmeros embriões, uns serão implantados, outros não, sendo considerados excedentários, podendo ser criopreservados⁷⁵ (DIAS, 2013, p.376).

Segundo dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) publicados no ano de 2022, com ano base 2019, por meio do 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio)⁷⁶ apresentou que o número de embriões criopreservados no Brasil, é de 100.380 (cem mil e trezentos), (ANVISA, 2019, p.4).

⁷³ Louise Brown, encarnou o símbolo de uma nova era na reprodução humana. Desde então, continua a reportagem, mais de 3,5 milhões de bebês nasceram por meio de tratamentos que testemunham uma verdadeira revolução tecnológica. Quando Louise nasceu, as chances de se “fabricar” um bebê fora dos padrões não passavam de 5% do total das tentativas. Hoje o número é até seis vezes maior. São tantas as técnicas em RA que mulheres e homens inférteis – cada vez mais numerosos (o que é muito significativo) - e também parceiros do mesmo sexo demandam ter um filho biológica e geneticamente seu. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004 Acesso em: 18 ago. 2022.

⁷⁴ Verbo originário do latim (gero, -are), estando relacionado com a palavra: geração. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/gerares> Acesso em: 18 ago. 2022.

⁷⁵ A criopreservação é uma técnica muito delicada, pois se trata de um congelamento e armazenamento de células, e estas podem ficar danificadas se o procedimento não for feito corretamente (DIAS, 2013).

⁷⁶ 13º Relatório de produção de embriões. **SisEmbrio 2019**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiTUVjMDYxOGMtMmNlYy00MjQ3LTg3Y2ltYTAxYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030> Acesso em: 18 ago. 2022.

Desta totalidade de embriões criopreservados, 52.201 (cinquenta e dois mil, duzentos e um) embriões estão no Estado de São Paulo⁷⁷ e cerca de 5.900 (cinco mil e novecentos)⁷⁸ no Estado do Paraná (ANVISA, 2019, p.5).

Os dados apresentados, só reiteram a importância do tema, pois as técnicas de reprodução assistida são reguladas pela Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005⁷⁹ - Lei de Biossegurança, sendo que o Código Civil de 2002, não autoriza, tão pouco regulamenta.

O Código Civil de 2002 no art. 1597, incisos III a V, busca apenas dar resposta a questão pontual da filiação e paternidade, quando fruto de inseminação artificial homóloga em vida ou após a morte do cônjuge, e heteróloga com sêmen de terceiro, (BRASIL, 2002, n. paginado).

Por fim, importante observar que o Código Civil de 2002, nos casos do artigo acima elencado, diz respeito apenas a presunção de paternidade na constância do casamento, não abarcando a união estável, da qual sobrevivem ao filho reconhecer seu estado de filiação biológica por meio de prova técnica a exemplo do exame de DNA⁸⁰.

Nesse sentido, incontroverso é a falha do texto legal do referido artigo supra citado, em não abarcar a união estável, pois a Constituição Federal brasileira de 1988, por meio do art. 226, §3º há reconhece como família, e por consequência, os efeitos da filiação biológica, produziram os mesmos efeitos, sem depender do judiciário ou de prova técnica para ser reconhecida.

1.2 Em face de ambos os Pais, da relação do Casamento ou da União Estável

Inicialmente, incumbe esclarecer que o estado de filiação a ser dissertado, ainda é o biológico, em razão das próprias lacunas do Código Civil de 2002.

⁷⁷Dados de produção de embriões. **SisEmbrio**. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaOTVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ItYTExYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>
Acesso em: 18 ago. 2022.

⁷⁸Dados de produção de embriões. **SisEmbrio**. 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaOTVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ItYTExYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030>
Acesso em: 18 ago. 2022.

⁷⁹ BRASIL. **Lei de Biossegurança**. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111105.htm Acesso em: 18 ago. 2022.

⁸⁰ DNA ou ADN que significa ácido desoxirribonucleico, o qual consiste no material genético com as informações que determinam os caracteres hereditários transmissíveis à descendência, o qual pode determinar a paternidade biológica de um suposto pai, com um grau de certeza absoluta (SZANIAVSKI, 2019, p. 125-126).

Por mais, que o fundamento para esse recorte do estudo, seja o art. 1596 do Código Civil de 2002, qual determina “que filhos são aqueles havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, sem qualquer tipo de discriminação”, será tratado apenas a filiação oriunda ou não da relação de casamento, seja pela concepção natural ou artificial.

Os filhos, havidos por adoção seja na relação de casamento, na união estável ou na monoparentalidade, será objeto de estudo também, porém, em momento oportuno pelo fato, que se inserem na filiação não biológica (afeto).

Para melhor elucidação, segue o destaque ao art. 1596 do Código Civil de 2002: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (grifo nosso)

Ao destaque do artigo supracitado, é possível perceber que este manteve a mesma redação do art. 227, §6º da Constituição Federal brasileira de 1988, principalmente a proibição de quaisquer designações discriminatórias à filiação.

QUADRO COMPARATIVO 3 (grifo nosso)

Art. 1596 do Código Civil de 2002	Art. 227 §6º da Constituição Federal Brasileira de 1988
<u>Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.</u>	Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. <u>§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.</u>

Fonte: a autora, 2022.

Mesmo estando determinado em ambos os diplomas legais, a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, permanece o status do reconhecimento formal de paternidade (*pater is est*) e maternidade (*semper certa est*)⁸¹, vinculadas ao casamento.

⁸¹ A presunção “*pater est*” só existia com o casamento, sendo este entendido como o meio mais comum do ser humano constituir família, porém, a presunção materna era “*semper certa est*” (SZANIAWSKI, 2019, p.81).

Isto porque, ainda que não haja mais diferenciação entre os filhos legítimos biológicos seja pela concepção natural ou artificial fruto do casamento e os filhos ilegítimos biológicos seja pela concepção natural ou artificial fruto da extraconjugalidade, todos são filhos.

Todavia, somente os filhos havidos da constância do casamento, possuem a presunção de paternidade (*pater est*). Os filhos havidos na extraconjugalidade, para serem reconhecidos dependem da via judicial ou da voluntariedade do genitor por meio de uma declaração ou de perfilhação, observados as formalidades legais (prova), passando a relação biológica para uma relação jurídica, caso contrário, não geram efeitos no campo do direito.

A declaração é o ato que se demonstra a filiação, sendo que o reconhecimento retroage a data do nascimento ou ainda da data da concepção daquele que foi reconhecido. A perfilhação, é o ato de reconhecer a paternidade, identificando quem é o perfilhado (a) e o perfilhante (pai).

Assim sendo, é importante observar o texto legal do art. 1597 do Código Civil de 2002, e seus incisos apresentam as circunstâncias para presunção de paternidade na constância do casamento dos filhos concebidas natural ou artificialmente.

QUADRO COMPARATIVO 4 (grifo nosso)

Art. 1597 do Código Civil de 2002.	Concepção Natural	Concepção Artificial
Presumem-se concebidos na constância do <u>casamento</u> os filhos:	Relação Sexual entre Homem e Mulher	Reprodução Humana Assistida: 1. Inseminação Artificial 1.1 Homóloga 1.2 Heteróloga. 2. Fertilização <i>In Vitro</i>
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a <u>convivência conjugal</u> ;	Sim	Sim
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à <u>dissolução da sociedade conjugal</u> , <u>por morte</u> , <u>separação judicial</u> , <u>nulidade e anulação do casamento</u> ;	Sim	Sim
III - havidos por <u>fecundação artificial homóloga</u> , mesmo que falecido o marido;	Não	Sim 1.1
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;	Não	Sim 1.1
V - havidos por <u>inseminação artificial heteróloga</u> , desde que tenha prévia autorização do marido.	Não	Sim 1.2 Condicionada a autorização prévia do marido

Fonte: a autora, 2022.

Do quadro comparativo, se extrai que, o Código Civil de 2002 no art. 1597, nos incisos III a V, busca apenas dar resposta a questão pontual da filiação e da paternidade, quando fruto de inseminação artificial homóloga em vida ou após a morte do cônjuge, e heteróloga com sêmen de terceiro, já que o Código Civil de 2002, não autoriza e nem a regulamenta.

Nos incisos I e II é que o legislador se ateve apenas a presumir filiação àqueles que nasciam na constância do casamento, ou seja, perdeu-se a garantia de proteção idêntica aos filhos nascidos na constância da união estável.

O que caracterizada, um tratamento desigual para situações iguais, haja vista, a Constituição Federal brasileira de 1988, a incidência de presunção se dar em ambos os casos, pois diante de um caso concreto pode-se impor um obstáculo para a filiação.

Tal obstáculo, pode se apresentar quando por exemplo por meio de escritura pública se lavra a união estável, que foi constante por 10 (dez) anos até sobrevir a morte do companheiro, que nesse tempo deixou três filhos em comum com sua companheira, porém apenas dois com paternidade reconhecida por meio de registro, pois o mais novo nascido um dia antes da data do falecimento do finado, não teve sua paternidade reconhecida por registro (LOBO, 2004, p. 149).

Em apreço ao inciso II do referido artigo, o filho mais novo teria que reconhecer sua filiação por outro meio como a exemplo do reconhecimento “*post mortem*”, visto que o caput apenas presume como filhos os concebidos na constância do casamento.

Porém, ao trazer à baila o art. 226§3º da Constituição Federal brasileira de 1988, o qual reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, com a facilidade pela lei a convertê-la em casamento, seria razoável, inclusive em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, conferir uma interpretação sistemática constitucional ao art. 1597, inciso II do Código Civil de 2002.

A interpretação sistemática constitucional, permite aplicar a norma em um contexto maior que pode decorrer de um fato social novo e complexo, objetivando o amparo legal.

[...] toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulação em causa. [...] o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelo menos grande parte dele, está subordinado a determinadas ideias jurídicas diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional. [...] A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios diretivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto - quer dizer, na forma de um sistema - é uma das tarefas mais importantes da Jurisprudência científica (LARENS, 1989, p. 531-532).

Ao se utilizar da interpretação sistemática, é possível o desdobramento da norma constitucional em situações específicas, que trazem a efetividade de muitos dos seus princípios e valores já consagrados e aplicáveis em qualquer esfera jurídica (CANARIS, 1989, p.234).

Mediante a aplicação da interpretação sistemática, a presunção de concepção dos filhos também alcança a união estável⁸², no inciso II do art. 1597 do Código Civil de 2002, qual seja de que os nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

Ademais, o próprio Código Civil de 2002, no art. 1.723 reconhece a união estável como entidade familiar, entre homem e mulher, mediante convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família. Mais uma vez, a aplicabilidade da interpretação sistêmica se apresenta, quando dessa união, nascer o filho, presume pai na condição (“*pater is est*”).

A análise apresentada do art. 1597 do Código Civil de 2002, e seus incisos por meio do quadro comparativo, já são alvos de decisões, diante da possibilidade de presumir a paternidade mediante a união estável.

Recurso Especial REsp XXXXX SP 2010/ XXXXX – 2 (STJ). Recurso Especial – *Nomem Iuris* - Demanda – Princípio Romano da *Mihifactum dado Tibus Jus* - Aplicação - União Estável – Entidade Familiar – Reconhecimento do Ordenamento Jurídico – Requisitos – Convivência Pública, Contínua e Duradoura – Objetivo de Constituir Família – Deveres – Assistência, Guarda, Sustento, Educação dos Filhos, Lealdade e Respeito - Artigo 1597 do Código Civil – Presunção de Concepção dos Filhos na Constância do Casamento – Aplicação ao Instituto da União Estável – Necessidade – Esfera de Proteção - Pai Companheiro – Falecimento 239 (Duzentos e Trinta e Nove dias) após o nascimento de sua filha – Paternidade – Declaração – Necessidade – Recurso Especial Provido. Portanto dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do artigo 1.579 do Código Civil de 2002, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos 300 dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão da morte. Dessa forma em homenagem ao texto constitucional (art. 226 §3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1595 do CC ao regime de união estável. (STJ, 3ª T., REsp. 1.194.059/SP, rel. Min. Massami Uyeda, j. 06.11.2012).⁸³ (grifo nosso)

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - REGISTRO DE NASCIMENTO - APONTAMENTO DE PATERNIDADE - FALTA DE CORRESPONDÊNCIA COM REALIDADE - TABELIÃO DO CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA -

⁸² Art. 1.723 do Código Civil de 2002: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 18 ago. 2022.

⁸³ STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.194.059.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Art.+1597+do+C%C3%B3digo+Civil> Acesso em: 18 ago. 2022.

AFASTADA - ART. 1.597 DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. 1. O texto constitucional consagra a responsabilidade objetiva como fundamento jurídico para o ressarcimento dos danos causados a terceiros em virtude da atuação dos agentes vinculados às pessoas de direito público e seus delegatários. 2. Nos termos do art. 1.597 do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento. 3. Se a criança nasceu dentro dos 300 dias subsequentes à separação judicial averbada em Cartório, não há irregularidade a ser reconhecida no registro de nascimento, diante da presunção de paternidade. (TJ-MG - Apelação Cível 1.0105.14.014460-8/001, Relator(a): Des.(a) Carlos Roberto de Faria, julgamento em 15/04/2021, publicação da súmula em 20/05/2021).⁸⁴ (grifo nosso)

Portanto, sob a ótica do direito contemporâneo, não há que se colocar obstáculos a comprovação da filiação biológica, ou do direito fundamental do estado familiar, bem como subsistir qualquer diferenciação ou discriminação entre filhos.

Nesse interim, o direito à filiação biológica não pode ser suprimido, pois se assim for, o Estado estará subtraindo do indivíduo não só os direitos da sua condição de ascendente, mas também a sua história como ser social que se prova pela certidão do termo de nascimento⁸⁵.

1.3 Em face do único Pai ou Mãe biológicos, na Família Monoparental

A filiação biológica advinda da monoparentalidade, passou a ser admitida com a Constituição Federal brasileira de 1988, pois o Código Civil de 1916, não a reconhecia como família em razão do estereótipo patriarcal estruturado.

Os filhos deixaram de ser categorizados em razão do casamento do homem com a mulher, como legítimos ou ilegítimos.

Com uma maior expansão no entendimento de família, a art. 226, §4º da Constituição Federal brasileira de 1988, exterioriza um núcleo familiar estruturado por apenas um dos ascendentes e seu(s) filho(s).

Importante elencar as mudanças trazidas pela Constituição Federal brasileira de 1988, mas ausentes do Código Civil de 2002, ao tema monoparentalidade, foi motivada e impulsionada pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977⁸⁶ – Lei do Divórcio, que passou a regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento.

⁸⁴ TJ-MG. **Recurso de Apelação Cível 1.0105.14.014460-8/001**. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos Acesso em: 18 ago. 2022.

⁸⁵ Art. 1.603 do Código Civil de 2002: A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil. O registro de nascimento tem função declaratória e constitutiva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm Acesso em: 18 ago. 2022.

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977** – Lei do Divórcio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16515.htm Acesso em: 18 ago. 2022.

A Lei do Divórcio, possibilitou a dissolução do casamento, entendido pelo Código Civil de 1916 como indissolúvel, passando a ser admitido as famílias constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e seu (s) filho (s), atualmente conhecida como família monoparental, oriundas do divórcio.

Segundo dados da Agência Brasil, no ano de 2021, historicamente marcada pela Pandemia do COVID-19, computou em números reais 80.573 (oitenta mil quinhentos e setenta e três) divórcios (AGÊNCIA BRASIL, 2022, n. paginado).

Tais números são considerados um recorde histórico, estimulado pelo desenvolvimento tecnológico por meio da plataforma eletrônica e-Notariado⁸⁷, que realiza por videoconferência as sessões de divórcio extrajudicial.

Atualmente no Brasil, segundo o Colégio Notarial do Brasil (CNB/CF) são mais de 8.580 (oito mil quinhentos e oitenta) cartórios, para realizar não só divórcio, mas também separação extrajudicial (CNB/CF, 2022, n. paginado).

Contudo, os números reais de divórcio judicial no Brasil de acordo com o IBGE, mesmo sofrendo do efeito da subnumeração de dados, em razão da Pandemia COVID-19, pois a coleta de informações é feita presencialmente nas varas, computa no ano de 2020 o número de 140.218 (cento e quarenta e oito mil, duzentos e dezoito)⁸⁸ divórcios concedidos em 1ª instância a casais com filhos menores de idade (IBGE, 2022, n. paginado).

Os dados, só reiteram não só a influência, mais a consumação que a Lei do Divórcio nº 6.515/77 promoveu na formação família monoparental, e também no estado de filiação biológica pela via artificial, como segue:

(i) Na condição da viúves de um dos ascendentes, no caso a mulher ficar viúva após a concepção natural e antes do nascimento do(s) filho(s), independentemente da causa mortis do marido ou companheiro.

Em referência a viúves, está se insere no texto legal do art. 1571, § 1º do Código Civil de 2002, que explica que uma das formas de dissolução do casamento válido, seguindo interpretação sistemática união estável, se dá pelo falecimento de um dos genitores, surgindo assim, uma monoparentalidade típica.

⁸⁷ Provimento nº100/2020 que institui no Brasil a realização de atos notariais de forma online, por meio da plataforma e-Notariado, oferecendo segurança jurídica e os meios efeitos dos atos notariais presenciais. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/e-notariado/> Acesso em: 20 ago. 2022.

⁸⁸ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística –. Tabela 5936 – Divórcios concedidos em 1ª instância a casais com filhos menores de idade, e número de filhos menores de idade dos casais envolvidos, por número de filhos menores de idade, responsáveis pela guarda dos filhos e lugar da ação do processo. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5936#resultado> Aceso em: 20 ago. 2022.

(ii) Na condição de solteiros, principalmente da mulher que pode optar pelas técnicas de reprodução assistida para ter filhos superveniente ao casamento.

(iii) Por meio da técnica de inseminação artificial homóloga, quando a mulher opta pela técnica para procriação intrauterina e utiliza do próprio material genético do casal, mesmo que falecido o marido de acordo com o art. 1597, inciso III do Código Civil de 2002.

(iv) Por meio da técnica da fertilização homóloga *in vitro* por concepção *post mortem*, quando o casal não tem condições de procriar naturalmente, e opta pela técnica para procriação extrauterina e utiliza do seu próprio material genético, mesmo que falecido o marido de acordo com o art. 1597, inciso III do Código Civil de 2002.

(v) Por meio da técnica de inseminação artificial heteróloga, quando a mulher opta pela técnica para procriação intrauterina, seguida do implante no seu útero de gametas de uma terceira pessoa, desde que tenha autorização prévia do marido falecido, conforme o art. 1597, inciso V do Código Civil de 2002.

Nas palavras de Lipovetsky (2005, p. 175) a técnica da inseminação artificial em especial a heteróloga demonstra que:

[...] uma mulher é capaz de gerar um filho deixando-se fecundar por um pai anônimo ou por um homem já falecido; os atos de conceber e gerar podem vir dissociados de seu próprio filho [...]. Mediante as novas técnicas de reprodução, a procriação de um filho sem pai, a maternidade e a paternidade sem relações sexuais passaram a ser realidades concretas.

Para Szaniawski (2019, p.81), a técnica de inseminação artificial heteróloga com gameta doado por terceiro, não é recebida com entusiasmo por muitos doutrinadores, em razões de condutas éticas que repercutem no judiciário.

A conduta ética paira na seara de que os gametas utilizados são de uma terceira pessoa, desconhecida, e que em um futuro mesmo que incerto pode gerar ao “filho” a pretensão de conhecer sua verdade biológica, seja por questões de saúde, de orfandade, entre tantos outros inconvenientes (SZANIAVSKI, 2019, p.81).

Tal questão repercute no judiciário, quando a pretensão de conhecer a sua verdade biológica, ou seja, sua origem genética, colide com o direito à privacidade do terceiro doador de gametas, em manter seu anonimato.

Ao analisar o conteúdo legal do art. 1597 Código Civil de 2002, inciso III e V, ambos determinam que a mulher para poder realizar reprodução assistida, seja por inseminação artificial (ii; iv) ou fertilização *in vitro* (iii), deve ser casada ou convivente em união estável

condição presente apenas no texto da Resolução nº1.358/92, II – Usuários das Técnicas de RA, nº2, revogada no ano de 2010 pela Resolução nº1.957 de 15 de dezembro de 2010⁸⁹.

Resolução nº 1.358/92: II dos Usuários de Técnicas de RA (CFM, 1992, p.2), II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA. 1- Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. 2- Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado. (grifo nosso)⁹⁰

Importante ressaltar que as resoluções não eram e não são fontes absolutas ao tema, pois devem sempre estar alinhadas com os preceitos constitucionais, haja vista, o art. 226, §7º, eludir as técnicas de inseminação artificial uma solução para superar os entraves ao processo da procriação natural, assegurando o direito ao planejamento familiar e ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade familiar.

Nas resoluções dos anos subsequentes a exemplo da nº 2.013 do ano de 2013⁹¹, o textos do item II Pacientes das Técnicas de RA, no item 1 tinha por redação que “todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja a indicação não se afastasse dos limites da resolução, poderiam ser receptoras das técnicas de RA desde que estivesse de acordo sobre a legislação vigente” (CFM, 2013, p.4).

No item 2 por complemento a resolução tinha por redação “que era permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, se apresentando consonante aos preceitos constitucionais e do direitos das famílias ao respeito aos novos

⁸⁹ CFM. **Resolução de nº 1.957/10**. Apresentou modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum a Resolução de nº 1.358/92*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957> Acesso em: 01 mar. 2023.

⁹⁰ CFM. **Resolução de nº 1.358/92**. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358> Acesso realizado em: 01 mar. 2023.

⁹¹ CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.13/13**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013> Acesso em: 01 mar. 2023.

arranjos familiares, que seguiu sendo observado nos anos de 2017⁹², 2020⁹³, 2021⁹⁴ e 2022⁹⁵ atual e vigente, objetivando superar os entraves da reprodução biológica natural.

Mas de acordo com a jurisprudência pátria, mesmo sendo uma solução para superar os entraves ao processo de criação, as técnicas de reprodução assistida, não fazem parte dos direitos de personalidade do mínimo existencial, tão pouco, pode ser entendida como direito à saúde.

0030906-75.2017.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa Des(a). CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR - Julgamento: 30/01/2018 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. OBRIGAÇÃO ESTATAL. IMPOSSIBILIDADE. O direito ao planejamento familiar não está compreendido no mínimo existencial, e nem mesmo se trata de direito à saúde. Aplicação do princípio da reserva do possível, considerando que não é razoável o Poder Público arcar com gasto de tratamento de fertilização artificial não disponível na rede pública estatal. Recursos públicos devem priorizar gastos com saúde, aliado a circunstância de que os gastos com fertilização poderão não ter sucesso, ao passo que tais valores poderiam ser utilizados no tratamento de pessoas doentes. Recurso conhecido e improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator. ⁹⁶

Deste modo, o Estado entende não possuir responsabilidade em suportar o ônus, caso uma das técnicas de reprodução assistida seja pleiteada no judiciário, inclusive por não ser elencada como tratamento de saúde disponível na rede pública.

Todavia, no tocante ao desenvolvimento de novas tecnologias aplicadas a saúde, é importante conhecer dos possíveis choques impetuosos com o Direito, que Szaniawski (2005, p. 127), citando os autores italianos Gianpicollo, Perlingieri e Degni, afirma:

⁹² CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.168/17**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 2.121/15. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 01 mar. 2023.

⁹³ CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.383/20**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 2.168/17. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 01 mar. 2023.

⁹⁴CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.294/21**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 2.383/20. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294> Acesso em: 01 mar. 2023.

⁹⁵ CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.320/22**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 2.294/21. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> Acesso em: 01 mar. 2023.

⁹⁶ TJ/RJ. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento** Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046273D3FF41F5232BAEB379B2656F2487C507441B1F41> Acesso em: 20 ago. 2022.

A multiplicidade de direitos de personalidade aumentando a cada momento, de acordo com a evolução social, da tecnologia, da medicina e da biologia, provocaram um fracionamento dos direitos de personalidade em tipos e subtipos que se desenvolvem ao infinito estando os adeptos desta teoria sujeitos à crítica idêntica à que faziam aos seguidores do direito unitário de personalidade no século XIX. Os direitos de personalidade típicos se fracionam ao infinito trazendo insegurança jurídica, além de deixarem imensas lacunas na tutela da personalidade diante da ausência de algum tipo de previsão legal.

Atinente ainda ao tema, Szaniavski (2005, p. 127) entende que nosso ordenamento jurídico se destina a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, e a função da cláusula geral de tutela da personalidade, como se apresenta no julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE PÚBLICA. Reprodução humana – fertilização *in vitro*. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO. ART. 196, CF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. 1. Caso concreto, está comprovado, nos autos, que a autora apresenta patologias que a impossibilitam de ter uma gravidez natural, necessitando da realização do tratamento de reprodução assistida – fertilização *in vitro*, o mais breve possível, haja vista que já conta com 45 anos de idade. Não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho. A pretensão de obter tratamento para a fertilização *in vitro* não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo poder público. 2. A antecipação de tutela (...). 3. O Estado do Rio Grande do Sul é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda (...). 4. Os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público. Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida. Aplicação dos art. 5º, §1º, 6º e 196 da Constituição Federal. É direito do cidadão exigir e dever do Estado fornecer medicamentos, tratamentos e aparelhos indispensáveis à sobrevivência, quando o cidadão não puder prover o sustento próprio sem privações. Presença do interesse de agir pela urgência do tratamento pleiteado. Agravo nº 70047263785, Provido. Relator. Des. Francisco José Moesch.⁹⁷

Assim sendo, para garantir a efetiva proteção dos direitos dos indivíduos, é preciso fazer uma interpretação versátil e flexível do Direito, para se adaptar aos casos concretos que aparecem todos os dias na sociedade, evitando assim extirpar direitos implícitos na tutela da personalidade como princípio fundamental de ordem constitucional.

⁹⁷ TJ/RG. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento, n.º 70047263785** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=70047263785> Acesso em: 20 ago. 2022.

SEÇÃO II – Filiação Não Biológica

2.1 Conceito relacional

Uma condição inerente a todo ser humano é que desde a mais tenra idade, ao se relacionar com outras pessoas, há a presença do afeto.

No início da década dos anos de 1970, quando as ciências humanas despontam na contramão do pensamento cartesiano, positivista e retilíneo do mundo, ocorre um deslocamento na observação das produções sociais, ou seja, o homem não é mais apenas concebido e entendido pelas características genéticas.

Os padrões hereditários admitidos como verdade real, começam a convergir para uma verdade histórico-social, ou seja, o ser humano não é formado apenas por sua carga genotípica (DNA) ou fentotípica (características físicas), mas por tudo aquilo que o cerca e que influencia no seu processo como ser social.

Isso porque, desde o momento em que o ser humano nasce ele está em constante interação com o meio social, do qual o afeto se destaca como uma das principais formas com os seus cuidadores, (WALLON, 1986, p.146).

Os cuidadores, são todas aquelas pessoas que independentemente da coexistência da consanguinidade, serão solidários a um outro indivíduo, sem qualquer discriminação, e entendido pelo Estado como um direito individual de liberdade.

Deste modo, o afeto não é fruto da biologia, e sim da solidariedade que deriva da convivência e não do sangue (LOBO, 2022, p. 141).

A era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto”, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá-lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não que se determina (NOGUEIRA, 2001, p. 85).

O afeto, passa então a ter status de filiação, o brocado agora é “como se fosse meu filho, e tivesse nascido de mim”. Filho que nasceu do coração, e por isso denominada de filiação não biológica, concebida no afeto.

A filiação não biológica, assim como a filiação biológica apresentada na seção I desse capítulo, é também espécie, do estado de filiação (gênero), que abrange uma dimensão mais ampla, por estar fundado na criação e na convivência diuturna.

Pode-se afirmar que, o estado de filiação, não está mais vinculado apenas a consanguinidade, por meio da origem biológica ou genética do indivíduo, mas pelo afeto, tratando-se mais uma vez de um conceito relacional.

O afeto, passa a conceituar o estado de filiação não biológico, que também é denominado de filiação social, filiação afetiva ou filiação socioafetiva (SZANIAWSKI, 2019, p.171).

Nessa espécie de filiação, o que será levado em conta é o vínculo afetivo que une a pessoa do filho, do “pai” e da “mãe”.

(...)leva-se em consideração o vínculo afetivo que une determinadas pessoas em que se destacam sentimentos de paternidade, de maternidade e de filiação entre estas pessoas, independentemente da existência de um vínculo biológico, ou sanguíneo, predominando o afeto entre os pais e os filhos. As relações de filiação afetiva ou social surgem dos laços que unem afetivamente o marido ou companheiro de uma mulher e o filho desta cujo o pai é a terceira pessoa ou entre a mulher convivente do homem com filho deste, havido com outra mulher. Todavia, a filiação afetiva toma especial vulto nos casos em que ocorre a adoção plena e a procriação humana assistida mediante a modalidade heteróloga, em que ambos ou, pelo menos um dos genitores não possui vínculo biológico com a criança, existindo porém, um profundo vínculo afetivo entre ambos, (SZANIAWSKI, 2019, p. 171).

A possibilidade de reconhecer legalmente a filiação não biológica, vem autorizada apenas com o Código Civil de 2002 no caput do art. 1.593, “quando elenca que o parentesco é natural ou civil, ou resultante de consanguinidade ou de outra origem”.

A expressão “outra origem”, figura a parentalidade sobre o paradigma da afetividade, como princípio que constitui as relações familiares e de parentesco.

Isso porque, o afeto não está somente presente na conjugalidade, mas também na parentalidade, por assumir um papel importante na criação e manutenção dessa relação.

Por essa razão, a filiação não biológica – afetiva, ganha seu espaço consolidando-se como estado de filiação irreversível e inviolável.

A verdade real biológica, necessariamente não é melhor que a verdade real não biológica (sociológica). Ao tema, pontua Maria Berenice Dias:

(...) nunca foi tão fácil descobrir a verdade biológica, mas essa verdade tem pouca valia frente à verdade afetiva. Tanto assim que se estabeleceu a diferença entre pai e genitor. Pai é o que cria, o que dá amor, e genitor é somente o que gera. Se durante muito tempo por presunção legal ou por falta de conhecimentos científicos confundiam-se essas duas figuras, hoje possível é identificá-las em pessoas distintas, (DIAS, 2016, p.331).

Importante reiterar o pensamento de Szaniawski (2019, p.171) ao afirmar que paternidade é qualidade de ser pai, ora idêntico a qualidade de ser mãe que é a maternidade, que estabelecem também o vínculo de filiação pelo afeto, diferentemente do termo genitor e genitora que significa apenas “aquele e/ou aquela que gera”. E ainda complementa, que a socioafetividade além do afeto é dominada pelo amor e pelos cuidados.

O afeto então passa a ser entendido como valor jurídico, onde os cônjuges se destinam ao uma vida em comum, usando do afeto, como definidor da entidade familiar e do estado de filiação.

Importante também observar que o afeto como valor jurídico, é aquele que se tem como resultado do convívio, contínuo, duradouro, que envolve as pessoas, baseados na solidariedade, na ajuda mútua, na subsistência e na persistência de cada um e do todo que o forma (WATKINS, 1966, p.153).

O reconhecimento da filiação não biológica, precede da análise do caso concreto, haja vista, poder acontecer ainda em vida pela manifestação voluntária dos pais ou “*post mortem*,” a requerimento do filho⁹⁸, pela adoção⁹⁹, por reprodução assistida¹⁰⁰ ainda que no “*post mortem*”.

A filiação não biológica, pode ser resumida como uma construção social por meio do afeto, existente desde os primórdios da humanidade, e que mesmo ausente do Código Civil de 1916, pairava entre os doutrinadores e as decisões dos tribunais, como segue:

A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

⁹⁸ Tal reconhecimento é analisado pelos Tribunais fazendo-se analogia à adoção póstuma, prevista no artigo 42, § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil[...] § 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 22 ago. 2022.

⁹⁹ Por meio da adoção judicial, ato formal onde uma pessoa recebe outra como filho sem ter com ela vínculo biológico; adoção à brasileira, caracterizada por ser uma adoção informal, onde uma pessoa registra outra como se seu filho fosse, sabendo que não é; filho de criação, quando o indivíduo é integrado a uma família, mesmo sem haver ligação biológica ou jurídica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 22 ago. 2022.

¹⁰⁰ Art. 1597, inciso V do Código Civil de 2002. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 20 ago. 2022.

(STF - Recurso Extraordinário nº 898.060 Santa Catarina - Relator: Min. Luiz Fux.)¹⁰¹ (grifo nosso)

O reconhecimento da filiação não biológica, pode ser realizado na via extrajudicial (administrativa) ou judicial.

Na via extrajudicial (administrativa), por meio do reconhecimento voluntário da maternidade e/ou da paternidade em razão do afeto, diretamente no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, conforme o Provimento nº 63/2017¹⁰² do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ora alterado pelo Provimento nº 83/2019¹⁰³.

A alteração trazida pelo, nº 83/2019, alcança o art. 10, quanto a idade mínima de 12 anos para ser realizado o reconhecimento de maternidade ou paternidade espontânea em cartório.

(i) Art.10: O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. (Redação dada pelo Provimento nº 63, de 14.11.17). (grifo nosso)

(ii) Art.10: O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. (Redação dada pelo Provimento nº 83, de 14.8.19). (grifo nosso).

Na via judicial o reconhecimento de filiação não biológica, pode se dar a qualquer tempo, com a observação da legislação vigente, bem como de dois pressupostos imprescindíveis, que são: a manifestação de vontade clara e inequívoca, e da posse de estado de filho, que compreende o tratamento de parte à parte (pai/mãe/filhos), o nome (apontado pelo pai/mãe), e a fama (reconhecimento público da relação de filiação)¹⁰⁴.

Por fim, conforme o art. 227, §6º da Constituição Federal brasileira de 1988, entre os filhos biológicos e socioafetivos (filiação não biológica) não terá qualquer distinção, o que remanesce de igual forma a todos os filhos os direitos e deveres jurídicos inerentes a filiação e para com os pais.

A exemplo de direitos jurídicos, o recebimento de alimentos, dos direitos sucessórios, do direito alimentar, do direito de educação, já que se configura uma descendência em linha

¹⁰¹ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060 TJ/SC**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1369336524/inteiro-teor-1369336529> Acesso em: 20 ago. 2022.

¹⁰² CNJ. **Provimento nº 63/2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> Acesso em: 20 ago. 2022.

¹⁰³ CNJ. **Provimento nº 83.2019**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975> Acesso em: 20 ago. 2022.

¹⁰⁴ STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.328.380 TJ/MG**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/153483514> Acesso em: 20 ago. 2022.

reta. A exemplo de obrigações jurídicas, se insere o dever de cooperação, de auxílio, de assistência, de prestar alimentos, tudo em conformidade com a lei.

E acima de tudo, o afeto, qual foi pressuposto para o estado de filiação, de paternidade e/ou maternidade, que é uma construção diária de ser mãe ou pai, seja no processo natural no caso dos filhos biológicos, bem como no caso de filhos não biológicos decorrente do processo de adoção, na construção da parentalidade que esta presente na sociedade, desde a antiguidade como será exposto no próximo subtítulo.

2.2 Decorrente da Adoção

A adoção, é considerada uma das formas mais antigas no mundo para constituir a filiação não biológica.

Historicamente a adoção se fez conhecida por muitos povos, como os egípcios, os assírios, os hebreus, os caldeus, e os babilônicos, sendo narrada inclusive na Bíblia com a adoção de Moisés às margens do Nilo pela filha do Farão.

O Código de Hamurabi, entre 1792 e 1750 a.C., apresentou minuciosa regulamentação sobre a adoção, assim como, o Código de Manu, entre os séculos II a.C. e II d. C., no qual a adoção também é redigida e dirigida para “aquele a quem a natureza não desse filhos, o qual poderia adotar um”. Seu objetivo, era cultural na manutenção das cerimônias fúnebres, e também dos núcleos familiares (OLIVEIRA, 2020, p. 58).

No Código de Justiniano, a adoção foi instituída em duas modalidades. Adoção *minus* na qual haveria somente parentesco civil entre o adotante e o adotado, o qual ainda estaria sob a autoridade do seu pai natural. E a adoção plena, que se dava entre parentes, e que transferia o pátrio poder ao adotante (OLIVEIRA, 2020, p.59).

Na Idade Média, período que estendeu entre o século V ao XV, a adoção não foi aceita pela aristocracia, qual não queria modificar a sua linhagem parental de sucessão, por meio da herança, (OLIVEIRA, 2020, p.59).

Restaurada por Napoleão Bonaparte e com os ideários da Revolução Francesa, a adoção foi regulada no Código Civil Francês de 1804, baseado no direito romano, que acabou servindo de modelo para as legislações de outros países da Europa e das Américas

A herança da adoção como instituto do direito brasileiro no entendimento de muitos doutrinadores, tem seu início com o Código Civil de 1916, já que anterior a este, as regras eram do direito romano.

O Código Civil de 1916, segue o modelo da adoção *minus* e plena dos romanos, que visava apenas o interesse dos adotantes, (LOBO, 2002, p.139).

A adoção então, surge inicialmente como instituto do direito de família, para suprir por qualquer motivo a impossibilidade do indivíduo de exercer paternidade e/ou maternidade dos filhos biológicos, apresentando um caráter de negócio jurídico bilateral, solene, vinculado aos mandamentos legais beneficiando pessoa estranha através da constituição de um vínculo de paternidade e filiação legal (SZANIAWSKI, 2019, p.173).

De ordem prática, a adoção pelo Código Civil de 1916 não produzia efeito, já que um dos pressupostos era a diferença mínima de 50 (cinquenta) anos entre adotante e adotado, que foi modificada pela Lei nº 3.133 de 8 de maio de 1957, que atualizou o instituto da adoção no Código Civil de 1916, e abrandou a diferença mínima de idade para 16 (dezesesseis) anos, conforme o artigo 369¹⁰⁵.

A matéria segue tendo suas alterações, seja com a Lei nº 4.655 de 2 de junho de 1965¹⁰⁶ que dispunha sobre a legitimidade adotiva e com a Lei nº 6.69 de 10 de outubro de 1979¹⁰⁷ que instituiu o Código de Menores, até culminar em 1990 com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) por meio da Lei nº 8.069 promulgado em 13 de julho de 1990¹⁰⁸.

Antes de tratar da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é importante enfatizar os limites do Código Civil de 2002 e a influência da Constituição Federal brasileira de 1988 ao tema.

Na seara do Código Civil de 2002, a adoção estava elencada dos arts. 1.618 a 1.629, sendo que destes apenas os arts. 1.618 e 1.619 permaneceram¹⁰⁹. Os demais artigos, foram revogados pela Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009¹¹⁰, deixando ao encargo civilista apenas a adoção dos maiores de 18 (dezoito) anos.

¹⁰⁵ Art. 369. O adotante há de ser, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotado. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-3133-8-maio-1957-355236-norma-pl.html> Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 4.655 de 2 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4655.htm Acesso em: 28 ago. 2022.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 6.69 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm Acesso: 28 ago. 2022.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso: 28 ago. 2022.

¹⁰⁹ Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 1.620 a 1.629 (Revogados pela Lei nº 12.010, de 2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm Acesso em: 28 ago. 2022.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm Acesso em: 28 ago. 2022.

A conjugação dos aludidos dispositivos legais é de clareza solar ao estabelecer que a adoção de criança ou adolescente é regida, diretamente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto a adoção de pessoa maior de dezoito anos estará submetida à sistemática do Código Civil, aplicando-se, no que couber, as regras estatutárias. Valorizando-se, com isso, o Estatuto, inclusive reconhecendo a sua aplicabilidade à adoção de pessoa maior de dezoito anos de idade, (FARIAS E ROSENVALD, 2019, p. 917).

Com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988, no caput do art. 227, declara o tratamento prioritário a crianças e aos adolescentes, e nos §§ 5º e 6º ¹¹¹apresenta a intervenção do poder estatal nos atos de adoção, abolindo qualquer diferenciação entre filhos biológicos e não biológicos.

A mudança de perfil constitucional decorre do seu art. 227, que impõe à família¹¹², à sociedade e ao Estado¹¹³ o dever de assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade:

O direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, n. paginada). (grifo nosso)

¹¹¹ Art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 18 set. 2022.

¹¹² A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade e reconhece que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão. E reconhece que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 18 set. 2022

¹¹³ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, como tarefa (prestação) imposta ao Estado escreve Ingo Wolfgang Sarle (2004, p. 145): a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).

A dignidade da pessoa humana¹¹⁴, como já abordado nesse estudo nasce junto com o próprio indivíduo, que segundo Szaniawski (2019, p.14) é difícil de conceituar, pois é fluida, multifacetária e multidisciplinar.

A Constituição Federal brasileira de 1988, especificamente ao tema adoção demonstra toda sua repersonalização, pois ao instituir a peculiar condição de proteção as pessoas em desenvolvimento, tem consequentemente por objetivo a proteção de direitos de personalidade¹¹⁵.

Aquilo que outrora, tinha por objetivo suprir apenas a impossibilidade do indivíduo de exercer paternidade e/ou maternidade dos filhos biológicos, agora se insere numa atmosfera de segurança jurídica também aos indivíduos (crianças e adolescentes) no direito de conviver em uma família e na comunidade, em prol do seu pleno desenvolvimento.

A adoção encontra-se disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a partir do art. 39 até o art. 52. De acordo com o art. 41, a adoção tem como objetivo atribuir a condição de filho ao adotado, tendo esse os mesmos direitos e deveres como se filho natural fosse (BRASIL, 1990, n. paginado).

Tal atribuição, decorre dos princípios constitucionais inseridos no art. 227¹¹⁶, que reproduz a máxima da prioridade absoluta outrora fixada na Convenção das Nações Unidas¹¹⁷ sobre os direitos da criança¹¹⁸.

¹¹⁴ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, escreve Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 146): consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

¹¹⁵ Segundo De Cupis (2004, p.129), todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo a personalidade, poderiam chamar-se de “direitos da personalidade”. Contudo, a linguagem jurídica atual, designa tal nomenclatura àqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Em outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade estaria de não ser realizada, por estar privada do valor concreto.

¹¹⁶ Art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988: 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 28 ago. 2022.

¹¹⁷ Art. 1: Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 22 ago. 2022.

¹¹⁸ Art. 31. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras

Com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), reitera-se a proteção integral da criança e do adolescente instituída nos seus arts. 1º e 3ª, bem como a máxima principiológica do melhor interesse da criança ou do adolescente¹¹⁹.

A adoção passa a ser um direito vinculado à convivência com um núcleo familiar e a comunidade, em conformidade com o art. 19.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 2016, n. paginada).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, tinha como principal objetivo encontrar um lar, uma família para crianças e adolescentes desassistidos ou abandonados (SZANIAWSKI, 2019, p. 183).

Não obstante, a adoção atualmente, constitui-se nas palavras de Szaniawski (2019, p. 172) em um ato de amor e desprendimento. É a mais antiga modalidade em todo o mundo, de constituir alguém como filho além da forma biológica,

Desse mesmo pensamento, também compartilha Almeida (2018, p.09), quando declara que a adoção pode ser entendida como um ato de amor. A adoção atribui aos maiores de 18 (dezoito) anos e aos menores de 18 (dezoito) anos, o estado de filiação não biológica (socioafetiva, afetiva ou social), pela Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (ECA).

A filiação por adoção, decorre então de um fato, que depende da manifestação de vontade livre das partes, baseada no afeto que não é imediato pois é construído diariamente pelo convívio mútuo, com ânimo de formar família.

peçoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 22 ago. 2022.

¹¹⁹ Para Pereira (2006, p.138), o princípio do melhor interesse da criança surgiu com a evolução da família, que mudou de estrutura e passou a ser núcleo de afetividade, amor, companheirismo e assim perdeu sua função econômica. Tornou-se ambiente de valorização e dignidade do homem, o que deu abertura para a que os direitos do menor ganhassem destaque. A criança e o adolescente encontram em situação de fragilidade, pois estão em processo de amadurecimento e formação e por isso o direito tem o dever de protegê-los, razão da existência desse princípio. É, entretanto um princípio bem relativo, o que é melhor para a criança pode variar e os princípios são geralmente abrangentes e circunstanciais, logo é melhor analisado em situações concretas que podem mudar a ideia de melhor.

Ao adotante se atribui a condição de pai e/ou mãe, e ao adotado a condição de filho¹²⁰, o desconectando da sua origem familiar biológica, ainda que a lei lhe garanta o direito ao conhecimento da própria origem genética¹²¹.

A filiação por adoção, pode ter subespécies de acordo com o reconhecimento dado pelo Supremo Tribunal Federal que pode ser:

QUADRO COMPARATIVO 5

Adoção	Qualquer Pessoa
Individual	Um pai ou uma mãe
Conjunta	Adotantes Casados
Anaparental	Sem ascendência
Unilateral	Quando o cônjuge ou companheiro adota o filho do outro.

Fonte: a autora, 2022.

De tal sorte, a adoção é uma relação à princípio “*inter vivos*”, mas também pode acontecer na hipótese do “*post mortem*” a qual há de ser verificada no caso concreto, se o evento morte ocorreu antes ou durante o processo de adoção.

Importante observar que a adoção no “*post mortem*”, quando já iniciado o processo de adoção¹²² deve contemplar os requisitos da manifestação inequívoca do seu desejo de adotar, ou se não iniciado o processo que se tenha comprovado também o tratamento do adotante como se filho fosse, de modo público, contínuo e duradouro¹²³.

¹²⁰ Art. 41: A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 28 ago. 2022.

¹²¹ O grande passo do direito brasileiro em direção à tutela do direito ao conhecimento da própria origem genética está elencado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira de 1988, por estar relacionada a um direito de personalidade qual tem por base fundamentadora a dignidade da pessoa humana (SZANIAWSKI, 2019, p. 410)

¹²² O conceito de vontade inequívoca manifestada pelo adotante antes de seu óbito é aberto, devendo ser alcançado a depender da circunstância concreta. Por isso admite-se que a vontade inequívoca decorra da chamada posse de estado de filho, em caso nos quais o adotante-falecido, antes de sua morte, estabeleceu com o adotado uma relação fática paterno-filial. Sob o ponto de vista prático, significa que a vontade inequívoca de adotar manifestada antes do óbito, deve ser evidenciada pelos mesmos critérios utilizados para demonstração da filiação socioafetiva (FARIA; ROSENVALD, 2021).

¹²³ No STJ, os ministros reformaram a decisão do TJ/MG e reconheceram a adoção por parte do falecido, pois consideraram que ficou comprovado que a adotanda recebeu tratamento idêntico ao de filha por parte dele durante sua vida, manifestado não apenas no suporte material, mas também em sua plena inserção no núcleo familiar. De acordo com a relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, o direito brasileiro possibilita a adoção póstuma, nos

Segundo Bordallo (2010, p.249) a adoção não é apenas um ato judicial:

Deve-se ser levado em considerações, principalmente, que a adoção é puramente um ato de amor, que acontece nos corações do adotante e do adotando, sendo assim, independe de ato judicial que faz produzir tão somente os efeitos jurídicos. Com base nisso que se interpreta a adoção póstuma como sendo justa, adequada e possível.

Por fim, não resta qualquer dúvida de que a adoção é mais uma forma de se atribuir o estado filiação não biológica, e que mesmo diante da aplicabilidade da lei, requer que seja minuciosamente analisado caso a caso, sob pena de não mitigar apenas o direito, mas também o afeto que alcança a filiação decorrente da reprodução humana assistida heteróloga.

2.3 Decorrente da Reprodução Humana Assistida Heteróloga

Desde o ano de 1990, é possível observar os deleites e os sonhos trazidos pelo Projeto Genoma¹²⁴, na possibilidade de mapear genes humanos, e de criar técnicas de reprodução assistida com capacidade de conceber a vida com a manipulação de células germinativas (óvulo e zigoto).

Destarte que as novas tecnologias aplicadas à vida só serão justificadas (ética e moral) em seu uso se estiverem coadunadas com a melhoria da saúde do homem, não representando uma forma de dominação ou de coisificação da sua natureza (DRUMOND, 2007, p. 123).

termos do artigo 42, parágrafo 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na hipótese de óbito do adotante no curso do procedimento de adoção, e diante da constatação de que ele manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Segundo ela, a jurisprudência tem alargado os limites do ECA e permitido que figure como adotante aquele que, “embora não tenha ajuizado essa ação em vida, demonstrou, também de forma inequívoca, que pretendia realizar o procedimento”. Nancy Andrichi explicou que, havendo “consistente e irrefutável comprovação de que adotante e adotado construíram durante a vida um inequívoco relacionamento socioafetivo de pai/filha, um possível pedido judicial de adoção, antes do óbito, teria apenas selado com o manto da certeza o que a vida em comum de ambos já confirmara: que eles já teriam incorporado e dado publicidade de que formavam, por vínculos socioafetivos, uma relação de pai e filha”. No caso julgado, a relatora afirmou que não poderia ignorar a existência de um relacionamento filial entre a adotanda e aqueles que a criaram desde um ano e dez meses de idade até a fase adulta, principalmente em razão do que ficou comprovado com a petição inicial protocolada pela mãe adotiva, na qual traz fatos sobre toda a vida escolar da adotanda, bem como seus convites de formatura e de casamento em que constam os nomes da viúva e do falecido como seus pais. Para efeito de adoção após o falecimento do adotante, explicou a ministra, é necessária a demonstração da “inequívoca vontade do de cujus em adotar” com base nos mesmos critérios que comprovam a filiação socioafetiva: “O tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.” Disponível em: <https://cnb.org.br/2017/09/14/stj-adocao-postuma-e-possivel-mesmo-com-morte-do-adotante-antes-de-iniciado-processo-de-adocao> Acesso em: 22 ago. 2022.

¹²⁴ O Projeto Genoma de 1990, é considerado por Maeder e Gersbach (2016) como um projeto ambicioso de mapeamento dos genes humanos, finalizado em 2003, com o aperfeiçoamento dos testes genéticos, técnicas de reprodução assistida, que intervêm sobre o DNA humano.

Fortes (1993) considera que todas as inovações tecno-científicas que vêm ocorrendo nesta área "trazem a imperiosa necessidade de profunda reflexão filosófica, ética e jurídica sobre as repercussões dessas nos direitos fundamentais que devem reger a vida humana" (p. 79). O autor acrescenta que tais conquistas científicas devem "visar o bem do ser humano", portanto seus resultados e suas conseqüências devem ser limitados pela "manutenção das garantias e liberdades dos indivíduos" (p. 80).

A reprodução humana assistida, é uma das novas tecnologias da vida, oriundas da Biotecnologia¹²⁵, que vem solucionar a esterilidade e infertilidade¹²⁶, esta entendida como a incapacidade de conduzir a gravidez, necessitando de um útero alheio para que o feto nasça com vida. Aquela entendida como a incapacidade para conceber uma nova vida, sendo necessário a utilização de gametas de terceira pessoa, no caso de um doador.

Tem-se então, a reprodução humana assistida heteróloga por inseminação artificial (intrauterina) ou fertilização "*in vitro*" (extrauterina) seguido do implante no útero.

Insta salientar que o implante no útero pode ocorrer na esposa ou companheira, porém, quando lhe for impossível, pode se dar em útero alheio, denominado de mãe de substituição ou gestação de substituição (SZANIAWSKI, 2019, p. 263).

Apesar da legislação brasileira ser omissa quanto o implante em útero alheio, o procedimento há de seguir a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/21¹²⁷, que no capítulo VII estipula as diretrizes sobre a gestação de substituição, quais sejam:

- (i) Casos de problema médico que impeça ou tenha contraindicação a gestação pela doadora;
- (ii) Em caso de união homoafetiva;
- (iii) Doadoras temporárias do útero, pertençam à mesma família da doadora genética;

¹²⁵ O Conselho de Informação sobre Biotecnologia (CIB, 2009), descreve a biotecnologia, como a tecnologia que gera produtos e processos de origem biológica, espectro ou conjunto de tecnologias moleculares aplicadas ao estudo de microorganismos, plantas e animais, ou seja, processo tecnológico que permite a utilização de material biológico para fins industriais, agregando conhecimento nas áreas da genética, informática, engenharia química, microbiologia e bioquímica (REUSING, 2019, p. 118).

¹²⁶ Esterilidade é a incapacidade para conceber. Si essa incapacidade não é para conceber, mas para conduzir a prenhez até o nascimento de feto vivo e viável, dá-se o nome de infertilidade. Si tão simples é o conceito biológico da esterilidade, já o é menos o seu conceito clínico, por isso que a aptidão para conceber varia de indivíduo a indivíduo

¹²⁷ CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.294/2021** (Publicada no D.O.U. de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60) Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294> Acesso em: 28 ago. 2022.

- (iv) Que o grau de parentesco se limite até o 4º (grau), podendo diante do caso concreto ser autorizado além desse grau pelo Conselho Regional de Medicina;
- (v) Necessidade de termos de consentimento livre e esclarecido assinado pelas partes interessadas;
- (vi) Relatório médico do perfil psicológico que ateste a adequação emocional das partes envolvidas;
- (vii) Termo de Compromisso para esclarecer a questão da filiação;
- (viii) Garantia do registro civil da criança pelos genitores, ou seja, pelos pais genéticos;
- (ix) Aprovação do marido ou do companheiro, por escrito, se a doadora do útero temporário fora casada ou convivente em união estável.

Buscando amenizar questões éticas¹²⁸, a referida Resolução assevera que não pode haver caráter lucrativo ou comercial para este procedimento, por isso, o termo “barriga de aluguel” não deve ser utilizado. Impera, em um ato gratuito, baseado no afeto, estando fundamentado no art. 199, §4º da Constituição Federal brasileira de 1988.

Á gestação de substituição, que só poderá ser realizada a título gratuito – inviabilizando a prática de barriga de aluguel –, além disso, em regra, a cessão temporária do útero só é permitida no âmbito familiar, com sujeitos que possuam parentesco consanguíneo de qualquer um dos parceiros até o quarto grau colateral. Há também a limitação quanto à idade da cedente temporária do útero que não pode ter mais de 50 anos de idade, ressalvados os casos devidamente justificados pelo médico, ao constatar a ausência de riscos à saúde da cedente (MARINHO, 2020, p. n. paginado)

Ademais atribuir valor pecuniário a gestação de substituição, causa afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana art.1º, inciso III, por coisificar (colocar preço) no direito à vida bem maior do ser humano, tutelado, indisponível e não passível de comercialização¹²⁹.

¹²⁸ Uma nova disciplina que construiria uma ponte entre a ciência e humanidades, ou mais explicitamente, uma ponte entre a biologia e a ética, portanto bioética. Essa ponte era somente um meio para o fim. O fim, ou o objetivo, ou a visão primeira, era construir a bioética como outra ponte, como ponte para o futuro. De fato, Bioética, como ponte para o futuro foi o título do meu primeiro livro sobre o assunto em 1971. Penso a bioética desta maneira: I – função primordial: bioética como uma ponte para o futuro; II – função capacitadora: bioética como uma ponte entre as várias disciplinas (POTTER, 1971, p. 339). Enquanto Potter definiu a bioética como ponte para o futuro, André Hellegers, obstetra de origem holandesa, utilizou o termo bioética numa concepção internalista, voltada para ética médica, especificamente para as descobertas recentes no campo da reprodução humana.

¹²⁹ Fernandes (2005, p. 100) afirma que a obrigatoriedade da exigência de uma relação de parentesco foi estabelecida com o fim de evitar a comercialização, já que nestas circunstâncias as pessoas estão ligadas por laços familiares.

Porém, se a reprodução¹³⁰, ocorrer com o implante no útero da esposa ou companheira, com material genético (sêmen) de terceira pessoa (doador), que não o marido ou companheiro, este procedimento por ele deve ser autorizado, conforme o art. 1.597, inciso V do Código Civil de 2002, que traz a seguinte redação: “Art. 1.597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que, tenha prévia autorização do marido”.

Quando a mulher é casada, e o casal deseja realizar o procedimento de inseminação artificial com o sêmen de terceiro, deve haver a autorização prévia do marido. Pois, conforme assevera o Código Civil, em seu art. 1.597, V, para que a criança concebida através da técnica de reprodução humana assistida heteróloga seja reconhecida e presumida na constância do casamento, deve haver prévia autorização do marido. Neste caso, uma vez autorizada a inseminação, não poderá o marido manejar ação de impugnação de paternidade (ARRUDA; BARBALHO, 2014, n. paginado).

Para tanto, insta esclarecer que o genitor, não tem obrigatoriedade de comprovar sua esterilidade para utilizar-se da técnica, apenas e tão somente, dar seu consentimento livre e esclarecido autorizando o uso de material genético de terceiro (doador).

Desta autorização, decorre a presunção da paternidade, dando ensejo a filiação não biológica (socioafetiva, afetiva, ou social) paterna, e por consequência a posse do estado de filiação, já citada nesse estudo na existência da relação de afeto, com tratamento e fama de filho de modo público e duradouro.

A reprodução assistida humana heteróloga, concede então a maternidade e a paternidade socioafetivas, para todos aqueles que por questões de saúde tenham impossibilidade de procriar pela via natural, e se socorrer da via artificial, uma das formas de se concretizar as novas relações familiares¹³¹, que urge de uma regulamentação específica¹³².

¹³⁰ A reprodução assistida, produto dos avanços tecnológicos na área da saúde reprodutiva, é definida por Corrêa (2001) como "um conjunto de técnicas de tratamento médico paliativo, em condições de in/hipofertilidade humana, visando à fecundação" (p. 11). Tais técnicas substituem a relação sexual na reprodução biológica, provocando mudanças nos moldes tradicionais de procriação. Além do casal, pode, também, envolver o médico e em outras vezes um doador do material reprodutivo humano. Em algumas circunstâncias, a doação temporária do útero (mãe de aluguel ou mãe substituta).

¹³¹ O que podemos perceber, enfatizado por doutrinadores brasileiros, é que “[...] o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares [...]” (TARTUCE, 2015, p. 23).

¹³² BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.892**, de 19 de dezembro de 2012. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao> Acesso em: 22 ago. 2022.

3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

O direito de filiação, se estabelece como um direito da verdade, e consequentemente um direito da vida, da concretude da dignidade da pessoa humana, que de maneira coletiva alcança a família como um todo, e de maneira individual, a cada um dos membros que a ela pertencem e àqueles que podem vir a pertencer. Nesse aspecto, o direito de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não-biológica. Em sua grande maioria, a filiação deriva do fato biológico, por força da natureza humana, mas também de outros fatos que lhes auxiliam, como as técnicas de reprodução assistida, a posse do estado de filiação e a adoção.

Inicialmente o estado de filiação, tinha sua origem baseada na ancestralidade por meio da perpetuação da espécie, e que legítimo era apenas o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos.

Como passar do tempo, operou-se uma ampliação não apenas dos círculos de filiação, os filhos ilegítimos passaram a ser dotados de iguais direitos e deveres como os legítimos, o que determinado o estado de filiação não era apenas os laços de sangue, mas os de afeto.

O afeto, historicamente como sentimento terno de afeição que sempre uniu as pessoas, se torna a base da constituição das relações maternas e paternas. Deste modo, os filhos podem ser considerados a continuidade da espécie por meio de uma representação biológica (genética), ou não biológica (afeto).

Os papéis de pai e mãe podem ser exercidos por quaisquer outros indivíduos sem qualquer vínculo biológico (consanguíneo). O afeto, é o fator determinante para a declaração do estado de filiação não-biológica, ou seja, da filiação socioafetiva, que culturalmente já era reconhecida pela sociedade e posteriormente passou a ser reconhecida juridicamente pelas instituições do direito. Seu reconhecimento, se dá por meio da convivência familiar duradoura, do vínculo declarado como público e contínuo, independentemente do vínculo biológico. O estado de filiação, é tema de suma importância, uma vez que também repersonalizado pela Constituição Federal brasileira de 1988 e pelo Direito Civil, bem como, pelos avanços da medicina, da biologia e das técnicas de manipulação genética, a filiação biológica não é mais a única a legitimar a filiação, pertencendo contemporaneamente ao *status familiae* dos Direitos das Famílias.

PARTE II – DIREITO DAS ORIGENS

CAPITULO I – DIREITO AO CONHECIMENTO DA PRÓPRIA ORIGEM

Este capítulo, tem por recorte principal o tema do direito ao conhecimento das origens. A origem de qualquer indivíduo na legislação brasileira, pode se dar de duas formas: o direito de conhecer sua origem genética, e o direito a conhecer sua origem familiar.

Precede como objetivo deste capítulo, distinguir ambos os direitos de conhecimento da origem, tendo por ponto de partida a interpretação sistemática que o direito da origem genética se insere no direito de personalidade e o direito da origem familiar no direito de família.

Tal distinção é importante, tendo em vista, as normas que as regulamentam e os efeitos jurídicos que causam, não se confundem entre si, tão pouco interagirem, mas que de ordem prática podem causar confusão, pois ambos os direitos de conhecimento geralmente resultam do abandono, da adoção e da reprodução assistida heteróloga.

Isso porque a adoção e a reprodução assistida heteróloga concedem a alguém o estado de filiação com isonomia, independentemente se a filiação é biológica ou não (socioafetiva, afetiva ou social), como explicado anteriormente. Em casos de adoção, decorre o direito ao sigilo das informações processuais e do anonimato das pessoas envolvidas.

Nos casos de reprodução assistida heteróloga, decorre o direito à vida privada e a intimidade dos terceiros que participaram na doação de gametas, incluindo o direito ao segredo do profissional. Esse sigilo ou segredo está ligado diretamente ao direito de manter desconhecida a identidade do(s) genitor(es), aqueles que biologicamente participaram da concepção, mas não tem qualquer vínculo afetivo, para assim serem entendidos como “pais”.

A questão do anonimato, do sigilo, do segredo as origens, vem do Direito Francês ao manter desconhecido os nomes da mulher e/ou do homem nos casos de extraconjugalidade e das mulheres quando ainda solteira, mantendo assim a integridade das pessoas e do próprio núcleo familiar. Como solução, as crianças concebidas em tais circunstâncias, geralmente eram abandonadas, o que motivou a criação de mecanismos sociais para coibir a tal prática, como a exemplo da roda dos expostos, e do instituto do parto anônimo, e que mais uma vez recai na celeuma do conflitos entre os direitos do anonimato (sigilo) e o direito de conhecimento da origem.

SEÇÃO I – Da Origem Genética

1.1 Como Direito da Personalidade

O direito de conhecimento da própria origem genética, tem por ponto de partida o direito de personalidade.

O direito de personalidade vem sendo redesenhado pelo Direito desde os tempos mais remotos, donde a sua evolução como ciência perfaz íntima relação com a evolução da pessoa humana.

A necessidade de proteção a pessoa humana, tem sua origem na Grécia¹³³ e no Direito Romano, quando o Poder Público reconhece-a como ente dotado de personalidade e de capacidade jurídica para se organizar e interagir socialmente.

A proteção da personalidade humana na Grécia, se assentava sobre três ideias centrais:

A primeira formulava a noção de repúdio à injustiça, a segunda vedada toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra outra e a última proibía a prática de atos de insolência contra a pessoa humana. A tutela da personalidade humana era exercida através da *hybris*¹³⁴ e mediante repressão à prática de atos de injúria e sevícias, destacando-se as *aixias*¹³⁵ (SZANIAWSKI, 2005, p. 25).

Contudo, mesmo tendo sido reconhecida na Grécia, a doutrina tradicional da tutela da personalidade humana, é atribuída aos romanos, que entendia que a proteção de personalidade se restringia aos indivíduos que reunissem três status: *status libertatis, civitatis e familiae*, todos atribuídos de modo particular e cumulativo. Ao tema Szaniawski (2005, p. 25-26) declara que:

Quem não possuísse liberdade, não possuía nenhum outro status, a exemplo dos escravos que, não possuindo liberdade, não sendo cidadãos e nem podendo constituir família por meio das justas núpcias, não tinham personalidade, apesar de serem seres humanos. O direito *justinianeu* nos releva ser o escravo um ser humano que perdeu a liberdade.

¹³³ O reconhecimento como pessoa na Grécia, era apenas concedido aos cidadãos, homens livres e chefes de família, haja vista terem acesso às assembleias. Essa condição, de pessoa, portanto, não alcançava as mulheres, os filhos, os escravos, tão pouco os estrangeiros (SZANIAWSKI, 2005, p. 25).

¹³⁴ Deve ser entendida como a ação contrária ao direito, ato voluntário e negativo, que irá envolver o autor da conduta e a vítima aquele que irá sofrer um prejuízo pela conduta praticada. É toda conduta que ultrapassa a medida, que leva ao excesso, ao destempero, que provoca insolência, intolerância, soberba. A “*Hybris*”, se fez presente na Mitologia em diversas peças como o Mito do Prometeu quando do roubo do fogo divino, destinado aos seres humanos uma vida sem descanso para produzir os alimentos, no Mito de Pandora, quando da caixa saem todos os males que atingem a humanidade, e também no Mito das Raças, quando da existência das cinco raças (ouro, prata, bronze, heróis e ferro), ao chegar na última (ferro) ocorre a subversão total do direito (humano), onde a desordem e a injustiça se instalam em contrapondo ao antigo mundo divino (ouro), (FERRAZ, 2002, p.123).

¹³⁵ Categoria jurídica específica para coibir a prática de atos de injúria e de sevícia (SZANIAWSKI, 2005, p.25).

Deste modo, para os romanos, nem todo homem era investido de personalidade, pois deveria para tal condição comungar dos requisitos de liberdade, cidadania e família, ou seja, *status libertatis, status civitatis e status familiae*. Szaniawski (2005, p.27) afirma que o cidadão romano tinha plenos direitos civis quando outorgados pelo *status civitatis*, denominação que pelo Direito Romano se indicava a condição jurídica do cidadão.

Com o advento da Idade Média, logo após a queda do Império Romano, período marcado pela fragmentação dos reinos, guerras endêmicas e lutas pelo poder, foi instituído como costume um sistema de vingança privada, sem qualquer melhoria na proteção dos direitos da personalidade.

A fragmentação também se fez presente, em razão da multiplicidade de fontes e ordens que não propiciavam a criação de um sistema jurídico. A noção de um sistema jurídico unitário e universal na Idade Moderna por volta do século XVIII, tinha sua base voltada para a dignidade e a valorização do indivíduo como pessoa (SZANIAWSKI, 2005, p.35).

Uma das definições mais antigas de pessoa, é feita por Boécio¹³⁶, para quem a pessoa consistia em “*naturae rationalis individua substantia*”, ou seja, substância individual de natureza racional. Assim a pessoa, é reconhecida como indivíduo pelo fato de existir em si mesmo (SZANIAWSKI, 2005, p.35).

A definição feita por Boécio, nos escritos de Tomás de Aquino, proporcionou a este uma versão definitiva, quando afirmou que a pessoa é o que há de mais perfeito na natureza, já que consiste no modo mais digno de existência. Assim a personalidade, era substância individual de uma essência racional.

Para esse entendimento nas palavras de Szaniawski (2005, p.36), há que lembrar que tais definições devem ser lidos de acordo com a ideologia da época, cujo a fonte de tudo era Deus. A palavra pessoa, por analogia remetia a imagem e semelhança de Deus, em razão da sua própria criação como ser, partir de vértice da criação divina.

Para esse recorte o que importa, é a inserção trazida por Tomás de Aquino, do elemento dignidade à pessoa, nas seguintes concepções:

¹³⁶ Filósofo dos séculos V e VI, elaborar o conceito de pessoa que hoje é conhecido como “clássico”. Ao afirmar que a pessoa tem uma natureza racional ou espiritual, ele estabeleceu uma relação de cada ser humano com a pessoa (ou pessoas) de Deus e, assim, justificou a passagem bíblica que coloca o homem como um ser criado à imagem do seu Criador. Além disso, ao defini-la como substância individual, enfatizou que o termo “pessoa” não se refere a uma natureza ou essência comum que se atribui a um ser, mas ao próprio ser concreto (BERTI, 1992, p. 47-48).

(i) Referendado posteriormente por movimentos como Iluminismo¹³⁷, Revolução Francesa¹³⁸, Revolução Americana¹³⁹;

(ii) Consolidada em diversos documentos internacionais do pós guerra (1ª e 2ª Guerras Mundiais), como a Declaração do Universal dos Direitos Humanos (1948)¹⁴⁰, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)¹⁴¹, Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)¹⁴², os quais afirmam a relação da dignidade com os direitos de personalidade.

(iii) Defendida mediante a criação de organizações que tem por finalidade principal a dignidade da pessoa humana como direitos humanos fundamentais como a Organização das Nações Unidas (ONU), Fundação das Nações Unidas para a Infância (UNICEF);

(iv) Base fundadora das constituições democráticas com base no direito fundamental da dignidade da pessoa humana, como a Constituição Federal brasileira de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002 com o direito de personalidade.

A Constituição Federal brasileira de 1988, ao consagrar no seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, a constitui como uma cláusula geral de proteção da personalidade (SZANIAWSKI, 2005, p.139).

¹³⁷ O Iluminismo, que trouxe o predomínio da razão, o conceito de dignidade humana ganhou corpo, já que a busca pelo conhecimento fez ruir pensamentos autoritários, rompendo-se as superstições, os mitos, credulidades e a ignorância em que o povo vivia no período medieval. O Iluminismo trouxe a objetividade, a ciência, o liberalismo, o individualismo, a tolerância religiosa e a cultura dos direitos individuais que nortearam as revoluções liberais nos Estados Unidos e na França, sendo o principal representante desse movimento o filósofo Immanuel Kant para quem a dignidade está ligada à racionalidade, ou seja, o ser humano é capaz de agir e interagir consoante a sua vontade, entendimento e razão (BARROSO, 2009, p.10).

¹³⁸ A Revolução Francesa de 1789, com seus ideários de, Liberdade, igualdade e fraternidade foram três palavras de ordem, reafirmadas na Declaração Universal (1948) numa série de direitos das revoluções dos burgueses, ou seja, direitos de liberdade ou direitos civis e políticos, ampliou-se para todos os cidadãos os direitos de igualdade, direitos econômicos e sociais, bem como os direitos de solidariedade e culturais (LIMA e POLI, 2017, p.32).

¹³⁹ A Revolução Americana e a reflexão para a Declaração de Independência, apresenta as principais contribuições aos direitos fundamentais: (1) o direito à vida; (2) o direito à busca da felicidade; (3) o direito ao governo consentido e democrático; (4) o direito de resistência e de revolução; (5) direito de expressão do poder constituinte, (NEGRI, 2002, p.128).

¹⁴⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, documento que consolidou as garantias que devem caber a todos os “indivíduos igualmente, sem distinção de raça, religião, credo político, idade ou sexo, ou seja, a proteção individual contra abusos”. A base axiológica da Declaração de 1948 foi reproduzida, na Constituição brasileira de 1988 (arts. 5º a 17), a qual protegeu um amplo rol de direitos da personalidade, mais tarde relacionados no Código Civil brasileiro (arts. 11 a 21), instituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (TELLES, 1999, p.174).

¹⁴¹ O Pacto dos Direitos Civis e Políticos proclama, em seus primeiros artigos, o dever dos Estados-partes de assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob a sua jurisdição, adotando medidas necessárias para esse fim. A obrigação do Estado inclui também o dever de proteger os indivíduos contra a violação de seus direitos perpetrada por entes privados. Isto é, cabe ao Estado-parte estabelecer um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações de direitos civis e políticos (2012a, p.229)

¹⁴² A Convenção Americana de Direitos Humanos assegura um catálogo de direitos que muito se aproxima daqueles contidos no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, destacando-se o direito à vida, a não ser submetido à escravidão, à liberdade, a um julgamento justo, à compensação em caso de erro judiciário, à privacidade, à liberdade de consciência e religião, à liberdade de pensamento e expressão, à resposta, ao nome, à nacionalidade, à liberdade de movimento e residência, de participar do governo, à igualdade perante a lei e à proteção judicial (PIOVESAN, 2012a, p.324).

A dignidade da pessoa humana como cláusula geral da personalidade que se protege, é a vida em sociedade, e todas as ações necessárias para que o indivíduo se desenvolva como pessoa. Conforme o Professor José de Oliveira Ascensão (1997, p.64), a dignidade implica:

Que a cada homem sejam atribuídos direitos, por ela justificados e impostos, que assegurem esta dignidade na vida social. Esses direitos devem representar um mínimo, que crie o espaço no qual cada homem poderá desenvolver a sua personalidade. Mas devem representar também um máximo, pela intensidade da tutela que recebem.

Como direito geral de personalidade a dignidade da pessoa humana, está elencada por todo o art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, bem como no art. 12 do Código Civil de 2002¹⁴³ ao se conjungir no solidarismo¹⁴⁴ constitucional.

A dignidade da pessoa humana nasce juntamente com o indivíduo, trata-se, outrossim, do primeiro e do mais importante fundamento de todo sistema constitucional brasileiro, o primeiro fundamento e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um verdadeiro supraprincípio, a chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais e de todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição (SZANIAWSKI, 2005, p.140-141).

Os direitos da personalidade, são definidos então como “direitos primeiros”, ou fundamentais, pois protegem o ser humano enquanto indivíduo de qualquer ataque, sejam físicos, psíquicos e intelectuais, que de acordo com o art. 11 do Código Civil de 2002¹⁴⁵, são intransmissíveis e irrenunciáveis.

Dentre os inúmeros direitos elencados explícitos e implícitos na da Constituição Federal brasileira de 1988, tendo em vista, ser um rol exemplificativo que tem como bem maior o direito à vida, dos quais decorrem tantos outros direitos, uma das ações facultativas ao indivíduo é poder conhecer de sua origem genética (biológica) ora ligado ao direito à identidade pessoal.

¹⁴³ Art. 12 do Código Civil de 2002: Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 01 set. 2022.

¹⁴⁴ Art. 3º da Constituição Federal brasileira de 1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 01 set. 2022.

¹⁴⁵ Art. 11º do Código Civil de 2002: Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 01 set. 2022.

O direito de ver conhecida sua origem genética, segundo Szaniawski (2019, p.351), ascendeu do direito europeu, tendo por uma das suas principais causas o abandono, bem como a colocação de crianças e adolescentes em família substituta, da adoção plena e da reprodução humana assistida heteróloga.

A base do direito europeu, se funda na doutrina alemã e na doutrina francesa, esta mais resistente ao conhecimento da origem genética, aquela mais receptiva ao conhecimento. No capítulo anterior quando tratado da família socioafetiva, a adoção e a reprodução assistida como formas de instituir o estado de filiação, se insere numa atmosfera de segredo.

O segredo, é um dos pontos mais discutidos em razão dos reflexos que ele pode gerar caso seja violado. Os questionamento pairam nos abalos que a relação socioafetiva pode sofrer quando o indivíduo conhecer da sua origem genética, ou se esse conhecer atentaria contra direitos de privacidade dos pais biológicos ou da intimidade do doador de material biológico quando da reprodução assistida, e os possíveis abalos de ordem psíquica a família socioafetiva e o indivíduo poderiam sofrer ao conhecer sua identidade.

O que requer atenção para o direito brasileiro é que mesmo o Código Civil de 2002, não tendo dispositivo específico para o conhecimento a origem genética, estando apenas elencado no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁴⁶, este perfaz um ponto de importância para o pleno desenvolvimento da personalidade, e que pode ser vindicado, afinal não tem por objetivo estabelecer vínculos de parentalidade ou filiação, apenas conhecer da verdade genética (biológica).

O indivíduo, ao vindicar conhecer da própria origem genética, não busca o status de filho, ele busca salvaguardar questões atinentes à sua saúde, a qualidade de vida, à ausência de doença, ou até mesmo de prevenir-se em caso de predisposições para doenças de ordem genética (SZANISWSKI, 2019, p.366).

O entendimento da natureza jurídica do direito ao conhecimento da própria origem genética na ordem ontológica, é de extrema necessidade, primeiro para não ser confundido investigação da paternidade / maternidade.

¹⁴⁶ Como nota explicativa, justifica-se que o artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), foi apenas citado nesse parágrafo do texto para informar sua determinação ao conhecimento das origens diante a ausência legal do Código Civil de 2002, sendo objeto de estudo da parte IV – Da Instituição do Parto Anônimo no Brasil, Capítulo I da Legislação Brasileira, Seção I, em razão da sua importância ao tema.

Segundo, para que direitos que desse conhecimento decorrem não sejam relativizados, ou mitigados, como a exemplo do direito à vida¹⁴⁷ ou a saúde¹⁴⁸.

Terceiro, para que não autorize direitos que não lhe seja conexos ao pedido principal de conhecer a origem genética, e reconhecer direito a alimentos, ou a inclusão do nome dos genitores biológicos ou dos doadores de material genético na certidão de nascimento, como se pode verificar na jurisprudência que segue.

APELAÇÃO CIVEL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. DIREITO AO CONHECIMENTO DA PRÓPRIA ASCENDÊNCIA. DIREITO ABSOLUTO. IRRENUNCIÁVEL. NOME DO GENITOR NO REGISTRO. POSSIBILIDADE. MULTIPARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. ALIMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL. FILHO. MENOR IMPÚBERE. NECESSIDADE MANIFESTA DE ALIMENTOS. DISTANCIAMENTO AFETIVO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. NÃO ADEQUAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O princípio do melhor interesse do menor tem por objetivo garantir os direitos inerentes ao menor, assegurando-lhe o pleno desenvolvimento e sua formação cidadã, impedindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que envolve a criança, já que o menor, a partir do entendimento de tal princípio, ganha status de parte hipossuficiente, devendo ter sua proteção jurídica maximizada. 2. O direito ao conhecimento da própria ascendência ganha supremacia constitucional à medida que, como componente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conjugado como o princípio constitucional da dignidade humana, consubstancia-se numa garantia da realização da esfera de vida íntima da pessoa e na conservação das condições fundamentais para a compreensão e o desenvolvimento da sua individualidade, sendo este direito um direito inato, absoluto, imprescritível e, entre outras características, irrenunciável. 3. O nome do genitor no registro de nascimento da criança lhe assegura a efetivação do princípio do melhor interesse do menor, bem como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, conjugado como o princípio constitucional da dignidade humana. 4. A tese de multiparentalidade foi julgada pelo STF em sede de repercussão geral, onde decidiram que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios. 5. O reconhecimento da paternidade biológica não exclui a possibilidade de reconhecimento da paternidade socioafetiva, caso haja interesse. 6. Segundo o art. 229 da constituição Federal, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade? 7. Ainda que não haja pedido de uma parte para que seja estabelecido encargo alimentar à outra parte, em se tratando de filho menor impúbere, a necessidade de alimentos é manifesta. 8. Uma vez

¹⁴⁷ Art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 01 set. 2022. O direito à vida é o bem mais relevante de todo ser humano e a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil e não há dignidade sem vida (RUSSO, 2009. p. 91).

¹⁴⁸ A saúde consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo XXV, que define que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Ou seja, o direito à saúde é indissociável do direito à vida, que tem por inspiração o valor de igualdade entre as pessoas. No contexto brasileiro, o direito à saúde foi uma conquista do movimento da Reforma Sanitária, refletindo na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988, cujo artigo 196 dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/direito-a-saude> Acesso em: 01 set. 2022.

demonstrado o grande distanciamento afetivo entre pai biológico e filho, bem como a ausência de afeto entre as partes, a regulamentação de visitas não se mostra medida adequada ao melhor interesse do menor. 9. O indeferimento da regulamentação de visitas hoje, não impede a postulação desse direito pelo pai biológico em ação autônoma, quando for possível a ele fazer a apresentação de provas hábeis de alteração da situação de fato, a confirmar que a eventual introdução da convivência representará, guardadas as regras cabíveis, uma medida benéfica ao desenvolvimento psicológico do menor, observando-se uma gradativa adaptação. 10. Recurso conhecido e parcialmente provido. (Destaque nosso).¹⁴⁹

Diante da leitura e análise da jurisprudência, é possível verificar que o judiciário, estabelece que o direito ao conhecimento da própria origem genética (ascendência), abre possibilidade como fundamento para reconhecer o direito de alimentos, que decorre de demandas do direito de família e não de personalidade.

Tal questão só corrobora, na importância de que os conceitos jurídicos devem ser estudados ontologicamente, para que não reste dúvida(s) quanto a natureza jurídica de cada instituto na análise de cada caso concreto.

Ademais, no presente acórdão é possível observar uma confusão que se estabelece ao tema, em que pese reconhecer direitos que são conexos ao direito do conhecimento da origem enquanto direito de personalidade, mas que estão na esfera jurídica do direito das famílias, e que requerem ações autônomas, para que assim sejam analisadas e julgadas em detrimento do caso concreto que se apresente, em razão da natureza jurídica do pedido.

O referido acórdão deveria por meio de uma escrita clara, objetiva e coesa, dizer o direito objeto da demanda, ou seja, o direito ao conhecimento da própria origem genética (ascendência) na sua natureza jurídica de direito de personalidade, deixando os direitos conexos, como direito de visita, alimentos e da multiparentalidade, sob análise e julgamento por meio das ações específicas do direito das famílias, qual se reconhece a paternidade e/ou a maternidade, e por consequência outros direitos como de visita, de alimento, de guarda, e da alteração do registro de nascimento com acréscimo do nome do genitor ou genitora e dos avós.

Averiguar a origem genética (ascendência genética), é o ato de exigir uma prestação de fazer, para que se realize um exame genético de DNA, que não traz consigo qualquer presunção legal de paternidade e/ou maternidade e direitos conexos.

¹⁴⁹TJ/BSB. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 1104559 00032002320178070010**, Relatora: GISLENE PINHEIRO, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 20/6/2018, publicado no PJe: 22/6/2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId> Acesso em: 02 set. 2022.

Pelos termos do acórdão, é que se reitera a necessidade exponencial de esclarecer a ontologia¹⁵⁰ do instituto em tese, descrito de modo frágil e incompleto pelo texto do artigo 48¹⁵¹ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no qual a criança e o adolescente que teve seu estado de filiação atribuído pela adoção, tem direito de conhecer sua origem biológica, não apresentando se quer um conceito capaz de esclarecer o que é o referido direito, tão pouco sua natureza jurídica ou requisitos.

De acordo com a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 93, inciso IX, se impõe aos órgãos do poder judiciário o dever de fundamentar adequadamente todas as suas decisões, expondo as bases fático-jurídicas responsáveis pelo convencimento racional do julgador, sob pena de nulidade do provimento jurisdicional.

Desta feita, há que se ter concatenação do raciocínio jurídico que se apresenta por meio de uma hermenêutica, fluída e coesa, sem qualquer desvio, confusão ou erro em razão do objeto que é submetido ao pleito.

A ontologia aqui reclamada, também alcança o advento do patrimônio genético, que é o principal substrato para o conhecimento da própria origem genética.

Como substrato, o patrimônio genético, poderá, não só redimensionar a identidade da pessoa humana, salvaguardar à vida em caso de problemas genéticos de saúde, conhecer suas características fenotípicas¹⁵², os possíveis impedimentos matrimoniais, e até abrandar questões psicológicas ante a inquietude própria da natureza dialógica¹⁵³ do ser humano de saber sua origem (quem sou eu, de onde venho, para onde vou!!).

¹⁵⁰ A ontologia jurídica, então, é a parte da Filosofia do Direito que tem, entre outras funções, a de determinar o conteúdo do direito, fazendo conhecer seu objeto e por fim possibilitando a determinação de seu conceito e posterior definição, (KOONS; PICKAVANCE, 2015, p. 1).

¹⁵¹ Art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. ([Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009](#)) [Vigência](#) Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. ([Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009](#)) [Vigência](#) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 03 set. 2022.

¹⁵² Fenótipo a expressão de características no organismo decorrente da relação entre seus genes e o ambiente, GRIFFITHS, 2002, p.5).

¹⁵³ A pergunta „Quem sou eu? “e pulsante na relação com o imenso mistério presente, a pequenez e envolta por grande afeto. Uma experiência ontológica assim, uma tal autoconsciência, não é apenas consciência de si mesmo, de sua história, dos próprios passos: interrogar-se sobre si mesmo e interrogar sobre a existência, num só movimento (MAHFOUD e SAVIAN FILHO, 2017, p. 60).

1.2 Da ascensão do Patrimônio Genético

A ascensão do patrimônio genético parte das inúmeras contribuições da grande área das Ciências Biológicas, e da subárea da Genética¹⁵⁴.

Foi popularizado, por meio da divulgação dos estudos e pesquisas realizadas por meio do Projeto Genoma Humano¹⁵⁵, que trazia o genoma como o conjunto de genes (informações) que compõe o ser humano.

O patrimônio genético humano, pode então ser entendido como o conjunto de características genéticas que cada indivíduo traz consigo mesmo, e que permite diferenciá-los dos demais indivíduos da sua espécie (SZANIAWSKI, 2019, p.58).

Os primeiros estudos realizados do genoma humano, datam de 1980 em Paris, com a escola francesa do “*Centre d'Etude du Polymorphisme Humaine*”¹⁵⁶ - Centro do Poliformismo Humano, que tinha por objetivo, localizar e decifrar genes¹⁵⁷ defeituosos, que eram na época responsáveis por mais de 5.000 (cinco) mil doenças de cunho genético (MOSER, 2005, p.40).

Tais estudos, tinham caráter filantrópico, democrático, sem reserva de patente, disponíveis para todos os países que tivesse interesse (MOSER, 2005, p.40).

¹⁵⁴ A Genética, em termos técnicos é a ciência que estuda a hereditariedade e os mecanismos e leis da transmissão de caracteres dos progenitores aos seus descendentes, tendo por pioneiro no estudo João Gregório Mendel com a elucidação de como as características eram transmitidas dos pais para os filhos em um momento em que não se tinha conhecimento sobre a divisão celular e tampouco a estrutura do DNA, (ASIMOV, 1962, p. 17).

¹⁵⁵ As primeiras discussões sobre o Projeto Genoma Humano (PGH) remontam à década de 1980 quando o Departamento de Energia dos EUA promoveu um workshop para avaliar os métodos disponíveis para detecção de mutações durante o qual divulgou a ideia de mapear o genoma humano. Neste mesmo período foi criado na França o Centre d' Etude du Polymorphisme Humaine (CEPH - Centro de Estudos do Polimorfismo Humano). Este centro coleta amostras de sangue e tecidos de famílias extensas e tornou-se o principal fornecedor de material para a elaboração dos mapas de ligação realizados pelo Généthon. A ideia de mapear o genoma levantou desde o princípio uma série de controvérsias. Para muitos pesquisadores tratava-se na época de um projeto irrealizável. Para outros não havia sentido em mapear o genoma pois as informações obtidas seriam desconhecidas e não valeriam o esforço. Por outro lado, alguns pesquisadores viram naquela oportunidade a chance de transformar a biologia (e mais especificamente a genética) em big science, com direito a financiamentos gigantescos e divulgação ampla. O projeto foi lançado nos EUA quatro anos depois, patrocinado pelo NIH (*National Institute of Health*) e pelo DOE (*Department of Energy*). A proposta era mapear todo o patrimônio genético do homem. Em seguida laboratórios da Europa, do Japão e da Austrália uniram-se ao projeto. Surgiu então um organismo de coordenação internacional chamado HUGO (*Human Genome Organization*), para sintonizar o trabalho e organizar o conhecimento adquirido em um banco de dados centralizado, o *Genome Database*. Seu presidente do HUGO, H. Van Ommen, afirmou em 1998 que a missão do HUGO era facilitar e coordenar a iniciativa global de mapear, sequenciar e analisar funcionalmente o genoma humano e promover a aplicação destes conhecimentos ao melhoramento da saúde humana. Na fase final de sua primeira missão o HUGO assume seu próximo papel para a disseminação das análises funcionais do genoma e o fornecimento de diretrizes responsáveis para as aplicações e implicações do genoma (UFRGS, 2017, n. paginado).

¹⁵⁶ *Centre d'Etude du Polymorphisme Humain Human Polymorphism Study Center*. «Pendant des siècles, la Médecine s'est préoccupée de soigner. Aujourd'hui elle s'est donnée comme but de prévenir plutôt que de guérir.» Pr Jean Dausset, Prix Nobel de Médecine, 1980. Disponível em: <https://cephb.fr/en/> Acesso em: 03 set. 2022.

¹⁵⁷ O gene é formado por uma sequência de DNA (ácido desoxirribonucléico) e RNA (ácido ribonucléico), sendo este último responsável pela síntese de proteínas da célula (GENETICS HOME, 2015, n. paginado).

Porém, no ano de 1985 a Universidade da Califórnia, começa a fazer seus estudos quanto ao Projeto Genoma, por meio de verbas governamentais, inclusive com a participação de outros países como Canadá, Japão, Inglaterra e também o Brasil (REUSING, 2020, p. 100).

No ano de 1988, o governo americano traz a público o primeiro artigo científico atrelado ao tema, intitulado de “Mapeando Nossos Genes”, e criando o “*National Genome Reserch Institute*”¹⁵⁸ – Instituto Nacional de Pesquisa sobre Genoma Humano (LUXNER, 2018, n. paginado).

Contudo, é perceptível por toda a sociedade a mudança ideológica em relação ao Projeto Genoma, que em sua criação era dotado de caráter humanitário e democrático, para um caráter capitalismo, voltado para o lucro, excludente e sustentado pelas reservas de patentes.

O Projeto Genoma Humano, teve seu ápice no ano de 1990, considerado o projeto mais ambicioso por objetivar o mapeamento dos genomas humanos, o qual paralelamente aperfeiçoou testes genéticos, técnicas de reprodução assistida e a intervenção no DNA¹⁵⁹ humano.

Foi a partir do Projeto Genoma Humano – PGH, que se tornou possível o acesso às informações obtidas a partir dos genes humanos. O PGH, cujo início se deu em 1990, possibilitou o mapeamento e representação gráfica do posicionamento dos genes, sequenciamento e descrição do genoma humano, além de catalogar e analisar os dados contidos nas células humanas. O projeto foi concluído dez anos depois, mas representa apenas o início do desafio de compreender a complexidade do ser humano, identificando quais genes são ativos, além de como e quando são ativados (SÁ e NAVES, 2011, p. 189 - 191).

Em junho do ano 2000, é anunciado o término do primeiro rascunho do genoma humano, com 99% (noventa e nove por cento) do seu sequenciamento transcrito, tendo 99,99% de precisão, sendo em 2001 publicado pela revista *Nature Science*¹⁶⁰, e finalizado no ano de 2003 (GOES e OLIVEIRA, 2014, n. paginado).

¹⁵⁸ Nacional Human Genome Research Institute. Disponível em: <https://www.genome.gov/> Acesso em: 03 set. 2022.

¹⁵⁹ O DNA é como uma dupla hélice que, descrita por Watson e Crick, tem a forma de uma escada torcida, e os degraus são compostos por bases nitrogenadas “adenina (A), timina (T), citosina (C) e guanina (G)” que na sua geometria formam pares como uma dança química dando margem a inúmeras características genéticas, que uma vez conhecidas podem originar prevenção e cura de diversas doenças ou deformidades gênicas como o câncer e o mal de Parkinson, (PRAY, 2008, p. 140).

¹⁶⁰ A primeira edição da *Nature* foi publicada em 4 de novembro de 1869. Muitas aventuras anteriores de publicação na ciência fracassaram da forma desoladora, mas o sucesso final da *Nature* surgiu das condições sociais e científicas sob as quais foi fundada - impulsionada pela visão de personalidades fortes, que seguiram em frente quando as probabilidades pareciam contra eles. A *natureza*, acima de tudo, tem sido uma sobrevivente. Isso se deve a Alexander Macmillan, que tolerou um empreendimento deficitário por três décadas; a Norman Lockyer, o primeiro editor; e a uma série de colaboradores e colaboradores influentes, incluindo o biólogo Thomas Henry Huxley — um dos pesos-pesados da ciência vitoriana e um fiel aliado de Charles Darwin (ele era conhecido como

Em razão das suas implicações sociais e políticas, e sua inter-relação com Medicina e o Direito, o genoma humano foi elevado ao status de patrimônio da humanidade conforme o artigo 1º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos Humanos¹⁶¹ “O genoma humano subjaz à unidade fundamental de todos os membros da família humana e também ao reconhecimento de sua dignidade e diversidade inerentes. Num sentido simbólico, é a herança da humanidade”¹⁶².

O patrimônio genético, tem sua proteção jurídica estabelecida no art. 225, §1º, incisos II, IV e V da Constituição Federal brasileira de 1988¹⁶³ e também com a legislação infraconstitucional, também denominada de Lei de Biossegurança, nº 11.105/2005¹⁶⁴, que institui a política nacional de proteção do patrimônio genético do país, qual se inclui o humano.

o 'bulldog de Darwin'). (...) O Projeto Genoma Humano foi formalmente lançado em 1990 e cientistas dos Estados Unidos, Reino Unido, França, Alemanha, China e Japão formaram o Consórcio Internacional de Sequenciamento do Genoma Humano para completar o trabalho em centros ao redor do mundo. Uma edição especial da *Nature* em 15 de fevereiro de 2001 publicou o rascunho do genoma humano. Ao mesmo tempo, a revista *Science* noticiou o sequenciamento do genoma humano pela Celera *Genomics*, com financiamento privado, que a partir de 1998 usou a técnica de 'sequenciamento *shotgun* do genoma inteiro' no DNA - algumas das amostras provenientes do fundador da empresa, Craig Venter. A versão final do genoma humano foi concluída em 2006, quando a sequência do último cromossomo foi publicada, *A Nature* também publicou sequências genômicas do gambá (*Monodelphis domestica*), abelha (*Apis mellifera*) e chimpanzé (*Pan troglodytes*) entre outros. Disponível em: <https://www-nature-com.translate> Acesso em: 03 set. 2022.

¹⁶¹ Todo ser humano tem uma identidade genética própria e, segundo a Declaração da Unesco, o genoma humano é propriedade inalienável de toda a pessoa e por sua vez um componente fundamental de toda a humanidade. Dessa maneira ele deve ser respeitado e protegido como característica individual e específica pois todas as pessoas são iguais no que se refere a seus genes, afinal unicidade e diversidade são propriedades de grande valor da natureza humana (Clotet, 1995). As informações advindas do projeto devem servir para proteger a vida e melhorar a saúde. Isto pode ser verdadeiro nos casos em que há uma antecipação do processo terapêutico pela antecipação da doença, entretanto é preciso tomar cuidado quanto aos aspectos prejudiciais deste processo (Clotet, 1995). Para Annas (1995, p. 234) desde que os testes sejam voluntários e os resultados divulgados apenas com autorização do indivíduo, os testes baseados no PGH apresentam uma alteração de grau, não de gênero. Isso não é verdadeiro se considerarmos os testes preditivos. Jordan (1995) acredita que "tomamos um caminho perigoso: ao invés de julgar um indivíduo pelo que ele é hoje, vamos indagar sobre seu status de doente em potencial (e quem não é?) para tratá-lo como deficiente antes do tempo e sem ter a certeza de que se tornará". Para ele isso significa definir a afecção pelo genótipo, pelo que está inscrito no DNA e não mais pelo fenótipo, pelo estado presente da pessoa (UFRGS, 1997, n. paginado).

¹⁶² **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos:** da teoria à prática. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990> Acesso em: 03 set. 2022.

¹⁶³ Art. 25 da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 03 set. 2022.

¹⁶⁴ Art. 1º da Lei de Biossegurança – Lei nº 11.105/2005: Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana,

Tal proteção se insere na proteção da pessoa humana e da sua dignidade fundada nos preceitos do art. 1º, inciso III da Constituição Federal brasileira de 1988, já explicado anteriormente e reiterado em razão da sua importância como direito fundamental qual gravita na órbita do direito de personalidade.

Por essa razão, é que a Lei de Biossegurança, tem por um dos seus objetivos, regular os incisos II, IV e V do art. 225 da Constituição Federal brasileira de 1988, estabelecendo normas para fiscalizar, a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação e descarte de organismos geneticamente modificados (OGM) e também os seus derivados (SZANIAWSKI, 2019, p. 57).

Deste modo, a Lei de Biossegurança¹⁶⁵, vem tutelar juridicamente o patrimônio genético humano, o qual pode ser considerado sob dois aspectos: (i) aspecto individual e o (ii) aspecto coletivo.

(i) O aspecto individual perfaz no intercâmbio dos genes herdados pelos ascendentes do sujeito, que o constitui em sua unicidade e originalidade (SZANIAWSKI, 2019, p. 57).

(ii) No aspecto coletivo, na estrutura idêntica do patrimônio genético comum a todos da espécie humana, (SZANIAWSKI, 2019, p. 57).

Para esse estudo a prioridade se dá no aspecto individual, por estar vinculado ao direito de personalidade, com titularidade individual, sem cunho patrimonial, e como identidade genética de um único indivíduo de sua espécie, como se verifica em Endlich (2005, p. 57):

O patrimônio genético humano em seu aspecto individual é conceituado como sendo “direito da personalidade”, de titularidade individual, sem cunho patrimonial, e compreende o conjunto de informações genéticas de cada indivíduo (identidade genética) passível de transmissão hereditária para os seus descendentes, e que representa a própria identidade do indivíduo como ser humano”.

O patrimônio genético humano, está integrado no direito à identidade pessoal de toda pessoa, se destacando como elemento que identifica um indivíduo entre tantos outros da mesma espécie, denominada de identidade genética. Como bem declara Baracho (2000, p. 96) “é um

animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm Acesso em: 03 set. 2022.

¹⁶⁵ O mencionado diploma legislativo viabilizou, no plano infraconstitucional a contemporânea visão adotada Carta de 1988, que já buscava realçar no final do século passado a necessidade de preservar não apenas a diversidade como a integridade de referido patrimônio genético brasileiro (RANGEL, 2014, n. paginado). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26345/a-tutela-juridica-do-patrimonio-genetico-na-constituicao-federal> Acesso em: 03 set. 2022.

bem jurídico constitucional”, que em seu ápice se integra ao direito de personalidade que consiste no conhecimento da sua própria origem genética e também familiar.

Para esse estudo será considerado apenas como direito de personalidade o conhecimento da sua própria origem genética, ou seja, o que se busca é a identidade biológica, desvinculada de qualquer vínculo parental (identidade familiar- direito de família).

Deste modo, vislumbra-se a necessidade de procedimento próprio qual seja uma Ação de Investigação de Origem Biológica de Ascendência Genética, terá por único objetivo conhecer sua genética, qual decorre da união dos cromossomos X e Y¹⁶⁶ que nas combinações cromossômicas além de definirem o sexo do indivíduo, transmitem inúmeras características dos genitores.

O requerimento da ação tem por pleito uma obrigação de fazer para realizar coleta de DNA, seja para um mapeamento genético, um sequenciamento, ou qualquer exame que possa diagnosticar doenças genéticas e/ou hereditárias como a deficiência intelectual¹⁶⁷ ou distrofia muscular congênita¹⁶⁸.

Destarte que para esse conhecimento se concretizar, há que se observar também o direito individual daquele que será demandado a fornecer material genético para que por meio do exame de DNA, a origem se revele.

(...) o DNA representa a programação biológica da pessoa no presente, no passado e no futuro. O DNA representa a identidade genotípica do indivíduo, que é uma forma de intimidade, no âmbito dos direitos da personalidade, pois ele representa a imagem científica da pessoa e representa um tipo especial de propriedade por conter informações diferentes de todos os outros tipos de informações pessoais (MALUF, 2003, p. 86).

¹⁶⁶ As fêmeas apresentam cromossomos sexuais idênticos (XX) e os machos um cromossomo idêntico ao das fêmeas e outro diferente (XY). Os cromossomos sexuais X e Y não apresentam homologia. Enquanto o cromossomo X possui grande quantidade de genes envolvidos na determinação de diversas características o cromossomo Y tem pouco genes (AMABIS; MARTHO, 2013, p. 31).

¹⁶⁷ A deficiência intelectual é um funcionamento intelectual significativamente abaixo da média desde o nascimento ou período inicial da vida do bebê, causando limitações na capacidade de realizar atividades normais da vida diária. As pessoas com deficiência intelectual têm graus variados de deficiência, classificada de leve a profunda. Ainda que a deficiência seja causada fundamentalmente pela restrição do funcionamento intelectual (normalmente medido com testes de inteligência padronizados), o impacto na vida da pessoa depende mais da quantidade de apoio que a pessoa precisa. Uma pessoa com deficiência leve em um teste de inteligência, por exemplo, pode ter habilidades de adaptação tão precárias que apoio intensivo é necessário. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-br/casa/problemas-de-sa%C3%BAdeinfantil/dist%C3%BArbiosdaprendizagem-e-do-desenvolvimento/> Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁶⁸ A distrofia muscular congênita não é um distúrbio isolado; ao contrário, ele diz respeito à distrofia muscular presente no nascimento. São distrofias musculares congênicas são causadas por mutações em diversos genes incluindo os genes necessários para o funcionamento e estrutura normais dos músculos. O recém-nascido com distrofia muscular congênita apresenta uma redução grave no tônus muscular (hipotonia, ou “corpo mole”). O médico suspeita do diagnóstico de distrofia muscular congênita em todos os recém-nascidos que apresentem baixo tônus muscular. Os médicos em geral realizam uma biópsia muscular e exames genéticos para confirmar o diagnóstico. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-br/casa/problemas-de-sa%C3%BAdeinfantil/distrofias-musculares> Acesso em: 21 set. 2022.

Porém, o demandado em detrimento do direito do anonimato pode recusar-se a fornecer o material genético. Contudo, há que se ponderar em razão do fundamento do pleito qual se busca a tutela, como a exemplo de questões específicas de saúde (fisiológica e/ou psíquicas).

Isso porque a origem genética, pode estar relacionada com três fundamentos materiais: (i) autoconhecimento, (ii) curiosidade relativa à identidade genética e à proveniência biológica e (iii) referências de natureza genética (REIS, 2008, p. 179).

(i) O autoconhecimento, está atrelado diretamente ao processo de desenvolvimento da personalidade. Deste modo, conhecer sua própria origem genética é conhecer sua identidade, quem a pessoa é, e como ela encara o mundo que a cerca, qual integra os direitos de personalidade.

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais (REIS, 2008, p. 179)

(ii) Quanto a curiosidade à identidade genética e à providencia biológica, é o conhecimento da estória da vida, que traz ao indivíduo o entendimento em aspectos psicológicos, quais se desenvolvem principalmente na adolescência (preferencias pessoais), (REIS, 2008, p. 180).

(iii) Por fim, as referências de natureza genética, vinculadas mais as questões de saúde, sejam elas fisiológicas, somáticas ou genéticas, (REIS, 2008, p. 180).

Tais referências, por assim dizer não estariam ligadas ao autoconhecimento, mas sim a questões relativas à saúde, a manutenção da vida, a melhoria de qualidade de vida, por meio como por exemplo das terapias gênicas¹⁶⁹ e ou com transplante de medula óssea¹⁷⁰, como direito de viver e também de morrer com dignidade.

¹⁶⁹ As terapias gênicas, podem ser entendidas como um conjunto de técnicas que permitem a inserção e expressão de um gene terapêutico em células-alvo que apresentam algum tipo de desordem de origem genética (não necessariamente hereditária), possibilitando a correção dos produtos gênicos inadequados que causam doenças (HUARD; PENG, 2003, p. 94); (KARTHIKEYAN; PRADEEP, 2006, p. 89); (HUANG, 2006, p. 1314).

¹⁷⁰ O transplante de medula óssea é um tipo de tratamento proposto para algumas doenças que afetam as células do sangue, como as leucemias e os linfomas e consiste na substituição de uma medula óssea doente ou deficitária por células normais de medula óssea, com o objetivo de reconstituição de uma medula saudável. É um tecido líquido-gelatinoso que ocupa o interior dos ossos, sendo conhecida popularmente por 'tutano'. Na medula óssea são produzidos os componentes do sangue: as hemácias (glóbulos vermelhos), os leucócitos (glóbulos brancos) e as plaquetas. As hemácias transportam o oxigênio dos pulmões para as células de todo o nosso organismo e o gás carbônico das células para os pulmões, a fim de ser expirado. Os leucócitos nos defendem das infecções. As

Portanto, o direito ao conhecimento da própria origem genética ou da identidade genética quando entendida como sinônimo de individualidade, se torna a base biológica que como substrato fundamental se traduz na mais pura expressão de dignidade.

Como bem jurídico, requer uma tutela eficaz e eficiente em razão dos dilemas éticos que podem surgir, oriundos do pluralismo de suas reflexões.

O exemplo que pode ser citado, é a colisão de direitos de personalidade no conhecimento direito da sua própria origem genética e direito do anonimato do doador do material genético em casos de reprodução assistida heteróloga¹⁷¹ e até mesmo nos casos de adoção plena¹⁷².

Por isso, é importante considerar o tema a luz da chamada Bioconstituição e dos institutos da Bioética e do Biodireito, para uma melhor compreensão.

1.3 Bioconstituição – Biotecnologia, Bioética e Biodireito

Os avanços da engenharia genética com a ascensão do Genoma Humano, trouxeram várias controversas de sua aplicação para diversas áreas do Direito, como a exemplo do Direito Constitucional, uma vez que suas tecnologias aplicada à vida - Biotecnologia, que afetam conceitos ligados aos direitos fundamentais e também de personalidade, haja vista os efeitos na tutela do ser humano, como a exemplo do direito de conhecer a sua própria origem genética.

A Biotecnologia¹⁷³, como toda a revolução, marca uma época histórica da sociedade, que emerge mais especificamente no século XXI, seguindo com questionamentos e

plaquetas compõem o sistema de coagulação do sangue. O processo tem início com testes específicos de compatibilidade, onde são analisadas amostras do sangue do receptor e do doador, buscando a melhor compatibilidade possível a fim de evitar processos de rejeição da medula pelo receptor, bem como outras complicações como a agressão de células do doador contra órgãos do receptor. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/tratamento/transplante-de-medula-ossea> Acesso em: 20 set. 2022.

¹⁷¹ É plenamente possível que o indivíduo concebido a partir da inseminação artificial ou fecundação artificial na qual houve a doação de esperma queira, quando tornar adulto, conhecer aquele de quem herdou suas características biológicas. Trata-se de um querer de fácil compreensão. Qual seria a pessoa, mesmo feliz em suas relações familiares, que diante da informação de possuir um pai biológico diverso do socioafetivo não ficaria desejoso de conhecer aquele de quem adquiriu à voz, a altura, a cor dos olhos, os cabelos, talvez a personalidade, saber do que o pai biológico gostava, a contribuição do mesmo para a formação da estrutura emocional do filho, ou ainda para fins de prevenção de alguma moléstia física ou mental, ou de evitar um incesto (SÁ, 2002, p.40).

¹⁷² O art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, declara que é direito [do adotado] de conhecer sua origem biológica”, mediante acesso ao processo de adoção, após completar 18 anos, ou quando menor com assistência jurídica e psicológica. A norma assegura o exercício do direito da personalidade do adotado, mas sem qualquer reflexo na relação de parentesco. O conhecimento da origem biológica não importa desfazimento da adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 20 set. 2022.

¹⁷³ Nasce da conjugação de um bloco de conhecimentos “*building block*”, ou construção em bloco, por combinar protocolos de pesquisa já existentes com novos procedimentos científicos de privados de diferentes disciplinas como, biologia, física, filosofia, engenharia e informação (KREUZER e MASSEY, 2002, p.50).

controvérsias por ter como fonte principal de pesquisa a vida, seja ela em sua forma originária ou artificial desenvolvida em laboratório (MOSER, 2005, p. 132).

Configura-se com um base de conhecimentos multidisciplinares, da engenharia, da biologia, da medicina, da sociologia e também do direito, entre tantas outras que podem ser uteis ao seu objetivo principal que é a solução de problemas diante da necessidade do homem.

O objetivo principal da Biotecnologia está elencado na redação da Convenção sobre Diversidade Biológica, da Organização das Nações Unidas do ano de 1992¹⁷⁴, ora ratificada no Brasil pelo Decreto Federal nº 2.519 de 16 de março de 1998¹⁷⁵, determinando que referida ciência define-se pelo uso de conhecimentos sobre os processos biológicos e propriedades dos seres vivos, a fim de resolver problemas e criar produtos de utilidade (BRASIL, 1998, n. paginado).

A Biotecnologia, aplicada no setor da saúde para esse recorte do estudo é aquela que promove os efeitos ao direito, principalmente por meio das técnicas moleculares de diagnósticos, terapias recreativas e a engenharia genética, seja com a manipulação de células humanas (reprodução assistida), ou para a cura de enfermidades.

Deste modo, incontestemente é a necessidade do amparo legal, já que surge um novo discurso jurídico constitucional que se consolida com a chamada Bioconstituição, que faz relação com o Direito Geral de Personalidade ao tema da identidade genética como dimensão da individualidade biológica de um indivíduo, ou seja, ao genoma de cada ser humano (SPAREMBERGER e BERLESI, 2010, p. 2).

¹⁷⁴ A Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) é um tratado da Organização das Nações Unidas e um dos mais importantes instrumentos internacionais relacionados ao meio ambiente. A Convenção foi estabelecida durante a notória ECO-92 – a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992 – e é hoje o principal fórum mundial para questões relacionadas ao tema. Mais de 160 países já assinaram o acordo, que entrou em vigor em dezembro de 1993. A Convenção está estruturada sobre três bases principais – a conservação da diversidade biológica, o uso sustentável da biodiversidade e a repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos – e se refere à biodiversidade em três níveis: ecossistemas, espécies e recursos genéticos. A Convenção abarca tudo o que se refere direta ou indiretamente à biodiversidade – e ela funciona, assim, como uma espécie de arcabouço legal e político para diversas outras convenções e acordos ambientais mais específicos, como o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança; o Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura; as Diretrizes de Bonn; as Diretrizes para o Turismo Sustentável e a Biodiversidade; os Princípios de Addis Abeba para a Utilização Sustentável da Biodiversidade; as Diretrizes para a Prevenção, Controle e Erradicação das Espécies Exóticas Invasoras; e os Princípios e Diretrizes da Abordagem Ecossistêmica para a Gestão da Biodiversidade. A Convenção também deu início à negociação de um Regime Internacional sobre Acesso aos Recursos Genéticos e Repartição dos Benefícios resultantes desse acesso; estabeleceu programas de trabalho temáticos; e levou a diversas iniciativas transversais. Disponível em: <https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade/convencao-sobre-diversidade-biologica> Acesso em: 20 set. 2022.

¹⁷⁵ BRASIL. **Decreto Federal nº 2.519** de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm Acesso em: 20 set. 2022.

A Bioconstituição, tem como núcleo fundamental a constitucionalidade do direito à vida, à dignidade e integridade da pessoa humana, diante da expectativa e das controvérsias aos dilemas éticos que possam surgir pelo desenvolvimento biotecnológico, buscando estabelecer parâmetros que possam auxiliar nos pleitos e nas decisões emanadas do judiciário.

Conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a Biomedicina (BARACHO, 2006, p.14).

Deste modo, pode-se concluir que a Bioconstituição como instituto jurídico, surge para reiterar e concretizar a proteção aos direitos fundamentais humanos, inerentes a todo ser humano, nas suas principais características que integram a tutela da vida: (i) a universalidade, (ii) a imprescritibilidade, (iii) a irrenunciabilidade e a (iv) inalienabilidade.

(i) A universalidade como característica, é dizer que os direitos serão aplicados a todos os indivíduos, com igualdade, com equidade, sem qualquer distinção ou discriminação;

(ii) A imprescritibilidade como característica, tem seu fundamento no interesse público de que mesmo com o decurso do tempo tal direito pode ser reivindicado;

(iii) A irrenunciabilidade como característica, tem seu fundamento na impossibilidade do indivíduo de dispor do seu direito de modo voluntário, ou seja, não se pode renunciar já que tem caráter cogente ou de ordem pública;

(iv) A inalienabilidade como característica, se funda na impossibilidade da mudança de sua titularidade, pois está vinculado ao indivíduo, não pode ser transmitidos, vendido, cindido, e/ou trocados.

Tais características estão elencadas, dos arts. 11 ao 20 do Código Civil de 2002, intrinsecamente ao texto legal reiterando a dignidade da pessoa humana como vértice universal.

Tem a dignidade da pessoa humana como princípio maior, diretamente atrelado ao direito de conhecer a própria origem genética, ou seja, sua identidade genética e pessoal em prol do bem maior que é a vida.

Isso se deve ao fato de que, não há uma legislação específica para regular o poder da Biotecnologia, então considerar os entendimentos da Bioética e do Biodireito são importantes, pois a fragilidade da condição humana como elenca Baracho (2020, p. 1) “que passou a ser um dado empírico e ontológico”, pois a dignidade é valor intrínseco e fundado na ética.

A ética, tem sua origem no conectivo grego “*ethos*” que se traduz na reflexão ao comportamento habitual decorrente da natureza humana, por meio das convenções da sociedade e quando vinculada ao direito da vida, tem-se a Bioética.

O bioética, tem sua origem no junção dos cognitivos “*ethike*” aquilo que é relativo à ética, e “*bios*” aquilo que é relativo a vida, logo a bioética é a ciência ética relacionada à vida (RODRIGUES, 2002, p. 25).

Como ciência, surge na década de 70, nos Estados Unidos atribuída ao médico oncologista Von Rensselaer Potter, e com uma visão mais voltada para a ecologia (macrobioética). Contudo, foi com o médico André Helleger que a bioética passou a tratar das questões que envolvem os seres humanos, mais especificamente a relação médico e paciente (microbioética), (LEITE, 2004, p. 224-225).

Ambas porém, com a mesma preocupação em proporcionar qualidade de vida ao homem (PAIANO e ROCHA, 2009, p. 126).

A bioética se torna alvo da globalização entre pesquisadores e profissionais da saúde, retratados por Potter em 1988 no livro “*Global Ethics*”, ou seja, a “Ética Global” com uma sensibilidade aguda com os direitos humanos em termos de saúde, (MOSER, 2005, p.35).

Sua preocupação está direcionada a proteger na sua condição de ser humano, e no modo com o direito vai abarcar as novas formas de constituir a família, de estabelecer a filiação, de entender a necessidade do indivíduo de conhecer da sua origem genética, e as possibilidades de salvar uma vida, de prolongar, promover qualidade e de se concretizar a dignidade.

Para tanto, a bioética por meio de seus princípios busca nortear o comportamento humano para coibir todo e qualquer abuso ou mitigação de direito. Os quatro princípios a saber são: (i) princípio da autonomia, (ii) princípio da beneficência, (iii) princípio da não maleficência, e (iv) princípio da justiça.

(i) Princípio da autonomia, perfaz na possibilidade do indivíduo poder decidir sobre as questões que afetam sua vida, como a exemplo da liberdade do ir e vir, do pensar, do agir, de conhecer sua própria origem genética e também os procedimentos e tratamentos para viver e morrer com dignidade;

(ii) Princípio da beneficência, no comportamento reto, proba, de sempre agir em prol da manutenção da vida ou de sua salvaguardar, na busca de todos os meios capazes de cuidar, zelar e proteger o indivíduo, com a obrigação de não lhe causar dano (s);

(iii) Princípio da não maleficência, é complementar ao da beneficência, pois se a obrigação é de sempre promover o bem, em nenhum momento deve-se causar dano ao indivíduo; ambos os princípios estão consolidados na máxima hipocrática, que é o Juramento

Médico de Hipócrates que pode ser sintetizado na expressão “*primum non nocere*” – em primeiro lugar não causar dano;

(iv) Princípio da justiça decorre da necessidade de promover um tratamento justo, igualitário e equitativo a cada indivíduo, ou seja, tratar igualmente os iguais, e diferentemente os desiguais, mesmo que não determine ao certo quem são os iguais e os desiguais, ou qualquer critério para tal distinção. Contudo, o mais importante é a busca do bem estar do indivíduo.

Todos os princípios se ajustam na proteção do ser humano, na condição de sua vulnerabilidade¹⁷⁶, como qualidade ou estado, de ser ferido, de ser ofendido, de ter um direito mitigado (FERREIRA, 1986, p.42).

Diante dos conceitos e princípios da bioética, é possível perceber a sua importância para a proteção da dignidade da pessoa humana, a qual por meio do Biodireito irá dar amparo a tais direitos por meio da legitimidade e validade das normas.

O biodireito tem por objetivo enquanto ciência jurídica, resgatar a questão formal e material do direito, na promoção de valores como a dignidade da pessoa humana (REUSING, 2020, p.98).

Assim como a bioética o biodireito também possui os seus princípios, sendo que a dignidade da pessoa humana se repete como a máxima principiológica, tendo como fundamento as dizes de Immanuel Kant, ao reconhecer que não há possibilidade de se atribuir preço ao homem, já que este é considerado como um fim em si mesmo (CUNHA, 2005, p.146).

Para afirmar o legado Kantiano da dignidade, Garcia (2004, p.133) declara que:

Dignidade, refere Nicola Abbagnano: como “princípio da dignidade humana”, entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente como um meio”. Esse imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por exemplo, um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade: “substancialmente, registra Abbagnano, a dignidade de um ser racional consiste no fato de ele não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo”.

Deste modo, o homem não pode ser visto como “*res*”, ou seja como coisa, diante das evoluções da tecnologia, principalmente as que estão voltadas para a reprodução assistida heteróloga, por ser a técnica que em tempo da concepção irá estabelecer os vínculos genéticos,

¹⁷⁶ A palavra vulnerabilidade é de origem latina, derivada de *vulnus*, que significa ferida, ou seja, pode ser definida como a possibilidade de o ser humano ser ferido, a vulnerabilidade está associada a diversas áreas, contudo torna-se relevante em especial na área da saúde humana, na chamada vulnerabilidade da bioética clínica, na qual o paciente está vulnerável sendo necessário regular eticamente o poder do médico (PATRÃO NEVES, 2007, p.15).

a possibilidade do conhecimento dessa origem, comungada ao direito do anonimato de uma terceira pessoa (doador).

Pelo estabelecimento de tais vínculos, é que o direito assume novos contornos e discursos, os quais não podem ser fragmentados, pois está tratando de direito personalíssimo, que não pode ser subjugado, pela ausência de ponderação quanto àqueles que são nascidos de reprodução assistida de conhecer a sua origem genética, por não implicar na concessão de qualquer outro direito relacionado a filiação, como a atribuição da paternidade, o direito de alimentos, ou o direito sucessório.

SEÇÃO II –Da Origem Familiar

2.1 Como Direito de Família

O direito de origem familiar não se confunde com o direito de origem genética como já explicado anteriormente, em razão deste estar vinculado ao direito de personalidade e aquele ao direito de família.

Tal distinção entre direito da família e direito de conhecimento da origem genética continua sendo fato importante, para que, as normas que os regulamentam e seus efeitos jurídicos, não sejam confundidos entre si, mesmo que na prática isso possa ser possível pois a filiação trata-se de um conceito relacional¹⁷⁷ como também já foi explicado.

De ordem prática, não há que se atribuir paternidade ou maternidade a alguém, já que o indivíduo está requerendo conhecer a sua origem genética, ou seja, os seus genes, e não os seus genitores. Assim sendo, o indivíduo que já é possuidor do estado de filiação socioafetiva, seja por meio de adoção afetiva¹⁷⁸ ou plena¹⁷⁹, ou por filiação biológica por reprodução assistida heteróloga, não terá esse estado modificado tão pouco extinto.

Porém, o conhecimento da origem familiar, diante do caso concreto pode ter várias nuances, como por exemplo:

(i) No caso de uma adoção plena onde os pais não contaram ao filho que este era adotado, e este desde então manifesta interesse de conhecer quem são seus genitores.

Contudo, ao recorrer a ordem jurídica o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) deixa claro que a adoção plena está calcada na ruptura total do adotado com sua família de origem, tendo apenas como exceção a necessidade de conhecer algum impedimento matrimonial¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele (LÔBO, 2022, p.17).

¹⁷⁸ Adoção afetiva ou também "adoção à brasileira" implica num reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, estando o adotante ciente que não é o genitor biológico do adotado. De fato, ocorre um processo de adoção sem que sejam obedecidos os requisitos legais. Este ato baseia-se na filiação socioafetiva (LÔBO, 2022, p. 28).

¹⁷⁹ A adoção de crianças e adolescente é regida atualmente pela Lei Nacional da Adoção (Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009) e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990). As referidas leis, fazem menção apenas a adoção plena, ou melhor, se referem à adoção estatutária, outrora chamada de plena, pelo fato de integrar completamente o adotado na família do adotante, trazendo vínculos para todos os envolvidos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁸⁰ Art. 1.521 do Código Civil de 2002: Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o

Caso em que o filho adotado tem intenção de contrair matrimônio com outro indivíduo que também é filho por adoção plena, decorrendo o risco de casar com seu ascendente ou com um afim em linha reta (irmão).

Tal pleito, não enseja qualquer reconhecimento de paternidade e/ou maternidade com a família de origem, ou estabelecimento de relação de parentesco ou de afeto.

(ii) No caso de reprodução assistida heteróloga, seja com doação de material genético de terceiro, onde os pais não contaram ao filho que ele não é filho biológico do seu pai e também sobrevêm a necessidade de conhecer seu verdadeiro pai biológico.

Nesse caso, sobrevêm uma questão de insegurança jurídica, pois no direito brasileiro não há norma específica para o direito ao anonimato do doador do material genético no Brasil.

Contudo, a possibilidade de se proteger tal direito, comunga da observância da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹⁸¹ – Lei nº 13.079 de 14 de agosto de 2018¹⁸², concomitantemente com a Resolução 2320 de 2022 do Conselho Federal de Medicina.

QUADRO COMPARATIVO 6 (grifo nosso)

Resolução 2320 de 2022 Conselho Federal de Medicina	Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)
4. Deve ser mantido, <u>obrigatoriamente</u>, sigilo sobre a <u>identidade dos doadores de gametas e embriões</u>, bem como dos receptores, com a ressalva do item 2 do Capítulo IV. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente aos médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a). 2. Os doadores <u>não devem conhecer a identidade dos receptores</u> e vice-versa, <u>exceto</u> na doação de gametas ou embriões para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos), desde que não incorra em consanguinidade.	Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, <u>dado genético</u> ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III - dado anonimizado: dado relativo a titular <u>que não possa ser identificado</u>, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; V - titular: <u>pessoa natural</u> a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento;

Fonte: a autora (2022)

adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 22 set. 2022.

¹⁸¹ A lei brasileira de proteção de dados se aplica a qualquer operação de tratamento de dados pessoais, realizada por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, independente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados, desde que verse sobre dados pessoais que tenham sido coletados no Brasil ou em qualquer outra operação de tratamento que seja realizado em nosso país (WACHOWICZ e REUSING, 2020, p. 21).

¹⁸² BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/113709.htm Acesso em: 22 set. 2022.

Do quadro comparativo, pode se extrair que a proteção se dá ao direito do anonimato do doador do material genético, por ser tratar de dado sensível, tendo por titular uma pessoa natural que não deve ser identificada, assim como aquele que é o seu receptor, e por interpretação sistemática o anonimato alcança o filho.

Contudo, mais uma vez, se apresenta uma questão de exceção quando a doação de gametas ou embriões for de parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos), desde que não incorra em consanguinidade.

Em ambos os caso (i; ii), pode-se verificar que o direito de conhecer sua origem familiar é permitida apenas quando recair nas exceções.

Mas, há que se ponderar ainda casos que não recaiam nas exceções a exemplo de dois indivíduos que não tem conhecimento de que foram concebidos por material genético do mesmo doador mas com genitoras diferentes, são irmãos e não sabem que são, e ao se relacionarem podem constituir um caso típico de incesto involuntário.

Por fim, o exemplo clássico de se conhecer a origem familiar biológica, por meio da investigação de paternidade ou maternidade.

(iii) No caso do indivíduo ter apenas sua filiação atribuída pela genitora (mãe biológica ou afetiva), manifesta o direito de conhecer sua origem familiar por parte do genitor para que o juiz reconheça a paternidade independentemente do afeto.

Tal reconhecimento, a luz do direito de família irá garantir direitos inerentes a filiação as ambas as partes. Ao filho, o direito ao uso do sobrenome da família¹⁸³, a existência das

¹⁸³ Todos têm direito a um nome. Não só ao próprio nome, mas também à identificação de sua origem familiar. O nome dos pais e dos ancestrais comprova que a pessoa está inserida em um grupo familiar. O patronímico pertence à entidade familiar, e identifica os vínculos de parentesco. O nome de família é também denominado de outras formas na linguagem jurídica, cognome, sobrenome, patronímico, apelido de família ou simplesmente nome. Os nomes possuem duas ordens de elementos: os fixos, onde se enquadram o próprio nome de família e o prenome; e os contingentes, como os apelidos, pseudônimos e títulos nobiliárquicos (LOPES, 1961, p. 237).

relações de parentesco¹⁸⁴, os impedimentos matrimoniais¹⁸⁵, o direito à alimentos¹⁸⁶, e o direito à sucessão¹⁸⁷. Para o genitor, o poder familiar¹⁸⁸; o direito de guarda¹⁸⁹; o direito de visita¹⁹⁰; e também o direito à obrigação de prestar alimentos¹⁹¹.

Contudo, não é possível esgotar o estudo ao tema, mas com os exemplos citados baseados em casos da vida real, percebe-se a importância do tema e a necessidade do direito de estar sempre vigilante às questões sociais oriundas do direito de filiação, para estabelecer fundamentos e estratégias para sua atribuição.

¹⁸⁴ É a relação que vincula não só pessoas por descendência uma das outras ou de um só tronco, mas também os parentes do cônjuge e entre adotante e adotado. O artigo 1.591 do Código Civil de 2002 declara: São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. É o parentesco que liga as pessoas umas às outras pelo mesmo sangue entre pessoas do mesmo tronco em comum. O grau de parentesco se estende até o 4º grau em linha reta e colateral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁸⁵ Os impedimentos matrimoniais são hipóteses previstas em lei que, quando configuradas, impossibilitam que determinadas pessoas contraiam matrimônio com outras. Trata-se de regras de ordem pública, isto é, tem natureza de proibição absoluta, não negocial. O artigo 1.521 do Código Civil de 2002 declara: Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁸⁶ Art. 1.694 do Código Civil de 2002: Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. A pensão alimentícia pode ser requerida por qualquer espécie de parente, podendo vir de uma vontade espontânea do alimentante, ser instituído em contrato ou por testamento, mas também pode vir de uma sentença condenatória por responsabilidade Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁸⁷ Direito das Sucessões é o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio (ativo e passivo – créditos e débitos) de alguém, depois de sua morte, em virtude de lei ou testamento. Está regulado nos artigos 1.784 a 2.027 do Código Civil de 2002 e no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal Brasileira de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁸⁸ Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 307) "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

¹⁸⁹ Chaves de Farias e Rosenthal (2017, p.677) refletem que a expressão guarda é plurívoca e não unívoca, servindo para uma dualidade de regimes jurídicos distintos: a guarda de filhos (reportando-se à proteção da pessoa dos filhos na ruptura de um matrimônio ou de uma união estável) e a guarda como colocação em família substituta (situação de uma criança ou adolescente que ficará sob a proteção de uma terceira pessoa). A primeira está disciplinada no Código Civil e a segunda está submetida à normatividade do Estatuto da Criança e do Adolescente.

¹⁹⁰ Art. 1.589 do Código Civil de 2002 declara: “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁹¹ Art. 1.696 do Código Civil de 2002 declara: O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 18 set. 2022.

2.2 Da Atribuição da Filiação Biológica

O conhecimento da origem familiar está vinculado ao direito de família, e condicionado ao conhecimento e o reconhecimento da paternidade e/ou da maternidade que pode ser conceituado como o ato que estabelece relação de parentesco em primeiro grau, na linha reta. Porém, antes discorrer algumas considerações ao tema, é de extrema importância atentar mais uma vez para o entendimento ontológico para atribuição de filiação biológica e não de parentalidade.

Parte-se da premissa do ditado popular, “de que pai e mãe são aqueles que criam”, este momento não é especificamente deles. Muito pelo contrário, é daqueles que concebem, e que são intitulados a princípio apenas de genitores/genitoras, e que podem ser chamados em razão do direito que assiste ao filho(s) a atribuírem filiação, mas não necessariamente a parentalidade, em ser pai e/ou mãe.

Inicialmente o termo parentalidade foi usado por Paul Claude Racamier em 1961, para enfatizar o caráter processual para o exercício das funções de pais em relação aos filhos, seja para se referir ao exercício (transmissão de direitos e deveres), a experiência (cumprimento dos papéis parentais) e a prática (cuidados físicos e psíquicos), (HOUZEL, 2004, p.48).

Traduzindo o termo parentalidade do francês *parentalité*, passou a fazer parte da linguagem jurídica, para designar uma realidade que ainda precisa ser verdadeiramente construída, que é para além de ser pai e mãe (genitor/genitora) biológicos. Deste modo, o uso do termo ao grande público, passa a designar a arte de ser pai e mãe de alguma maneira (MARTIN, 2003, p.25).

Por derivação do latim *parentalis*, a parentalidade tem sua origem na palavra parental, termo relativo aos pais, pessoas que conjunta ou separadamente assumem as responsabilidades nos cuidados de uma criança, aqueles que agem com dinâmica e responsabilidade parental (DICIO, 2022, n. paginado).

O entendimento de parentalidade utilizado é oficialmente considerado pelo Comitê Nacional de Apoio à Parentalidade, no âmbito da Convenção Nacional de Proteção à Infância, seguindo as recomendações do Conselho da Europa¹⁹² relativo às políticas públicas, numa abordagem científica, considerando as dimensões gestonária e política de que a parentalidade designa:

¹⁹² (DGCS) **Organisation de la direction générale de la cohésion sociale** Ministère des Solidarités de L'autonomie et des personnes handicapées. Disponível em: <https://solidarites.gouv.fr/organisation-de-la-direction-generale-de-la-cohesion-sociale-dgcs> Acesso em: 26 set. 2022.

O conjunto de modos de ser e de viver o fato parental: de ser pai e de ser mãe. É um processo que congrega as diferentes dimensões da função parental, material, psicológica, moral, cultural, social. Ela qualifica o laço entre um adulto e uma criança, independente da estrutura familiar onde ela se encontra inserida, com o objetivo de assegurar cuidado, permitindo a educação e o desenvolvimento da criança. A relação adulto/criança implica em um conjunto de funções, de direitos e de obrigações (morais, materiais, jurídicas, educativas, culturais) exercidas em nome do interesse superior da criança, decorrente do vínculo previsto pelo direito (autoridade parental). Ela se inscreve no ambiente social e educativo onde estão inseridos a família e a criança, (DGCS, 2019, n. paginado).

O referido entendimento, apresenta duas perspectivas. A primeira de operar uma política por meio de elementos centrais que é o fato de ser pai e ser mãe, e a segunda de operar pelo laço a ser constituído com filho, que envolvem outros temas com questões psicológicas, sociais e educacionais, e os demais processos de construção seja de apoio ou de controle.

O entendimento apresentado do termo parentalidade (*parentalité*), tem um melhor engajamento nesse estudo quando os termos paternidade e/ou maternidade, são para além dos vínculos biológicos.

Isto posto, a filiação a ser reconhecida é apenas a biológica, na qualidade de atribuir a paternidade e/ou a maternidade, ou seja, genitor e/ou genitora (aquele que gerou), mas que necessariamente não lhe será atribuído as responsabilidades que são inerentes à parentalidade para reconhecimento da filiação, que mesmo podendo ser espontâneo ou coercitivo, em muitos casos está distante ou até mesmo ausente da vivência da parentalidade que Houzel (2004, p.48) afirma que encontra circunscrita em um espaço que transcende o indivíduo, sua subjetividade e seus comportamentos.

Ao retomar por exemplo o terceiro eixo que Houzel (2004, p.48) a parentalidade decorre do exercício das tarefas que os pais executam conjunta e cotidianamente com os filhos, estando mais voltadas para os cuidados de saúde física e psíquica, e que não estão vinculadas no ato de reconhecer espontânea ou coercitivamente a paternidade e/ou maternidade ora lavrado no registro de nascimento.

A vivência cotidiana que Housel (2004, p. 48) apresenta, depende apenas da motivação espontânea do genitor e/ou genitora em conviver com seus filhos, ou seja, de vivenciar ser pai e/ou mãe, não estando limitada apenas ao fenômeno natural de parentesco que estão inseridos no primeiro eixo que é o exercício da parentalidade no respeito aos direitos e deveres oriundo do vínculo jurídico da filiação.

Pode-se citar como exemplo do exercício do primeiro eixo, o direito do filho aos alimentos, e o dever do genitor e/ou genitora de cumprir com a obrigação alimentar, oriundo do parentesco com a filiação biológica, como decorre da redação do art. 1.694 do Código Civil

de 2002, “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. (grifo nosso).

Por essa fundamentação, é que a filiação a ser reconhecida nesse recorte é apenas a biológica ou natural, com origem na consanguinidade, sem estabelecimento de laços de afeto.

O reconhecimento da filiação está elencado, no art. 27¹⁹³ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como direito personalíssimo (independente de consentimento de terceiros), indisponível (as partes não podem dispor) e imprescritível (reconhecido a qualquer tempo).

O reconhecimento da filiação biológica, pode de dois modos: (i) voluntário / espontâneo ou (ii) judicial / forçado, conforme declara o art. 1597 do Código Civil de 2002.

O reconhecimento, espontâneo ou judicial, tem eficácia declaratória, constando uma situação preexistente. Isto é, tem efeito *ex tunc*, retroagindo à data da concepção. Pode ser, inclusive, levado a efeito antes do nascimento do filho, não sendo possível, contudo, condicioná-lo à sobrevivência do nascituro. Como a lei resguarda seus direitos (CC 2º), pode o genitor, com receio de falecer antes do nascimento do filho já concebido, não esperar o nascimento para reconhecê-lo (DIAS, 2010, p. 369).

(i) De modo voluntário / espontâneo, é aquele em que o genitor e/ou genitora por ato de vontade própria, reconhece o indivíduo como seu descendente de primeiro grau. Pode realizar, por declaração ao oficial do registro público, por escritura pública ou testamento, e instrumento particular.

O reconhecimento, deve ocorrer com o registro no cartório de Registro de Pessoas Naturais, pessoalmente ou por procuração, seguindo o disposto no art. 29, §1º, alínea d, da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973¹⁹⁴, mais conhecida como Lei de Registros Públicos, que ainda usa nomenclatura desatualizada ao referir-se como ilegítimo(s) o(s) filho(s) havido(s) fora da constância do casamento, o que requer uma interpretação sistêmica constitucional.

O ato é voluntário, irrevogável, irretroatável, não estando submetida a qualquer encargo, termo ou condição, podendo ser alvo de nulidade absoluta ou relativa¹⁹⁵.

¹⁹³ Art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente declara: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso: 18 set. 2022.

¹⁹⁴ Art. 29 da Lei de Registro Público: Serão registrados no registro civil de pessoas naturais: § 1º Serão averbados: d) os atos judiciais ou extrajudiciais de reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm Acesso em: 22 set. 2022.

¹⁹⁵ O reconhecimento voluntário da paternidade independe de prova da origem genética. É um ato espontâneo, solene, público e incondicional. Como regra o estado de filiação, não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer condição (CC 1.613). É ato livre, pessoal, irrevogável e de eficácia *erga omnes*.

Seu efeito é erga omnes, pois reconhece um direito que sempre existiu.

Importante observar que o reconhecimento voluntário também alcança a filiação socioafetiva, por meio do Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁹⁶, bastando aos interessados comparecer pessoalmente ou por meio de procuração com objeto específico para efetivar a inclusão. Todavia, um ponto merece atenção, pois pelo Provimento nº 83 de 14 de agosto de 2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁹⁷, modificou alguns dispositivos do Provimento nº 63/2017, restringindo algumas hipóteses de reconhecimento extrajudicial pela sociafetividade.

Tais mudanças vem determinar que somente os filhos com mais de 12 (doze) anos de idade, ou seja, adolescentes conforme o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁹⁸, poderão se valer do registro da filiação socioafetiva pela via extrajudicial, seguido de sua anuência.

Aos filhos com menos de 12 (doze) anos de idade, ou seja, crianças conforme o mesmo artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente resta apenas a via judicial. Deste modo, o reconhecimento, poderá ser feito por um ou pelos dois genitores, separada ou simultaneamente,

Não é um negócio jurídico, é um ato jurídico *stricto sensu*. O ato do reconhecimento é irrevogável e indisponível, pois gera o estado de filiação. Assim, inadmissível arrependimento. Não pode, ainda, o reconhecimento ser impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade de registro. O pai é livre para manifestar sua vontade, mas seus efeitos são os estabelecidos na lei, (LÔBO, 2003 apud DIAS, 2010, p.369).

¹⁹⁶ Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> Acesso em: 22 set. 2022.

¹⁹⁷ Art. 10 do Provimento nº 83/2019 do CNJ. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975> Acesso em: 22 set. 2022.

¹⁹⁸ Art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) declara: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 21 set. 2022.

conforme art. 1697 do Código Civil de 2002¹⁹⁹, ou ainda estabelecido por testamento²⁰⁰ ou outro documento público, art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)²⁰¹.

De acordo com o Provimento nº 016/2012 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²⁰² o reconhecimento precede da anuência na condição se maior de idade (18 anos), caso contrário sua anuência deve se dar pela manifestação do seu representante legal (pai e/ou mãe) diante do caso concreto que se apresenta em respeito as condições de capacidade absoluta e relativa elencadas no Código Civil de 2002²⁰³.

Quando se tratar de reconhecimento de filho maior de idade, ou seja, 18 (dezoito) anos na data do reconhecimento, a concordância deste será também necessária, nos termos art. 1.614 do Código Civil de 2002²⁰⁴.

Assim, o reconhecimento será para declarar o estado de filiação, e atribuir ao indivíduo seu *status* de filho, e desse *status* emanar todos os direitos e deveres oriundos dessa relação de parentesco.

Por ser um ato declaratório, gera apenas efeitos jurídicos ao proclamar a filiação, mas gera os mesmos efeitos quanto a obrigatoriedade de constituir relação de parentesco ou de afeto.

¹⁹⁹ Art. 1607 do Código Civil de 2002: O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 22 set. 2022.

²⁰⁰ Sabido é que o ato de última vontade visa especificamente às disposições patrimoniais. No entanto, esse negócio unilateral pode conter cláusulas que não têm em mira, de forma direta, o patrimônio, é o que ocorre com o reconhecimento de filiação, como expresso na lei, bem como com nomeação de tutor ou curador, concessão de títulos honoríficos etc. Aliás, independentemente das menção da lei, nunca se duvidou que o testamento pudesse conter cláusulas não patrimoniais e especificamente servisse para o reconhecimento de filiação e que, nesse ponto, o reconhecimento não pode ser revogado (art. 1.610). O testamento, por sua natureza, é negócio jurídico essencialmente revogável (VENOSA, 2007, p. 237).

²⁰¹ Art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 22 set. 2022.

²⁰² Dispõe sobre a recepção, pelos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, de indicações de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas sem paternidade estabelecida, bem como sobre o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1299> Acesso em: 22 set. 2022.

²⁰³ Art. 3º do Código Civil de 2002: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência), Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 22 set. 2022.

²⁰⁴ Art. 1.614 do Código Civil de 2002 declara: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 22 set. 2022.

Vale a ressalva que o reconhecimento voluntário pode se dar de modo expresse perante o Estado-Juiz, qual será reduzida a termo equivalendo a uma escritura pública pela sua natureza e pela boa-fé pública (VENOSA, 2007, p. 237).

(ii) De modo judicial / forçado é aquele que o Estado chama para si a responsabilidade de investigar e de declarar a parentalidade, por não existir o reconhecimento voluntário, ou quando a averiguação oficiosa não culminar no reconhecimento.

Tal reconhecimento decorre da Ação de Investigação de Paternidade, a qual terá no polo ativo da demanda nos casos de incapacidade absoluta ou relativa sua representação ou assistência feita por seu responsável legal (mãe / tutor)²⁰⁵, se maior de 18 (dezoito) anos em nome próprio, e no polo passivo o possível genitor, seus herdeiros ou legatários.

Os possíveis casos para atribuição judicial, ocorrem quando:

(ii.i) Paternidade dos filhos havidos fora do casamento, conforme art. 2º da Lei 8.590 de 29 de dezembro de 1992²⁰⁶, se no registro de nascimento do menor apenas constar a maternidade, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação, se não reconhecida espontaneamente a situação será averiguada judicialmente por meio da Ação de Investigação de Paternidade.

Nesse caso, poderá o Ministério Público ter legitimidade especial para a propositura da ação se caso o suposto pai não responder em até 30 (trinta) dias a notificação judicial.

(ii.ii) Reconhecimento tardio dos filhos não concebidos na constância do casamento, a qualquer tempo, que não são reconhecidos voluntariamente.

(ii.iii) Em casos de vício no ato de reconhecimento, ou suspeita de filiação biológica diversa da que se declarou no Registro Civil conforme art. 1.604 do Código Civil de 2002²⁰⁷, como por exemplo uma coação, de procuração falsa, ou se o pai registral não seja o pai

²⁰⁵ Não é correto a mão ajuizar a ação. Esta deve ser *proposta pelo menor, representado pela mãe*. Todavia, o fato de constar o nome da genitora na inicial como postulante tem sido interpretado pela jurisprudência como mero lapso de redação, que não torna inepta a aludida peça. Tratando-se na espécie de representação implícita, visto que a sai atuação se dá na qualidade de representante legal do filho, embora formulado o pedido em seu próprio nome (GONÇALVES, 2022, p. 319).

²⁰⁶ Art. 2º da Lei 8.590 de 29 de dezembro de 1992: Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18560.htm Acesso em: 22 set. 2022.

²⁰⁷ Art. 1.604 do Código Civil de 2002 declara: Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 22 set. 2022.

biológico, situação esta que não será averiguada por meio de Ação de Investigação de Paternidade e sim Anulatória de Paternidade conforme art. 178 do Código Civil de 2002²⁰⁸.

(ii.iv) Do nascituro representado pela mãe, conforme o art. 1609 do Código Civil de 2002²⁰⁹, e art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)²¹⁰, já que o Direito Civil atual prevalece a Teoria Concepcionista²¹¹ que reconhece a aplicação dos direitos da personalidade ao nascituro desde o momento da concepção.

Os efeitos da sentença é “*ex tunc*”, ou seja, retroagirão à data do nascimento conforme informado no Registro Civil, atribuindo assim a parentalidade, o estado de filiação, produzindo efeitos a todos os demais familiares constantes da árvore genealógica. É ainda *erga omnes*, pois é oponível a todos, mas incontestável aos efeitos gerados, pela averbação das informações de parentesco no Registro Civil de Nascimento do filho, do nome do pai, e dos avós paternos.

(ii.v) Do filho que busca conhecer sua origem familiar biológica, após ter conhecimento de que era adotado, e quer reconhecida a multiparentalidade em registro de nascimento, mediante a inserção do nome do pai e/ou mãe biológicos concomitante aos de criação.

O referido exemplo é oriundo de caso concreto sentenciado no ano de 2015, pelo Juiz Lucas Mendonça Lagares da 3ª Vara Cível da Família e Sucessões de Formosa – Goiás. No pleito a Requerente T.L.G.S, tinha por objetivo incluir em seu registro civil, o nome do seu pai biológico, sem a exclusão do nome do seu pai afetivo, que lhe foi concedido pois conforme

²⁰⁸ Art. 178 do Código Civil de 2002 declara: É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: I - no caso de coação, do dia em que ela cessar; II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico; III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 22 set. 2022.

²⁰⁹ Art. 1.609 do Código Civil de 2002 declara: O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 22 set. 2022.

²¹⁰ Art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) declara: Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 22 set. 2022.

²¹¹ Com isso, perece-se uma inclinação do ordenamento jurídico brasileiro para o acolhimento da teoria concepcionista (mais adequada com o atual estágio do Direito Civil e com a afirmação constitucional da *dignidade da pessoa humana*), reconhecendo a aplicação dos direitos da personalidade ao nascituro. Aliás, a legitimidade ativa do nascituro exsurge indubitosa porque o art. 2º da Lei Civil lhe reconhece direitos e, por conseguinte, nada mais natural que disponha de meios para defendê-la, (FARIAS E ROSENVALD, 2013, p. 730)

fundamento apresentado o reconhecimento biológico em nada prejudicaria os anos de convivência com seu pai.

Por fundamento, aludiu que o Requerente tinha direito a multiparentalidade, já que é dever do Estado, estar atento as mudanças na forma de pensar sobre a família brasileira, proporcionar o fundamental para que o indivíduo possa buscar felicidade. E ainda ressaltou com base nos dizeres da desembargadora Maria Berenice Dias, “o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juricidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo”²¹² (COAD, 2015, n. paginado).

Parte-se da premissa que é um grande equívoco pensar que apenas o que está expresso no texto legal é jurídico e atinente ao direito. Isso porque a Constituição Federal brasileira de 1988 é axiológica, ou seja, possui um vértice filosófico que se ocupa de valores como o verdadeiro, o justo, o bem. Todos como valores jurídicos, com base na Justiça.

Para tanto, a aceção que se apresenta no art. 226 e parágrafos da Constituição Federal brasileira de 1988, para o instituto da família, é por meio de um conceito aberto, que se preocupa com o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Deste modo, por meio dos exemplos citados dos itens (ii.i) a (ii.v), o que todos tem em comum é que para a atribuição da filiação biológica, depende de prova técnica, que se faz por meio do exame de DNA qual irá constatar o vínculo biológico.

2.3 Do Meio de Prova para atribuição da Filiação Biológica

Em que pese, para atribuir-se filiação biológica, com objetivo de se provar a filiação paterna e/ou materna, para conhecer da verdade real da filiação, é necessário um meio de prova irrefutável, que desde 1990 pode se dar com a realização do exame de DNA.

O exame de DNA, para Martins e Sebastião de Oliveira (2006, p.304) permite atingir quase níveis de certeza absoluta para atribuição da filiação biológica.

Parte-se da terminologia paternidade e/ou maternidade biológica, pois a investigação pode ser tanto para atribuir filiação por parte do genitor ou da genitora, sempre pensando nas inúmeras possibilidades que se apresentam os casos concretos da vida real.

²¹² Mulher terá nome de dois pais em Certidão de nascimento. Publicado por COAD em 2015. Disponível em: <https://coad.jusbrasil.com.br/noticias/211858154/mulher-tera-nome-de-dois-pais-em-certidao-de-nascimento> Acesso em: 26 set. 2022.

O reconhecimento voluntário ou judicial esta presente na legislação brasileira desde 1992 com a Lei nº8.560 de 29 de dezembro, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

A vinda do provimento nº16 de 17 de fevereiro de 2012 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²¹³, possibilitou o reconhecimento pelos oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, mediante indicação de supostos pais de pessoas que já se acharem registradas mas sem paternidade estabelecida, bem como o reconhecimento espontâneo de filhos perante os referidos registradores.

Art. 1º. Em caso de menor que tenha sido registrado apenas com a maternidade estabelecida, sem obtenção, à época, do reconhecimento de paternidade pelo procedimento descrito no art. 2º, caput, da Lei nº 8.560/92, este deverá ser observado, a qualquer tempo, sempre que, durante a menoridade do filho, a mãe comparecer pessoalmente perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais e apontar o suposto pai. Art. 2º. Poderá se valer de igual faculdade o filho maior, comparecendo pessoalmente perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais (CNJ/2012, n. paginado).

Atinente ao recorte específico do genitor, segundo dados apresentados pela Agência Nacional do Brasil por meio das informações prestadas pelos cartórios de Registro Civil do Brasil, apontam que mais de 100 (cem) mil crianças em 2022, não possuem declarado o nome do genitor apenas da genitora. Com base nos dados consultados na Agência Nacional do Brasil²¹⁴, tendo como indicadores, o número total de crianças registradas por ano na proporção de pais²¹⁵ (genitores) ausentes retratam a seguinte realidade:

²¹³ Provimento nº 16 de 17 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1299> Acesso em: 26 set. 2022.

²¹⁴ Agência Nacional do Brasil. Portal da Transparência. Pais ausentes. Disponível em: <https://transparencia.registrocivil.org.br/painel-registral/pais-ausentes> Acesso em: 26 set. 2022.

²¹⁵ O termo “pai” entre aspas é utilizado em respeito ao estudo doutrinário já apresentado nas seções anteriores, pois segundo o objeto de consulta qual trata de pais ausentes, esta terminologia não se coaduna com o entendimento doutrinário de que pai requer vínculo afetivo, independentemente do vínculo sanguíneo. Deste modo, a terminologia adequada seria genitor, aquela que gera, aquele que se tem laços sanguíneos mas não necessariamente afetivos. Disponível em: <https://transparencia.registrocivil.org.br/painel-registral/pais-ausentes> Acesso em: 26 set. 2022.

QUADRO COMPARATIVO 7

Ano base	Número de Registros
2023 (janeiro à setembro)	Das 1.900.401 (um milhão novecentos mil quatrocentos e uma) crianças nascidas, 129.908 (cento e vinte e nove mil novecentas e oito) crianças foram registradas apenas com o nome da genitora.
2022 (de janeiro à dezembro)	Das 2.603.540 (dois milhões seiscentos e três mil quinhentas e quarenta) crianças nascidas, 163.748 (cem e sessenta e três mil setecentas e quarenta e oito) crianças foram registradas apenas com o nome da genitora.
2021	Das 2.661.812 (dois milhões seiscentos e sessenta e um mil e oitocentas e doze) crianças nascidas, 163.332 (cento e sessenta e três mil trezentas e trinta e duas) foram registradas apenas com o nome da genitora.
2020	Das 1.581.404 (um milhão quinhentos e oitenta e um mil quatrocentas e quatro) crianças nascidas, 92.092 (noventa e dois mil e noventa e duas) foram registradas apenas com o nome da genitora.
2019	Das 1.718.800 (um milhão setecentas e dezoito mil e oitocentas) crianças nascidas 99.826 (noventa e nove mil oitocentas e vinte e seis) foram registradas apenas com o nome da genitora.
2018	Das 1.702.137 (um milhão setecentas e duas mil, cento e trinta e sete) crianças nascidas, 93.006 (noventa e três mil e seis) foram registradas apenas com o nome da genitora.
2017	Das 2.627.321 (dois milhões seiscentos e vinte e sete mil, trezentos e vinte e uma) crianças nascidas 80.163 (oitenta mil cento e sessenta e três) foram registradas apenas com o nome da genitora.
2016	Das 2.523.293 (dois milhões quinhentos e vinte e três mil, duzentos e noventa e três) crianças nascidas, 135.675 (cento e trinta e cinco mil seiscentas e setenta e cinco) foram registradas apenas com o nome da genitora.

Fonte: a autora/2022-2023. Dados utilizados do portal de registro civil, período disponível para consulta anos de 2016 a 2023. Disponível em: <https://transparencia.registrocivil.org.br/painel-registral/pais-ausentes> Acesso em: 26 set. 2022.

Em um primeiro momento, o que se deve considerar no quadro apresentado, é o número expressivo da ausência do nome do genitor nos registros de nascimento, o que reflete a princípio em um indicador do número de possíveis famílias monoparentais formada apenas pela genitora/mãe e filho (a).

Em um segundo momento, o que se deve considerar é que tais dados são importantes haja vista desde 2012, o reconhecimento de filiação biológica poder ser feito espontaneamente pelo genitor e/ou genitora em cartório, desde que sob a concordância das partes envolvidas ou oficiosamente quando constar no registro civil de pessoa natural apenas o nome da genitora.

Em um terceiro momento, o que se deve considerar é que tais dados também apontam para uma realidade que segue, quando as partes espontaneamente não concordam ou oficiosamente não respondem a essas possibilidades de reconhecimento.

Ou seja, há um número considerável de pretensas ações de investigação com a intervenção estatal, para atribuição do estado de filiação biológico pelo Direito de Família com o uso de exames hematológicos²¹⁶, principalmente o exame de DNA²¹⁷.

É por meio de um laudo pericial de DNA, que será atestado os vínculos de parentesco e a verdade da filiação, o que explica a sua importância como meio de se estabelecer com confiabilidade absoluta, as diversas situações da vida contemporânea (MARTINS e SEBASTIÃO DE OLIVEIRA, 2006, p.304).

O DNA, comumente conhecido como ácido desoxirribonucleico, é o material genético que compõe os genes dos seres humanos, que armazena e transmite as características hereditárias de pais para filhos, sendo empregado para fins determinação de paternidade, mas também de identificação pessoal, sendo considerado o maior avanço do século XX na área forense (MARTINS e SEBASTIÃO DE OLIVEIRA, 2006, p.304).

O exame de DNA, vem como alicerce para a segurança jurídica nas decisões em geral, minimizando qualquer possibilidade de injustiça e de erro, respeitando os direitos de dignidade à pessoa humana de todos os envolvidos.

Por meio da metodologia empregada para a identificação do DNA, como conjunto de moléculas que compõe os cromossomos, ora localizados nos núcleos das células e arranjados aos pares, é que se obtêm a sequência única de cada indivíduo os quais em número de 46 cromossomos, se dividem igualmente para origem materna e paterna.

²¹⁶ O exame comparativo de sangue do investigado e do supostos pai pode ser apontado como o mais tradicional método técnico para a comprovação da paternidade de um indivíduo em relação ao outro. O método mais comum e antigo de exame hematológico na investigação de paternidade denomina-se sistema ABO que consiste na determinação do antígeno eritrocítico. As demais modalidades de exames comparativos de sangue utilizam o sistema de verificação do fator Rh (Taylor-Race e Brewer), do método M, N e MN (Levin, Landsteiner), do método Kell, do método Duffy e do método HLA (Human Leucocytes Antigens). Esses sistemas têm por finalidade constituir um tipo genético do investigando, o de sua mãe e o do suposto pai, concluindo-se, ao final, pela possibilidade ou pela exclusão da paternidade (SZANIAVSKI, 2019, p. 121-122).

²¹⁷ Contudo a técnica mais usada atualmente é o exame do ADN ou DNA, ácido desoxirribonucleico, como meio de prova técnica que corrobora para a determinação da paternidade, já que o juiz não está adstrito apenas ao laudo pericial para formar sua convicção, podendo inclusive se basear em outros elementos ou fatos provados nos autos para sua decisão (SZANIAVSKI, 2019, p. 150).

Para o seu sequenciamento, segue com a coleta de sangue a extração das células, sendo verificado a correspondências ou não de todas as bandas, ao qual poderá se comprovar e concluir pela verdadeira parentalidade biológica sem qualquer questionamento (MARTINS e SEBASTIÃO DE OLIVEIRA, 2006, p. 304).

Com esse cenário inquestionável, não há mais possibilidade de ludibriar a Justiça, para obstaculizar a atribuição da filiação biológica, e mesmo que se negue o comparecimento para a coleta do material, recai ao polo passivo da investigação a presunção de paternidade pelas alterações trazidas da Lei nº 12.004/2009²¹⁸ a Lei nº 8.560/1992²¹⁹ que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, como segue:

Art. 1º Esta Lei estabelece a presunção de paternidade no caso de recusa do suposto pai em submeter-se ao exame de código genético - DNA.

Art. 2º A Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 2º-A:

“Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.”

§ 1º. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009). (Renumerado do parágrafo único, pela Lei nº 14.138, de 2021)

§ 2º Se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, o juiz determinará, a expensas do autor da ação, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Incluído pela Lei nº 14.138, de 2021) (grifo nosso).

Com a alteração trazida pela lei de 2009, é reforçada que se houver recusa à realização do exame de DNA, poderá ser atribuída a sua presunção que será apreciado pelo magistrado, em conjunto com as demais provas já constituídas do acervo, as quais devem demonstrar a existência do relacionamento entre os genitores (SZANIAWSKI, 2019, p.165-166).

Contudo, a referida alteração preza ao ponderamento das provas apresentadas, a fim de evitar qualquer erro inclusive aos que podem alcançar a interpretação dos laudos (SZANIAWSKI, 2019, p.165-166).

²¹⁸ BRASIL. Lei nº 12.004/2009 que altera a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/112004.htm Acesso em: 09 out. 2022.

²¹⁹ BRASIL. Lei nº 8.560/1992 que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18560.htm Acesso em: 09 out. 2022.

Há que se pontuar ainda a alteração trazida no ano de 2021 com Lei nº 14.138²²⁰ a Lei nº 8.560/1992, que permite fazer exame de DNA em parentes consanguíneos quando o suposto genitor estiver morto ou com paradeiro incerto ou desconhecido. Ao juiz caberá, a convocação dos parentes de grau mais próximo, sendo que dessa recusa poderá advir uma decisão pela paternidade a depender do contexto probatório, ou seja, ainda persiste o ponderamento elencado por (SZANIAWSKI, 2019, p.167).

Este é o entendimento dos tribunais brasileiros por meio da Súmula 301 do STJ – "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".

Em que pese, a questão da presunção causar certa divergência doutrinária em razão da recusa poder ser entendida como "*iuris tantum*" (presunção relativa válida, até prova em contrário), tal entendimento é o que segue nos tribunais brasileiros. Jurisprudência

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais TJ – MG:

Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ – MG. Apelação Cível: AC XXXXX-07.2020.8.13.0040 MG. Ementa: Ação de Investigação de Paternidade. Exame de Código Genético (DNA). Importância da prova pericial. Recusa Injustificada do Investigado em se submeter ao exame. Presunção de Paternidade. Art. 2º A da Lei nº 8.560/92; art. 232 do Código Civil de 2002 e Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça. (...) O exame de DNA assume, na atualidade, significativa importância para a instrução probatória do processo de investigação de paternidade e para a formação do convencimento do magistrado, tendo em vista que aludida prova pericial é capaz de determinar, com razoável segurança, a existência do vínculo biológico entre dois indivíduos. (...) Demonstrada nos autos ausência imotivada do investigado ao local designado para a coleta do material genético, associada às demais provas produzidas no processo, há de ser declarada a sua paternidade biológica em relação à investigante, nos termos do art. 2º -A, § 1º, da Lei nº 8.560/92; do art. 232 do Código Civil e do enunciado da Súmula nº 301 do Superior Tribunal de Justiça. ²²¹(grifo nosso)

Jurisprudência Tribunal de Justiça do Estado de Paraná TJ – PR:

Tribunal De Justiça Estado Do Paraná. Agravo de Instrumento. Nº 776.351-1 -2022 da 5ª Vara de Família do Foro Central da Comarca de Curitiba. Ação de Investigação de Paternidade Post Mortem recusa dos herdeiros à realização de exame pericial de DNA presunção de paternidade possibilidade – recurso conhecido e não provido. 1.”a recusa a submeter-se à perícia médica ordenada judicialmente, não pode ser utilidade em proveito daquele que se nega, podendo, contudo, esta ser utilizada pelo juiz para suprir a prova que se pretendia obter com exame”. Aplica-se. “Apelação Cível – Ação de investigação de paternidade c/c herança – investigado falecido – recusa de herdeiro à realização do exame de DNA – paternidade presumida corroborada com outros

²²⁰ Acrescenta parágrafo 2º ao art. 2º-A da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, para permitir, em sede de ação de investigação de paternidade, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes do suposto pai, nos casos em que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14138.htm#art1 Acesso em: 26 set. 2022.

²²¹ TJ/MG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1500170738/inteiro-teor-1500170869> Acesso em: 26 set. 2022.

elementos de provas – decisão correta. (TJPR-12ªC.C APVC nº 438.251-6 Rel.Des. Clayton Camargo Julgado em 13/08/2008)²²². (grifo nosso)

Em ambas as decisões, verifica-se que a recusa da realização do DNA, não presume paternidade. A presunção de paternidade, sempre dependerá de outras provas para o seu deferimento, podendo ser desprezada em determinados casos em que houver outras provas suficientes para provar o relacionamento sexual²²³.

Pode-se também verificar, que a recusa não se trata de descumprimento de ordem judicial pois ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, tão pouco, é obrigado a dispor ou fornecer sangue ou qualquer parte de seu corpo para obtenção de prova judicial.

Ademais, o direito garante as partes, em conformidade com o art. 369 do Código de Processo Civil²²⁴, a colheita de prova, em especial prova documental, pericial, testemunhal, e o depoimento do Réu, em prol do juízo de cognição, e para a justa atribuição do direito.

²²²TJ/PR. Tribunal de Justiça do Paraná. **Agravo de Instrumento**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/21417814> Acesso em: 26 set. 2022.

²²³ **Apelação Cível nº 10.025/5** do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Comarca de Raul Soares. Relatoria Des. José Loyola, (SZANIAWSKI, 2019, p. 150).

²²⁴ Art. 369 do Código de Processo Civil declara: As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 26 set. 2022.

3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

A origem de qualquer indivíduo na legislação brasileira, pode se dar de duas formas: o direito de conhecer sua origem genética como direito de personalidade, e o direito a conhecer sua origem familiar, como Direito de Família.

Porém, a distinção de ambos os direitos de conhecimento da origem familiar ou genética é de extrema importância, haja vista as normas que os regulamentam e os efeitos jurídicos que causam, serem antagônicos.

O direito do conhecimento a origem familiar, concede a pessoa a possibilidade de investigar a sua paternidade e maternidade, por meio das ações de investigatórias, e como resultado atribuir-lhes ou não a depender do exame de DNA, o estado de filiação e demais direitos como alimentos e de sucessão.

O direito do conhecimento a origem genética, concede a pessoa a possibilidade de investigar por meio de exame como o mapeamento genético, seu genótipo e seu fenótipo, ou seja, conhecer suas características físicas, suas possível doenças, e garantir uma melhor qualidade de vida.

Contudo, na prática, eles podem ser facilmente confundidos, pois ambos os direitos manifesto em juízo pela pessoa interessada, geralmente tem em sua narrativa, fatos históricos de abandono ilícito, de adoção, ou concepção com auxílio da técnica de reprodução assistida heteróloga.

Deste modo, a investigação de paternidade ou maternidade, pertencente ao direito de família, tendo por objetivo específico o reconhecimento do genitor ou genitora no registro de nascimento.

Já a obtenção do conhecimento da origem genética, não busca qualquer tipo de vínculo familiar com genitor e/ou genitora, não há interesse em atribuir estado de filiação biológica.

No entanto, o direito de conhecimento da origem genética pode em um dado momento da existência do indivíduo usar deste direito, que este venha a colidir com outros direitos a exemplo do direito ao sigilo dos dados da mulher e das circunstâncias do parto, o que justifica a importância de sua análise como segue no próximo capítulo.

CAPÍTULO II – COLISÃO DE DIREITOS

Este capítulo tem por objetivo analisar a colisão de direitos fundamentais e de personalidade, quais sejam o sigilo de identidade e o direito da identidade genética, direitos especificamente relacionados ao conhecimento da origem genética de determinado indivíduo, seja oriundo de técnicas de reprodução assistida heteróloga ou de adoção.

Na reprodução assistida heteróloga na constância do casamento ou na reprodução independente, quando há que se ponderar entre o direito de sigilo do doador do material genético e o direito personalíssimo do indivíduo de conhecer sua origem genética.

Nos casos de adoção, seja legal mediante a destituição do poder familiar, seja ilegal ou também chamada popularmente de “adoção à brasileira” por meio da socioafetividade, ou ainda, na possibilidade da entrega voluntário do filho antes ou logo após o seu nascimento elencada no art. 19-A²²⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Nos dois primeiros casos, ocorre a colisão de direitos quando o indivíduo uma vez adotado busca conhecer sua origem genética conforme o art. 48²²⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) após completar 18 (dezoito) anos ou anterior a essa idade por eventuais incidentes constituído no exercício do direito à saúde.

No último caso, a colisão de direitos decorre no direito de sigilo conforme o art. 19-A, parágrafo 9º²²⁷ também do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que garante a mãe o sigilo sobre o nascimento denominado de entrega responsável, e erroneamente comparado com a Roda dos Enjeitados e com o instituto do Parto Anônimo.

A Roda dos Enjeitados e o Parto Anônimo, serão tratados na próxima seção deste estudo em razão da sua importância histórico social-jurídica na proteção das mulheres diante da renúncia ao direito de ser mãe e da criança de ter direito a uma família e a convivência comunitária.

Desta feita, quando os direitos do sigilo e do conhecimento da própria origem genética estiverem em uma rota horizontal de colisão, há possibilidade de se aplicar a ponderação como

²²⁵ Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 09 out. 2022.

²²⁶ Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 09 out. 2022.

²²⁷ Art. 19-A. § 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 09 out. 2022.

técnica de interpretação e harmonização, mediante o princípio da proporcionalidade, haja vista, o interesse maior a ser protegido ao adotado é a vida, entendido como bem maior pela Constituição Federal brasileira de 1988.

A ponderação como técnica de interpretação e harmonização cominada ao princípio da proporcionalidade, nas palavras do jurista alemão Robert Alexy se baseia na análise das condições fática e jurídica do caso concreto para decidir qual dos direitos em colisão deve prevalecer. Isso se deve ao fato de que ao tratar-se de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, os efeitos acabam por se irradiar na legislação ordinária o que faz por concluir que toda a interpretação da ordem jurídica brasileira deve ser feita com base na lei maior.

Para elucidar melhor o presente capítulo, apresentar-se-á o caso vivido pela atriz Clara Castanho que em 2022, declarou ter o sigilo da entrega voluntária violado por uma profissional enfermeira da área de saúde que conhecia o seu caso e expos na mídia.

O caso, trouxe em pauta não só a discussão do direito a entrega voluntária, do direito ao sigilo da mãe, da quebra do sigilo pelo profissional da saúde, mas consequentemente a discussão de outros temas importantes ao direito, como o estupro, o abandono estruturado e ilegal, o infanticídio, a falta de campanhas governamentais para a conscientização dos direitos das mulheres em renunciar a maternidade, do direito de que as crianças após tal renúncia, possam ser adotadas de forma mais célere e menos burocrática.

E ainda, se não mais importante que todos esses assuntos ora elencados, estão presentes nas lições escritas do professor Elimar Szaniawski em sua obra “Diálogos com o Direito de Filiação Brasileiro” de 2019, de que muitos direitos são declarados inconstitucionais “devido a ignorância e ao preconceito sobre o tema, a visão equivocada de categorias jurídicas, ao despreparo, a parca cultura jurídica e a falta de interesse na reflexão acerca das instituições jurídicas” e cita como exemplo os Projetos de Lei sobre o Parto Anônimo no Brasil.

Numerosos são os direitos fundamentais e de personalidade previstos na Constituição Federal brasileira de 1988 o que faz a colisão sempre presente no dia a dia do universo jurídico, o que exige do operador do direito, dizer qual irá prevalecer.

Para tanto, se faz oportuna as palavras de Staut (2015, p.2) no artigo “Legisladores, Juristas e os Princípios Jurídicos”: “Quem tem o poder de direito em sociedade”, ao lançar mão dos seguintes questionamentos: “Quem diz o Direito? ou “Quem tem o papel de dizer o direito em sociedade? (...)”.

SEÇÃO I – Dos Direitos Fundamentais e de Personalidade

1.1 Intimidade e Vida Privada e o Direito ao Sigilo de Identidade

A intimidade e a vida privada como direitos invioláveis de um indivíduo está elencado no art. 5º, inciso X da Constituição Federal brasileira de 1988, e quando violados lhes é assegurando o direito à indenização material ou moral decorrente da sua violação.

Pode-se então afirmar que a Constituição oferece proteção ao direito da intimidade, assim como, ao da vida privada (privacidade) já que estes são considerados como direitos de personalidade, inerentes ao próprio indivíduo, com objetivo de resguardar a sua dignidade.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste ainda na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (BASTOS, 2000, p. 45).

Com base na Teoria das Esferas da Personalidade elaborada pelo alemão Heinrich Hubmann, na qual há possibilidade de separar e dividir a vida privada do ser humano em quatro esferas em razão da intensidade de proteção que necessita, (DI FIORI, 2012, p.3).

A referida teoria, também pode ser denominada de Teoria dos Círculos Concêntricos, que consiste em 3 círculos um dentro do outro, no qual se dividem a esfera da vida privada do ser humano em 3 círculos em privacidade (esfera externa), segredo (esfera intermediária) e intimidade (esfera interna), (SZANIAWSKI, 2005, p.300).

O círculo ou a esfera mais interna, é região mais íntima, sendo um espaço intangível da liberdade humana, absolutamente protegido, pois compreende a forma como a vida privada é organizada, lá estando os assuntos mais secretos os quais não devem ser acessíveis a terceiros.

Na sequência, tem-se o círculo ou a esfera privada ampla, é a região mediana de intimidade, que inclui assuntos que determinado indivíduo pode levar a conhecimento de terceiro(s) em razão da confiança que nele deposita, o que exclui aqueles aos quais não confia, ou seja, o resto da comunidade.

Tem-se por fim o círculo ou a esfera social, que inclui todos os assuntos que não estão incluídos nos outros dois círculos ou esferas, os quais podem ser noticiados e conhecidos por terceiros, ou pelo resto da comunidade.

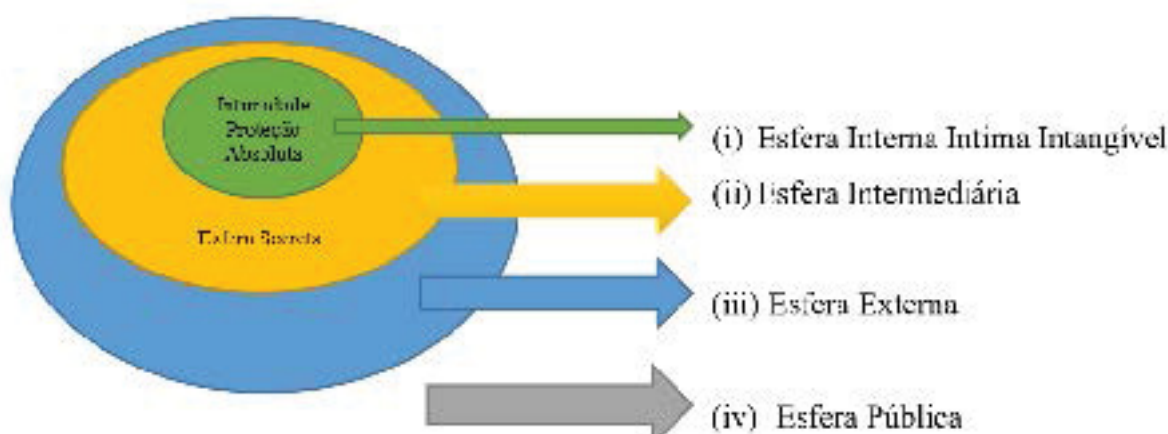


Figura 1. Szaniawski (2022), adaptada de Szaniawski (2022). estágio de ensino - aula de direito de personalidade ministrada em 22 de julho de 2022.

(i) Esfera privada íntima intangível - *intimsphäre*, é a esfera mais interna, que representa a intimidade, na qual o indivíduo goza de proteção absoluta já que consiste na proteção dos indivíduos na sua própria pessoa, ora intocável pela coletividade, (SZANIAWSKI, 2005, p.300),

(ii) Esfera secreta - *geheimisphäre*, é a esfera intermediária, que representa a vida privada, na qual o indivíduo opta em deixar alguns outros indivíduos conhecerem dos seus segredos, mas ainda segue intocável pela coletividade, (SZANIAWSKI, 2005, p.305);

(iii) Esfera privada - *privatsphäre*, é a esfera mais externa, espaço onde o indivíduo desenvolve a sua personalidade, aqui se localiza as proibições de divulgação de fatos que são conhecidos por um determinado grupo de indivíduos que necessariamente não participam da vida, tão pouco compartilham dos segredos, (SZANIAWSKI, 2005, p.321).

(iv) Esfera Pública - destaca-se as interações do indivíduo com a sociedade, como por exemplo a profissão que exerce, (SZANIAWSKI, 2005, p. 321)

Importante observar que mesmo remanescendo conceitos que entendam que intimidade e vida privada (privacidade) são sinônimos, estas devem ser entendidas em sua individualidade e também na sua interdependência, principalmente no âmbito internacional, onde em razão das diferenças histórico-culturais de cada país (SZANIAVSKI, 2005, p.293).

As primeiras distinções conceituais para tais direitos, tem sua origem na jurisprudência francesa, mais precisamente nos meados do século XIX, reconhecendo a intimidade como esfera mais restrita que a esfera da vida privada (SZANIAVSKI, 2005, p.298).

No âmbito nacional, a intimidade e a vida privada (privacidade) não foram reconhecidos como direito de personalidade no Código Civil de 1916, sendo tutelado em 1967

por meio da Lei da Imprensa nº 5.250²²⁸, com o direito de exercer a liberdade de pensamento e de informação, e quando violados devem ser reparados assim como o segredo epistolar que Pontes de Miranda (1983, p.12) denomina de direito ao sigilo de correspondência epistolar e telegráfica, tanto para o emitente quanto ao destinatário, excluindo terceiros da relação que só poderiam ter acesso a esse direito mediante renúncia, segundo o Código Penal.

Apenas em 1988, na Constituição Federal brasileira (art. 5º, inciso X)²²⁹, ambos os direitos foram determinados como direitos fundamentais, sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 12)²³⁰.

Posteriormente em 2002 com o novo Código Civil, foram reconhecidos como direito de personalidade nos arts. 20²³¹ e 21²³². Ou seja, na esfera da intimidade, ninguém pode penetrar sem expresso consentimento do titular do direito, assim como a esfera da vida privada não pode ser violada (SZANIAWSKI, 2005, p. 322).

Nesse pensamento é que Szaniawski (2005, p. 322) postula que ao considerar vida privada e intimidade como sinônimos, ou como um direito uno, sem suas gradações, pode ensejar uma ineficácia do que prescreve a Constituição Federal brasileira de 1988, já que os referidos direitos são de eficácia plena.

Por isso a Teoria dos Direitos Fundamentais ou Teoria das Esferas (*Sphärentheorie* do Direito Alemão), representada pelos três círculos ou esferas individualizadas acima apresentado, se dá em razão da intensidade de proteção, reafirmada no entendimento de

²²⁸ Art. 49. Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar: § 1º Nos casos de calúnia e difamação, a prova da verdade, desde que admissível na forma dos artigos 20 e 21, excepcionada no prazo da contestação, excluirá a responsabilidade civil, salvo se o fato imputado, embora verdadeiro, diz respeito à vida privada do ofendido e a divulgação não foi motivada em razão de interesse público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm Acesso em: 11 out. 2022.

²²⁹ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 out. 2022.

²³⁰ Art. 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. Disponível: <https://brasil.un.org/pt-br/81736-artigo-12-direito-privacidade> Acesso em: 11 out. 2022.

²³¹ Art. 20 do Código Civil de 2002: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815) Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 11 out. 2022.

²³² Art. 21 do Código Civil de 2002: A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Szaniawski (2005, p.322), de que a esfera social serve como fator limitador daquilo que é público (todos), do que é privado (alguns) e do que é íntimo (apenas do indivíduo).

A intimidade então, resguarda ao indivíduo o direito de excluir do conhecimento de terceiros tudo aquilo que somente a ele diz respeito, bem como, de que terceiros não participar, opinar, intervir, intrometer, em assuntos da vida alheia, que Cupis denomina de direito a “*riservatezza*” (privacidade /confidencialidade)²³³ e de “*segretezza*”²³⁴ (sigilo/secredo)”.

Já a privacidade resguarda ao indivíduo no campo jurídico, o direito de estar só ou “*right privacy*”, ou ainda, o direito de ser deixado só “*right to be left alone*”, o que irá remeter não apenas ao direito do Estado de não intervir na vida do indivíduo, mas de que o indivíduo possa reivindicar ao Estado a sua proteção contra terceiros (DONEDA, 2006, p.275).

Por essa razão, é que intimidade e a vida privada (privacidade), possuem graus diferentes de intensidade e por consequência de proteção. A intimidade, não repercute na sociedade, a vida privada pode repercutir ou não, depende da vontade do indivíduo de dar publicidade ao fato.

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer em comum). Já a vida privada envolve a proteção de formas exclusivas de convivência. Trata-se de situações em que a comunicação é inevitável (em termos de alguém com alguém que, entre si, trocam mensagens), das quais, em princípio, são excluídos terceiros, (FERRAZ JUNIOR, 1992, p.440).

Pode-se concluir pela vida privada (privacidade) como gênero e a intimidade como espécie, pois refere-se ao fatos específicos que não convém ser divulgados, seja por razões pessoais, profissionais ou comerciais, corroborando para que seja um subdivisão do direito à privacidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 300).

A intimidade, acaba por possuir diversas nuances como o direito de sigilo e de segredo.

A inviolabilidade do sigilo está relacionada ao direito fundamental à privacidade, que perfaz o direito do indivíduo de estar só, de excluir do conhecimento de terceiros informações que só ele diz respeito.

O direito à privacidade ou ainda o direito ao respeito à vida privada segundo Pontes de Miranda (1971, p.124), admite um direito à intimidade e um direito ao segredo, ambos entendidos como direito de personalidade.

²³³Traduzido por Reverso. Disponível em: <https://context.reverso.net/traducao/italiano-portugues/riservatezza> Acesso em: 11 out. 2022.

²³⁴Traduzido por Reverso. Disponível em: <https://context.reverso.net/traducao/italiano-portugues/segretezza> Acesso em: 11 out. 2022.

O direito à intimidade é aquele que o indivíduo quer resguardar dos sentidos alheios, e o direito ao segredo é de que ninguém pode informar, divulgar, sem sua autorização de acontecimentos da sua vida à terceiros.

Assim sendo, o direito à intimidade está ligado ao resguardo da vida íntima e privativa das pessoas, qual independe da sua clássica origem que é pela ocorrência da violação de domicílio, (SZANIAWSKI, 2005, p. 301).

A intimidade como direito diante das suas mais variadas nuances, abarca o sigilo das comunicações em geral, que perfaz o (i) sigilo da identidade e (ii) o segredo profissional.

(i) O sigilo da identidade entendido como a não publicidade de dados pessoais, que envolvem a coleta, o armazenamento, o tratamento, a utilização e a transmissão.

Concomitantemente a Constituição Federal brasileira de 1988, o sigilo da identidade deve ser observado pelos enunciados da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD – nº 13.709 de 14 de agosto de 2018²³⁵, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, objetivando proteger os direitos fundamentais de liberdade, personalidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural²³⁶. (grifo nosso)

Percebe-se pelo trecho em destaque, que a Lei de Proteção de Dados – LGPD, está diretamente vinculada aos direitos fundamentais e de personalidade como já apontados por Szaniawski (2005, p. 300) em sua obra “Direitos de Personalidade”.

Deste modo, entende-se por dados pessoais segundo a Lei de Proteção de Dados – LGPD, as informações que são relativas a pessoa natural, permitindo que estas sejam identificadas ou identificáveis, conforme art. 5º.

Tais dados pessoais, são aqueles fornecidos no preenchimento de um simples cadastro como por exemplo: nome completo, registro geral – RG, cadastro de pessoa física – CPF, data e local de nascimento, filiação, estado civil, profissão, endereço residencial e profissional, fotografias, os hábitos, endereço de IP (protocolo da internet).

Contudo, a Lei de Proteção de Dados – LGPD, deu atenção maior aos chamados dados pessoais sensíveis, aqueles que ao serem fornecidos por seu titular podem evidenciar estados

²³⁵ Em agosto de 2018 no Brasil, foi editada a Lei nº 13.709, denominada LGPD, cujo texto é inspirado na legislação europeia (RGPD) 2016/679. O RGPD é um regulamento do direito europeu sobre privacidade e proteção de dados pessoais, aplicável a todos os indivíduos na União Europeia (UE) e Espaço Económico Europeu (EEE), (WACHOWICZ e REUSING, 2019, p.596).

²³⁶ Art. 1º da Lei de Proteção de Dados Pessoais – LGPD. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm Acesso em: 12 out. 2022.

de vulnerabilidade e fragilidade como por exemplo: origem racial ou étnica, convicção religiosa, sindicalização, dados biométricos, biológicos e genéticos.

Especificamente nos arts. 17²³⁷ e 18²³⁸ da Lei de Proteção de Dados Pessoais – LGPD estão elencados, questões atinentes aos direitos do titular dos dados, quais sejam direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade, bem como, a anonimização²³⁹, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto em lei.

(ii) O segredo profissional entendido como a não publicidade de dados pessoais e do conteúdo das informações. O segredo isoladamente é “aquilo que não se deve dizer a ninguém, já que guarda um rigor para o silêncio, seja de coisa ou circunstâncias que é oculto à terceiros.

Sendo assim, o segredo profissional é aquele que decorre do exercício regular de uma profissão, por estado, por funções temporárias ou permanentes.

O profissional, se torna confidente necessário pela relação que existe entre o fato e o segredo, considerado em si como um dever moral, como a exemplo dos sacerdotes, advogados e profissionais da área de saúde como os médicos.

Os sacerdotes são os maiores se não os mais antigos confidentes necessários, partindo dos textos Canônicos como o Quarto Concílio de Latrão em “*Omnis Utriusque*”, do ano de 1205 constituído pelo Papa Inocêncio III, como segue:

Omnis utriusque scilicet fidelis, postquam ad hoc discretionis pertinerit, omnia sua solus peccata saltem semel in anno fideliter confiteatur, proprio sacerdoti; et injunctum sibi paenitentiam propriis ritibus studeat adimplere, alioquin vivas ab ingressu Ecclesiae arcetur, et moriens christiana careat sepultura. (LE GOFF, 2008, p.15).

²³⁷ Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm Acesso em: 12 out. 2022.

²³⁸ O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: I - confirmação da existência de tratamento; II - acesso aos dados; III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei; V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei; VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa; IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm Acesso em: 12 out. 2022.

²³⁹ Lei de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, art. 5º, inciso III: dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm Acesso em: 12 out. 2022.

Todo aquele que é fiel a ambas as ciências os após um período de anos de discrição, deve confessar fielmente suas omissões somente para pecar pelo menos uma vez por ano, ao padre apropriado; e ele deveria tentar esconder a penitenciária imposta a ele por suas primeiras risadas, caso contrário, os vivos seriam impedidos de entrar na Igreja, e os moribundos careceriam de um enterro cristão. (LE GOFF, 2008, p.15), (tradução livre).²⁴⁰

Pela instituição da confissão auricular aos fiéis de ambos os sexos uma vez pelo menos por ano, cabia ao sacerdote, analisar e imputar uma penitência, mas ser discreto e cauteloso, e que ao revelar um pecado que lhe foi confiado, este seria deposto e relegado a viver em um mosteiro até o fim da sua vida, ou seja, o dever do segredo (LE GOFF, 2008, p.15).

A relação dos advogados com o segredo, tem origem no direito romano por meio do código de ética que determinava a guarda de informações em geral, inclusive de depoimentos judiciais, sobre qualquer condição em razão do exercício de sua profissão.

Nesse sentido, Cervini e Adriasola (2013, p.78) afirmam que o sigilo profissional deve amparar, também, informações que sejam eventualmente reveladas durante consulta preliminar, ainda que o advogado acabe não sendo contratado, de fato, para o serviço. O tema também está disciplinado no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, nos arts. 35²⁴¹, 36²⁴², 37²⁴³ e 38²⁴⁴ do qual o advogado deve guardar sigilo dos fatos que tomar conhecimento, cedendo apenas em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como a exemplos dos casos de grave ameaça ao direito à vida e a honra ou que envolvam defesa própria, art. 25²⁴⁵.

²⁴⁰ Google Tradutor. Tradução Livre do Texto de Le Goof do Latim para Português. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=Tradu%C3%A7%C3%A3o+do+texto++Omni> Acesso em: 12 out. 2022.

²⁴¹ Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. Parágrafo único. O sigilo profissional abrange os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf> Acesso em: 12 out. 2022.

²⁴² Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente. § 1º Presumem-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre advogado e cliente. § 2º O advogado, quando no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro, se submete às regras de sigilo profissional. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf> Acesso em: 12 out. 2022.

²⁴³ Art. 37. O sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf> Acesso em: 12 out. 2022.

²⁴⁴ Art. 38. O advogado não é obrigado a depor, em processo ou procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sobre fatos a cujo respeito deva guardar sigilo profissional. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf> Acesso em: 12 out. 2022.

²⁴⁵ Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf> Acesso em: 12 out. 2022.

Assim sendo, o advogado tem obrigação de guardar segredo dos fatos que tome conhecimento no exercício de sua profissão, salvo os casos previstos em lei sob pena de sofrer sanções disciplinares, penal e civis.

Os médicos tem no juramento de Hipócrates datado de 460 a.C, o dever de guardar segredo das informações de foro íntimo, decorrentes da fragilidade e adoecimento do corpo, que são extensivo a outras profissões da área da saúde como psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros, fonoaudiólogos, dentre outros.

No Brasil, não há mais que se falar em contrassenso ao poder normativo do Conselho Federal de Medicina (CFM), pois ao se constituírem como autarquia, é considerado como órgão da administração pública indireta, que mesmo não sendo titulares do poder de legislar, tem competência normativa, para que suas resoluções tenham força de lei, e portanto, vinculem os profissionais da classe, em razão do direito à saúde, ao seu cumprimento, bem como aos citados princípios da bioética: beneficência, não maleficência, justiça e autonomia.

A Resolução nº 2.217/2018 do Conselho Federal de Medicina (CFM)²⁴⁶, que trata do Código de Ética Médica, especificamente nos capítulos IV – Direitos Humanos, IX - Sigilo Profissional e X – Documentos Médicos, apresenta as normativas para o recorte desse estudo.

No capítulo IV – Direitos Humanos²⁴⁷, composto dos arts. 22 a 30 determina o respeito a integridade física e mental do paciente e a proteção de sua personalidade, autonomia de vontade, respeito a sua dignidade, sem qualquer tipo de discriminação, sem qualquer procedimento degradante, desumano ou cruel.

²⁴⁶ CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.217/2018** Código de Ética Médica. Disponível em: <https://cem.cfm.org.br/> Acesso realizado em: 14 out. 2022.

²⁴⁷ Capítulo IV - DIREITOS HUMANOS. É vedado ao médico: Art. 22 Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte. Art. 23 Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto. Parágrafo único. O médico deve ter para com seus colegas respeito, consideração e solidariedade. Art. 24 Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. Art. 25 Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem. Art. 26 Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la. Art. 27 Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza. Art. 28 Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade. Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina. Art. 29 Participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte. Art. 30 Usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime. Disponível em: <https://cem.cfm.org.br/#Cap4> Acesso em: 14 out. 2022.

No capítulo IX – Do Sigilo Profissional²⁴⁸, composto dos arts. 73 a 79 determina o dever de não revelar fato conhecido em virtude do exercício da profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento por escrito do paciente, o que se estende a imagem e sua divulgação nos meios de comunicação em geral. (grifo nosso)

No capítulo IX – Dos Documentos Médicos²⁴⁹ – composto dos arts. 80 a 91 determina que o prontuário médico é o meio pelo qual os dados pessoais do paciente (pessoa natural) ficaram registrados, compilando assim um histórico de sua vida, da privacidade e intimidade, e por essa razão não deve ser manuseado e conhecido por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional.

²⁴⁸ Capítulo IX - SIGILO PROFISSIONAL. É vedado ao médico: Art. 73 Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha (nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento); c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal. Art. 74 Revelar sigilo profissional relacionado a paciente criança ou adolescente, desde que estes tenham capacidade de discernimento, inclusive a seus pais ou representantes legais, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente. Art. 75 Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou imagens que os tornem reconhecíveis em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente. Art. 76 Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade. Art. 77 Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresse consentimento do seu representante legal. Art. 78 Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido. Art. 79 Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial. Disponível em: <https://cem.cfm.org.br/#Cap9> Acesso em: 14 out. 2022.

²⁴⁹ Capítulo X - DOCUMENTOS MÉDICOS. É vedado ao médico: Art. 80 Expedir documento médico sem ter praticado ato profissional que o justifique, que seja tendencioso ou que não corresponda à verdade. Art. 81 Atestar como forma de obter vantagem. Art. 82 Usar formulários institucionais para atestar, prescrever e solicitar exames ou procedimentos fora da instituição a que pertençam tais formulários. Art. 83 Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente, ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer como plantonista, médico substituto ou em caso de necropsia e verificação médico-legal. Art. 84 Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta. Art. 85 Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade. Art. 86 Deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta. Art. 87 Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente. § 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina. § 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente. § 3º Cabe ao médico assistente ou a seu substituto elaborar e entregar o sumário de alta ao paciente ou, na sua impossibilidade, ao seu representante legal. Art. 88 Negar ao paciente ou, na sua impossibilidade, a seu representante legal, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros. Art. 89 Liberar cópias do prontuário sob sua guarda exceto para atender a ordem judicial ou para sua própria defesa, assim como quando autorizado por escrito pelo paciente. § 1º Quando requisitado judicialmente, o prontuário será encaminhado ao juízo requisitante. § 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional. Art. 90 Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina. Art. 91 Deixar de atestar atos executados no exercício profissional, quando solicitado pelo paciente ou por seu representante legal. Disponível em: <https://cem.cfm.org.br/#Cap10> Acesso em: 14 out. 2022.

Da leitura dos capítulos específicos para esse recorte (sigilo de identidade e sigilo profissional) é possível observar que o texto normativo está consolidado nas recomendações da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, ao art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, ao Código Civil de 2002 bem como ao Código Penal.

Pode-se então apontar que a divulgação de fatos sigilosos por profissional de saúde configura a quebra do sigilo, qual o Código Penal capitula como crime nos arts. 153²⁵⁰ e 154²⁵¹, e no Código Civil de 2002 como ato ilícito conforme os arts. 186²⁵² e 927²⁵³, bem como à Lei de Proteção de Dados Pessoais – LGPD com o art. 5º²⁵⁴, qual deve ser observado a individualidade do paciente.

²⁵⁰ Art.153 do Código Penal de 1940: Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 14 out. 2022.

²⁵¹ Art.154 do Código Penal de 1940: Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 14 out. 2022.

²⁵² Art. 186 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 14 out. 2022.

²⁵³ Art. 927 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 14 out. 2022.

²⁵⁴ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento; IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico; V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD); IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador; X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo; XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada; XIII - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados; XIV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado; XV - transferência internacional de dados: transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro; XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas

O art. 153 do Código Penal, segue com o verbo núcleo do tipo, divulgar, e o art. 154 com o verbo núcleo do tipo revelar, ambos sem justa causa conteúdo particular, ou seja, a informação sigilosa que requer segredo, de que é destinatário ou detentor, ou que se tem ciência em razão de função ministério, ofício ou profissão que se revelado produza dano a outrem.

Observação pertinente a ser feito a ambos os artigos do Código Penal quanto a não determinação de quem é o autor do ato ilícito – sujeito ativo aquele que divulgar ou revelar, haja vista depender do caso concreto, podemos ser aplicado a qualquer pessoa que exerçam profissões vinculadas a obrigação de guardar segredo.

Deste modo, pode ser sujeito ativo o sacerdote, o advogado, o médico, a parteira, a enfermeira,

A produção do dano a outrem pode ser conceituado como toda lesão a um bem juridicamente protegido, no presente caso ao sigilo da identidade (dados pessoais em geral), por divulgar ou revelar²⁵⁵ segredo causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, que gera o direito de reparação por não haver justa causa. (grifo nosso)

Ao que determina o Capítulo IX e o que se conceitua por dano, ambos utilizam da expressão motivo justo ou justa causa, que remetem a uma das possibilidades da quebra do segredo para divulgar ou revelar informação sigilosa. Mas afinal, o que é motivo justo ou justa causa?

O motivo justo ou a justa causa, circundam a esfera da subjetividade do profissional da área da saúde, atrelados a uma conduta moral e ética – bioética, para que não cumpra a regra, ou seja, a manutenção do segredo da informação, como nos casos de doenças infectocontagiosas.

competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados; XVII - relatório de impacto à proteção de dados pessoais: documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco; XVIII - órgão de pesquisa: órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos legalmente constituída sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter histórico, científico, tecnológico ou estatístico; e XIX - autoridade nacional: órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm Acesso em: 14 out. 2022.

²⁵⁵ Importante comparar os conceitos ontológicos de ambos os verbos núcleo do tipo, pois são eles que determinam o comportamento comissivo praticado e contrário a lei, qual seja divulgar é tornar público, assim como revelar é divulgar, ou seja, tornar público, conclui-se que ambas são sinônimos. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/> Acesso em: 14 out. 2022.

Um exemplo clássico, é uma pessoa infectada por uma doença sexualmente transmissível incurável, que se recusa a informar ao seu parceiro(a) da sua condição, colocando em risco não só a saúde mas a vida como direito constitucional de outra pessoa.

A colisão perfaz entre o segredo profissional o sigilo da informação, e a tutela de um bem maior que é o direito à vida de um terceiro (direito fundamental). Deste modo, a justa causa age como uma razão superior.

Apesar de o sigilo médico não ser considerado absoluto, as exceções são poucas e apenas têm alicerce em uma justa causa. Segundo o Conselho Federal de Medicina: “A justa causa, abrange toda a situação que possa ser utilizada como justificativa para a prática de um ato excepcional, fundamentado em razões legítimas e de interesse coletivo, ou seja, uma razão superior relevante, ou um estado de necessidade. Como exemplo de justa causa, para a revelação do segredo médico, a situação de um paciente portador de uma doença contagiosa incurável de transmissão sexual e que se recusa a informar e proteger seu parceiro sexual do risco de transmissão ou ainda pior, que deliberadamente pratica o sexo de forma a contaminar outras pessoas. Também é permitida a revelação nos defeitos físicos ou doenças que ensejam erro essencial quanto à pessoa e levem à nulidade do casamento, e nos casos que não impliquem no processo do paciente” (CONSULTA Nº 24.292/00, p.4).²⁵⁶

O profissional de saúde nesse caso, age com respaldo as normativas sanitárias determinadas pelo Ministério da Saúde do dever comunicar doença infectuosa²⁵⁷ que ofereça risco a coletividade.

Um exemplo atual e vívido é a Pandemia do COVID-19²⁵⁸, no qual o indivíduo diagnóstico com o vírus tinha como dever legal ficar em isolamento social sob pena de crime contra a incolumidade pública, ou seja, crime contra a integridade física ou patrimônio de generalidade das outras pessoas (RODRIGUES, 2019, p.13).

Conforme o Código Penal, o crime de incolumidade pública está capitulado no art. 268, por atentar contra medida sanitária preventiva, que objetiva impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa, o qual pode ser praticado por qualquer pessoa, tendo por bem jurídico prejudicado a saúde pública, tutelando a saúde da coletividade, (BRASIL, 1940, n. paginado).

²⁵⁶ CFM. Conselho Federal de Medicina. São Paulo. **Pareceres. Consulta nº 24.292/00.** Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/SP/2000/24292_2000.pdf Acesso em: 14 out. 2022.

²⁵⁷ Art. 268 do Código Penal: Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro. Omissão de notificação de doença. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 14 out. 2022.

²⁵⁸ Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia. O termo “pandemia” se refere à distribuição geográfica de uma doença e não à sua gravidade. A designação reconhece que, no momento, existem surtos de COVID-19 em vários países e regiões do mundo. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19> Acesso em: 14 out. 2022.

Tão relevante é esse interesse, que a lei do Estado entendeu de reconhecer, na espécie, um bem jurídico merecedor da reforçada tutela penal, incriminando certos fatos pela simples criação do perigo de dano à vida, à integridade física ou ao patrimônio de pessoas indefinidamente consideradas. O nosso Cód. Penal, depois de, na classe dos crimes contra a pessoa e sob a rubrica de “periclitção da vida e da saúde”, incrimina especialmente fatos que põem em risco a incolumidade individual, isto é, circunscrita a pessoa ou pessoas individualmente determinadas, cuidou, em título autônomo, sob a epígrafe “Dos crimes contra a incolumidade pública”, de fatos que acarretam situação de perigo a indeterminado ou não individuado número de pessoas ou coisas (HUNGRIA, 1980, p.8).

Em relação aos profissionais de saúde, quando o indivíduo, fosse diagnosticado com COVID-19²⁵⁹, por meio de testes realizados em farmácia, em laboratórios ou hospitais, os profissionais tem o dever legal comunicar a saúde pública seguindo com os dados pessoais, do indivíduo contaminado, caso contrário estaria pactuando para a disseminação de doença infectocontagiosa incidindo em crime de ordem coletiva.

Por fim, quando decorrer de requisição judicial, ou quando há consentimento expresso do próprio paciente que autoriza a divulgação de informação por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Em caso de reprodução assistida heteróloga, no qual o doador de gameta não é reconhecido como genitor ou genitora, nem como pai ou mãe, já que se trata de fornecedor(a) de material genético, a manutenção do sigilo da identidade é obrigatória.

IV- DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES: 2- Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas ou embriões para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos), desde que não incorra em consanguinidade (CFM Nº2.320/2022). (grifo nosso)

Contudo, o sigilo de identidade de doadores e/ou receptores de gametas e embriões só poderá ser quebrado em situações especiais, por motivação médica e exclusivamente aos

²⁵⁹ Coronavírus X SARS-CoV-2 X Covid-19. Coronavírus: nome dado a uma extensa família de vírus que se assemelham. Muitos deles já nos infectaram diversas vezes ao longo da história da humanidade. Dentro dessa família há vários tipos de coronavírus, inclusive os chamados SARS-CoVs (a síndrome respiratória aguda grave, conhecida pela sigla SARS, que há alguns anos começou na China e se espalhou para países da Ásia, também é causada por um coronavírus). SARS-CoV-2: vírus da família dos coronavírus que, ao infectar humanos, causa uma doença chamada Covid-19. Por ser um microrganismo que até pouco tempo não era transmitido entre humanos, ele ficou conhecido, no início da pandemia, como “novo coronavírus”. Covid-19: doença que se manifesta em nós, seres humanos, após a infecção causada pelo vírus SARS-CoV-2. Disponível em: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/qual-a-diferenca-entre-sars-cov-2-e-covid-19-prevalencia-e-incidencia-sao-a-mesma-coisa-e-mortalidade-e-letalidade> Acesso em: 14 out. 2022.

médicos, conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320 de 20 de setembro de 2022²⁶⁰.

A principal tese para o sigilo da identidade do doador(a) do material genético é a possibilidade de abalo nas relações familiares já consolidadas pelo indivíduo, ensejando por exemplo a existência de dois pais e/ou duas mães, um biológico e outro socioafetivo.

Assim sendo, reconhecer filiação biológica de doador de material genético, é reconhecer paternidade e/ou maternidade, o que se desdobra em outros direitos e requerimentos como a sucessão de bens e mutuamente a prestação de alimentos.

A principal tese contra o sigilo de identidade do doador de material biológico, é a de evitar incesto ou impedimentos dirimentes ao casamento (BARBAS, 1999, p.170).

Outra tese contra o sigilo de identidade do doador de material biológico é o de estar negando a pessoa que foi concebida pela técnica da reprodução assistida, o direito de conhecer parte de sua própria identidade, vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana e portanto, de personalidade.

Mas, o doador de material biológico não teria direito ao sigilo de sua identidade, também vinculadô ao princípio da dignidade da pessoa humana e portanto, de personalidade?

Deste modo, ao indivíduo que foi concebido por meio de reprodução assistida heteróloga seja por meio da doação de gametas ou embriões, poderá demandar o conhecimento de sua origem genética, para garantir o direito à saúde e manutenção da vida (SZANIAWSKI, 2019, p.263).

Isso se deve ao fato de que, mesmo seguido da quebra do sigilo da identidade do doador do material genético, ainda remanesce o seu direito de aceitar diante do caso concreto, como por exemplo em caso de doação de órgão, ser mais uma vez doador, já que ninguém é obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude da lei²⁶¹ (NEME, 2015, p. 200).

No mesmo vértice, segue o mesmo indivíduo concebido por reprodução assistida heteróloga, que para manter-se vivo precisa de transplante de medula óssea e o doador do

²⁶⁰ IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES - 4. Deve ser mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com a ressalva do item 2 do Capítulo IV. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente aos médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a). Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf Acesso em: 09 out. 2022.

²⁶¹ Art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 14 out. 2022.

material biológico, pode ser compatível. Contudo, ao considerar que o interesse maior a ser protegido é o da criança, o sigilo de identidade seria irrefutável?

A pergunta é cabível, se considerar as palavras de Leite (1995, p.127), quando declara que “o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família”, (...) “na hierarquia dos valores estas considerações sobrepujam o pretendido direito de conhecer a própria origem”.

E se o mesmo transplante de órgão ser a única expectativa do doador de material genético, tendo por únicos e possíveis descendentes os indivíduos concebidos da reprodução assistida, como dizer o direito? Quais direitos se sobrepujam? Quais direitos colidem?

Os mesmos questionamentos podem ser feitos e outros novos podem surgir, quando se estabelecer a adoção, entendida como a modalidade mais antiga de constituir filiação não biológica, é “a categoria jurídica que tem por escopo criar laços de parentesco de 1º (primeiro) grau entre duas pessoas, por meio da ficção legal (SZANIAWSKI, 2019, p. 173).

A adoção pode ser estabelecida por meio da entrega voluntária da gestante ou mãe antes ou logo após o nascimento, art. 19-A²⁶² do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou ainda pelo art. 28²⁶³ com a colocação em família substituta após a destituição do poder familiar²⁶⁴.

Isso porque, uma das implicações legais da adoção é o rompimento dos vínculos entre o adotado e seus pais e ou genitores, porém, remanesce o direito de conhecer sua origem biológica, ou seja, sua própria origem genética, após completar 18 (dezoito) anos, conforme determina o art. 48²⁶⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, pelo parágrafo único do artigo anteriormente citado, o adotado mesmo menor de 18 (dezoito) anos a seu pedido pode ter acesso a informações que anteriormente eram

²⁶² Art. 19 A do Estatuto da Criança e do Adolescente: A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude, incluído pela lei nº 13.509 de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm Acesso em: 17 out. 2022.

²⁶³ Art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente: A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm Acesso em: 17 out. 2022.

²⁶⁴ A lei não determina um conceito para poder familiar, a doutrina segue divergente a um conceito único, deste modo, o conceito mais admitido é “o conjunto de deveres e obrigações dos pais em relação aos filhos menores não emancipados e aos bens destes, decorrentes da relação de parentesco existente entre eles. A lei, portanto, atribui simultaneamente aos pais um encargo a ser exercido perante a sociedade – múnus público – (...) visando ao bom desenvolvimento, ao bem-estar e à proteção dos filhos”, (CARVALHO FILHO, 2011, p. 1837).

²⁶⁵ Art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 anos". Parágrafo único: "O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica", incluído pela Lei nº 12010/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm Acesso em: 17 out. 2022.

gravadas de sigilo como a entrega voluntária que garante a mãe o direito de sigilo sobre o nascimento conforme art. 19-A, § 9º²⁶⁶.

Mais uma vez, a necessidade de conhecer sua própria origem genética, ou sua verdade sanguínea, pode ocorrer como já elencado em qualquer momento, posto que é um direito imprescritível, seja para autoconhecimento, ou salvaguarda do direito à vida.

Não apenas por motivos de ordem eugênica, para melhor diagnosticar e combater os germes das doenças ou anomalias que herdou, não só por motivos de carácter sócio jurídicos, como seja o de prevenir essa maldição sem nome das relações incestuosas; mas principalmente por amor à própria verdade, para cada um saber quem foram seus reais progenitores, que sangue lhe corre nas veias, em que medida intervieram a força da natureza e a técnica dos laboratórios no fenômeno capital do nascimento (VARELA, 1993, p. 35).

O conflito entre o sigilo da identidade, e o direito de conhecer a sua própria origem genética, é um dos temas mais discutidos no século XX, principalmente quando o não conhecimento pode afetar ou agravar ainda mais a própria personalidade humana daquele que busca acima de tudo conhecer-se e viver com qualidade de vida.

1.2 O Direito a Própria Origem Genética e o Sigilo da Identidade

Como elencado em tópico anterior, o direito de conhecimento da própria origem genética, tem por ponto de partida o direito de personalidade, que vem sendo redesenhado, diante da necessidade humana. A tutela do referido direito se dá inicialmente com a Constituição Federal brasileira de 1988 por meio do art. 1º, inciso III²⁶⁷, fundamentado como princípio da dignidade da pessoa humana e como direito geral de personalidade e com o art. 227²⁶⁸ ao tutelar o direito de crianças e adolescentes de conhecer sua origem biológica.

²⁶⁶ Art. 19 A do Estatuto da Criança e do Adolescente: A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. § 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei, incluído pela lei nº 13.509 de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069compilado.htm Acesso em: 17 out. 2022.

²⁶⁷ Art. 1º, inciso III da Constituição Federal brasileira de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 17 out. 2022.

²⁶⁸ Art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988: 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 17 out. 2022.

O direito de conhecer, está diretamente ligado ao direito de acesso à informação, conforme determina o art. 5º, inciso XIV²⁶⁹, observando quando necessário o sigilo profissional da fonte (SZANIAWSKI, 2019, p. 411).

Diante da negativa do acesso a informação ou na possibilidade da colisão de direitos, o indivíduo pode dispor de ações judiciais como a exemplo da Ação de Investigação de Origem Genética e até mesmo do Habeas Data.

A Ação de Conhecimento de Origem Genética, é o mecanismo jurídico pelo qual o indivíduo manifesta seu direito para conhecer fatos que irão ser agregados a sua identidade, sua personalidade, já pertencentes na família sociafativa, como direito fundamental a todo ser humano, e assim consolidada na jurisprudência brasileira.

Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica. (...) Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar adotivo e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. (STJ, Ac.unân. 3ªT. REsp nº 833.712/RS rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.5.07, DJU 4.6.07, p; 357).²⁷⁰

O *Habeas Data*, é denominado de remédio constitucional, com finalidade de garantir a pessoa natural, o acesso ou a retificação de informações que lhe digam respeito, e que estejam registradas em banco de dados sejam em instituições públicas e similares.

Está previsto na Constituição federal brasileira de 1988, no artigo 5º, inciso LXXII²⁷¹, desde que as informações sejam caracterizadas como públicas²⁷², seguida da comprovação da negativa do agente público ao pedido formulado. Com base no entendimento de que o direito

²⁶⁹ Art. 5º, inciso XIV da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 17 out. 2022.

²⁷⁰ STJ-RS. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 833.712**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8930079/inteiro-teor-14096683> Acesso em: 17 out. 2022.

²⁷¹ Art. 5º, inciso LXXII da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 17 out. 2022.

²⁷² Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 1997, Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19507.htm Acesso em: 17 out. 2022.

ao conhecimento a própria origem genética é um direito fundamental constitucional, este se insere na terceira e na quarta dimensão²⁷³ dos direitos fundamentais.

A Teoria dos Direitos Fundamentais foi escrita com base nos ideários revolucionários franceses do século XVIII, da liberdade (primeira dimensão), igualdade (segunda dimensão) e fraternidade (terceira dimensão), (BONAVIDES, 2006, p.571).

Para Szaniawski (2005, p. 127) as dimensões iniciais da Teoria dos Direitos Fundamentais tem relação na sua primeira dimensão com os direitos políticos, na sua segunda dimensão os direitos civis e na terceira dimensão com os direitos sociais.

Importante observar que é possível correlacionar o entendimento de ambos os juristas para esse estudo, em razão dos próprios termos serem interdependentes para o contexto da análise de direitos para o conhecimento da origem genética.

Desta feita a liberdade como direito de primeira dimensão, se refere as chamadas liberdades negativas clássicas, que se configuram nos direitos políticos os quais agem como resposta ao Estado liberal Absolutista do século XIX. Tem-se como exemplos para essa dimensão de direitos, à liberdade, à propriedade, à liberdade de religião e expressão, e da participação política (SARMENTO, 2006, p.19).

A segunda dimensão de direitos, ao contrário da primeira dimensão, se refere as chamadas liberdades positivas clássicas, que assegura a igualdade material ou os direitos civis do ser humano. Nascem a partir do século XX, ora introduzido pelo constitucionalismo do Estado Social à exemplo da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, contemplando em sentido amplo os direitos de igualdade (SARMENTO, 2006, p.19).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, no qual se insere o direito do conhecimento da origem genética, consagra a solidariedade diante da preocupação com as

²⁷³ De acordo com Ingo Sarlet (2007, p.55) a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...]” Posteriormente, o autor faz uma defesa a respeito do termo dimensões, explicando a causa de sua opção por tal termo: “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos.

gerações humanas, estando correlacionadas ao direito da saúde, entendido pela Constituição Federal brasileira de 1988 como um direito social.

Tem como marco também o século XX, mais precisamente a metade do século fruto do espírito de solidariedade gerado no fim da 2ª Guerra Mundial, nos quais os direitos sociais vem para proteger a sociedade com acesso à saúde, à educação, a cultura, ao meio ambiente sustentável e equilibrado e à paz. Com a solidariedade e os direitos sociais, ocorre a cristalização dos direitos humanos, onde a dignidade da pessoa humana passa ser o alicerce da sociedade, tendo por destinatário o ser humano em sua unicidade (SARMENTO, 2006, p.19).

Na sequência, como quarta dimensão do direito, as discussões jurídicas estão voltadas a globalização, a democracia, e a engenharia genética, das pesquisas biológicas, do patrimônio genético, auxiliados pela bioética e biodireito para a normatização da biotecnologia (BOBBIO, 1996, p.18).

O Biodireito encontra-se em sua gênese, no que se refere a uma construção teórica. São direitos que se espraiam pelo âmbito dos direitos fundamentais e direitos humanos, apesar de apresentarem objeto e métodos próprios. Inserem-se no quadro do paradigma do Estado democrático de direito e visam à proteção da vida e da dignidade da pessoa humana e, acima de tudo, prevalecem como direitos que procuram resguardar o homem como espécie (FABRIZ, 2003, p.28).

E por fim, a quinta dimensão do direito relacionado com a paz, com a compaixão e ao cuidado e a sexta dimensão do direito com a importância da água potável, como fonte natural esgotável (BONAVIDES, 2006, p.571).

Desta maneira, diante da possibilidade da colisão dos direitos fundamentais há que se questionar em um primeiro momento, em que circunstâncias o direito de conhecer a própria origem genética tem maior relevância que o direito do sigilo de identidade?

Como ponderar sobre a personalidade e a historicidade de um indivíduo?

Como repercute a quebra do sigilo de identidade na vida privada?

E nos casos de moléstias graves ou congênitas em que o bem maior à ser tutelado é a vida, qual ou quais direitos devem prevalecer?

A princípio esses são alguns dos questionamentos jurídicos que podem surgir, a depender do caso concreto que se apresente.

Contudo, a doutrina pondera pela quebra do sigilo principalmente quando envolve o direito à saúde. Isso se deve ao fato do direito à saúde ser um direito não só de ordem individual, mas também de ordem coletiva. Individual enquanto sujeito em sua unicidade e coletivo pelos reflexos que traz ao núcleo familiar e a comunidade.

Parte-se da premissa que enquanto houver saúde, o direito ao conhecimento da origem genética está silencioso, já que todos os indivíduos estão em um quadro de normatividade vital, ou seja, com saúde.

Nas palavras de Fitzgerald (2007, p.72), “a saúde é a vida no silêncio dos órgãos”. Deste modo, a doença é o corpo que fala, qual rompe com a silenciosa relação do indivíduo com o seu corpo, transformando o estado de normatividade vital em um corpo com problema, que requer cuidados e intervenções.

Nessa perspectiva, quando o quadro de normatividade se altera, faz com que o indivíduo pense e se depare com a necessidade de conhecer sua origem genética, para superar por exemplo um diagnóstico de doença genética.

Assim sendo, o conhecimento da origem genética não pode ser entendido como um direito irrelevante frente a outros direitos. Para Goldim (2011, n. paginado):

Excluir o passado genético de uma pessoa pode parecer irrelevante enquanto está cresce saudável. No entanto, é possível que esta criança venha a se deparar com uma doença genética, situação em que a prévia ciência dos médicos faria toda diferença no atendimento e no tratamento, o qual poderia ter sido preventivo.

De fato, não se pode garantir a tutela mútua de direitos fundamentais que interagem e se atingem. Cada caso deve ser analisado enquanto fato histórico, jurídico e patológico²⁷⁴, que influenciam diretamente no equilíbrio das relações e na estrutura da personalidade. Ademais, o direito à saúde não pode ser entendido apenas em uma concepção simplista de ausência de doença, mas como uma garantia de qualidade de vida, associado a outros direitos básicos e indissociável do direito à vida.

No entanto, direito à saúde não se restringe apenas a poder ser atendido no hospital ou em unidades básicas. Embora o acesso a serviços tenha relevância, como direito fundamental, o direito à saúde implica também na garantia ampla de qualidade de vida, em associação a outros direitos básicos, como educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança (FIO CRUZ, 2023, n. paginado).

A correlação entre a saúde e a qualidade de vida, parte desde 1986 por meio da Carta de Ottawa, como resultado da primeira conferência internacional sobre promoção da saúde,

²⁷⁴ Os fenômenos patológicos fazem com que o indivíduo modifique sua estrutura, há uma transformação da personalidade. Estas transformações não se fazem presentes num indivíduo considerado normal, sob a mesma forma e nas mesmas condições. Segundo Canguilhem, “patológico implica pathos, sentimento direto e concreto de sofrimento e de impotência, sentimento de vida contrariada”. “O doente é doente por só admitir uma norma. O doente não é anormal por ausência de norma, e sim por incapacidade de ser normativo”, (CANGUILHEM, 2000, p.142).

realizada em Ottawa no Canadá, como um documento de recomendação para que até o ano de 2000, a mesma atingisse a todos os seres humanos, e assim se prolongasse no decorrer dos anos subsequentes (BRASIL, 2002, p.19).

A partir da década de 1990, a qualidade de vida, passou a ser entendida pelos estudiosos da área em dois aspectos. O primeiro aspecto é a subjetividade, ao considerar a percepção do indivíduo sobre o seu estado de saúde, distante de uma percepção médica, já que o objeto a ser percebido é o contexto da vida que se vive. O segundo aspecto é a multidimensionalidade, que se refere a diversos fatores que podem ser identificados como componentes da construção do contexto da vida que se vive (SMITH; AVIS e ASSMANN, 1999, p.450).

Tal contexto pode ser retomado sob a análise da Carta de Ottawa, que apresenta pré-requisitos para a saúde, quais sejam: paz, habitação, educação, alimentação, renda, ecossistema estável, recursos sustentáveis, justiça social e equidade (BRASIL, 2002, p.20). Segundo Szaniawski (2005, p.170), "a pessoa que não possui uma boa qualidade de vida não está exercendo verdadeiramente seu direito à dignidade humana".

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), qualidade de vida é “a percepção do indivíduo de sua inserção na vida, no contexto cultural e sistema de valores nos quais ele vive em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”. Envolve também o bem estar espiritual, físico, mental, psicológico e emocional, juntamente com todos os relacionamentos a nível social, familiar, com os amigos, bem como à saúde, à educação, a habitação, o saneamento básico e todas as demais circunstâncias da vida (BRASIL, 2013, n. paginado).

Deste modo, promover saúde é promover qualidade de vida, por meio de ações que terão impacto direto na proteção do bem maior tutelado na legislação brasileira que é o direito à vida, direito este inviolável, o qual Szaniawski (2005, p. 146) declara ser o mais importante dos direitos especiais de personalidade contemplados na constituição, uma vez que sem vida não haverá personalidade.

Assim sendo, personalidade, vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis, sem vida não há pessoa e os direitos de personalidade sem ela não se constituem, haja vista, o direito à qualidade de vida, à liberdade, à honra, à privacidade entre outros, serem atributos que dela decorrem e dependem, o que o torna imprescindível de ser abordado em subtítulo específico como segue.

1.3 Acima de tudo o Direito à Vida

Antes tratar diretamente da vida como direito, é necessário entender a vida, em virtude da amplitude de sua ontologia. A palavra vida deriva do latim “*vita*”²⁷⁵, e corresponde ao período que decorre entre o nascimento e a morte.

O termo vida no contexto médico, traz consigo a ideia de existência, e que seu término se estabelece com a morte encefálica, conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº2.173 de 23 de novembro de 2017, (CFM,1997, p.2).

Pode-se afirmar que a vida é um fenômeno complexo, que pode ser definida como a ausência de morte, constituindo o estágio final da evolução do homem. Nas palavras de Szaniawski (2005, p. 147):

A vida é o reverso da morte (...) viver é não morrer, é não ter interrompido o curso natural da vida por ato próprio ou de outra pessoa, qualquer que seja, voluntariamente ou não. A vida, constituindo um bem jurídico individual e social, conduz à noção de que toda pessoa possui o direito inalienável de gozá-la e de desfrutá-la, incumbindo ao poder público assegurar as condições de sua existência e que esta seja levada com dignidade.

Nesse mesmo entendimento, Cortiano Júnior (1993, p. 46), ao afirmar que “a vida é em suma, estado de atividade; ausência de morte. Como atividade, a vida é um processo, contínuo e ininterrupto, até o momento da morte”.

Se analisada em um contexto pedagógico, a vida segundo Alarcón (2004, p.104) pode ser entendida como:

i. Entidade biológica, se analisada pela biologia; haja vista ser uma estrutura organizada por meio de genes que compõe o DNA, onde todas as características genotípicas e

²⁷⁵ Do latim “*vita*” significa vida. Conforme dicionário é possível verificar os diversos significados da palavra vida. 1. estado de atividade dos animais e das plantas; condição do ser animado. 2. princípio que anima os corpos; vigor dos seres orgânicos. 3. ser(es) vivo(s) e/ou a(s) sua(s) atividade(s). 4. conjunto de seres vivos que partilham determinado meio, época, etc. 5.o facto de estar vivo. 6. o tempo que decorre desde o nascimento até à morte; existência. 7. figurado tempo de vigência ou duração de algo. 8.conjunto do que é necessário à subsistência 9.modo de viver. 10.atividade; ocupação; profissão. 11.aspeto particular da existência de um indivíduo; esfera; domínio. 12. período específico da existência de um indivíduo; fase; idade. 13. conjunto dos acontecimentos e experiências durante a vida de um indivíduo. 14.biografia. 15.conjunto de manifestações que caracterizam certo grupo, movimento, época, etc.16.figurado energia, dinamismo, vigor, vitalidade. 17.figurado animação, agitação 18.figurado motivo que anima a existência de alguém. 19.figurado condição do que, não sendo vivo, transmite a ideia ou a aparência do que é animado. 20. Em certas doutrinas religiosas, cada uma das existências de uma alma; encarnação. 21. (videojogo, jogo de computador, etc.) cada um dos períodos em que decorre a ação de certos jogos, durante o qual o jogador dispõe da possibilidade de atingir o objetivo proposto e que está sujeito a condição de perda relacionada com o desempenho do jogador, geralmente implicando algum tipo de penalização, como o regresso ao início ou a estágio anterior do jogo. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/vida> Acesso em: 26 out. 2022.

fenotípicas são reproduzidas de geração em geração, por possuir uma capacidade de adaptação ao meio que está inserido e que lhe permite sobreviver.

ii. Como existência moral, sob a ótica prática de existir, se analisada pela ética; haja vista a moral ora derivada do latim “*moris*”²⁷⁶, como elemento imaterial estar relacionada como norma que inspira o agir humano ou por identificar-se como o próprio agir do humano.

iii. Como valor supremo e objeto da concepção do mundo, se analisada pela filosofia; já que está intimamente ligada a dignidade da pessoa humana e a conquista da eudaimonia²⁷⁷, ou seja, a felicidade como direito.

iv. Como resultado da interação do ser vivo reunido em coletividade, se analisada pela sociologia; na perspectiva de que a vida para ser vivida deve ser digna, ou seja, uma vida distante da precariedade²⁷⁸ e assim reconhecida pela sociedade que deve dispor meios²⁷⁹ para sua concretização, que tem sua viabilidade dependente das relações sociais e intersubjetivas que o homem mantém.

A vida, acaba por assumir diferentes significados a depender do contexto em que se apresenta, acompanhando as mudanças paradigmáticas na evolução histórica do homem com proteção estatal pela ordem individual e coletiva²⁸⁰.

O direito à vida, situa-se como direito fundamental de personalidade.

Embora reconheçamos que a personalidade humana e suas manifestações não comporte graus, sendo em princípio, os direitos especiais de personalidade todos iguais em importância e dignos de idêntica proteção, destaca-se entre estes o *direito à vida*, como o primeiro e mais importante atributo da personalidade humana. O direito

²⁷⁶ A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais como os morais. A constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV). Ela, não mais que as outras, realçou o valor moral individual, tornando-se mesmo um bem indenizável (art. 5º, V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significância. Daí por que o respeito à integridade moral é fundamental (DA SILVA, 2022, p. 197/198).

²⁷⁷ “A vida é aquilo pelo qual um ser se nutre, cresce e perece por si mesmo” (Aristóteles, Da Alma, II, 1, 412a, p.10-20).

²⁷⁸ A “precariedade”, é definida como a condição politicamente induzida em que certas populações não possuem apoio social e econômico e estão diferentemente expostas a danos, a violência e até mesmo a morte. Nem todas as vidas são concebidas como tal, e isto ocorre pois a vida só existe se forem cumpridas diversas condições socioeconômicas para que seja mantida. Desse modo, é possível compreender que ainda que possa ter existido algo vivo, isto é distinto de um conceito socialmente compreendido como vida digna (BUTLER, 2010, p. 39-40).

²⁷⁹ Segundo Dworkin (2003, p.339), o direito à dignidade é uma garantia mais imperativa que as demais, pois necessita que a comunidade utilize qualquer recurso necessário para assegurá-lo.

²⁸⁰ “A concepção de direito à vida como fundamental da personalidade, com caráter essencial, *erga omnes*, propiciou a modificação qualitativa de seu conteúdo. Operou, ainda, duas alterações: uma quantitativa, que resultou na ampliação do rolde obrigados passivos, passando a proteger a vida, inclusive, contra os ataques do próprio titular e da coletividade politicamente organizada; outra taxionômica, porque o direito à vida deixou de receber apenas a proteção penal, para se instalar nos textos constitucionais, apresentando-se, atualmente, como fundante do próprio Estado Democrático de Direito, e como essencial à pessoa, no âmbito das relações privadas e públicas” (GEDIEL, 2000, p. 62).

à vida funde-se coma própria personalidade, vinculando-se à mesma, uma vez que sem vida não haverá personalidade. Personalidade, vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis. Os outros direitos ou atributos da personalidade humana, que se constituem, segundo a teoria fracionária, em direitos especiais de personalidade, decorrem diretamente da *vida*. Sem vida, não há pessoa, não se constituem direitos de personalidade. Desta maneira, o direito à *qualidade de vida*, o direito à *liberdade*, o direito à *honra*, o direito à *privacidade* e outros, são atributos decorrentes da vida e desta dependem (SZANIAWSKI, 2005, p. 146).

Contudo, mesmo sendo o direito à vida entendido como o atributo mais importante da personalidade humana, ele não existe por si só. Dele decorre outros direitos e atributos como o direito à qualidade de vida que em sua essência é muito mais amplo do que a ideia retilínea de se pensar que o direito à vida se resume apenas em deixar o indivíduo viver.

Mas viver em que condições? Segundo a Constituição Federal brasileira de 1988, em condições dignas, já que é pressuposto da pessoa e de sua existência.

(...) a vida, portanto, o pressuposto da pessoa, e esta, por sua vez, a essência do Estado e, ao mesmo tempo, seu fim permanente, cabendo-lhe garantir a existência da pessoa, isto é, da vida, e o desenvolvimento de suas potencialidades, com a realização de seus valores, ou seja, a dignidade (NOSTRE, 2001, p.147).

Nessa nova ordem de reconfigurar direitos, à vida também se vincula ao homem como fonte legislativa, e por meio de um enfoque transdisciplinar poderá ser entendida como: (i) um princípio, (ii) um direito à própria existência, (iii) um direito à vida digna, (iv) um direito à saúde e qualidade de vida, (v) um direito à morte digna, (vi) um direito à proteção face às tecnologias aplicadas à vida – biotecnologia, (vii) um direito de conhecer sua própria origem genética.

(i) Como princípio, por estabelecer a inviabilidade de uma única resposta para todos os casos concretos que se apresente direitos fundamentais em colisão, a exemplo de valorar à vida de dois seres humanos, em um primeiro caso a mulher que diante de uma gravidez indesejada, opta em não assumir a maternidade e opta pelo o aborto clandestino ou ilegal. Ou ainda, em um segundo caso que a valoração recaia entre direito à saúde psicológica dessa mesma mulher talvez vítima de estupro, mas silente já que o seu algoz é membro do seu núcleo familiar, o que vale mais sua psique ou à vida que foi concebida de modo indesejado.

Os casos apresentados, são apenas dois exemplos de outros inúmeros casos reais conhecidos por meio da escuta empática no exercício da advocacia, com base nas narrativas de mulheres vítimas de violência, que não serão enfrentados apenas pelo judiciário mas também pelo legislativo.

Sob a importância da existência humana, a Constituição Federal brasileira de 1988, não limitou a sua proteção apenas no art. 1º, inciso III²⁸¹ com a dignidade da pessoa humana ou no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea d²⁸² com a instituição do tribunal do júri²⁸³ para a defesa dos crimes dolosos²⁸⁴ contra à vida.

No que concerne aos crimes dolosos contra à vida, seja na sua forma tentada ou consumada, para esse recorte tem sua importância enquanto órgão do poder judiciário que tem a competência para julgar os crimes dolosos, ou intencionais, contra a vida. Que nos casos concretos, o fato pode se subsumir aos crimes de infanticídio (art. 123 do Código Penal) praticado pela própria mulher contra o próprio filho sob influência do estado puerperal durante o parto ou logo depois, e o crime de aborto (arts. 124 a 127 do Código Penal) praticado pela própria mulher ou por terceiros, com ou sem seu consentimento, para interromper a gestação antes da 22ª semana e com feto com peso inferior a 500 gramas.

A importância recai no fato de que os crimes acima quando praticados, podem ser resultado da ausência de políticas públicas que atendam a mulher na tomada de decisão de assumir ou não a maternidade, que encontram no aborto ilegal e clandestino a única e última solução para aquela gravidez indesejada ou não planejada, como forma de garantir a sua liberdade de renunciar a maternidade.

O texto constitucional também aponta com o art. 225 a importância do meio ambiente equilibrado e sustentável para garantir à vida da presente e das futuras gerações, impondo no

²⁸¹ Art. 1º da Constituição Federal brasileira de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 out. 2022.

²⁸² Art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 out. 2022.

²⁸³ Instituição secular com origem no Brasil em 1822, o Tribunal do Júri é responsável por decidir sobre a condenação ou absolvição dos acusados de crimes dolosos contra vida, sejam eles tentados ou consumados (CNJ, 2019, n. paginado). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-entenda-as-atribuicoes-do-juiz-no-tribunal-do-juri/> Acesso em: 30 out. 2022.

²⁸⁴ O Código Penal estabelece os crimes e suas penas no Brasil e, entre eles, estão os crimes dolosos contra a vida, ou seja, aqueles em que o agente atenta contra a vida do ser humano com vontade direta ou indireta. A Constituição Federal estabelece que os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, serão julgados pelo Tribunal do Júri. Tais delitos estão previstos nos artigos 121 a 128 do Código Penal, quais sejam: Homicídio, Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou a automutilação, Infanticídio, Aborto. Em 2015, com a edição da Lei n. 13.104, uma nova qualificadora foi incluída nesta lista: o feminicídio, ou seja, o homicídio de uma mulher por razões da condição de sexo feminino, (CNJ, 2018). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-crimes-dolosos-contra-a-vida/> Acesso em: 30 out. 2022.

parágrafo 1º e seus incisos²⁸⁵, ao Poder Público a responsabilidade de dispor de técnicas, métodos e substâncias para controlar possíveis riscos para a vida, presando pela sua qualidade.

A mesma importância à vida, se faz presente no texto constitucional com o art. 227²⁸⁶ que determina pelo princípio da prioridade absoluta a proteção à vida aos vulneráveis condição que se enquadram às crianças e adolescentes, como dever da família, da sociedade e do Estado.

Porém, diante da nova ordem constitucional, é leviano pensar apenas em aplicar a lei ou a letra fria da lei como ordem positivada, sem a devida observância dos princípios que também fundamentam o ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de se atentar contra a própria existência humana, ou de se acreditar que à vida é apenas mais um direito que precisa ser respeitado.

A vida, deve ser entendida como direito fundamental primário, pois dela decorre a existência e o exercício do demais direitos, é o princípio fundamental dos demais princípios fundamentais.

(ii) Como um direito à própria existência, de existir como indivíduo, como pessoa, de ter o processo vital interrompido apenas pela morte natural, é o direito de estar vivo e assim permanecer, e em situações contrárias a essa condição, perfaz o direito de lutar pela vida, por manter-se vivo. Nas palavras de Branco (2010, p.441), a existências humana é:

²⁸⁵ Art. 225 da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade; VIII - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea "b" do inciso I e o inciso IV do caput do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do caput do art. 155 desta Constituição. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 out. 2022.

²⁸⁶ Art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988: 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 out. 2022.

O pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

O direito de existir, tem seu fundamento na pessoa humana, na sua dignidade, na convivência harmônica consigo e com o coletivo. Isso se deve ao fato de que o referido direito ao que concerne à construção da personalidade se perde pelas atrocidades do pós- guerra, seja em razão da ascensão dos regimes totalitários, seja em razão da inovação da ciência e da tecnologia com os experimentos em humanos ou pela lógica positivista e racional.

Importante reiterar que a personalidade é a parte intrínseca da pessoa humana, ou seja, um atributo da sua existência, (SZANIAWSKI, 2005, p.71).

Contudo, o direito a própria existência é elencado no texto constitucional quando da leitura do artigo 5º este possibilita ao indivíduo contrapor toda e qualquer interferência ao processo vital normal assim determinado como o ato de nascer com vida, desenvolver-se e morrer.

A interferência apontada, alcança não só atos que podem ser praticados pelo Estado mas também por qualquer outro indivíduo, já que está protegido de qualquer mecanismo capaz de obstar o ato espontâneo que é o processo vital. Para Silva (2022, p.200) “a proteção se dá no direito de permanecer vivo, do processo vital não ser interrompido, a não ser pela espontânea e inevitável ação da morte”.

Observando pelo prisma de o direito de existir estar vinculado ao direito da liberdade de defesa contra atos do Estado ou de qualquer terceiro, este se insere na primeira dimensão do direito, no dever de respeitar a continuidade do processo vital.

O texto constitucional ainda garante o direito de existir, devido a inexistência da pena de morte como pena capital na qual o Estado após o devido processo legal condena um indivíduo a morte como punição por um crime cometido. A exceção a essa proteção, recai apenas em caso de guerra declarada, conforme art. 5, inciso XLVII²⁸⁷.

²⁸⁷ Art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: inciso XLVII: não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84: Compete privativamente ao Presidente da República: XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 31 out. 2022.

(iii) Um direito à vida digna, que está ligada intrinsecamente ao direito à própria existência, na concepção constitucional de que o Estado deve garantir a continuidade do processo vital para todos os seres humanos sem qualquer distinção.

Pode-se então inserir o direito à vida digna na segunda dimensão de direitos, na qual não se deve medir esforços e condições para a manutenção dos direitos sociais, econômicos e culturais, por meio de políticas públicas, programas sociais e ações de caráter afirmativo.

Abrange também, o direito ao trabalho em condições justas e com remuneração digna, que gerem ao ser humano a possibilidade subsistir com o mínimo de dignidade, em ter moradia, saneamento básico, educação, alimentação, saúde, seguridade social, conforme elencado no art. 6º da Constituição Federal brasileira de 1988, no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais. Dessa forma, ao Estado cria-se uma dupla obrigação:- obrigação de cuidado a toda pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por seus próprios meios; - efetivação de órgãos competentes públicos ou privados, através de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos adequados que pretendam prevenir, diminuir ou extinguir as deficiências existentes para um nível mínimo de vida digna da pessoa humana, (MORAES, 2011, p. 48).

Há que se apontar também, não apenas os direitos que se inserem na segunda dimensão de direitos, haja vista, a dignidade abarcar todos os demais direitos descritos no texto constitucional na garantia da continuidade do processo vital com igualdade formal e principalmente material. Portanto, outros direitos como a liberdade, a privacidade, a integridade, a paz, ao meio ambiente, devem também serem garantidos pelo Estado.

(iv) Um direito à saúde, por ser um direito de todos, que coexiste à vida na perspectiva que esta depende indiscutivelmente daquela para que o processo vital ocorra sem qualquer interrupção que não seja a via natural, ou seja, com a morte.

Porém, antes de qualquer discussão referente a coexistência entre os dois direitos, a que se conhecer o que é saúde na sua origem ontológica de substantivo, que significa o estado de normalidade do funcionamento do organismo humano²⁸⁸.

²⁸⁸ A saúde de um indivíduo pode ser determinada pela própria biologia humana, pelo ambiente físico, social e econômico a que está exposto e pelo seu estilo de vida, isto é, pelos hábitos de alimentação e outros comportamentos que podem ser benéficos ou prejudiciais. Uma boa saúde está associada ao aumento da qualidade

Como direito, à saúde está elencada no art. 196 da Constituição Federal brasileira de 1988²⁸⁹, de caráter pragmático, coletivo, transindividual, subjetivo, universal, concretizado por meio de políticas sociais e econômicas com objetivo de reduzir o risco de doenças.

Como direito fundamental e de personalidade à vida, é o direito que mais se une ao interesse individual do ser humano, aspirando a proteção da integridade física e psíquica²⁹⁰ na defesa contra ameaças e agressões.

Por integridade psicofísica podemos entender o direito a não sofrer violações em seu corpo ou em aspectos de sua personalidade. Incluídos estariam também os aspectos da vida moderna, ligados especialmente a temas como saúde e biodireito. Proteção de dados genéticos, reprodução assistida, atos de disposição do próprio corpo, entre outros, são situações novas, merecedoras de tutela e que, entretanto, ainda não encontraram solução satisfatória em nosso direito (SZANIAWSKI, 2005, p.506).

O direito à saúde enquanto dependente das políticas públicas do Estado, está assegurada por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), objetivando atender e suprir as necessidades dos indivíduos nas questões que atentem contra o seu bem estar conforme artigo 200 da Constituição Federal brasileira de 1988²⁹¹.

de vida. É sabido que uma alimentação balanceada, a prática regular de exercícios físicos e o bem-estar emocional são fatores determinantes para um estado de saúde equilibrado. Por outro lado, as pessoas que estão expostas a condições precárias de sobrevivência, não possuem saneamento básico (água, limpeza, esgotos, etc.), assistência médica adequada, alimentação e água de qualidade, etc., têm a sua saúde seriamente afetada. Disponível em: <https://www.significados.com.br/saude/> Acesso em: 31 out. 2022.

²⁸⁹ Art. 196 da Constituição Federal brasileira de 1988: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 out. 2022.

²⁹⁰ Para Szaniawski (2005, p.506), a doutrina brasileira predominante ainda não adota a concepção unitária do direito à integridade do homem, possuidor de um direito à integridade psicofísica, preferindo dar tratamento separado por intermédio de duas tipificações, tutelando um direito à integridade física e um direito à integridade psíquica, possuindo, ambos os direitos, a natureza de um direito de personalidade. Parece-nos que essa dicotomia tradicional não consegue alcançar a ampla e verdadeira tutela que se deve outorgar à pessoa humana, pois nenhum dos dois, isoladamente, protege o direito à integridade do corpo humano, o direito à saúde, de um modo geral, e um direito ao pudor, estando nesses inseridos o direito à integridade psíquica e o direito à integridade física. Já o direito à integridade psicofísica, visto de um modo unitário, abrange todos esses tipos e subtipos sob a mesma denominação, tutelando esses direito de uma vez só, já que a psique pertence à estrutura do indivíduo, compõe a pessoa, integrando-se à própria personalidade e a tutela do indivíduo deve-se fazer por inteiro como um todo. A própria jurisprudência tende a efetuar a tutela da integridade do homem dentro da noção de um direito à saúde, conforme ocorre na Alemanha com o direito geral de personalidade, na Itália e na França, de acordo com a teoria tipificadora dos direitos de personalidade.”

²⁹¹ Art. 200 da Constituição Federal brasileira de 1988: Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda

Deste modo, o direito à saúde deve atender aos princípios da universalidade e da integralidade. Da universalidade, para um acesso democrático, em todos os seus níveis, da integralidade para que a assistência aconteça de modo articulado independentemente da sua complexidade.

Para tanto, há que se observar não apenas os dispositivos da Constituição Federal brasileira de 1988, mas também a Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde²⁹², pois ante a falta ou a deficiência do sistema sob pena de lesão ou ameaça de direito é legítima a intervenção jurisdicional seja por ações individuais ou coletivas a exemplo das Ações Obrigacionais²⁹³, Mandado de Segurança²⁹⁴ e Ação Civil Pública²⁹⁵.

(v) Um direito à morte digna, como a última fase do processo vital do indivíduo, intrínseca à vida. Pode-se afirmar que se à vida sempre existiu, por consequência a morte segue à sorte do principal. Se à vida tem que ser digna, mas uma vez a morte segue à sorte do principal.

Isso se deve ao fato de que à morte é indissociável da vida, momento em que se extingue a personalidade, mas que ainda remanesce direitos a proteção da honra e a imagem do morto conforme art. 12 do Código Civil de 2002²⁹⁶, que se violado transmite aos seus sucessores o direito de ser reparado conforme art. 1784 do mesmo código²⁹⁷.

Ao tratar da morte digna, o enfoque é na possibilidade do indivíduo ter acesso a tratamentos adequados em razão da doença que possua, assistência hospitalar, bem como a

e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ Acesso em: 30 out. 2022

²⁹² Lei nº8.080 de 19 de setembro de 1990. Que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm Acesso em: 31 out. 2022.

²⁹³ Segundo Gonçalves (2022, p.142) as ações de direito obrigacional “consistem num vínculo jurídico pelo qual o sujeito ativo pode exigir do sujeito passivo determinada prestação. Constitui uma relação de pessoa a pessoa e tem, como elementos, o sujeito ativo, o sujeito passivo e a prestação”.

²⁹⁴ Mandado de segurança pode ser definido como “o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (MEIRELLES, 1997, p.124).

²⁹⁵ A ação civil pública, é instrumento de tutela coletiva, regulado pelo microsistema normativo de processo coletivo brasileiro, composto, em especial, pela Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/85) e pelo CDC- Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.090/90).

²⁹⁶ Art. 12 do Código Civil de 2002: Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 01 nov. 2022.

²⁹⁷ Art. 1.784 do Código Civil de 2002: Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários quando em razão do Artigo186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e Artigo 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso realizado em: 01 nov. de 2022.

fármacos, e posteriormente na possibilidade de aceitar ou não a sua utilização com base na Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM).

A Resolução nº 1.995 de 31 de agosto de 2012²⁹⁸, vem por definir as diretivas antecipadas de vontade manifestadas pelo indivíduo doente²⁹⁹ sobre quais cuidados e tratamentos que quer ou não receber no momento de sua incapacidade³⁰⁰, conforme arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002³⁰¹.

O documento para essa manifestação é o testamento vital, que não é reconhecido pela legislação brasileira como capaz de produzir efeitos legais. Para Gonçalves (2022, p.142), o testamento vital ou biológico é ato unilateral, para declarar se quer ou não ser submetido a tratamentos ou procedimentos que evitem a morte.

No entendimento de este pontua seu entendimento de testamento vital com base na visão de Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2015, p.425), explica:

O testamento vital ou biológico não traduz uma disposição de última vontade, e sim em um negócio jurídico Inter vivos de conteúdo não patrimonial, pelo qual a pessoa natural, alicerçada na autonomia privada, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III, da CRFB) e nas autorizações normativas acerca da liberdade que tem para decidir sobre a própria saúde e o tratamento a que deseja submeter-se ou não (art. 1º, inciso II, 5º, II, III, VI, VIII e X ambos da CRFB, arts. 13, 14 e 15 do CC e Lei 9.434/1997), antecipa manifestação de vontade nesse campo, de molde a evitar eventual impossibilidade física de fazê-lo ulteriormente.

Em que pese ser tema contraditório e controverso seja na doutrina jurídica quanto na científica, há que se pontuar a preferência pelo uso do termo diretiva³⁰², tendo como fundamento

²⁹⁸ CRM. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLU%C7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012&vide=sim> Acesso em: 01 out. 2022.

²⁹⁹ Partindo de uma definição abrangente, é possível afirmar que doente é a pessoa que ou perdeu, ou teve reduzida ou modificada sua capacidade para interagir com o meio (outros seres ou coisas em que vive). As limitações a que se submete o doente (determinadas pela própria doença ou mesmo pelo tratamento respectivo) podem subverter-lhe o consentimento, que não é mais livre: está comprometido pela dor, pelo desconhecimento, pela incerteza a respeito de seu destino, (MEIRELLES e TEIXEIRA, 2002, p.137).

³⁰⁰ A regra é a capacidade, sendo a incapacidade exceção, não há como interpretar extensivamente as hipóteses legais que retiram do homem a capacidade de exercer seus direitos. Sob este prisma, o doente é capaz de consentir, amenos que lhe seja retirada tal capacidade mediante processo judicial de interdição, (MEIRELLES e TEIXEIRA, 200, p.1372).

³⁰¹ Art. 3º do Código Civil de 2002: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos e Artigo 4º: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 01 out. 2022.

³⁰² Para Stolze e Pamplona (2019, p. 322), o instituto seria assemelhado a um testamento, na verdade, mais próximo de um codicilo nos termos do artigo 1881 do Código Civil Brasileiro de 2002. O que se percebe é que a expressão

o art. 15 do Código Civil de 2002, que declara que “ninguém pode ser submetido contra a sua vontade mesmo com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

Por certo que independentemente na contradição e das controversas da doutrina jurídica, o que não se pode negar é que se trata de um negócio jurídico unilateral, lícito³⁰³, que expressa a autonomia da vontade e que retrata a autonomia privada. Nas palavras de Cabral (2004, p.47):

A autonomia da vontade é “fenômeno interior e psicológico gerador da ação finalística contida no âmbito da autonomia privada, capaz produzir efeitos jurídicos particulares nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico”. Para ele, a autonomia privada é “de concepção objetiva, tida como um poder do particular de auto regular-se nos limites do ordenamento jurídico.

Importante destacar que o Enunciado 528 ora aprovado na V Jornada de Direito Civil, entende que é válida a declaração de vontade da pessoa ao estabelecer quais os tratamentos de saúde que aceita e não aceita receber em caso de enfermidade incurável ou risco de vida.

O Enunciado 528 vai de encontro ao mesmo entendimento da Resolução nº1.995 de 31 de agosto de 2012, pois em pleno século XXI com o avanço da tecnologia em prol da medicina é quase impossível não considerar a autonomia da pessoa doente, tão pouco de não se prever minimamente o momento da morte. Condição que se vincula ao tema estudado, da necessidade do adotado conhecer sua origem genética, com objetivo de salvaguardar à sua vida, à sua saúde.

Ao médico incumbe o dever de informar o paciente, e quando incapaz de informar ao seu representante legal, conforme alude o art. 5º, inciso XVI da Constituição Federal brasileira de 1988³⁰⁴.

testamento vital ou biológico não é correta quanto à caracterização jurídica, pois o que se propõe não é um testamento em si e, por isso, propomos que a sua denominação, na prática, seja alterada para “declaração vital ou biológica”

³⁰³ Conforme Dimas Carvalho (2011, p. 148), não constitui qualquer ilícito acolher a vontade do paciente expressa no testamento vital, pois a pessoa humana tem o direito de liberdade em não querer se submeter a tratamentos desnecessário para prolongar a agonia e o sofrimento da vida vegetativa. Portanto, para esses autores, é perfeitamente possível e legal a disposição de vontade expressa em testamento vital, por pessoa capaz e consciente, quanto aos procedimentos médicos que aceita ou rejeita em caso de enfermidade terminal, quando já estiver impossibilitada de manifestar sua vontade. Ainda complementa que as diretrizes antecipadas de vontade são lícitas pois pela ordem jurídica podem ser efetuadas na forma pública perante o tabelião de notas mediante escritura declaratória, ou, escrito particular autêntico, já que como não são previstas legalmente como testamento, não se exigem os mesmos requisitos dos testamentos comuns.

³⁰⁴ Art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 01 nov. 2022.

Tal dever também está prescrito no Código de Ética Médica no art. 34 em que pese “informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso fazer a comunicação ao representante legal” (CFM, 2018, p.27).

Tais informações devem expressar quais as reais condições da doença, os possíveis tratamentos e prognósticos para a cura, objetivando a escolha do melhor caminho para o desfecho do processo vital, decidindo pela manutenção ou suspensão do prolongamento da vida.

Afinal, pela ordem subjetiva qual todo indivíduo compreende o mundo que o cerca, e que dele têm as suas próprias convicções, tanto a morte quanto a dignidade podem resultar em inúmeras impressões, as quais pode-se ousar dizer que se encontram na esfera íntima intangível - *intimsphäre*, a esfera mais interna, e que deveria gozar de proteção absoluta.

(vi) Um direito às tecnologias aplicadas à vida, ou seja, das técnicas utilizadas pela biotecnologia que estejam à serviço da saúde humana, que na sua multidisciplinaridade de pesquisa, busca não apenas melhorar a qualidade de vida mas dar solução efetiva e eficiência para inúmeras doenças.

Apesar da biotecnologia ser tema polêmico entre os limites da sua aplicabilidade, em razão do poder criacionista, não está se discutindo critérios de manipulação da vida, da qual a Teoria Crítica da Tecnologia se faz presente ao questionar a máxima de quanto mais ciência, mais tecnologia mas se tem bem - estar.

Ademais, não se pode romantizar o poder que existe em qualquer ciência ou tecnologia, tão pouco àquelas que trabalham diretamente com a vida, mas também não se pode demonizar, pois a sua aplicabilidade se dá diante primeiramente pela autonomia da vontade do seu criador e posteriormente pelo destino que ele dará a sua própria criatura.

Assim sendo, o enfoque não se trata de melhoramento da espécie humana, oriunda da Teoria da Eugenia, com Francis Galton³⁰⁵ em 1883 quando utilizou o termo “*eugenics*”¹⁰⁰, e sim para determiná-la como a ciência que trata de todos os fatores que favoreçam à qualidade de vida, e não a clonagem humana que perfaz o desejo de se autocopiar (GENETICS GENERATION, 2015, n. paginado).

O enfoque que se quer apresentar da biotecnologia, é da possibilidade de ser um facilitador³⁰⁶ para a manutenção da vida, em promover e gerar bem-estar, trazer dignidade para

³⁰⁵ Com o propósito de aplicar os pressupostos da teoria da seleção natural ao ser humano, Francis Galton (1822-1911), primo de Darwin,² em 1883, reunindo duas expressões gregas, cunhou o termo “eugenia” ou “bem nascido” (BLACK, 2003, p. 56).

³⁰⁶ Conforme Viana (2011, p.102), a tecnologia aplicada na saúde pode ser definida conforme como conhecimento aplicado que permite a prevenção, o diagnóstico e o tratamento de doenças, e a reabilitação de suas consequências.

o processo vital humano, com aplicabilidade ajustada aos princípios bioéticos da beneficência, da não-maleficência, justiça e autonomia (já apresentados em tópico anterior).

Destarte que as novas tecnologias aplicadas à vida só serão justificadas em seu uso se estiverem coadunadas com a melhoria da saúde do homem, não representando uma forma de dominação ou de coisificação da sua natureza (DRUMOND, 2007, p.155).

A biotecnologia, busca aprimorar diagnósticos, tratamento além da prevenção das doenças, como exemplos pode-se citar:

- a Terapia Celular³⁰⁷ usada na medicina regenerativa, por meio das células-tronco³⁰⁸ que criam condições ideais de reparo, regeneração e ou substituição de tecidos lesados, que causa deterioração da qualidade de vida; quando por exemplo o indivíduo sofre uma queimadura de pele em extenso quadrante do corpo de 3º terceiro, que há uma grande possibilidade de por meio da terapia ser reduzir os inúmeros procedimentos cirúrgicos de debridamentos e enxertos de pele para sua regeneração, a prática está voltada aos princípios bioéticos e da dignidade da pessoa humana.

- as Técnicas de Reprodução Assistida Heteróloga e de Fertilização *In Vitro* (já comentadas em tópico anterior), utilizadas por pessoas que por algum motivo sofrem com a infertilidade, a prática está voltada a dignidade da pessoa humana de poder constituir um núcleo familiar.

- a Técnica de DNA Recombinante para desenvolver medicamentos e vacinas, como no período da pandemia do COVID-19³⁰⁹ declarada em 2020, ou da Hepatite B³¹⁰ nos fins dos

³⁰⁷ Os maiores estudos e aplicações com finalidade de substituição, reparo, ou incremento da função de tecidos ou órgãos lesados se faz com as células-tronco adultas em 1960, quando anunciado o primeiro transplante de medula óssea (GLUCKMAN, 2009, p.157).

³⁰⁸ As células-tronco embrionárias têm uma pluripotencialidade que é incontestável e aceita por todos os cientistas que trabalham na área. Em contraste, há intenso debate na comunidade científica sobre o grau de plasticidade (ou seja, sua capacidade de diferenciar-se em outros tecidos) de células tronco-adultas de qualquer origem (medula óssea, cordão umbilical, tecido adiposo, entre outras). Alguns poucos grupos de pesquisa relataram a existência de células-tronco adultas pluripotentes,⁶ enquanto outros – hoje majoritários – contestam a existência destas células. É neste cenário contraditório que a questão da pesquisa com células-tronco embrionárias precisa ser considerada e devemos novamente destacar que mesmo para com- provar a suposta pluripotencialidade das células tronco adultas será necessário e indispensável pesquisar com as células-tronco embrionárias (FIO CRUZ, 2022, n. paginado).

³⁰⁹ A vacina Covid-19 (recombinante) utiliza a tecnologia de vetor viral não-replicante de adenovírus de chimpanzé. O genoma do adenovírus de chimpanzé é manipulado geneticamente para que ele não possa mais se replicar e para inserir o gene da proteína da espícula (do inglês “Spike” ou proteína “S”) do SARS-CoV-2. Depois de obtido, os adenovírus são amplificados em grande quantidade usando células também modificadas, para permitir à amplificação do adenovírus e a produção da vacina em biorreatores descartáveis. Estes adenovírus são purificados, concentrados e estabilizados para compor a vacina final (FIO CRUZ, 2022, n. paginado).

³¹⁰ Desde 1986, utilizam-se vacinas produzidas a partir de tecnologia de DNA recombinante, produzida com a inserção do plasmídeo contendo o gene para o AgHBs dentro de uma levedura (*Sacharomices cerevisiae*). As células do levedo produzem o AgHBs que será posteriormente purificado e utilizado na produção de vacinas (SES-SP, 2006, n. paginado).

anos de 1990, práticas voltadas aos princípios bioéticos e da dignidade da pessoa humana, haja vista pesquisa do Instituto Butantan datado de 04/03/22, os não vacinados representaram 75% (setenta e cinco por cento das mortes)³¹¹.

- a Técnica de Edição do Genoma³¹², que podem ter suas bases nitrogenadas do DNA³¹³, a adenina (A), a timina (T), a guanina (G) e a citosina (C) modificada em seu *locus* para produzir uma nova proteína reeditando o genoma para que não mais desenvolva doenças degenerativas como Alzheimer³¹⁴, Parkinson³¹⁵, Esclerose Lateral Amiotrófica³¹⁶.

Segundo a Fio Cruz o Parkinson atinge cerca de 6 (seis) milhões de pessoas em todo o mundo, a causa é global e não apenas brasileira, o que demonstra que diante do fracasso da produção de medicamentos específicos como no caso do Alzheimer³¹⁷, as terapias sejam uma possível solução para tais mazelas.

³¹¹ Portal do Butantan. Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/nao-vacinados-representam-75-das-mortes-por-covid-19-diz-estudo-brasileiro> Acesso em: 02 nov. 2022.

³¹² É um conjunto de técnicas que permitem realizar modificações nos genes, como inserção, deleção ou alterar determinadas regiões do genoma. As técnicas mais utilizadas atualmente envolvem a ação de enzimas, que são proteínas com ação catalítica, denominadas nucleases. As nucleases são enzimas capazes de cortar a fita dupla de DNA de um genoma (SAHA, 2018, p.192).

³¹³ O DNA (Ácido Desoxirribonucleico) é composto por milhões de nucleotídeos ligados uns aos outros. Separadamente, nucleotídeos são bastante simples, consistindo de três partes diferentes: Base nitrogenada (Adenina, Timina, Guanina ou Citosina), Desoxirribose (um açúcar por cinco carbonos), Um grupamento fosfato. No DNA existem quatro tipos de bases nitrogenadas: Adenina (A), Guanina (G), Citosina (C) e Timina (T). Adenina e guanina são classificadas como PÚRICAS, pois elas são moléculas compostas por dois anéis. Citosina e timina são classificadas como PRIMÍDICAS, pois elas são moléculas formadas por um único anel. Adenina faz par com a Timina, formando o par de bases A-T, e ocorre dupla ligação entre essas bases. Do mesmo modo que a Guanina se liga à Citosina e forma o par de bases G-C, por tripla ligação. E as duas cadeias se ligam através de fracas pontes de hidrogênio entre as bases nitrogenadas dos nucleotídeos, responsáveis pela manutenção da estrutura de dupla hélice do DNA (UFSC, 2022, n. paginado).

³¹⁴ Doença degenerativa crônica que produz uma deterioração insidiosa e progressiva das funções intelectuais superiores. É uma das causas mais frequentes de demência. Geralmente começa a partir dos 50 anos de idade e tem incidência similar entre homens e mulheres, (BRASIL, 2022, n. paginado).

³¹⁵ A Doença de Parkinson ocorre por causa da degeneração das células situadas numa região do cérebro chamada substância negra. Essas células produzem a substância dopamina, que conduz as correntes nervosas (neurotransmissores) ao corpo. A falta ou diminuição da dopamina afeta os movimentos provocando os sintomas acima descritos, (BRASIL, 2022, n. paginado).

³¹⁶ ELA ou Esclerose Lateral Amiotrófica, é uma doença que afeta o sistema nervoso de forma degenerativa e progressiva e acarreta em paralisia motora irreversível. Pacientes com a doença sofrem paralisia gradual e morte precoce como resultado da perda de capacidades cruciais, como falar, movimentar, engolir e até mesmo respirar. O físico britânico Stephen Hawking, morto em 2018, foi um dos portadores mais conhecidos mundialmente da ELA. Não há cura para a Esclerose Lateral Amiotrófica. Com o tempo, as pessoas com doença perdem progressivamente a capacidade funcional e de cuidar de si mesmas. O óbito, em geral, ocorre entre três e cinco anos após o diagnóstico. Cerca de 25% dos pacientes sobrevivem por mais de cinco anos depois do diagnóstico, (BRASIL, 2022, n. paginado).

³¹⁷ Em janeiro deste ano, o sucesso nas primeiras fases de testes clínicos de uma terapia genética para Parkinson aumentou a esperança dos portadores da doença, que atinge cerca de seis milhões de pessoas em todo o mundo. Quinze pacientes participaram de testes de fase 1 e 2 com o medicamento ProSavin. Em artigo publicado na revista *The Lancet*, os pesquisadores apontaram que, além de se mostrar seguro, o tratamento teve efeito positivo sobre a capacidade motora. Durante o seminário 'Fiocruz-Aviesan', um dos autores do estudo, o diretor do Centro de Pesquisa em Imagem Molecular (MIRCen) do Commissariado de Energia Atômica francês (CEA), Philippe Hantraye, discutiu as dificuldades encontradas para levar os avanços da neurociência obtidos em laboratório até

- a Técnica de Uso de Metabólitos e de Micro Moléculas de RNA para detectar riscos de hipertensão³¹⁸, acidente vascular cerebral³¹⁹, pré-eclâmpsia³²⁰ em gestantes condição que via de regra pode levar a uma colisão de direitos ao decidir pela vida da mulher ou do feto. Cerca de 3% a 7% das gestantes apresentam pré-eclâmpsia.

Segundo Korkes (2020, p.45), a realidade brasileira é muito mais dura que se pensa, mas que não é exclusividade nacional. Em níveis mundiais, a pré-eclâmpsia atinge entre 5% a 8% de todas as gestantes e é responsável por mais de 76 mil mortes maternas por ano (9 mortes por hora) 500 mil mortes fetais e neonatais e 20% de todos os nascimentos prematuros.

- a Técnica do Uso de Insulina Injetável Purificada³²¹ que o próprio indivíduo faz o controle sem qualquer risco de rejeição imunológica; haja vista necessitar permanentemente de insulina no corpo quando diagnóstico com Diabetes Mellitus Insulino-Dependente (Tipo 1).

Segundo a Sociedade Brasileira de Diabetes em 2017, a Federação Internacional de Diabetes (International Diabetes Federation, IDF) estimou que 8,8% da população mundial com idade entre 20 a 79 anos cerca de 424,9 milhões de pessoas vivia com diabetes. Caso essa tendência permaneça em 2045 o número de pessoas vivendo com diabetes pode superar o número de 628,6 milhões em 2045, sendo que 79% dos casos serão diagnosticados em países em desenvolvimento³²².

os pacientes. O recente fracasso em testes clínicos de duas drogas desenvolvidas para tratar a doença de Alzheimer não desanima Frédéric Checler, pesquisador do Instituto de Farmacologia Molecular e Celular da França (IPMC, na sigla em francês) e ex-presidente da Liga Europeia contra a Doença de Alzheimer. Durante o evento, ele defendeu que a principal hipótese sobre o mecanismo causador da doença, a chamada cascata amiloide, continua válida e deve ser estudada ainda mais profundamente para o desenvolvimento de futuras terapias. Segundo ele, talvez o problema esteja nos alvos de ação escolhidos para estas drogas (FIO CRUZ, 2014, n. paginado).

³¹⁸ Popularmente conhecida como pressão alta, essa doença crônica é caracterizada pelos níveis elevados e sustentados da pressão sanguínea. A pressão alta é sustentada, tem como consequência um esforço maior do coração para que o sangue seja distribuído por todo o corpo. A pressão alta é um dos principais fatores de risco para a ocorrência de doenças cardiovasculares, como acidente vascular cerebral, infarto agudo do miocárdio, aneurisma arterial e perda da função dos rins e insuficiência cardíaca. A pressão alta é uma condição crônica com múltiplos fatores de risco, como fatores genéticos e comportamentais, (BRASIL, 2022, n. paginado).

³¹⁹ O Acidente Vascular Cerebral (AVC) acontece quando vasos que levam sangue ao cérebro entopem ou se rompem, provocando a paralisia da área cerebral que ficou sem circulação sanguínea. É uma doença que acomete mais os homens e é uma das principais causas de morte, incapacitação e internações em todo o mundo, (BRASIL, 2022, n. paginado).

³²⁰ É um novo diagnóstico de hipertensão arterial ou da piora de hipertensão arterial preexistente, que é acompanhada de um excesso de proteína na urina e que surge após a 20ª semana de gestação. Eclâmpsia são convulsões que ocorrem em mulheres com pré-eclâmpsia e que não apresentam outra causa, (BRASIL, 2022, n. paginado).

³²¹ No início da década de 80, a biotecnologia revolucionou a síntese de insulina. Pesquisadores já haviam decodificado a sua estrutura química em meados da década de 50. Logo encontraram a localização exata do gene da insulina na parte superior do cromossomo 11. Em 1977, utilizando técnicas de Engenharia Genética, uma equipe de pesquisa havia inserido um gene do hormônio de rato em uma bactéria, que então produziu insulina. A biotecnologia permitiu que pacientes diabéticos tomassem insulina virtualmente idêntica à insulina natural humana. Isso reduz as possibilidades de complicações relacionadas ao sistema imunológico do paciente (FONSECA, 2017, p. 132).

³²² Diretrizes 2019-2020. Dados apresentados no relatório International Diabetes Federation. **IDF Atlas**. 8. ed. Bruxelas: International Diabetes Federation; 2017. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Diretrizes-Sociedade-Brasileira-de-Diabetes-2019-2020.pdf> Acesso em: 02 nov. 2022.

- a Tecnologia do Anti-Senso³²³ que bloqueia a síntese de substâncias metabólicas indesejáveis como a do colesterol responsável por aumentar o risco de acidente vascular cerebral e infarto³²⁴ antes mesmo dos 50 (cinquenta) anos de idade.

De acordo com a pesquisa do Instituto Brasileiro de Pesquisa de Geografia e Estatística – IBGE³²⁵, em 2019, 5,3% (8,4 milhões) de pessoas de 18 (dezoito) anos ou mais de idade tiveram diagnóstico médico de alguma doença do coração. Qual será a expectativa de vida digna de um jovem de 18 (dezoito) anos diagnosticado com uma doença do coração? Quais as condições de vida que esse jovem vai suportar? Terá qualidade de vida? Terá uma vida digna? Terá uma morte digna?

As tecnologias aplicadas à saúde podem ser uma garantia na promoção à qualidade de vida, que por analogia se comparados a criação da energia elétrica e a internet considerados os grandes feitos da humanidade, estas seguem como possíveis soluções para problemas antes insolúveis, como muitas doenças genéticas motivadoras das ações de conhecimento da origem genética na proteção da vida e da saúde do indivíduo adotado, como afirma Szaniawski (2019, p. 366) de que o conhecimento se sustenta em casos excepcionais quando se apresentarem sintomas de uma doença genética ou moléstias acometidas pela transmissão hereditária pelos ascendentes biológicos.

Contudo, se as tecnologias aplicadas à saúde podem garantir uma melhor qualidade de vida, e por consequência uma vida digna, ao se ponderar ao acesso livre, democrático e gratuito, este pode se apresentar como um obstáculo para sua efetividade.

Tal obstáculo, mais uma vez pode ser superado por meio de políticas públicas, que visem a efetivação do acesso, e também a participação da população nas decisões que se relacionam a saúde, democracia, cidadania e tecnologia.

As políticas públicas surgem como ações, programas, regulamentações, projetos, leis e normas que o Estado desenvolve para administrar de maneira mais equitativa os diferentes interesses sociais, (...), que pretendem abranger e organizar a dimensão

³²³ A tecnologia do Anti-senso está sendo utilizada para bloquear ou diminuir a produção de certas proteínas. Este bloqueio é realizado utilizando pequenos ácidos nucleicos que evitam a tradução da informação contida no DNA, em proteína. O potencial da aplicação desta tecnologia é amplo, em qualquer situação onde o bloqueio do gene seja benéfico, a tecnologia do anti-senso representa uma boa alternativa para o problema. A molécula anti-senso também pode ser usada para bloquear a síntese de substâncias metabólicas indesejáveis, como é o caso do colesterol (KREUZER e MASSEY, 2002, p. 59).

³²⁴ Também chamado popularmente de ataque cardíaco, segue com a morte das células de uma região do músculo do coração que ao formar um coágulo interrompe o fluxo sanguíneo de forma súbita e intensa. Tem por principal causa a aterosclerose, doença em que placas de gordura se acumulam no interior das artérias coronárias devido a altas taxas de colesterol, podendo causar obstrução, (BRASIL, 2022, n. paginado).

³²⁵ Agência Brasil. Instituto Brasileiro de Pesquisa de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/saude/noticia/2020-11/ibge-pelo-menos-uma-doenca-cronica-afetou-52-dos-adultos-em-2019> Acesso em: 02 nov. 2022.

coletiva, de uma determinada sociedade. Entre elas, as políticas de saúde são influenciadas pela organização do Estado através da história, pelo jogo de interesses e pelos conflitos de poder que medeiam as sociedades, (MESQUITA FILHO, 2006, p.66).

Para entender melhor a importância do tema pode-se aludir aos questionamentos de Soares e Simioni (2018, p.510) a se pensar: “Quem tem legitimidade para definir o que é melhoria na qualidade de vida? Quais são as doenças mais graves a serem pesquisadas? O que esperar das técnicas criadas pela biotecnologia?”

Tais questionamentos, visam possibilitar respostas mais seguras, na garantia da melhoria na qualidade de vida à todos, do acesso democrático à todos, a cura de doenças, sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive de pensar no direito brasileiro que o direito de ter a vida abreviada³²⁶ por meio do princípio da autonomia da pessoa também é dignidade.

(vii) Um direito de conhecer sua própria origem genética, (já apresentado em tópico anterior) daquela pessoa que busca satisfazer o anseio de saber de quem veio e atender e assegurar sua saúde física e psíquica, para conhecer quais são as doenças que possam vir acometer ou que já lhe acometem, em razão das doenças geneticamente transmissíveis, na garantia de uma melhor qualidade de vida.

O direito que se estabelece, em nenhum momento busca atentar, ferir, ao direito da autonomia dos genitores de não aspirar ser pai ou mãe, mas sim de apresentar o direito de personalidade vinculado ao princípio da dignidade da pessoa que almeja tal conhecimento, com fundamento na norma constitucional.

Em casos específicos que envolvam crianças e adolescentes, sobrevêm apoio do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA como legislação infraconstitucional alargar tal direito individual como direito coletivo já que este envolve a proteção integral da pessoa que está em pleno desenvolvimento.

Ademais por mais que seja garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, a proteção de sua identidade conforme descreve o art. 19-A em respeito ao que está disposto no art. 48, ambos já citados, e que haja pela sua leitura e superficial interpretação uma divergência ao direito de conhecer sua origem genética, a tecnologia por meio do mapeamento genético garante a proteção a ambos os direitos.

O que será levantando por meio do mapeamento genético, são dados fenotípicos e genotípicos que garantem o processo vital da pessoa, sem estabelecer qualquer tipo de vínculos

³²⁶ Para Szaniawski (2005, p.36) emerge a necessidade de abordar um direito à vida abreviada.

ligados ao direito de filiação, ou seja, reconhecimento de paternidade e/ou maternidade, tão pouco afetivos ou patrimoniais.

É necessário entender que muitas pessoas frente ao seu histórico de vida, tem questões a serem superadas haja vista desde tenra idade terem sido abandonadas, terem sido entregues voluntariamente para adoção, terem visto seus pais serem destituídos do poder familiar, ou até mesmo de terem vivido com o anonimato dos seus genitores.

Deste modo, cabe ao Estado garantir métodos eficazes na garantia do acesso a conhecimento da pessoa em conhecer a sua própria origem genética, e não de obstaculizar outras políticas públicas como a exemplo do Parto Anônimo³²⁷, que será aprofundado na sequência deste estudo.

O Parto Anônimo como política pública de proteção, tem por objetivo proteger a mulher que não aspirava a maternidade e do seu filho, por uma alegada inconstitucionalidade de afronta à princípios constitucionais, mas que na sua essência estava eivada de um profundo desconhecimento jurídico por parte do legislativo ao tema e de um comportamento ético voltado para com o próximo.

A admissibilidade de categorias jurídicas como o parto anônimo e as portinholas de bebês, destinadas a recepcionar recém-nascidos e crianças deixadas em santas casas, maternidades, unidades de saúde, etc., geram dois direitos especiais de personalidade, o direito ao segredo familiar e o direito ao segredo profissional, destinado a manter sob sigilo e não divulgar a ninguém a identidade dos genitores da pessoa e as circunstâncias do nascimento da mesma, em oposição à possibilidade de o indivíduo, nascido sob anonimato, pedir informações e conhecer acerca de sua identidade genética e familiar. Ambas são categorias opostas que poderão ocasionar uma colisão de direitos de personalidade e fundamentais (SZANIAWSKI, 2019, p. 454). (grifo nosso)

Por esse viés, urge sempre a necessidade de instituir critérios, inclusive aos próprios legisladores, para que no exercício de sua função de legislar, conheçam da necessidade de haver um não só um conhecimento profundo ao tema, mas do equilíbrio enquanto processo biológico e de valor moral, onde vida e direito podem ser balizados pela ética.

A exemplo da ética dos máximos e dos mínimos, vinculados aos princípios da beneficência e não maleficência, da justiça e da autonomia da vontade que norteiam a Bioética.

³²⁷ Para Donizetti (2007, p. 36), o parto anônimo visa evitar os métodos bárbaros para se livrar do filho indesejado, já que a entrega o recém-nascido se dá logo após o parto, o que pode ser inserido na premissa do artigo 18 do ECA, do dever que se estende a todos de “velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1990, n. paginado).

A ética dos máximos e mínimos, partem da filosofia espanhola com Adela Cortina³²⁸, na qual há que se considerar o contexto e a demanda histórica, para que se possa articular de modo racional uma ética cidadão, entre o justo e o bom, entre mínimos de justiça e o máximos de felicidade (CORTINA, 1986, p. 167).

Nesse sentido, a ética para Cortina, é denominada de ética cidadã, por buscar a aproximação daquilo que é justo com o que é bom, haja vista ser minimamente possível verificar o que é justo, se não houver minimamente também a ideia do que é uma vida digna.

A ética é um tipo de saber que orienta a ação, na qualidade de um tipo de saber prático mas que inequivocamente se trata de um saber para agir de modo racional. O saber ético assenta em dois pilares: aprender a tomar decisões prudentes, e aprender a tomar decisões moralmente justas, com vista aos direitos humanos – dignidade, (CORTINA, 2009, p. 190).

Por essa razão que Adela Cortina afirma que “é impossível traçar um ideal de felicidade sem levar em conta as exigências da justiça”, já que “aquilo que é moralmente justo é aquilo que satisfaz aos interesses universais”, (CORTINA, 1996, p. 167).

Por um momento ao remeter a ética cidadã a nomenclatura utilizada para a Constituição Federal brasileira de 1988 de Constituição Cidadã e não de súditos, o cerne de ambas é a dignidade humana, em dar a cada um, aquilo que lhe é de direito, ou seja, garantir a cada um o exercício dos direitos em cada uma de suas dimensões.

Isto se deve ao fato da sociedade ser plural, e que justiça e felicidade assumem por vezes significados antagônicos para cada indivíduo, onde o direito de um indivíduo poderá colidir com o direito de outrem.

Tais direitos em colisão retomam o direito ao sigilo da identidade, ao segredo profissional e ao direito de conhecer sua própria origem, que muitas vezes tem como fundamento do pedido vulnerabilidades associadas na área de saúde, na qual o indivíduo entendido como sujeito de direito é também paciente.

A vulnerabilidade, parte de um condição humana biológica e também de uma construção existencial de vida, que ao ser vista como princípio garante o respeito à dignidade humana (FELÍCIO e PESSINI, 2009, p. 219).

³²⁸ Nascida em Valência na Espanha em 1947, é Filósofa e professora catedrática de Filosofia Jurídica Moral e Política de Valência, cargo que manteve até 2017. Defensora de uma ética cívica, vê no ser humano uma universalidade, igualdade, potencialidade para a liberdade e autonomia e aptidão para o diálogo social. É membro da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida e Vogal do Comité Assessor de Ética de la Investigación Científica e Tecnológica, (GERAÇÕES HISPÂNICAS, 2020). Disponível em: <http://fabricadesites.fcsh.unl.pt/ghispanicas/2020/09/02/adela-cortina/> Acesso realizado em: 30 out. 2022.

A vida como direito, oscila entre corpo e alma, entre um exterior e um interior do indivíduo, que Szaniawski (2005, p.146) aponta como quase impossível de ser definida por estar muito além da nossa compreensão, mesmo como um bem inerente a todo ser humano, e complementa seu pensamento com o seguinte questionamento:

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria dos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de uma para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na in- florescência de milhões de espermatozoides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?

A vida é um direito subjetivo que pode ser defendido a qualquer tempo, não se bastando apenas na sua conservação, mas como bem jurídico de natureza intransferível, irrenunciável e indisponível, cabendo ao Estado estabelecer medidas com capacidade de não privar o direito de se viver. Nas palavras de Sarlet (2005, p. 159):

O direito à vida é o direito de viver. Ele abrange a existência corporal a existência biológica, física e moral, que é pressuposto vital para a utilização de todos os direitos fundamentais. A proteção refere-se, aqui, à vida individual, não apenas à vida humana em geral. Fenômenos vinculados à consciência ou a um determinado estágio de desenvolvimento corporal não são decisivos; proíbem-se, por isso, de acordo com a opinião dominante, valorações de ordem social, do ponto de vista do desenvolvimento da Medicina, de ordem política, racial, ou quaisquer outras, da vida que merece proteção.

Assim sendo, ao retomar a ética dos mínimos e dos máximos, a justiça em sua origem ontológica do latim “*jus*” ora associada com a figura divina da Têmis no período pré-socrático que representa a deusa do julgamento, reafirma a ideia do dar a cada um o que é seu por direito, ou seja, a felicidade.

A justiça como estrutura básica de qualquer sociedade, se faz necessário lançar de alguns questionamentos a serem analisados diante do contexto social quais sejam, (FORST, 2010, p. 157):

- (i) Como a justiça pretende ser justa para todos, se os indivíduos são singulares, únicos, e pertencentes a inúmeras culturas e comunidades?
- (ii) Como proceder com um julgamento justo tendo por base uma lei universal se cada pessoa tem sua singularidade e unicidade?
- (iii) É possível sempre encontrar uma única medida justa para todas as pessoas?
- (iv) Todo o julgamento seria justo, definitivo e, portanto, infalível?

Com base nos questionamento lançados, a justiça pode ser considerada um “por vir”, em razão da necessidade de cada caso concreto ser analisado em sua especificidade, pois a vida é bem jurídico erigido pela Constituição Federal brasileira de 1988 indispensável para a existência e exercício dos demais direitos como à exemplo do direito ao sigilo da identidade, ao segredo profissional ou o direito do conhecimento a própria origem genética. Contudo, quando da existência do fenômeno jurídico da colisão de direitos fundamentais albergados pela Constituição Federal brasileira de 1988, há que ponderar entre os interesses colidentes e a proporção que tais direitos serão aplicados no caso concreto.

SEÇÃO II – A Rota de Colisão dos Direitos Fundamentais

2.1 A Ponderação como Técnica de Interpretação e Harmonização

A colisão entre direitos fundamentais é sempre um tema atual e de extrema relevância, isso porque como construções normativas constitucionais fundamentada na dignidade da pessoa humana, com idêntica hierarquia, que ao momento em que são pleiteados seguem na mesma direção da proteção legal como cláusulas pétreas.

A dignidade da pessoa humana sendo intrínseca à vida, e sendo está um direito pétreo, não pode ser violado, por pertencer ao chamado núcleo duro da norma constitucional. Nos dizeres de Spitzconvsky (2005, n. paginado) sobre a previsão do direito à vida como cláusula pétrea:

A previsão do direito à vida como cláusula pétrea e a íntima relação para com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana têm por consequência a necessidade de que o Poder Público assegure eficiente prestação dos serviços necessários a condições dignas de vida, sob pena de sua responsabilidade. Perspectiva positiva do direito à vida relaciona-se à existência ou subsistência, incluindo-se alimentação, vestimenta, saúde, trabalho e lazer. A perspectiva negativa do direito à vida conduz à abstenção de atos lesivos em relação à vida.

Contudo, não há uma regra estabelecida para solucionar quando o caso concreto se apresenta sob à égide da colisão de direitos fundamentais. Porém, frente a rota de colisão há que se ter uma intervenção estatal qual garanta um resultado justo, equilibrado, ponderado, haja vista ser fruto do neoconstitucionalismo, o uso e aplicação de uma hermenêutica apoiada no direito à moral.

Àquela antiga premissa de subsumir o fato a norma, sendo entendida no seu estado positivo da letra fria da lei, sem analisar o fato e o seu contexto histórico-social e que muitas vezes foge dos próprios ditames legais, e àquele que tem a função de dizer o direito supre tal deficiência por meio dos princípios constitucionais.

Nesse entendimento afirma Barroso (2009, p. 329) que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.

Compreende-se com as palavras de Barroso (2009, p. 329), que há que se aplicar os princípios vislumbrando-se sempre a narrativa do caso concreto no exato momento em que

existir o sopesamento³²⁹ dos direitos envolvidos, a fim de que seja ponderado e balanceado qual direito deve prevalecer.

As ideias de ponderação (*Abwägung*) ou de balanceamento (*Balancing*) surge (*sic*) em todo o lado onde haja necessidade de ‘encontrar o direito’ para resolver ‘casos de tensão (*Ossenbühl*) entre bens juridicamente protegidos. O método da ponderação e interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica (...), (CANOTILHO, 1998, p. 1109).

O momento em que há essa tensão entre os bens juridicamente tutelados, é justamente aquele em que a pessoa ao exercer o seu direito fundamental nesse caso tomando como exemplo o direito de conhecer sua própria origem genética para a continuidade do processo vital, colide com o direito ao sigilo da identidade dos genitores. Ou ainda quando o direito de conhecer à sua própria origem genética para a continuidade do processo vital, colidir com o direito do sigilo do profissional que também perfaz um dever ético ao sigilo dos fatos decorrentes da profissão.

Em que pese, a colisão de direitos fundamentais é algo corriqueiro para o direito, próprio da sua construção normativa como já elencado não ter hierarquia, e serem fruto das inúmeras relações jurídicas realizadas pelas pessoas nas relações sociais que constituem.

Tais colisões surgem inexoravelmente no direito constitucional contemporâneo por razões numerosas. Duas delas são destacadas a seguir: (i) a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores e interesses diversos, que eventualmente entram em choque; e (ii) sendo os direitos fundamentais expressos, frequentemente, sob a forma de princípios, sujeitam-se (...) à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas (BARROSO, 2004, p.5).

Na ponderação, os interesses dos princípios colidentes são resguardados, pois objetiva na sua prática busca avaliar de modo abstrato interesses do mesmo nível, mas que diante do caso concreto diante das circunstâncias apresentadas terá maior peso (ALEXY, 2006, p.90).

A ponderação como técnica de solução para da colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios, foi inaugurada pelo Tribunal de Justiça Alemão – TCF em uma sentença que decidiu sobre a constitucionalidade de restrições a direitos fundamentais em 15 de janeiro de 1958.

³²⁹ Para Robert Alexy, (2006, p. 95), o objetivo do sopesamento é definir qual dos interesses que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.

A técnica é defendida por Robert Alexy³³⁰, sendo amplamente incorporada no Brasil pela doutrina e pelo Poder Judiciário, mesmo havendo questionamento quanto à efetividade de sua aplicação, que segundo Dias (2019, p. 01) pode ser um caminho viável já que o Alexy apresenta recursos para que as sentenças sejam claras, racionais e possíveis de debate. Porém Dias (2019, p. 21) que essencial que “o juiz observe as regras válidas no ordenamento jurídico e que deixe claro, por meio da argumentação, a justificação e o caminho que o levou a tal decisão”.

Consolidada por Alexy com a Teoria Estrutural dos Direitos Fundamentais, a técnica da ponderação, do sopesamento ou balanceamento, pressupõe um modelo epistemológico tridimensional de forma analítica, normativa e empírica, (ALEXY, 2006, 94).

Segue como um modelo racional de fundamentação para o jurista que diante do caso concreto deve verificar que quanto maior for o grau da não satisfação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro princípio.

Os princípios, seguem como mandamentos de otimização, que expressam os deveres *prima facie*, onde o seu conteúdo só é fixado após analisados as circunstâncias de fato e de direito de acordo com o caso concreto.

Como exemplo, Alexy (2006, p. 96) traz em sua obra o exemplo do princípio da liberdade de expressão como *prima facie*, haja vista colidir constantemente com outros direitos tais como a honra, a intimidade e a privacidade.

Tomando por base o exemplo por Alexy (2006, p. 96), a dignidade da pessoa humana é princípio *prima facie*, já que irá colidir no recorte deste estudo com os direitos à intimidade, à privacidade, do segredo e do direito ao conhecimento da própria origem genética.

A colisão decorre do entendimento consolidado pela jurisprudência alemã, de que a dignidade da pessoa humana como direito fundamental é estruturado como princípio condição admitida tanto pela doutrina quanto pelo Poder Judiciário no Brasil.

Desta feita, se a dignidade, vida e a personalidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis como declara Szaniawski (2005, p.146), e que os direitos fundamentais funcionam como um sistema que estão em constante e permanente interação, e que esse sistema decorre da vida assim como os demais direitos inerentes ao ser humano, a colisão de direitos também poderá ser algo constante e permanente no Poder Judiciário no Brasil sem dimensão de

³³⁰ Apesar de ser alvo de críticas a técnica de ponderação proposta por Robert Alexy é aceita pelo judiciário brasileiro, e foi adotada entre as demais técnicas existentes por ser a linha de estudo utilizada no obra de Direitos de Personalidade e sua Tutela de autoria do jurista Elimar Szaniawski, haja vista, ser entendida como um conquista que permite atingir a maximização da realização de princípios, sem invalidar qualquer direito que esteja em rota de colisão.

validade, mas uma dimensão de peso ou importância por meio da análise das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Firmou-se então que ao passo da interpretação constitucional não ser suficiente para fundamentar uma decisão na hipótese de colisão de direitos, seria utilizado da ponderação, qual Canotilho (1998, p. 1154) aponta como uma tarefa de interpretar, equilibrar e ordenar direitos.

A ênfase que se dá por meio da ponderação, é que diante do caso concreto nenhum dos princípios colidentes é invalidado, muito pelo contrário, ambos são ponderados, o que se fundamenta no justo motivo pelo qual naquele momento o direito pleiteado por uma pessoa tem precedência face ao outro princípio.

As colisões entre princípios devem ser solucionados de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sobre determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência poderia ser resolvida de forma oposta. Isso é o que quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos (...) entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2006, p. 94).

Por meio da ponderação, reiterando o exemplo anterior citado, qual seja “o direito de conhecer à sua própria origem genética para a continuidade do processo vital, colide com o direito ao sigilo da identidade dos genitores, pode ter as seguintes questões suscitadas diante da análise do caso concreto, como segue:

(i) O direito de conhecer à sua própria origem genética para dar continuidade ao processo vital, fere o direito ao sigilo da identidade dos genitores?

(ii) A questão do conhecimento à sua própria origem genética ora entendida como verdade genética para a continuidade do processo vital é preponderante ao direito da genitora de manter seus dados anonimizados haja vista não aspirar a condição materna?

(iii) A questão do conhecimento à sua própria origem genética, afronta o direito de filiação quando a pessoa que pleiteia o seu conhecimento genético, o faz por meio do exame de DNA que se dá por meio de coleta de amostra de sangue ou saliva?

(iv) A compulsoriedade pelo fornecimento de amostra de sangue ou saliva, mesmo que seja um procedimento minimamente invasivo afronta a integridade física da (o) genitora (o)?

(v) Afrenta a dignidade da pessoa humana, se a condução for “debaixo de vara”? Se do princípio da privacidade o corpo humano só pode ser inspecionado se houver consentimento?

(vi) Se do princípio da legalidade que ninguém pode ser submetido a um exame sem uma lei que determine há afrenta ao direito da dignidade da pessoa humana, mesmo que o fundamento do exame seja a continuidade do processo vital de outrem?

São algumas questões que podem ser suscitadas diante da análise do caso concreto que para Alexy (2006, p.96) alcançam fundamentação por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito ao observar-se primeiro a adequação, a necessidade e tão somente por fim a proporcionalidade.

2.2 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

Destarte, a abordagem anterior ao Princípio da Proporcionalidade, é de extrema importância conhecer e entender sua origem em razão do seu objetivo de operacionalizar por meios das decisões do Poder Judiciário brasileiro, como solução dirimente nos casos concretos na qual a norma constitucional com estrutura de princípios entram em rota de colisão.

Oriundo do Direito Administrativo de Polícia Prussiano, no século XIX, o princípio da proporcionalidade consiste na verificação do juiz, diante de dois interesses legitimamente tuteláveis e em conflito se são efetivamente protegidos pela legislação (SZANIAWSKI, 2005, p. 284).

Estando implícito na Constituição Federal brasileira de 1988, objetiva evitar a sobreposição de princípios, visto que todos os princípios são igualmente importantes e não hierárquicos, onde os interesses postos em conflito são balanceados (SZANIAWSKI, 2005, p. 282).

Contudo, o conceito de proporcionalidade na doutrina brasileira não é unânime, para alguns doutrinadores com Ávila (2004, p. 53) a proporcionalidade não é princípio nem regra, é um dever já que é um condição para que o próprio direito seja aplicado. Para Silva (2022, p. 122) a proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do Direito, porém majoritariamente a proporcionalidade é de natureza principiológica seguindo então Robert Alexy que sustenta:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em

sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2008, p. 118).

A proporcionalidade como princípio busca primeiro o meio de restrição adequado e necessário para atingir o seu objetivo, devendo haver uma proporção entre o bem lesado e a sanção que a ele se comina como direito. Segundo Vaz (2002, p. 26), quando diante de princípios fundamentais colidentes, é preciso verificar as circunstâncias concretas para atribuir à um deles o maior peso.

Nas palavras de Araújo (2012, p. 183), a proporcionalidade é instrumento de eficácia positiva, pois não só evita o cometimento de excessos, mas também a utilização de mecanismos para equacionar as medidas a serem aplicadas na solução de casos concretos, por de certa forma limitar o magistrado no quesito discricionariedade.

Com base na doutrina alemã, a proporcionalidade com princípio pode remeter sua aplicabilidade, baseada em três subprincípios: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade.

(i) Adequação: também pode ser denominada de conformidade, haja como subprincípio que proíbe o livre arbítrio, buscando arrazoar entre os meios empregados e os fins pretendidos.

Enquanto subprincípio a adequação para Steinmetz (2001, p.155) consiste no elemento que instiga se a medida a ser tomada diante do caso concreto é apta a produzir os efeitos entre as partes, sendo útil e idônea, com caráter empírico pois o meio utilizado deve atingir ao fim desejado.

Mas quando um meio é adequado para ser aplicado no caso concreto?

Para o Tribunal Federal de Justiça Alemão – TCF, o que é necessário analisar se o meio de solução é idôneo ou não. Inclusive que pode existir vários meios, mas que na decisão deve prevalecer aquele que seja idôneo, útil, apto e apropriado para se alcançar o fim desejado.

(ii) Necessidade: enquanto subprincípio, pode também ser denominada de exigibilidade, e como da intervenção mínima. Tem por objetivo a conservação para fins legítimos qual o Estado deve atuar, assim uma medida restritiva de direito que somente será válida quando for indispensável para conservar os efeitos de qualquer dos direitos constitucionais.

Como subprincípio a necessidade também segundo Steinmetz (2001, p. 156) busca vários meios quais sejam idôneos e dentre eles escolhe o menos gravoso para interpretar os direitos fundamentais colidentes.

Deste modo, diante de vários meios quais sejam idôneos para a solução do caso concreto, há que se optar por aquele mais benigno.

(iii) Proporcionalidade, ou mandamento de ponderação, que se refere a análise do caso concreto ou seja no campo dos fatos, sob as diversas perspectivas do direito, que pode se dar em sentido estrito ou amplo.

Em sentido estrito, Alexy (1997, p.183) explica que o momento é o do exercício de um direito fundamental do seu titular tem consequências negativas sobre os direitos fundamentais de titularidade de outrem, já em sentido amplo, ocorre quando há colisão de direitos individuais e bem coletivos estes também protegidos pelo texto constitucional.

Destarte que a proporcionalidade enquanto representação de igualdade entre duas razões, deve interpretar o caso concreto para solucionar conflitos e buscar sempre o direito que melhor se aplica. A proporcionalidade, nas palavras de Bonavides (1997, p.137), “segue como princípio pois oferecem mais à compreensão do que à uma definição”.

Isso porque a proporcionalidade enquanto princípio não está elencado no texto constitucional, haja vista estar na estrutura dos direitos fundamentais espalhados pelo texto constitucional.

Portanto, ao se tratar de colisão de direitos fundamentais, a ponderação que é o procedimento de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, busca otimizar a decisão diante das possibilidades fáticas e jurídicas que o caso concreto apresenta, objetivando proteger os direitos, sem invalidá-los, operacionalizado por meio de um procedimento racional e metódico, de verificar a existência de uma estrutura de meio e fim.

2.3 Dos casos Glória Trévi e Klara Castanho

O texto constitucional em razão ao direitos fundamentais demonstra o seu incondicional respeito na sua garantia, mesmo quando estes direitos entram em rota de colisão.

Os casos concretos que se apresentam no judiciário brasileiro, buscam ser solucionados de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, pois os valores constitucionais colidentes estão em nível abstrato e não hierarquizados.

Os valores constitucionais, serão analisados com base na ponderação e no princípio da proporcionalidade, por ser a técnica mais aceita tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, onde uma direito irá ter maior peso sobre o outro, somente pelas circunstâncias do caso concreto.

Dos casos apresentados quais sejam (i) Glória Trévi e (ii) Klara Castanho, a escolha se deu por dois fatores. Primeiro fator alcança a relevância dos direitos em sua rota de colisão, e o segundo fator alcança a repercussão social e jurídica dos direitos em sua rota de colisão³³¹.

(i) Caso Glória Trévi: Alcança a relevância dos direitos em sua rota de colisão, quais sejam o direito à intimidade de preservar a identidade do pai do filho de Glória Trévi fruto de um estupro e o direito à honra e a imagem dos Policiais Federais acusados do estupro. O segundo fator alcança a repercussão social e jurídica dos direitos em sua rota de colisão, pois o estupro segundo o art. 213 do Código Penal³³² é considerado crime e veementemente uma conduta reprovada pela sociedade.

O caso ocorreu no ano de 1997, e recebeu o nome de caso “Glória Trévi” por se tratar da cantora “Gloria de los Angeles Treviño Ruiz”, que fugiu do México quando teve sua prisão decretada por ter sido acusada de abuso sexual de menores.

Quando chegou no Brasil em janeiro de 2000, a mesma foi presa e mantida sob custódia da Polícia Federal, até o desenrolar do processo de sua extradição³³³, que perfaz a entrega de uma pessoa acusada e/ou condenada ao país que dela reclama.

Nesse período que durou o processo de extradição, a cantora ficou grávida, alegando que sofreu vários estupros no cárcere, entre policiais e detentos em cerca de 60 (sessenta) autores, os quais de modo espontâneo forneceram material biológico para realizar o exame de DNA, buscando assim dar solução ao alegado.

A estranheza do caso recaiu, ao momento em que a cantora não representou o crime, e também se negou a fornecer material biológico para realização do exame de DNA, ora

³³¹ Os casos concretos apresentados tem por objetivo elucidar o tema, mantendo a literalidade e a intergralidade textual dos fatos os quais seguem devidamente referenciados.

³³² Art. 213 do Código Penal: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009). §1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). §2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Atentado violento ao pudor (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm Acesso em: 07 nov. 2022.

³³³ A extradição é um ato de cooperação internacional que consiste na entrega de uma pessoa, acusada ou condenada por um ou mais crimes, ao país que a reclama. Pode ser solicitada a extradição tanto para fins de instrução de processo penal a que responde a pessoa reclamada (instrutória), quanto para cumprimento de pena já imposta (executória). É importante ressaltar que o da extradição exige decretação ou condenação de pena privativa de liberdade, (BRASIL, 2017, n. paginado). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/entenda-o-processo-de-extradicao> Acesso em: 07 nov. 2022.

solicitado no Processo de Extradicação de nº 783³³⁴ do Supremo Tribunal Federal (STF), como segue:

(...) 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente.

O argumento para a não entrega do material pela cantora, se deu com base na legislação brasileira sob pena de ferir seu direito à intimidade³³⁵, consequentemente uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana conforme o art. 1º, inciso III da Constituição Federal brasileira de 1988 e que os precedentes jurisprudenciais determinavam que o direito à intimidade prevalece a compulsoriedade do exame de DNA.

O caso repercutiu mundialmente pelas redes sociais, principalmente pelas declarações da cantora, que ensejou uma demonização das instituições brasileiras, dos funcionalismo público diante do cometimento de um crime hediondo, fato que atentou contra a honra e a dignidade.

Contudo, a tempo do fato o exame de DNA era a técnica utilizada para esclarecer a verdade biológica, seja para atribuir o estado de filiação, ou até mesmo em um momento futuro e incerto o direito do conhecimento à própria origem genética.

As argumentações do Supremo Tribunal Federal (STF), à defesa da cantora, se deu na condição de que o DNA era o único meio de superar o alegado, já que todos os homens, sejam funcionários e detentos forneceram material biológico, e consequentemente o resultado se positivo ou negativo, traria resposta à mídia, as relações diplomáticas com o México, e efeitos a todas as esferas da vida de todos os acusados.

Todos os argumentos atinentes a colisão de direitos fundamentais, foram alvos de sopesamento, ou seja, da aplicação da técnica da ponderação de Robert Alexy, possível de ser vislumbrada em trecho apresentado pelo Ministro Néri da Silveira, como segue:

³³⁴ Supremo Tribunal Federal - Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14813119> Acesso em: 07 nov. 2022.

³³⁵ Reclamante invocou em sua defesa para não entregar o material biológico-placenta, o artigo 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes dos incisos X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; e inciso XLIX: é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 07 nov. 2022.

Sendo inviável neste caso concreto a contemporização do direito fundamental da intimidade com os bens jurídicos constitucionais em conflito, mediante a aplicação do princípio da concordância prática, que veda o sacrifício de um direito em detrimento do outro, urge que faça, como metódica de solução de conflitos, a ponderação, mediante um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais conflitantes, fazendo um balanceamento, de modo a precisar, diante deste problema, qual dos princípios terá o maior peso para uma norma de decisão justa para o presente caso concreto. Para isso, teremos que imperativamente que restringir o âmbito de proteção de pelo menos um dos direitos colidentes, de maneira a concretizar de forma ótima estes bens constitucionais, que por terem natureza principal, são considerados, nas palavras de Alexy, verdadeiros ‘mandados de otimização. [...] passemos a fazer a imperativa ponderação entre o direito fundamental de intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz em não ver divulgada a identidade do pai de seu futuro filho e o interesse do Estado em prosseguir nas investigações, tutelando os bens constitucionais da moralidade administrativa, da segurança pública e da persecução penal (BRASIL, 2002, n. paginado).³³⁶

Ademais, no caso em apreço tendo o exame de DNA como o meio mais adequado para atribuir o estado de filiação ora direito do nascituro, restaria também por solucionado a questão primordial alegada pela cantora de um estupro, e dos encargos morais recaídos e suportados pelos acusados, já que a busca do princípio da verdade real era essencial.

Em que pese, o objetivo da apresentação desse caso concreto é demonstrar a aplicabilidade da ponderação como técnica para dar solução ao direitos fundamentais colidentes e ousar a suscitar outras colisões passíveis de sopesamento, como:

- O direito da cantora de preservar sua intimidade e a do seu filho seria mais valioso que o direito à honra dos 60 (sessenta) homens por ela acusados de estupro no cárcere?
- O direito da cantora de preservar sua intimidade seria tão mais valioso que do seu filho de ter direito à filiação?
- O direito da cantora de preservar sua intimidade seria tão mais valioso do que do seu filho acometido de uma doença degenerativa, tendo no direito de conhecer à sua própria origem pudesse ser uma via para a continuidade do seu processo vital com dignidade?

A resposta para tal questionamento, de modo objetivo é não. O direito da cantora de preservar sua intimidade não seria mais valioso do que o direito do seu filho acometido de uma doença degenerativa, pois a luz do Direito brasileiro sendo o direito à vida o bem maior a ser tutelado, este pode ser entendido como o direito mais valioso pela aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, com fundamento na Constituição Federal brasileira de 1988, no Direito Civil e Direito Penal vigentes.

³³⁶ Supremo Tribunal Federal STF. **Reclamação nº 2.040-1**. Distrito Federal. Relatoria: Ministro Néri da Silveira. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540> Acesso em: 07 nov. 2022.

Em que pese, não é apenas à vida o bem a ser protegido como direito natural e universal e assim ser entendido como o direito mais valioso, haja vista, decorrer dela outros direitos indissociáveis como o direito à saúde, à qualidade de vida, e de não morrer, como explica Szaniawski (2005, p. 148) “no sentido de não ser abreviado ou impedido o direito do indivíduo de se desenvolver”.

Como direito geral de personalidade que se vincula intimamente a outros direitos, as decisões do Poder Judiciário devem ser conduzidas pela análise do caso concreto tendo como solução dirimente ao conflito de interesses juridicamente tuteláveis o princípio da proporcionalidade.

Contudo, é necessário seguir com a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, evitando assim ataques à direitos inerentes à pessoa humana, seja pela errônea concepção fracionada destes direitos, por questões sociais, culturais, econômicas, políticas e até de mercado como no presente caso que uma das partes interessadas é uma pessoa pública, a quem lhe será imposto os efeitos de uma decisão e da própria sociedade.

(ii) Caso Klara Castanho³³⁷: Em 25 de junho de 2022, a atriz Klara Castanho, usou das suas redes sociais para uma nota pública, qual declarou ter sido vítima de estupro, que culminou em uma gravidez indesejada, não planeja, aos 21 anos de idade, e optou pela entrega voluntária da criança para a adoção. (grifo nosso)

A referida declaração foi motivada, em decorrência da quebra de sigilo profissional por parte de uma enfermeira que passou a informação da condição de Klara Castanho aos tabloides de fofoca.

A revelação foi noticiada pela *youtuber* Antonia Fontenelle, ao dizer em uma *live* que uma atriz global teria aos vinte e um anos de idade engravidado e doado a criança para adoção, e posteriormente por outro colunista Leo Dias, (JORNAL DA USP, 2022, n. paginado).

A quebra de sigilo, se deu com a informação de que a atriz estava grávida e que entregou a criança para adoção, com um tom incriminador de que a mesma teria realizado abandono de incapaz, considerado como crime pelo Código Penal conforme o art. 133³³⁸.

³³⁷ O referido caso é citado em sua transcrição literal, na análise das declarações da artista.

³³⁸ O abandono de incapaz, segundo o art. 133 do Código Penal de 1940 é tipificado como crime, que perfaz “abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de se defender dos riscos resultantes do abandono. O referido artigo, protege não apenas a pessoa humana, mas a sua vida e saúde, tendo como sujeitos de proteção os menores, os doentes físicos e mentais e também os maiores de 60 (sessenta) anos de idade – idosos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 09 nov. 2022.

Porém, a informação repassada pelo profissional de saúde que atendeu a atriz na unidade hospitalar tratou-se de uma “meia verdade”, pois desconhecia que a gravidez era fruto de estupro, uma das maiores violências que uma mulher pode sofrer em vida.

O estupro, também é considerado como crime pelo Código Penal, conforme o art. 213³³⁹ que ocorre ao “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, tendo pena de reclusão de 6(seis) a 10 (dez) anos, o que se aplica ao caso haja vista, a tempo do fato Klara Castanho estar com 21 (vinte e um) anos de idade, como declarou:

Não posso silenciar ao ver pessoas conspirando e criando versões sobre uma violência repulsiva e um trauma que sofri", afirma ela. "Esse é o relato mais difícil da minha vida. Pensei que levaria essa dor e esse peso somente comigo." "Fui estuprada. Relembrar esse episódio traz uma sensação de morte, porque algo morreu em mim. Não estava na minha cidade, não estava perto da minha família nem dos meus amigos". "Foi um choque, meu mundo caiu. Meu ciclo menstrual estava normal, meu corpo também. Eu não tinha ganhado peso nem barriga". "Naquele momento do exame, me senti novamente violada, novamente culpada. Em uma consulta médica contei ter sido estuprada, expliquei tudo o que aconteceu". "O médico não teve nenhuma empatia por mim. Eu não era uma mulher que estava grávida por vontade e desejo, eu tinha sofrido uma violência. E mesmo assim, o profissional me obrigou a ouvir o coração da criança, disse que 50% do DNA eram meus e que eu seria obrigada a amá-lo." "Tudo que eu fiz foi pensando em resguardar a vida e o futuro da criança. Cada passo está documentado e de acordo com a lei". "A criança merece ser criada por uma família amorosa, devidamente habilitada à adoção, que não tenha lembranças de um fato tão traumático", (G1, 2022, n. paginado).

O fato de eles saberem mostra que os profissionais que deveriam ter me protegido em um momento de extrema dor e vulnerabilidade, que têm a obrigação legal de respeitar o sigilo da entrega, não foram éticos, nem tiveram respeito por mim nem pela criança, (G1, 2022, n. paginado).

De fato, a atriz apenas usou do direito qual lhe assiste, pois ao entregar a criança para adoção pela via legal, a conduta está em conformidade com o art. 19 A do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), incluído pela Lei nº 13.509 de 2017 “A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude”, que no §9º garante a mulher o direito de sigilo sobre o nascimento.

³³⁹ Art. 213 do Código Penal de 1940: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 09 nov. 2022.

O sigilo da atriz, ainda alcança o direito de manter em segredo o nome do pai da criança, que no presente caso é o seu algoz, o estuprador, tão pouco, de fornecer detalhes de como foi o ato violento.

Mais, uma vez a esfera que se protege é a privada íntima intangível - *intimsphäre*, é a esfera mais interna, que representa a intimidade, na qual o indivíduo goza de proteção absoluta já que consiste na proteção dos indivíduos na sua própria pessoa, ora intocável pela coletividade, (SZANIAWSKI, 2005, p. 300).

Apesar de não ter sido declarado o nome da atriz por ambos os tabloides, pela facilidade ao acesso de informações no meio artístico, o nome poderia ser mais facilmente descoberto e que seria questão de tempo, torna-lo público como declarou a atriz. (grifo nosso)

Ainda, segundo a declaração da atriz, logo após o parto ainda sob efeitos da anestesia foi chantageada por uma enfermeira, que não se furtou em quebrar o sigilo profissional ao repassar a terceiros dados de saúde de pacientes, independentemente do teor, área de atuação do profissional, condições do paciente, o que incluí os menores de idade. (grifo nosso)

Fui abordada por uma enfermeira que estava na sala de cirurgia. Ela fez perguntas e ameaçou: 'Imagina se tal colunista descobre essa história'. Eu estava dentro de um hospital, um lugar que era para, supostamente, me acolher e pro me acolher e proteger. Quando cheguei no quarto, já havia mensagens do colunista com todas as informações. Ele só não sabia do estupro. Eu ainda estava sob o efeito da anestesia. Eu não tive tempo de processar tudo aquilo que estava vivendo, de entender, tamanha era a dor que eu estava sentindo. Eu conversei com ele, expliquei tudo o que tinha me acontecido. Ele prometeu não publicar. (G1, 2022, n. paginado).

Como já apresentado anteriormente, o sigilo do profissional de saúde, é garantido pela Constituição Federal brasileira de 1988, pelo Código Penal, pelo Código de Ética do Profissional, qual só pode ser violado apenas quando houver motivo justo, dever legal ou consentimento do paciente.

No caso em apreço, considerando apenas a narrativa apresentada pela atriz, é possível verificar a ausência de qualquer ponderação por parte do profissional que venha a justificar a violação sofrida, como a existência de um quadro grave de dano contra si ou contra terceiros ou a existência de um risco real ou iminente, para a quebra do sigilo. Porém, este não foi o entendimento do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo (Coren-SP) que arquivou a

investigação por não constatar administrativamente relação da profissional de enfermagem com o vazamento das informações sigilosas.³⁴⁰

Entretanto, não se pode olvidar que o caso Klara Castanho, possa ser capaz de gerar apenas um desconforto social, por dois aspectos importantes como segue:

(i) A atriz foi vítima de estupro, é mais uma mulher que após 25 de junho de 2022, vai entrar nas estatísticas brasileiras que em números absolutos, segundo relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública³⁴¹, no ano de 2018, foram 13.134 (treze mil cento e trinta e quatro) mulheres vítimas de estupro, no ano de 2019 o número subiu para mais 13.419 (treze mil quatrocentos e dezenove casos) de mulheres vítimas de estupro. Deste modo, por um simples cálculo aritmético nos anos de 2018 e 2019, no Brasil o número total de mulheres estupradas foi de 26.553 (vinte seis mil quinhentos e cinquenta três).

Importante observar que tais números absolutos apresentados pelo Fórum de Segurança, são de casos de estupro denunciados, pois há aqueles casos dos quais como bem colocou a atriz em seu relato “Pensei que levaria essa dor e esse peso somente comigo. Fui estuprada”. (grifo nosso).

Isso demonstra a necessidade de termos mais políticas públicas de atenção a mulher quando vítima de estupro, pois no caso da atriz ela optou em continuar com a gravidez bem como pela doação voluntária da criança, em um contraponto tantas outras Klaras, optam pelo aborto clandestino ou pelo abandono ilegal, carregando para o resto da sua vida, a dor de ter sido estuprada e do silêncio.

(ii) A atriz e a criança legalmente entregue a adoção, tiveram vários dos seus direitos aviltados, violados, que alcançam a intimidade, a privacidade, o segredo, a honra, a integridade, os dados pessoais, as informações enquanto paciente, a imputação de falso crime, que atentam diretamente a dignidade da pessoa humana entendida como cláusula geral de proteção da personalidade. Nas palavras de Szaniawski (2005, p. 140-141):

No ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à tutela da personalidade humana, que adotou um sistema de proteção misto, apresenta um sistema geral de proteção da personalidade, ao lado de direitos especiais de personalidade tipificados na Magna Carta, que convivem e atuam harmonicamente. (...) A dignidade da pessoa humana nasce juntamente com o indivíduo, trata-se, outrossim, do primeiro e do mais importante fundamento de todo sistema constitucional brasileiro, e o ultimo arcabouço

³⁴⁰ Referente a decisão do judiciário ao processo quanto ao vazamento das informações sigilosas, não houve possibilidade de acesso ao seu conteúdo parcial ou total, pois está gravado de segredo de justiça. Por certo ao processo contra Antonia Fontanelle por danos morais na justiça cível, teve por sentença de danos morais teve por valor de condenação o valor de R\$50.000 (cinquenta mil reais), cabendo ainda recurso. A ação criminal de queixa-crime não foi julgada ainda.

³⁴¹Fórum Brasileiro de Segurança Pública – **Anuário 2020**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf> Acesso em: 09 nov. 2022.

dá guarida dos direitos individuais. O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um verdadeiro supra princípio, a chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais e de todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

A importância se dá na tutela dos direitos de personalidade, pois a violação lá foi praticada, que gera o direito da indenização de dano moral, independentemente da reparação por dano patrimonial. Como elenca Szaniawski (2005, p. 141), e que complementa a tutela dos direitos de personalidade, que é por meio da cláusula geral da responsabilidade civil que a dignidade violada será assim recomposta, conforme o art. 5º, inciso X da Constituição Federal brasileira de 1988³⁴².

Deste modo, aquele que cometer ato ilícito por violar direito de outrem terá o dever de reparar o dano causado, arts. 186³⁴³ e 927³⁴⁴ do Código Civil de 2002.

Contudo, é ainda de maior importância projetar mesmo que o tempo seja futuro e incerto, o desdobramento dessas informações repassadas a imprensa como afirmou a atriz, já que diante do conhecimento público que a criança foi concebida por um estupro, a entrega mesmo que legalmente e voluntariamente para a adoção, acabe se tornando o seu próprio algoz.

Em que pese, remanesce a criança os direitos de personalidade que no presente estudo é o de conhecer a própria origem genética.

Assim sendo, a rota de colisão de direitos fundamentais pode mais uma vez se fazer presente, no judiciário, que diante da análise do caso concreto apresenta, terá que ponderar entre o direito ao sigilo da atriz conforme art. 19-A³⁴⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

³⁴² Art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 09 nov. 2022.

³⁴³ Art. 186 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 09 nov. 2022.

³⁴⁴ Art. 927 do Código Civil de 2002: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 09 nov. 2022.

³⁴⁵ Art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente: A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. § 1º - A gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal. § 2º - De posse do relatório, a autoridade judiciária poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado. § 3º - A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período. § 4º - Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade

e o direito da criança por ela entregue à adoção de conhecer a própria origem biológica, conforme art. 48³⁴⁶ do mesmo Estatuto.

Enquanto a repercussão social e jurídica, decorre de temas estruturados por padrões morais e convenções sociais, que precisam ser melhor compreendidos, para que políticas públicas de proteção ao direito do sigilo da intimidade e conhecimento das origens familiar e biológica não sejam declarados inconstitucionais e consequentemente os direitos ora inerentes a pessoa humana, também os sejam.

judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional. § 5º - Após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1º do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega. § 6º Na hipótese de não comparecerem à audiência nem o genitor nem representante da família extensa para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la. § 7º - Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência. § 8º Na hipótese de desistência pelos genitores - manifestada em audiência ou perante a equipe interprofissional - da entrega da criança após o nascimento, a criança será mantida com os genitores, e será determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias. § 9º - É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 09 nov. 2022.

³⁴⁶ Art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 09 nov. 2022.

3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Os direitos fundamentais enquanto construção normativa constitucional baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, sofrem limites e restrições por imposição da lei para o livre exercício de um direito ou de uma atividade.

A limitação e restrição, é motivada pela existência de circunstâncias e valores que possam estar em jogo no ordenamento jurídico, onde para que uma pessoa possa usufruir de um certo direito, o direito de outra pessoa poderá ser restringido.

Deste modo, a limitação e a restrição representa o produto do sopesamento entre direitos, que estão em rota de colisão, e que diante das narrativas fáticas e jurídicas há que se ponderar para se dizer qual o direito é mais valioso para o caso concreto.

Uma vez que os direitos fundamentais assumem sua relevância, estes direitos podem colidir casos em que os princípios se situam em mesma direção, mas em sentidos opostos. Torna-se fundamental ao Direito, buscar uma harmonização para demonstrar a importância dos direitos colidentes, contudo, estruturar sua fundamentação de modo a se entender o porquê determinado direito em tese é mais valioso que outro.

A harmonização, precede da possibilidade em usar da Técnica da Ponderação defendida por Robert Alexy, ora aceita pela doutrina e jurisprudência pátria, ao defender que todos os princípios de modo abstrato possuem a mesma importância, mas que diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, há que se decidir pelo mais valioso, ou qual princípio deve ceder em relação ao outro.

Por esse viés a ponderação, é a solução para casos difíceis quando as normas constitucionais com a estrutura de princípios entram em colisão, como os direitos da vida privada, da intimidade, da privacidade, do sigilo, do anonimato, do conhecimento da origem genética fundamentado na continuidade do processo vital humano.

Nesse cenário de direitos em rota de colisão, a ponderação por meio do princípio da proporcionalidade, é o melhor instrumento de tutela para dirimir os conflitos de interesses juridicamente tutelados.

Verifica-se portanto, que não há uma resposta única quando direitos fundamentais de personalidade estão em rota de colisão, cada caso será analisado em sua natureza, racionalmente, a fim de evitar qualquer tipo de decisão arbitrária ou parcial, buscando atender a demonstração do raciocínio para a atribuição do direito que irá prevalecer.

PARTE III – DO INSTITUTO DO PARTO ANÔNIMO

CAPÍTULO I – DA RODA DOS EXPOSTOS AO PARTO ANÔNIMO

O presente capítulo tem por objetivo, apresentar um histórico da roda dos expostos e do Parto Anônimo, como institutos de proteção cada qual no seu tempo de existência, contexto e objetivo, haja vista a condição equivocada ou errônea de serem considerados sinônimos, mesmo apresentando funções distintas como será elencado.

Em verdade a roda, era um mecanismo social de proteção à infância para salvaguardar os recém-nascidos do abandono, trazidos pelos portugueses e implantados no Brasil colonial (1500-1532), para que em segurança fossem por meio de uma portinhola em formato de cilindro e giratório, entregues nas portas dos conventos e das Santas Casas de Misericórdia, sendo acolhidos, cuidados e encaminhados para a adoção, e também em manter na maioria das vezes o sigilo de identidade da pessoa que a deitou na roda, protegendo-a de ser responsabilizada juridicamente.

O Parto Anônimo, pode ser definido como instituto jurídico de proteção ao direito da mulher de manter-se incógnita, sem qualquer imputação civil ou penal diante do não exercício da maternidade e consequentemente na entrega do recém-nascido para a adoção, evitando principalmente a prática do abandono ilegal. Sua origem como instituto jurídico é do Direito francês denominado de *Accouchement Sous le Secret*, ou apenas, *Accouchement Sous X* que na sua tradução literal significa “Parto Sob X”, onde a mulher grávida tinha direito à decidir pelo seu anonimato, cabendo à ela apenas o direito de desvendar o segredo de sua identidade, pois o objetivo do costume era apenas tutelar o direito da parturiente e não do recém-nascido.

Entre similaridades mas principalmente as diferenças ambos os institutos estão muito além de preceitos morais, em condená-los como instrumento para a legalização do abandono, sem considera-los em suas especificidades e contextos históricos, políticos, sociais e culturais, seja na obrigação imposta a mulher de ter que ser mãe, e de muitos recém-nascidos por essa imposição à mulher, serem entregues não apenas por elas a viver à própria sorte.

Nesse viés a roda dos expostos precisa ser ressignificada como um espaço simbólico de proteção, que pode ser entendido como entrega segura, evitando a exposição dos recém-nascidos a riscos à sua vida até mesmo pelo caráter inicialmente religioso que possuía, e não apenas como um comportamento a ser repudiado pela sociedade por estar eivado de negligência, irresponsabilidade, e maculado como livramento de um fardo.

A realidade brasileira sempre se apresentou e ainda se apresenta em pleno século XXI, com elevados números de abandonos ilegais em lixeiras, caixas em terrenos baldios, sacolas

plásticas, de abortos ilegais em clínicas clandestinas, de infanticídios, como resultado de uma gravidez não planejada por falta de ações públicas voltadas aos processos de concepção, e gravidez indesejada como nos casos de estupro, que não são apenas veiculados nas mídias todos os dias, mas comprovados por dados apresentados por instituições fidedignas que reiteram a importância de entender cientificamente os institutos em comento e seus fundamentos, distantes de erros ou equívocos que venham a obstar direitos.

Por essa razão, a gênese do Parto Anônimo também precisa ser resignificada, para que outros institutos erroneamente não sejam comparados a roda dos expostos, tão pouco com o próprio Parto Anônimo, que já foi por três vezes objeto de Projeto de Lei no Brasil e rechaçado por muitos estudiosos da área pela sua incompatibilidade com a legislação interna.

Em sua obra *Diálogos com o Direito de Filiação Brasileiro*, Elimar Szaniawski apresenta ambos os institutos em sua gênese, esclarecendo de modo didático o erro do legislador ao considerar o Parto Anônimo, como instituto compatível com a legislação brasileira por estudos superficiais ao tema, que relacionado com a formação da família e seus novos rearranjos.

Segue ao tema afirmando, que o instituto mais compatível com a ordem jurídica brasileira seria o Parto Discreto do Direito belga (*Accouchement dans la discrétion*), uma categoria mais vantajosa por não se apresentar com direitos absolutos como o Direito francês, e que diante da colisão de direitos no caso concreto ponderar os interesses postos em causa para assim apontar aquele direito que deve ser entendido como o primeiro valor a ser respeitado e preservado, estando como instituto jurídico compatível com a legislação brasileira a ser estudado na parte IV desta tese.

SEÇÃO I – Da Roda Dos Expostos

1.1 A Roda dos Expostos como espaço simbólico também de proteção

Criada em 1188, pelo Frade francês Guy de Montpellier, a roda de expostos, foi adotada em 1198 pela Igreja do Papa Inocêncio III, em razão do número de bebês mortos que eram encontrados pelos pescadores, no Rio Tibre, considerado a alma da Itália.

A roda, proliferou por mais de 7 (sete) séculos pelos territórios da Itália, França, Espanha, Grécia, e Portugal onde figuravam as Santas Casas de Misericórdia, tendo sido em Lisboa sua primeira fundação.

Foi com o Portugueses que a roda foi instituída no Brasil no século XVII, por meio das Santas Casas de Misericórdia que a princípio tinha como propósito oferecer assistência e amparos aos desvalidos, cumulando também no acolhimento das crianças abandonadas por suas genitoras (SZANIAWSKI, 2019, p. 442).

Deste modo, as Santas Casas de Misericórdia, como entidades religiosas, tinham por missão, cuidar e tratar das mazelas dos enfermos, assim como servir de abrigo para os recém-nascidos abandonados ou órfãos, que eram depositados na ‘roda’ (ESCOCARD, 2020, n. paginada).

Apesar da prática de abrigar os abandonados na roda já existente nos conventos e nas instituições filantrópicas ao tempo da Colônia, do Reino Unido, do Império e da República, não houve previsão legislativa no sentido de absorver e regulamentar a categoria do parto anônimo no Brasil, seja pelas Ordenações ou Código Civil, (SZANIAWSKI, 2019, p. 443).

Segundo Torres (2006, p. 108), a primeira Roda no Brasil foi criada em 1726 em Salvador, a segunda em 1738 no Rio de Janeiro, a terceira em 1803 no Rio Grande do Sul e a quarta em 1825 em São Paulo, que perdurou até 1950.

O mecanismo da roda, nada mais era que uma portinhola em formato de roda que girava nas muralhas das Casas de Misericórdia – Santas Casas, após o recém-nascido ser colocado, sendo posteriormente acolhido e cuidado (GUALBERTO, 2019, p.148).

Na criação da roda do Rio de Janeiro, o seu fundador Romão Duarte, deixou testado a motivação para o feito, com as seguintes palavras:

Tendo em vista a lástima com que perecem algumas crianças enjeitadas nesta cidade, porque umas andam de porta em porta, aos boléus, até que morrem, e outras se acham mortas pelas calçadas, e praias, por não haver quem as recolha [concorro] com uma esmola e doação para a criação, alimento, e remédio desses inocentes, por atender que será do divino agrado esse sufrágio e benefício por sua alma (VENÂNCIO, 2004, p.104).

Como exemplo célebre da missão assistencialista, está a Santa Casa de Campos no Estado do Rio de Janeiro, criada em 1819, após a aprovação da Rainha D. Maria I³⁴⁷, e posteriormente pelo Conselho Ultramarino³⁴⁸ (RIBEIRO, 2011, p. 149).

A Santa Casa de Campos, é retratada na obra de Waldir Pinto de Carvalho, intitulada de “A Roda dos Expostos”, ou ainda conhecida pelas denominações de roda dos enjeitados ou excluídos, no qual o autor a descreve como:

A Irmandade de Nossa Senhora Mãe dos Homens, tendo os seus olhos voltados para as aflições alheias, sob a égide do cristianismo e em boa hora, cuida do grande hospital — A Santa Casa de Misericórdia, cuja história, por si só representa um dos mais destacados capítulos da prática da caridade neste abençoado pedaço de o Brasil. Algum tempo depois, anexo a essa instituição, surge, sob a inspiração dos bons sentimentos, outra não menos benéfica. Instala-se, então, no próprio seio da entidade hospitalar, RODA DOS EXPOSTOS, estabelecimento fundado, como dissermos, por obra do bem, mas que, infelizmente, lamentavelmente, não pode cumprir cem por cento o seu destino. Por culpa de uma mínima parcela da sociedade de então, vem a ser considerado um meio favorável à depressão moral, e isto por envolver na sua prática, ao lado da mais legítima forma de ajudar ao próximo, a sufocação do sentimento maternal (CARVALHO, 1994, p. 109).

Com o fim do Período Colonial em 1815, o Brasil agora imperial até 1889, abandona a reprodução da leis portuguesas e dá início a um novo cenário ao sistema jurídico, instituindo o Código Criminal do Império, e das casas de correção, com a função de abrigar menores infratores (LOPES; QUEIROZ; ACCA, 2006, p. 132).

A principal mudança do Código Criminal foi na fixação da imputabilidade que passou de 7 (sete) anos de acordo com as Ordenações Filipinas para 14 (quatorze) anos (SILVA, 2011, p.34). Entretanto para outros casos que fugiam da esfera penal, a Igreja Católica ainda cuidava das outras crianças e adolescentes pela roda, fundada no discurso assistencialista, de que a roda era um meio de salvar vida de inocentes.

A roda, passa a ser um instrumento de controle da ordem política e social no Brasil, já que o abandono gerava marginalização, periculosidade, violência, subversão e desordem, ou seja, uma ameaça paz social (PEREZ; PASSIONE, 2010, p. 123).

³⁴⁷ Maria I de Portugal (1734-1816) foi rainha de Portugal entre 1777 e 1816. A primeira mulher a herdar o trono de Portugal, D. Maria I revolucionou a rígida administração anterior comandada pelo marquês de Pombal. De forte convicção religiosa, entre suas obras destacam-se a fundação da Casa Pia, no Castelo de São Jorge, para cuidar dos órfãos, a construção do Convento das Freiras Carmelitas Descalças de Santa Teresa, no Largo da Estrela e a Basílica da Estrela (EBIOGRAFIA, 2020). Disponível em: https://www.ebiografia.com/d_maria_i_de_portugal/. Acesso em: 18 jan. 2022.

³⁴⁸ O Conselho Ultramarino foi criado e regulamentado por Regimento de 14 de Julho de 1642, para se ocupar de todas as matérias e negócios, de qualquer qualidade que fossem, relativos à Índia, Brasil, Guiné, ilhas de São Tomé e Cabo Verde. Arquivo Nacional da Torre do Tombo. Instituições do Antigo Regime. Disponível em: <https://antt.dglab.gov.pt/pesquisar-na-torre-do-tombo/>. Acesso em: 18 jan. 2022.

Importante pontuar que a roda também era utilizada por famílias de todas camadas, mas principalmente as mais populares, que na época não tinham noção de planejamento familiar ou meios para evitar uma gravidez, e que diante da miséria para salvaguardar a vida do recém-nascido ou entregavam a um parente ou as portinholas (VENÂNCIO, 1999, p.14).

Segundo Leite (2006, p.98), a roda era o meio salvar a vida dos então recém-nascidos, que fossem abandonados. Destarte que o abandono não poderia ser entendido apenas pelo conceito como o ato ou efeito de largar algo, com desleixo ou negligência³⁴⁹.

Em tese a roda não tinha objetivo de legalizar o abandono, mas de ser um espaço simbólico de proteção aos recém-nascidos.

O abandono não é regra na roda dos expostos, tão a proteção a exceção que alcançava poucos dos recém-nascidos ora lá colocados na portinhola, haja vista depender da natureza fática de cada caso concreto, que motivou esta ou aquela pessoa, a usar da roda, como ato ou efeito de entregar, daquele que age com dedicação extrema por outrem, por devoção, por benevolência, por consideração³⁵⁰.

Por esse viés a roda dos expostos pode ser um espaço simbólico de proteção e não apenas de abandono.

O abandono é observado historicamente em diversas narrativas como na mitologia grega, onde os recém-nascidos eram enjeitados por deformidade ou por pobreza pelos próprios pais que tinham poder absoluto da prole e geralmente orientados pelos Oráculos, (VALDEZ, 2004, p.132).

O abandono também se faz presente na Bíblia Sagrada, com a história de Moisés, aproximadamente em 1250 a.C. Moisés, foi colocado em um cesto por sua mãe nas margens do rio Nilo, para que não morresse diante da determinação do Faraó, de que os meninos hebreus ao nascer teriam que ser mortos (EBIOGRAFIA, 2020, n. paginado).

Na Idade Média, o abandono também esteve presente na Europa e na Ásia, que usavam do ‘Berço de Moisés’ para evitar o abandono e o infanticídio (ALBUQUERQUE, 2010, p.124).

Na região do rio Tibre muitos recém-nascidos eram abandonados, e pela inconformidade da Igreja Católica o Papa Inocêncio III, estabelece o mecanismo da roda, evitando assim o abandono e a morte (MARCÍLIO, 1998, p.86).

Mas a roda, além de abrigar os recém nascidos, e garantir sua sobrevivência, era um meio de preservar a identidade da pessoa que praticou o ‘abandono’, ou que houvesse encontrado o abandonado (TORRES, 2006, p. 103).

³⁴⁹ Dicionário Priberium. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/abandono> Acesso em: 11 nov. 2022.

³⁵⁰ Sinônimos.com. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/entrega/> Acesso em: 11 nov. 2022.

De acordo com Torres (2006, p. 103), o abandono de bebês recém nascidos ou de crianças, era uma prática comum nos séculos XVII e XVIII no Brasil colonial.

O abandono era feito, independentemente do sexo e do local, pois frequentemente eram deixados em calçadas, praias e até mesmo em terrenos baldios, causando muitas vezes a mortes dos recém nascidos, principalmente de frio e fome, e aqueles que sobreviviam passavam a viver nas ruas ou nos lixões, desprovidos de qualquer cuidado (TORRES, 2006, p. 104).

Com a roda, o recém-nascido era colocado no espaço apropriado, que ao girar, empurrava-o para o interior da Santa Casa, sendo recolhido por uma porteira, que fazia a identificação³⁵¹, e encaminhamento para os primeiros cuidados.

Segundo Nascimento (2008, p. 252), a roda tinha o real objetivo de “depurar a experiência da morte”, distinguindo-a do abandono indiscriminado dos recém-nascidos que desde sempre foram indesejadas, sob pena de institucionalizar a roda como sinônimo de abandono.

Isso se deve ao fato, de muitas das entregas, verbo qual se prefere usar nesses escritos, eram seguidas de bilhetes que demonstravam que não se tratava de mero abandono, mas de um ato de amor, de amparo, de proteção.

Tais entregas eram acompanhadas de bilhetinhos, nos quais os familiares das crianças expunham os motivos que os levaram a procurar o hospital; neles, o abandono é apresentado como um paradoxal gesto de amor, uma maneira de proteger o menino ou a menina que corria risco de vida [...] Os escritos guardam as angústias e os sofrimentos dos corações daqueles que eram obrigados a recorrer à casa da Roda. [...] Talvez os melhores exemplos do abandono como uma forma de amor sejam os de escravas que enjeitavam o próprio filho, na esperança de que ele fosse considerado livre, (VENÂNCIO, 1999, P.14).

Como apresentado nos escritos de Venâncio (1999, p.14), muitas das entregas de recém-nascidos eram seguidas de bilhetinhos, como esse apresentado pela Professora Ana Maria Melo Negrão em seu texto intitulado “Revitalização da Roda dos Expostos” publicado em maio do ano de 2020 pelo Instituto Histórico, Geográfico e Genealógico de Campinas (IHGG)³⁵², qual segue: “Como Bilhete que acompanhou o recém-nascido Antônio Moreira de

³⁵¹ No livro de registo era anotado o número de entrada, sexo, cor, idade que mostrasse ter, estado de saúde, o dia, a hora, o mês e o ano que foi achada na roda. Na sequência era designado a ama-de-leite e a ama-de-criação, encarregadas de prover o tratamento. Posterior a isso, no outro dia o médico examinava o enjeitado anotando todos os sinais e marcas, vacinando se fosse necessário, depois faziam o batismo para que não morresse pagão (FLORES, 2009, p.35).

³⁵² Revitalização da Roda de Expostos. Ana Maria Melo Negrão – professora de direito e letras anlo-germânicas. Titular da Cadeira 30 do IHGG Campinas. Disponível em: <https://ihggcampinas.org/2020/05/11/revitalizacao-da-roda-de-expostos/> Acesso em: 13 nov. 2022.

Carvalho, deixado na Roda dos Expostos, na rua Santa Teresa, Rio de Janeiro, em 27 de junho de 1922”:

Recebam-me. Chamo-me Antônio. Sou um orfãozinho de pai, porque ele abandonou a mim e a minha mãe. Ela é muito boa e me quer muito bem, mas não pode tratar de mim. Estou magrinho assim porque ela não tem leite, é muito pobre, precisa trabalhar. Por isso, ela me pôs aqui para a irmã Úrsula tratar de mim. Não me entreguem a ninguém porque minha mãe algum dia vem me buscar. [...] Estou com sapinho e fome. Minha mamãe não sabe tratar de sapinho e não sabe o que me dar para eu ficar gordinho. Minha mãe agradece os bons tratos que me derem (NEGRÃO, 2020, n. paginado). (destaque nosso).

Com a narrativa do bilhetinho datado de 1922, ainda é possível apenas conceituar a roda como uma tecnologia social para legalizar o abandono?

Mesmo após a narrativa do bilhetinho datado de 1922, ainda é possível estigmatizar que todos os recém-nascidos colocados na roda das santas casas de misericórdia eram sentido pelas mulheres como fardos, empecilho, como exposto, enjeitado ou rejeitado?

Será que somos fadados como humanos, a julgar sempre ao invés de acolher?

Ademais, muitos dos recém-nascidos, que vieram nas embarcações portuguesas, também foram alvos da roda, os quais sofreram muito antes da entrega, em razão da fome, da sede, da fadiga, das humilhações, dos trabalhos forçados, dos abusos sexuais, e em muitos casos chegavam em terra órfãos, porque a mãe tinha morrido e o pai era desconhecido entre tantos que estavam nas embarcações, ficando a margem da própria sorte (RAMOS, 2013, p. 121).

Dessa forma, o significado do abandono passa a ser ressignificado, o que antes era entendimento como abandono em seu conceito literal, ou em seus sinônimos como rejeição, desamparo, desleixo, negligência, repúdio, passa a ser entendido como um ato de amparo, de acolhimento, de proteção.

Aquela mulher que buscava a roda, via nela a única alternativa para que seu filho tivesse condições mais propícias de desenvolvimento (MARCÍLIO, 1998, p.47).

A realidade da roda passa ser vista com outros olhos, do abandono intencional como a maior prova de falta de amor, para uma entrega motivada pelo afeto, pela proteção e ternura, em razão das dificuldades materiais e emocionais da mãe, que tem na roda a única forma de garantir um futuro promissor ao filho (ARAÚJO, 2008, p. 12).

A roda, de acordo com Marcílio (1998, p.47), também era uma alternativa para os casos de infanticídio e de aborto, que no período colonial não eram vistos como um problema social.

No Brasil, desde a vigência do Código Penal o infanticídio é definido como crime no art. 123³⁵³, como o ato praticado pela mulher de matar seu próprio filho sob a influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto.

Porém, o número de casos de infanticídios são considerados insignificantes, em razão do números de ocorrências registradas, como afirma Pinheiro (2018, p. 19), ao citar as palavras de Pierre Bourdieu, que:

Ao refletir sobre a relevância dos objetos de pesquisa, Pierre Bourdieu, ressalta que os objetos considerados em sua aparência como insignificantes são passíveis de análise, haja vista não ser a relevância social ou política de um objeto que o torna sociológico, pois “o que conta, na realidade, é a construção do objeto, e a eficácia de um método de pensar que nunca se manifesta tão bem como na sua capacidade de transformar objetos socialmente insignificantes em objetos científicos” (BOURDIEU, 1998, p. 20).

Isso se deve ao fato da condicionante do infanticídio ser o estado puerperal da mulher, depende da compreensão da medicina, já que os efeitos colaterais provenientes do parto dependente das sequelas sofridas pela mulher, que Pinheiro (2018, p.19) aponta como algo sentenciado em um caráter abstrato, distante daquilo que pode ter motivado o ato, como as relações familiares conflituosas, violentas e condições de miserabilidade de vida.

O aborto também é definido no Código Penal como crime nos arts. 124 a 126, definido como a interrupção da gestação, pela gestante, e por terceiro com ou sem seu consentimento, que segue na mesma sorte de não ter números certos de sua prática, haja vista a maioria das condutas ser praticado ilegalmente e na clandestinidade. (grifo nosso)³⁵⁴

Conforme consulta realizada no Sistema Data SUS, de procedimentos hospitalares realizados por região no Brasil, tomando como referência o procedimento 0411020013 – Curetagem Pós-Abortamento / Puerperal, pode-se ter uma amostragem simbólica do número de abortos os quais podem ser de origem natural, ou seja, pelo ato expulsório do próprio corpo ou aqueles que se inserem nos artigos citados do Código Penal, mas que não podem ser identificados, haja vista a mulher manter em sigilo a condição da qual se deu o aborto natural ou provocado.

³⁵³ Art. 123 do Código Penal: Infanticídio: Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 11 nov. 2022.

³⁵⁴ Importante observar que no presente estudo o aborto está sob a ótica da ilicitude do Direito Penal vigente, ou seja, o aborto criminoso, aquele que é vedado pelo ordenamento jurídico, distante de qualquer opinião pessoal ou midiática, que retire o seu contexto científico, mesmo diante da votação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 442 que pede que o aborto seja permitido em quaisquer circunstâncias até a 12ª semana de gestação.

Seguindo uma amostragem dos meses de (i) setembro, (ii) agosto e (iii) julho de 2022, os números de procedimentos perfazem:

(i) O mês de setembro segue o total de 11.406 (onze mil quatrocentos e seis) procedimentos realizados, sendo que a região sudeste contempla 4.126 (quatro mil cento e vinte e seis) procedimentos, a região nordeste contempla 3.943 (três mil novecentos e quarenta e três) procedimentos, a região sul 1.609 (mil seiscentos e nove) procedimentos, a região norte 886 (oitocentos e oitenta e seis) procedimentos e pôr fim a região centro-oeste com 842 (oitocentos e quarenta e dois) procedimentos, (BRASIL, 2022, n. paginado);³⁵⁵

(ii) O mês de agosto segue o total de 12.696 (doze mil seiscentos e noventa e seis) procedimentos realizados, sendo que a região sudeste contempla 4.558 (quatro mil quinhentos e cinquenta e oito) procedimentos, a região nordeste contempla 4.294 (quatro mil duzentos e noventa e quatro) procedimentos, a região sul contempla 1.682 (mil seiscentos e oitenta e dois) procedimentos, região norte contempla 1.371 (mil trezentos e setenta e um) procedimentos e pôr fim a região centro-oeste com 791 (setecentos e noventa e um) procedimentos, (BRASIL, 2022, n. paginado).³⁵⁶

(iii) O mês de julho segue o total de 12.110 (doze mil cento e dez) procedimentos realizados, sendo que a região nordeste contempla 4.227 (quatro mil duzentos e vinte e sete) procedimentos, a região sudeste contempla 4.150 (quatro mil cento e cinquenta) procedimentos, a região sul contempla 1.497 (mil quatrocentos e noventa e sete) procedimentos, a região norte 1.411 (mil quatrocentos e onze) procedimentos e pôr fim a região centro-oeste 825 (oitocentos e vinte cinco) procedimentos, (BRASIL, 2022, n. paginado).³⁵⁷

Os dados apresentados nessa amostragem de apenas 3(três) meses de 2022, demonstram que os procedimentos realizados em sua totalidade de 36.212 (trinta e seis mil duzentos e doze) procedimentos, são de mulheres que buscaram o Sistema Único de Saúde,

³⁵⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Informações de Saúde. Procedimentos Hospitalares do SUS, por local de internação, período: Set/2022. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sih/cnv/qiuf.def> Acesso em: 11 nov. 2022.

³⁵⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Informações de Saúde. Procedimentos Hospitalares do SUS, por local de internação, período: Ago/2022. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sih/cnv/qiuf.def> Acesso em: 11 nov. 2022.

³⁵⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Informações de Saúde. Procedimentos Hospitalares do SUS, por local de internação, período: Jul/2022. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sih/cnv/qiuf.def> Acesso em: 11 nov. 2022.

ficando à margem dados de planos de saúde e de atendimentos particulares, e se os casos são de aborto espontâneo/natural³⁵⁸ ou de aborto induzido/provocado³⁵⁹.

Outro questão importante, são as mulheres que não buscam atendimento hospitalar público ou privado para atendimento em caso de aborto, mas “clínicas clandestinas”, que não estão apenas à margem de dados, mas à margem da sociedade, à margem do direito, pois são invisíveis.

Segundo o Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) em pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde, no ano de 2018, uma mulher morre a cada 2 (dois) dias no Brasil vítima de aborto inseguro.

A pesquisa ainda revelou que no Brasil, ocorrem todos os anos 1 (um) milhão de abortos induzidos, e cerca de 250 (duzentos e cinquenta) mil destes procedimentos levam as mulheres à quadros graves que requerem hospitalização.

A estimativa do Ministério da Saúde é de cerca de 1 milhão de abortos induzidos, portanto, uma carga extremamente alta que independe da classe social. O que depende da classe social é a gravidade e a morte. Quem mais morre por aborto no Brasil são mulheres negras, jovens, solteiras e com até o Ensino Fundamental”, afirmou Maria de Fátima Marinho de Souza, diretora do Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos não Transmissíveis e Promoção da Saúde. Ainda de acordo com o órgão, os procedimentos inseguros de interrupção voluntária da gravidez levam à hospitalização de mais de 250 mil mulheres por ano, cerca de 15 mil complicações e 5 mil internações de muita gravidade. O aborto inseguro causou a morte de 203 mulheres em 2016, o que representa uma morte a cada 2 dias. Nos últimos 10 anos, foram duas mil mortes maternas por esse motivo”, (COFEN, 2018, n. paginado).³⁶⁰

Tais notas sobre o aborto, não estão relacionadas a sua legalização. O objetivo, é demonstrar que não há números exatos para mensurar o aborto clandestino no Brasil.

Se não há dados, consequentemente não há políticas públicas, pela ausência de indicadores de sua necessidade.

³⁵⁸ Aborto espontâneo é a morte embrionária ou fetal não induzida ou a eliminação dos produtos da concepção antes de 20 semanas de gestação. A ameaça de aborto é a ocorrência de sangramento vaginal sem dilatação cervical nesse período de tempo e indicando possível aborto espontâneo em uma mulher com gestação intrauterina viável confirmada. O diagnóstico é efetuado por critérios clínicos e ultrassonografia. O tratamento normalmente é observação expectante de ameaças de aborto e, se o aborto espontâneo ocorreu ou parece inevitável, observação ou evacuação uterina. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-br/profissional/ginecologia-e-obstetr%C3%ADcia/anormalidades-na-gesta%C3%A7%C3%A3o/aborto-espont%C3%A2neo> Acesso em: 12 nov. 2022.

³⁵⁹ Aborto induzido é a interrupção da gravidez. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/pt-br/profissional/ginecologiaeobstetr%C3%ADcia/planejamentofamiliar/abortoinduzido?query=aborto%20induzido> Acesso realizado em: 12 nov. de 2022. Na legislação brasileira o aborto induzido não é crime sob três exceções, para salvar a vida da grávida, fruto de estupro, e nos casos do feto anencéfalo segundo o Supremo Tribunal Federal.

³⁶⁰ Conselho Federal de Enfermagem. Uma mulher morre a cada 2 dias por aborto inseguro, diz Ministério da Saúde. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html Acesso em: 12 nov. 2022.

Ademais, urge a necessidade de estudar cada instituto na sua ontologia, em seu conceito científico e técnico, a fim de que institutos como a roda ora dos expostos, não seja deturpada, ou que o infanticídio e o aborto sejam apenas vistos com os olhos da letra fria da lei. Nas palavras de Mendonça (1985, p. 17-18), o conceito é uma questão lógica e interdisciplinar:

Os conceitos são construções lógicas, estabelecidas de acordo com um quadro de referências. Adquirem seu significado dentro do esquema de pensamento no qual são colocados. Cada ciência usa seus próprios conceitos para a comunicação de seus conhecimentos. (...) Requer que se utilize o termo mais adequado, capaz de expressar através do seu significado o que realmente ocorre na realidade empírica. O primeiro requisito de um conceito é que reflita corretamente as forças que operam realmente no mundo. No processo de comunicação, a função dos termos ou palavras é a de tomar manifestos os conceitos, e a função dos conceitos é a de representar a realidade ou aspectos da realidade. Quanto maior a distância entre o que se quer representar e o conceito empregado, maior o perigo de ser o conceito mal compreendido e maior a necessidade de se cuidar a clareza e a precisão da definição. Todo conceito tem uma intenção ou conotação ou compreensão e, pelo menos, uma extensão ou denotação ou domínio de aplicação. A compreensão ou intensão de um conceito é o conjunto das propriedades e relações que definem o conceito. Refere-se aos aspectos, às dimensões, às notas que caracterizam e distinguem um fato, um ser ou um objeto dos demais. Condição suficiente para a determinação inequívoca da compreensão de um conceito é que se disponha de uma descrição ou análise completa do conceito, determinando o conjunto das características ou propriedades peculiares, pelo menos na medida suficiente para assegurar uma aplicação não ambígua do conceito. Quanto menos superficiais ou derivadas são as propriedades escolhidas como notas inequívocas, tanto mais profunda e mais clara será a definição do conceito. (grifo nosso)

Se a lei então define infanticídio e aborto criminoso, toda mulher que o pratique, sempre será autora do fato, o que reduz sua figura de mulher a um ser odioso, que matou seu filho.

Mas quais são as circunstâncias sociais, psicológicas, morais, que essa mulher viveu ou vive para chegar a esse resultado? A mulher será sempre a criminosa, ou ela também pode ser vítima do sistema?

No caso da roda, era a roda dos expostos, a roda dos enjeitados, do ato odioso de abandonar o filho a própria sorte, na porta de uma instituição religiosa, que objetivava assistir os desvalidos, ou os sem sorte, e também de obter recursos dos abastados porque deles seria o reino dos céus.

Mas porque não ser a roda que protege, a roda que acolhe, a roda da vida?

A importância de ressignificar a roda é ainda atual e relevante, pois o conceito de família, mulher e maternidade, fica condicionada a construção trazida pela Igreja Católica Apostólica Romana, na figura de Maria Mãe de Jesus, no vértice do mito materno do amor incondicional. Desde modo, o pensamento construído é de que mãe que é mãe não abandona seu filho, ou seja, mãe que é mãe não lança o filho a própria sorte.

Mas que sorte é essa?

Qual é o fundamento para o pré-conceito, de que a entrega significa abandono?

Tais questionamentos são importantes de serem feitos, pois Fonseca (2009, p.37) cita que a palavra ‘abandono’ vem carregado de conotações como rejeição emocional, muito distante da palavra ‘entrega’ que alude proteção às crianças e as próprias mães que são estigmatizadas e marginalizadas pela sociedade.

A crença social de que a mãe ao entregar seu filho, dele se esquece, deve ser superada, já que a própria literatura afirma que o vínculo biológico e psicológico não é facilmente cortado, dependendo muito do contexto pessoal que motivou a entrega (COLEMAN e GARRAT, 2016, p.124).

Contudo, a roda dos enjeitados ou dos expostos, independente do seu real objetivo, resistiu a três grandes regimes, Brasil Colonial, Brasil Império e o Período Republicano, até ser extinta em 1950 (INSTITUTO BIXIGA, 2021, n. paginado).

Apesar da sua extinção, no século XX outras instituições assumiram o mesmo caráter assistencialista das Santas Casas para atender crianças e adolescentes, órfãos, carentes ou até mesmo ditos de delinquentes, como a ‘Liga das Senhoras Católicas’³⁶¹, ‘Rotary Club’³⁶² e ‘Associação Pérola de Bygthon’³⁶³, que mesmo assim, influenciaram a criação de políticas de proteção integral (MARCÍLIO, 2013, p. 98).

Não obstante, no século XXI é possível citar um retorno as portinholas de bebês criadas nos Estados Unidos mas precisamente na cidade de Michigan, pelos abandonos realizados em hospitais e postos do corpo de bombeiros. Chamada de *Safe Haven Baby Box*, traduzido livremente como Caixa de Bebê Porto Seguro, consiste em uma caixa climatizada, criada pela bombeira Monica Kelsey, que é deixada nas portas dos postos de bombeiros (STUPIELLO, 2018, n. paginado).

O objetivo da caixa é evitar a exposição aos riscos do abandono, pelo resgate que é feito em minutos, com ajuda de uma alarme que dispara e avisa quando um bebê foi lá colocado.

³⁶¹ A Liga surgiu no contexto em que a Igreja Católica passava por uma fase de lutas para reconquistar seu espaço no meio social e político e Dom Sebastião Leme (1882-1942) foi pessoa chave para dar início a esse processo de recristianização do povo brasileiro (TORTELLI; ORLANDO, 2020, p. 135). Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/notandum/article/view/52046/751375149994> Acesso em: 21 jan. 2021.

³⁶² O Rotary é uma rede global de líderes comunitários, amigos e vizinhos que veem um mundo onde as pessoas se unem e entram em ação para causar mudanças duradouras em si mesmas, nas suas comunidades e no mundo todo. Disponível em: <https://www.rotary.org/pt/about-rotary> Acesso em: 21 jan. 2021.

³⁶³ As décadas de 20 e 30 do século XX, constituem, no Brasil, um período marcado por intensas atividades sociais, culturais e econômicas. Atentas à complexidade social desse momento um grupo de educadoras sanitárias, lideradas por D^a Maria Antonietta de Castro, convida D^a Pérola Byington a presidir uma ação comunitária visando promover a assistência materno-infantil. Disponível em: <https://www.cruzadaproinfancia.org.br/> Acesso em: 21 jan. 2021.

O sistema, não identifica a pessoa que colocou o bebê na caixa, que é encaminhado com segurança ao Conselho Tutelar local, sem qualquer punição por parte do Estado (STUPIELLO, 2018, n. paginado).

Portanto, estigmatizar e generalizar que toda a entrega na roda é um ato de abandono, é estigmatizar qualquer outro ato de entrega como a *Safe Haven Baby Box* que vêm atender a uma demanda social por meio de um sistema de proteção.

1.2 Do Abandono Infantil Ilegal até a Constitucionalização da Proteção Integral

O abandono infantil, desde os primórdios da civilização, se faz presente na sociedade. Mesmo sendo superado o entendimento de que abandono não tem o mesmo significado que entrega, é importante reiterar já que tal diferença vai de encontro à preservação da dignidade da criança e do adolescente (MOTTA, 2007, p.251).

Tal diferença se dá, nas reais dimensões e reflexos que tangem a integridade do filho(a), que Motta (2007, p.251) diferencia explicando:

O conceito de abandono, por sua vez, vem normalmente acoplado ao de adoção e é comumente compreendido como enjeitar, não aceitar, recusar, desprezar, repudiar, repelir. Com a assunção desse princípio nos esquecemos de que muitas entregas são protetivas da criança e algumas se configuram em verdadeiro ato de amor da mãe pela criança. Temos que as próprias mulheres criadas nessa mesma cultura, não conseguem se “autorizar” a afazer a entrega de seu filhos livres de culpa ou remorso. Para muitas o temor do castigo, advindo do companheiro, da família, da sociedade, de um modo geral, é mais forte que o seu receio de deixar seu filho num banco de praça. Para outras, com condições psicológicas já precárias, livrar-se do filho anônima e rapidamente é a única alternativa possível. (grifo nosso)

Em razão dessa diferenciação apresentada por Motta (2007, p.252), importante também reiterar a condição que a roda era utilizada quando foi trazida pela Coroa Portuguesa para o Brasil no período colonial.

Isso porque, pelas Ordenações do Reino de Portugal, as Câmaras Municipais, por meio do recolhimentos de impostos específicos para essa função, teriam a responsabilidade de criar e proteger as crianças até completarem 7 (sete) anos (MARCÍLIO, 2010, p.20).

Deste modo, as Câmaras Municipais poderiam delegar tal responsabilidade à terceiros, ou seja, para outras instituições como as Santas Casas em algumas localidades do Brasil, que devido a autorização real, criaram as rodas dos expostos para o acolhimento institucional (MARCÍLIO, 2010, p.20).

Porém, nas localidades do Brasil em que não havia tais instituições, ou os orfanatos, as crianças eram abandonadas, deixadas a própria sorte, nas praças, na beira de estradas, com fome, frio, e à mercê dos ataques de animais (MORENO, 2010, p.32).

Por meio dos escritos de Marcílio (2010, p.20) e de Moreno (2010, p.32), é possível primeiramente identificar a nítida diferença entre abandono infantil e à entrega infantil, também descrita por Motta (2007, p.251). Segundamente, o fato da roda ser criada e autorizada pelas Ordenações do Reino de Portugal, à entrega mesmo informal, era ato possível e permitido.

Desta forma, quando uma mulher anonimamente utilizasse da roda nas instituições autorizadas pelas Câmaras Municipais, ela não estaria promovendo abandono e sim a entrega.

O anonimato, a época tinha como objetivo impedir que a exemplo das famílias das classes mais populares, estas usassem das instituições como abrigo temporário, na perspectiva de ir buscar os filhos passado algum tempo (BLUM, 2007, p. 321).

Entretanto, a condição de todos os acolhidos nas instituições e das mulheres, ao final do século XX mudavam, pois as noções de família também mudavam. Surge um mercado de crianças adotáveis, e o anonimato não era mais uma forma de proteger a mulher, (CARP, 2004, p.56).

Conforme Molinari (2011, p.27), ambos os sistemas penal e civil, atribuíam penas a criança e ao adolescente, não os considerando como sujeitos de direito.

A mulher mesmo com a criação do Código Civil de 1916³⁶⁴, era submissa ao marido e aos seus ditames, uma condição não muito diferente dos ordenamentos portugueses. Conforme Pereira (1999, p. 125) “a história da mulher no Direito, ou o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi um não-lugar”.

O Código Civil de 1916, ainda mantinha a mulher em uma posição de inferioridade e de incapacidade, mesmo com o espaço ganho na indústria têxtil. A moral³⁶⁵ ainda era vinculada a preservação de sua sexualidade, devendo apenas vive-la após o casamento e com o seu marido (CORTÊS, 2012, p.51).

O referido código, também sistematizou em 1916 o processo de adoção simples, prevendo a possibilidade de sua dissolução (CORTÊS, 2012, p.51).

³⁶⁴ Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogado pela Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 21 jan. 2022.

³⁶⁵ As questões morais ainda eram as reais causas do abandono no contexto do Código Civil de 1916, já que os filhos ilegítimos eram rechaçados pela comunidade. A desonra enfrentada pelas mulheres tidas como indignas acabava repercutindo na negação da maternidade, a fim de preservar a “paz doméstica”, o que levava-as a optar pela Roda dos Expostos como alternativa no lugar do abandono (ALBUQUERQUE, 2010, p.72).

Posteriormente, em 1927 é criado o Código Brasileiro de Menor - Código de Mello Matos, pelo Decreto nº 17943- A, de 12 de outubro de 1927³⁶⁶.

O Estado então assume a responsabilidade sobre a criança abandonada ou do órfão, que era das Câmaras Municipais Portuguesas (BRASIL, 1927, n. paginado).

Cresce o sentimento assistencialista do Estado, e entre o período de 1930 e 1945, o então Estado Novo, organiza os serviços de atendimento ao público, principalmente às crianças e adolescentes, que ficavam institucionalizadas e com atendimento multidisciplinar.

Paralelamente a esse período assistencialista no Brasil (1930-1945), a Europa vive o período da 2ª Guerra Mundial³⁶⁷ (1939-1945), período de violência em massa de um modo jamais visto na história. As vítimas foram basicamente judeus, bielorrussos, ucranianos, poloneses, russos e bálticos, os povos nativos dessas terras. Catorze milhões foram mortos em um período de somente doze anos, entre 1933 e 1945 (SNYDER, 2012, p. 12).

Com o final da 2ª Guerra Mundial, devido as atrocidades sofridas por milhões de crianças e adolescentes, é que passou à ser elencado a criação de um novo instituto como uma réplica da reprodução biológica e com sigilo total, que era a adoção (SAMUELS, 2001, p.368).

Segundo Kershaw (2015, p.37), a guerra computou cerca de treze milhões de crianças abandonadas. Dessa totalidade de crianças, um milhão estava na Polônia, cinquenta mil na Tchecoslováquia, duzentas e cinquenta mil na França e duzentas mil na Hungria. Vislumbra-se ainda na Grécia, que a cada oito crianças uma era órfã.

Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a dignidade passa a ser reconhecida em seu preâmbulo como elemento intrínseco a todos os membros da família humana, assegurando para todos os integrantes desta, direitos iguais e inalienáveis, além de irradiar a liberdade, a justiça e a paz no mundo (LIMA; POLI; JOSÉ, 2017, p. 322).

Nesse viés, a dignidade é um atributo intrínseco da pessoa humana, significa a pessoa com fim em si mesma, e não mais como instrumento ou objeto. Tem como conteúdo, a

³⁶⁶ Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, consolida as leis de assistência e proteção a menores. O Objeto da e fim da Lei de acordo com o art. 1º: O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 21 jan. 2022.

³⁶⁷ Considera-se o ponto inicial da guerra como sendo a [invasão da Polônia](#) pela [Alemanha Nazista](#) em 1 de setembro de 1939 e subsequentes [declarações de guerra](#) contra a Alemanha pela [França](#) e pela maioria dos países do [Império Britânico](#) e da [Commonwealth](#). A guerra terminou com a vitória dos Aliados em 1945, alterando significativamente o alinhamento político e a estrutura social mundial. Enquanto a [Organização das Nações Unidas](#) (ONU) era estabelecida para estimular a cooperação global e evitar futuros conflitos, a [União Soviética](#) e os [Estados Unidos](#) emergiam como [superpotências](#) rivais (ROGER, C.; STIG, F.; BERND, G., 2005). Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=evVPoSwwrG4C&redir_esc=y&hl=pt-BR Acesso em: 21 jan. 2022.

autonomia pública (coletiva) e privada (individual) dos sujeitos; o mínimo existencial para a garantia das condições materiais para uma vida digna; e o reconhecimento individual e coletivo das pessoas nas instituições, práticas sociais e das relações intersubjetivas (SARMENTO, 2016, p. 32).

Com os reflexos das atrocidades denunciadas no pós-guerra, no Brasil no Governo Kubitschek na década de 1950, cresce o número de denúncias de maus tratos aos institucionalizados no meio Serviço Nacional de Assistência a Menores (SAM)³⁶⁸, apontado como um sistema desumano, ineficaz e perverso fruto da superlotação e da corrupção, (SILVEIRA, 2003, p.28).

No ano de 1950, a roda dos expostos ou dos enjeitados era extinta, mediante a justificativa a insuficiência de amas de leite para os cuidados iniciais e o surgimento dos orfanatos (PEREIRA, 2008, p. 45).

Em 1959 aos vinte dias do mês de novembro a Organização das Nações Unidas –ONU, proclamou a Declaração dos Direitos da Criança, prevê que por serem indivíduos em desenvolvimento precisam de proteção especial (PEREIRA, 2008, p.45).

No ano de 1961 o então presidente Jânio Quadros, extingue o SAM, e cria FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor³⁶⁹, motivado por uma política integrativa e voltado para a família (SILVEIRA, 2003, p.28).

Em 9 de junho de 1975, acontece a 1ª Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, para investigar os problemas que envolviam a criança, principalmente a violência. A CPI, foi base para a elaboração do Código de Menores (CORTÊS, 2012, p. 51).

Com a promulgação do Código de Menores em 1979, se insere no contexto social brasileiro a doutrina da proteção integral da criança, permitindo ao Estado recolher as crianças e adolescentes em situação irregular e condená-los ao internato até alcançarem a maioridade (CORTÊS, 2012, p. 51).

³⁶⁸ Criado através do Decreto-Lei nº 3779/41, com a tarefa de prestar, em todo território nacional, amparo social aos menores desvalidos e infratores, isto é, tinha-se como meta centralizar a execução de uma política nacional de assistência, desse modo, portanto o SAM se propunha ir além do caráter normativo do Código de Menores de 1927. Acoplado à perspectiva corretiva, tinha o SAM alguns objetivos de natureza assistencial, quando enfatizava a importância de estudos e pesquisas, bem como o atendimento psicopedagógico às crianças e adolescentes carentes e com problemas de conduta, os quais eram denominados desvalidos e delinquentes. Disponível em: <http://dibrarq.arquivonacional.gov.br/index.php/servico-de-assistencia-a-menores-1941-1964> Acesso em: 21 jan. 2022.

³⁶⁹ A Lei Federal 4.513 de 01/12/1964 criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM. À FUNABEM competia formular e implantar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor em todo o território nacional. A partir daí, criaram-se as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor, com responsabilidade de observarem a política estabelecida e de executarem, nos Estados, as ações pertinentes a essa política. Disponível em: http://www.fia.rj.gov.br/content/institucional/institucional_historia.asp Acesso em: 21 jan. 2022.

Aos cinco dias do mês de outubro de 1988, com base nos fóruns realizados desde o ano de 1985, quando se discutia o futuro das crianças e adolescentes, o art. 227³⁷⁰ da Constituição Federal brasileira de 1988, com o objetivo de concretizar a dignidade da pessoa humana os proclama em seu texto como sujeitos de direito.

A dignidade da pessoa humana, várias vezes já citada, está elencada no art. 1º, inciso III, consistindo essencialmente em assegurar à todos, um mínimo de direitos que devem ser respeitados pelo poder público e pela sociedade (BRASIL, 1988, n. paginado).

A Política de Proteção Integral, foi introduzida na legislação brasileira por meio do art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, estruturando um tripé na sua garantia com a família, a sociedade e o Estado.

A absoluta prioridade, perfaz o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde, a convivência familiar e comunitária, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à profissionalização, salvos de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, o que se insere o direito de não ser abandonado.

Passados dois meses da sua promulgação, o Brasil assina a Convenção Internacional passando a assegurar mundialmente, a proteção os Direitos da Criança por meio do Decreto nº 99.710/90³⁷¹ (BRASIL, 1990, n. paginado).

Em julho de 1990, é aprovado pelo Congresso Nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA³⁷², Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que Ishida (2021, p. 21) comenta:

A Lei nº 8.069 preferiu o termo estatuto em razão de este expressar direitos. O termo código foi preterido em razão de veicular ao aspecto punitivo, tal qual o Código Penal (Paulo Lúcio Nogueira, Estatuto da Criança e do Adolescente comentado p.7). Na verdade, a escolha estaria mais correta porque o código representaria um conjunto de leis, o que implicaria em um ordenamento jurídico muito maior que o ECA. Já estatuto exprime a ideia de lei, de decreto, de regulamento, sendo um termo mais apropriado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é criado com base na doutrina constitucional da proteção integral da criança e do princípio do melhor interesse elencadas no

³⁷⁰ O art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece como 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". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁷¹ Para efeitos da presente Convenção de acordo com o artigo 1º: considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁷² Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que conforme o artigo 1º: dispõe sobre a proteção integral da criança e do adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 22 jan. 2022.

art. 1º³⁷³, as quais devem sempre permear todo tipo de interpretação dos casos que envolvam criança e adolescente, respeitando assim a condição peculiar da pessoa em pleno desenvolvimento.

Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), nos arts. 86, 87 e 88³⁷⁴, qual determina que a política de atendimento aos direitos das crianças e adolescentes, ora vistos como sujeitos de direito, será realizada por meio de ações conjuntas governamentais e não governamentais, seja pela União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

As ações conjuntas governamentais e não governamentais, devem observar as linhas de ação da política de atendimento, seja com políticas sociais básicas, serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social, serviços de prevenção, de proteção jurídica-social e campanhas de estímulo ao acolhimento. Nas palavras de Machado (2003, p.146):

Se o Direito se funda num sistema de garantias dos direitos fundamentais das pessoas, e no tocante a crianças e adolescentes um sistema especial de proteção, as pessoas (entre elas crianças e adolescentes) necessariamente têm um mesmo status jurídico: aquele que decorre dos artigos 227, 228, e 226 da CF e se cristalizou, na lei ordinária, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Não há mais uma dualidade no ordenamento jurídico envolvendo a coletividade crianças e adolescentes ou a categoria crianças e adolescentes: a categoria é uma e detentora do mesmo conjunto de direitos fundamentais; o que não impede, nem impediu, o ordenamento de reconhecer situações jurídicas específicas e criar instrumentos para o tratamento delas, como aliás, ocorre em qualquer ramo do direito.

Em janeiro de 1993, é criada a frente parlamentar em Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, na luta por melhores condições de vida para as crianças e os adolescentes brasileiros, (BRASIL, 2005, n. paginado).

Aquilo que outrora começou com a roda no século XVIII no Brasil, passa por diversas transformações impostas pela sociedade, que vai do abandono a entrega voluntária, da missão religiosa da Igreja Católica aos órfãos do período entre guerras do século XX, da imutabilidade

³⁷³ Art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 22 jan. 2022.

³⁷⁴ Art. 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente: A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Artigo 87: Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento: I - políticas sociais básicas; II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências; III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente. VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 22 jan. 2022

a mutabilidade dos conceitos de família, do direito à filiação, do anonimato ao sigilo, do direito do conhecimento da própria origem genética em pleno século XXI.

1.3 A Realidade do Abandono Ilegal no Brasil

O que não se pode fazer em relação à qualquer prática de abandono ilegal, é banalizar ou romantizar, porque a realidade da sociedade atual há que ser nua e crua.

Nesse recorte, o objetivo não é tratar do abandono infantil, ora considerado em razão de toda a criança que é entregue pelos pais a uma instituição ou dos pais que tiveram seu poder familiar destituído independentemente do motivo, mas sim a realidade do dia-a-dia dos recém-nascidos que são encontrados por populares sobre as mais diversas condições e peculiaridades de cada caso.

Em um século consolidado com os maiores avanços tecnológicos como energia elétrica, considerado um marco da revolução humana, com as informações em tempo real motivadas pela internet, pelos avanços da medicina e seus diversos métodos contraceptivos, a maioria disponíveis de forma gratuita, a realidade ainda é de que muitos recém-nascidos são colocados nas lixeiras, nos lixões, em caixa de papelão, na linha do trem, em sacolas plásticas, na porta de desconhecidos.

Contudo, o tema abandono é multidisciplinar, ele importa para a sociologia, psicologia, medicina e principalmente ao direito, com a discussão jurídica da tutela do bem maior que é a vida, que é diariamente colocado em risco.

O risco se evidencia pelas inúmeras publicações em redes de informação, que retratam a realidade do abandono no Brasil, como segue:

(i) Fonte: G1 Goiás TV Anhanguera – Publicada em 08 de setembro de 2022, por Gabriela Macêdo. **Mulher que alegou ter achado bebê dentro de saco de lixo é a mãe da criança diz polícia**³⁷⁵. (destaque nosso)

Segundo relato da Polícia Militar, a mulher ouviu um choro de madrugada, achou que era um gato miando, acionou a polícia, pois acabou encontrando um bebê dentro de um saco de lixo em um lote baldio. Ambas, foram encaminhadas para atendimento hospitalar, seguido do acionamento do Conselho Tutelar.

³⁷⁵. MACÊDO, Gabriela. Mulher que alegou ter achado bebê dentro de saco de lixo é a mãe da criança, diz polícia. Publicado em 08/09/22, **G1 Goiás**. TV Anhanguera. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2022/09/08/mulher-que-alegou-ter-achado-recem-nascido-em-lote-e-amae-da-crianca-diz-policia.ghtml> Acesso em: 13 nov. 2022.

O conselheiro que prestou o atendimento informou que segundo o médico ao avaliar o recém-nascido observou que o cordão umbilical foi arrebitado pela própria mãe com as mãos.

Contudo, a mulher era a mãe do bebê, que declarou que havia dado à luz sozinha durante a madrugada do dia 08 de setembro, e que ninguém da família sabia da gravidez, que segundo a delegada vai responder por abandono de recém-nascido, ou seja, abandono de incapaz.

A recém-nascida, foi entregue aos cuidados da avó que seguiu responsável por ela na Justiça de Goiás.

(ii) Fonte: Correio Brasiliense – Publicada em 15 de setembro de 2022, por Bel Ferraz. **“Recém-nascida é encontrada dentro de caixa de papelão em Ipatinga”³⁷⁶**. (destaque nosso)

O recém-nascido, foi encontrado por populares após ouvirem um choro de bebê, qual estava dentro de uma caixa de papelão.

O fato ocorreu em Ipatinga, bairro Vila Formosa, no Vale do Aço no dia 14 de setembro de 2022.

Segundo relato, o recém-nascido ainda estava com o cordão umbilical e enrolado em um saco preto, o que levou os populares a acionarem o Corpo de Bombeiros e a Polícia Militar, bem como o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), qual o encaminhou para atendimento em unidade hospitalar.

(iii) Fonte: G1 – Distrito Federal – Publicada em 07 de novembro de 2022. **“Recém-nascido é abandonado na calçada de casa, em Planaltina, no DF”³⁷⁷**. (destaque nosso)

Segundo relato do Corpo de Bombeiros, na segunda-feira dia 07, foi acionado de madrugada para resgatar um bebê recém-nascido que foi deixado na calçada frente a uma casa no Arapongas. O recém-nascido, ainda estava com o cordão umbilical, enrolado em um cobertor, sendo encaminhado após os primeiros cuidados ao Hospital Regional de Planaltina.

Não havia segundo os bombeiros qualquer informação sobre a identidade da mãe, mas que as investigações seriam realizadas como abandono de incapaz.

³⁷⁶ FERRAZ, Bel. Recém-nascida é encontrada dentro de caixa de papelão em Ipatinga. 15/09/22. **Correio Brasiliense**. Minas Gerais. Criança ainda estava com o cordão umbilical, dentro de um saco preto. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/09/5036983-recem-nascida-e-encontrada-dentro-de-caixa-de-papelao-em-ipatinga.html> Acesso em: 13 nov. 2022.

³⁷⁷ RECÉM-NASCIDO é abandonado na calçada de casa, em Planaltina no DF. **G1 DF**. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2022/11/07/recem-nascido-e-abandonado-na-calçada-de-casa-em-planaltina-no-df.ghtml> Acesso em: 13 nov. 2022.

Na reportagem ainda, a nota de que o abandono de incapaz é crime, e que o Distrito Federal conta com programa para entrega voluntária, na Vara de Infância e Juventude.

(iv) Fonte: G1 São Paulo – Publicada em 01 de agosto de 2022, por Fernanda Santos. **“Bebê é abandonado aos pés de um morador de rua na Santa Cecília, Centro de SP.”**³⁷⁸ (destaque nosso)

Segundo relato do morador de rua à GCM, qual dormia na Praça Marechal Deodoro, acordou por que ouviu o choro de uma criança, e que imediatamente acionou a polícia, qual conduziu o bebê ao Pronto Socorro da Santa Casa de Misericórdia.

A ocorrência, foi registrada como abandono de incapaz, sem maiores informações.

(v) Fonte: RDCTV. Viamão – Publicada em 03 de novembro de 2022. **“Corpo de bebê recém-nascido é encontrado no lixão em Viamão”**³⁷⁹. (destaque nosso)

Moradores do bairro florescente em Viamão, sentiram um cheiro forte na lixeira do bairro, e foram verificar, e encontraram com um corpo já sem vida de um recém-nascido no meio do lixo.

Segundo relato dos moradores, o corpo já estava em estado avançado de decomposição, e chamaram a Brigada Militar, que acionou o Instituto-Geral de Perícias que confirmou que o corpo estava em óbito por mais de 24 horas.

Conforme a nota escrita, o delito se trata de exposição ou abandono de recém-nascido ora previsto no artigo 134 do Código Penal, que descreve a conduta como criminosa por desamparar ou expor bebê a perigo, com intuito de esconder desonra ocorrida pelo ato de concepção.

(vi) Fonte: R7- São Paulo - Publicada em 27 de outubro de 2022, por Nayara Paiva da Agência Record. **“Bebê recém-nascida é encontrada em sacola de feira dentro de lata de lixo na zona sul de São Paulo”**³⁸⁰. (destaque nosso)

Na segunda-feira dia 24 de outubro de 2022, foi encontrado um recém-nascido dentro de uma sacola de feira que estava suspensa em uma lata de lixo, na zona sul de São Paulo, na rua Antônio Costa Ernesto, Jardim Maraca.

³⁷⁸ SANTOS, Fernanda “Bebê é abandonado aos pés de um morador de rua na Santa Cecília, Centro de SP.” **G1 São Paulo** – Publicada em 01 de agosto de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/08/01/bebe-e-abandonado-aos-pes-de-um-morador-de-rua-na-santa-cecilia-centro-de-sp.ghml> Acesso em: 13 nov. 2022.

³⁷⁹. CORPO de bebê recém-nascido é encontrado no lixão em Viamão. **RDCTV** Disponível em: <https://rdctv.com.br/noticias/corpo-de-bebe-recem-nascido-e-encontrado-no-lixo-em-viamao/> Acesso em: 13 nov. 2022.

³⁸⁰. PAIVA, Nayara. Bebê recém-nascida é encontrada em sacola de feira dentro de lata de lixo na zona sul de São Paulo, pos **R7Agência Record**, postada em 27/10/22. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/bebe-recem-nascida-e-encontrada-em-sacola-de-feira-dentro-de-lata-de-lixo-na-zona-sul-de-sao-paulo-27102022> Acesso em: 13 nov. 2022.

Quem encontrou o recém-nascido foi um adolescente que passava na rua e ouviu um choro que vinha próximo do cesto do lixo fixo a um poste. Se aproximou do lixo e viu um bebê envolto em um coberto dentro da sacola de feira.

Imediatamente acionou a PM, que encaminhou o recém-nascido ao Hospital do M'Boi Mirim, que após atendimento foi encaminhada para o Conselho Tutelar.

(vii) Fonte: G1 Vale de Minas Gerais Inter TV – Publicada em 14 de setembro de 2022, por Fran Ribeiro. **“Recém-nascida é encontrada ainda com cordão umbilical em caixa de papelão em Ipatinga”**³⁸¹. (destaque nosso)

A recém-nascida foi encontrada por um catador de materiais recicláveis, que percebeu que dentro de uma caixa de papelão tinha um bebê e que estava enrolado em uma sacola preta, ainda com o cordão umbilical e placenta.

Segundo o catador de recicláveis ao perceber que se tratava de uma criança saiu pela rua pedindo socorro as pessoas, que envolveram em um lençol até a chegada do SAMU.

Uma estudante que ajudou no resgate, contou como foi:

O senhor que mexe com reciclagem começou a gritar, moça, moça vem cá, tem uma criança, tem um bebê aqui, ele estava desesperado, muito desesperado mesmo. E eu fiquei sem acreditar. E quando nós chegamos, nos deparamos com a cena, a criança estava mexendo o pezinho, e ela estava envolvida em uma sacola de plástico preta, cordão umbilical, tinha acabado de nascer, com certeza, estava a poucas horas ali. Muito triste, lamentável, (G1, 2022, n. paginado).

De acordo com a médica pediatra que atendeu a recém-nascida ela estava desidrata, com glicemia baixa, mas não corria risco de morte.

Na rua onde a recém-nascida foi deixada, havia circuito de segurança, na qual o vídeo mostra que uma pessoa que parecia ser uma mulher carregava uma sacola próximo do local, em outro momento do vídeo a mesma pessoa retorna sem a sacola. O vídeo foi encaminhado a polícia, para investigação.

Apesar do número de reportagens (sete), ser uma amostragem mínima da totalidade dos casos veiculados pela mídias que ocorreram no espaço de tempo delimitado entre os meses de agosto e novembro de 2022, traz a certeza de uma realidade que acontece quase que todos os dias.

³⁸¹ RIBEIRO, Fran. Recém-nascida é encontrada ainda com cordão umbilical em caixa de papelão em Ipatinga. Menina foi encontrada por um catador de materiais recicláveis que, ao perceber que se tratava de uma criança, começou a pedir socorro para as pessoas da rua. **G1 – Vale de Minas Gerais**. Publicado em 14 de setembro de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/2022/09/14/recem-nascida-e-encontrada-ainda-com-o-cordao-umbilical-em-caixa-de-papelao-em-ipatinga.ghtml> Acesso em: 13 nov. 2022.

As narrativas se apresentam em uma similaridade entre os fatos, por se tratar de recém-nascidos com pouco mais de 1 (um) dia de vida, muitos ainda com cordão umbilical, ou até mesmo placenta.

Abandonados em circunstâncias peculiares como dentro de sacolas, caixas de papelão, enroladas em cobertores, e que são determinadas como fato criminoso de abandono de incapaz.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020-2021, ano de publicação -2022, Tabela 35 – p. 194 a 196, seguem os registros criminais de abandono de incapaz (artigo 133 do Código Penal Brasileiro de 1940), segundo as Unidades da Federação do Brasil³⁸². (Vide Anexo 2).

A tabela representa o número total de abandonos ilegais no Brasil entre 2020-2021, daqueles que são registrados por meio das secretárias de segurança de cada Unidade da Federação que perfaz 15.053 (quinze mil e cinquenta e três). (Vide Anexo 2).

Decorre que desta tabela, percebe-se que o maior número de abandono ilegal segue no intervalo de idade de 0-9 (zero a nove) anos de idade, que perfaz 9.835 (nove mil oitocentas e trinta e cinco) crianças, seguindo a definição do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)³⁸³ que criança é a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Vide Anexo 2).

Deste número total de abandono ilegal de 0-9 (zero a nove) anos de idade, a Unidade da Federação que maior taxa apresentou foi Mato Grosso, que aumentou em 17% (dezessete por cento) do último anuário. (Vide Anexo 2).

Segue ainda com a maior taxa de abandono ilegal entre criança de 0-4 (zero a quatro) anos de idade, considerada em 58,4 abandonos a cada 100 (cem) mil habitantes.

Na mesma métrica, com a menor taxa de abandono ilegal, entre todas as Unidade da Federação, se apresenta o Ceará entre 0-9 (zero a nove) anos de idade, e de 10-14 (dez a quatorze) anos de idade em 5º lugar. (Vide Anexo 2).

Contudo, há que se ponderar que os números podem não ser um retrato fiel das Unidades de Federação, haja vista o período da pandemia do COVID-19 favorecer as subnotificações, decorrentes das medidas de isolamento empregadas.

³⁸² Atualmente o Brasil é dividido política e administrativamente em 27 unidades federativas, sendo 26 estados e um distrito federal. Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a área relativa ao polígono representativo das Unidades da Federação foi calculada (em km²) segundo a Projeção Equivalente de Albers, cujos dados constam da Resolução nº 5, de 10 de outubro de 2002. As Unidades Federativas do Brasil são entidades subnacionais autônomas (autogoverno, autolegislação e autoarrecadação) dotadas de governo e constituição próprios que juntas formam a República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://metadados.snirh.gov.br/geonetwork/srv/api/records/5fdd2c95-0280-453d-9e25-c3a291537126> Acesso em: 14 nov. 2022.

³⁸³ Art.2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 14 nov. 2022.

Há que se ponderar também, que muitos casos de abandono ilegal se encontram na esfera da invisibilidade, da miserabilidade, e da cultura minimizada do abandono para aqueles que estão na faixa etária da adolescente, ou seja, entre 12-18 (doze e dezoito) anos seguindo a definição do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)³⁸⁴ que adolescente é a pessoa entre 12 e 18 anos de idade.

O abandono ilegal, está diretamente ligado a quebra do princípio da dignidade da pessoa humana, pois ao deixar em risco pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, que é incapaz de se defender, pode não só resultar em lesão corporal, mas resultar na morte³⁸⁵, ou seja, atentar diretamente contra o bem maior constitucional tutelado que é a vida.

A quebra do princípio também alcança, quando a exposição ou abandono é de recém-nascido, sob fundamento de ocultar a própria desonra³⁸⁶.

Seja no verbos expor, no sentido de colocar em perigo em um ambiente hostil, ou abandonar, no sentido de largar, deixar, desamparar, há que se buscar políticas públicas efetivas capazes de não apenas minimizar, e sim solucionar questões que envolvam abandono, como foi o objetivo do Parto Anônimo do direito francês em sua gênese, como será explanado na próxima seção, mesmo diante da sua incompatibilidade com os preceitos constitucionais brasileiros.

³⁸⁴ Art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 14 nov. 2022.

³⁸⁵ Art. 133 do Código Penal de 1940: Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º - Se resulta a morte. Pena - reclusão, de quatro a doze anos. Aumento de pena: § 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo; II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima; III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 14 nov. 2022.

³⁸⁶ Art. 134 do Código Penal de 1940: Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria. Pena - detenção, de seis meses a dois anos. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - detenção, de um a três anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - detenção, de dois a seis anos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 14 nov. 2022.

SEÇÃO II - Do Parto Anônimo

2.1 Gênese do Parto Anônimo e sua relação com o Brasil

A gênese do instituto do Parto Anônimo, consiste em uma designação recente da antiga expressão galicista do *accouchement sous X* ou nascimento secreto, admitidos na legislação de alguns países como França, a Itália, a Espanha, Luxemburgo e a República Checa, na possibilidade da mulher dar à luz sem a necessidade de revelar sua identidade, nem a do pai da criança, mantendo o anonimato, alcançando o segredo profissional e familiar (SZANIAWSKI, 2019, p. 351).

O instituto do Parto Anônimo, é muito utilizado na França, possuindo efeitos absolutos para o direito do segredo familiar ao permitir a mulher guardar o anonimato das circunstâncias do nascimento da criança, que poderia ser abandonada, ou ter sua vida colocada em risco extremo na prática do aborto e do infanticídio em razão dos motivos que deram causa a gravidez.

Contudo perante a legislação francesa, a criança nascida no anonimato jamais teria o direito de conhecer suas origens, ou seja, não haveria fundamento para a inviolabilidade das informações e dados colocados em sigilo. Atualmente na Europa o referido instituto ainda é utilizado como afirma Szaniawski (2019, p. 356), pois até o próprio Direito francês flexibilizou o conhecimento das origens em determinados casos concretos que se apresentem tendo como base o Parto Discreto – *L'accouchement dans la discrétion*- do Direito Belga.

A relação do instituto do Parto Anônimo no Brasil, surge também como um tema complexo, eivado de controvérsias pelos doutrinadores, por se tratar de um instituto jurídico que protege como direito absoluto o anonimato em detrimento ao direito de conhecer suas origens dos nascidos sob X e entregues à adoção, sendo incompatível a princípio com os ditames do art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, que assegura com absoluta prioridade a efetividade dos direitos à criança (BRASIL, 1988, n. paginado).

Importante sempre evidenciar que criança por definição do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é a pessoa até 12 (doze) anos incompletos, o que inclui o recém-nascido, que tem relação imediata com o instituto do Parto Anônimo.

O instituto do Parto Anônimo, é considerado uma denominação recente para o sistema jurídico brasileiro, sendo comparado com a roda dos expostos ou enjeitados criada pelo Papa Inocêncio III em Roma por volta do ano de 1188, pelos inúmeros recém-nascidos encontrados mortos na beira do rio Tibre, ou por aqueles que eram recolhidos pelas redes dos pescadores,

tendo por objetivo evitar o abandono e o infanticídio por meio do acolhimento nos conventos (SZANIAWSKI, 2019, p. 352).

Porém, o que realmente se enjeitou por parte do legislador e de seus pares é a compreensão do objetivo da roda que era a proteção aos recém-nascidos e as crianças deixadas nas portinholas das Santas Casas de Misericórdia, independentemente do motivo, se justo ou injusto, mas que em sua maioria decorria do preconceito e da opressão da sociedade da época.

Um dos fatores que promoveu a intervenção da Igreja Católica junto a roda, é que as mortes de recém-nascidos e crianças se dava antes mesmo do batismo, considerado pelos cristãos como o único caminho para a salvação.

O ideal de proteção, não fazia a roda girar no sentido horário do acolhimento, mas também girava em sentido anti-horário, quando se deparava com a realidade das Santas Casas, que não tinham estrutura para suportar o número de recém-nascidos e crianças abandonadas, que ainda adoentadas o que quase era uma totalidade, compartilhavam ambientes com adultos infectados com doenças contagiosas e comuns a época (MARCÍLIO, 2010, p.20)³⁸⁷.

É nesse viés que o Parto Anônimo, é introduzido no Brasil, historicamente como uma versão mais moderna da antiga roda dos expostos ou enjeitados, consideradas como pioneiras deste instituto jurídico, disseminado em outros países como Portugal, que nos deixou por herança a roda até meados do ano de 1950 e não o Parto Anônimo, haja vista os fundamentos de ambos não serem os mesmos.

Ademais, quando a roda foi abolida do território brasileiro em meados de 1950, foi substituída pela adoção à brasileira como forma de superar o problema crônico do abandono, principalmente de recém-nascidos, ora ilegal porém costumeiramente na sociedade até os dias atuais.

A adoção à ilegal ou à brasileira, seguia como um meio substituto à roda, que em um primeiro momento buscava declarar um recém-nascido ou uma criança, como filho biológico de terceiro por meio de registro civil, falseando com a verdade dos fatos. E um segundo

³⁸⁷ Marcílio (2010, p.20), ainda se refere aos instalações hospitalares com o termo promiscuidade, por estarem todas as pessoas misturadas independentemente de sua condição de saúde. Segundo a autora papa Inocêncio III (1198-1216) teve especial atuação na assistência institucionalizada à criança abandonada. Um fato parece ter desencadeado sua ação nessa área: em 1203, os pescadores retiraram do rio Tibre, em suas redes, uma grande quantidade de bebês afogados. Inocêncio III ficou tão chocado que destinou o hospital de Santo Espírito in Saxia (ao lado do Vaticano) para receber os expostos e abandonados. Para dirigir o hospital do Santo Espírito, em Roma, o Papa chamou frei Guy de Montpellier. Fora do hospital, em seu longo muro lateral, foi instalada uma “Roda” com um pequeno colchão, para receber os bebês, mesmo em pleno dia, estando rigorosamente vedada a busca de informações sobre quem os havia trazido. Esta foi, seguramente, a primeira Roda de Expostos da cristandade, que serviu de modelo para as que surgiram posteriormente. A capacidade desse hospital era enorme, podendo receber até seiscentas crianças. A instituição, que também atendia a mulheres grávidas e a prostitutas, oferecia asilo a religiosos e nobres, bem como aos leprosos. Tudo em uma situação de grande promiscuidade.

momento, o ato era realizado sem qualquer regulamentação, fundada na denominação de ‘filho de criação’.

Assim sendo, o viés histórico deixado por Portugal da roda dos expostos não é sinônimo do instituto do Parto Anônimo, muito distante de uma forma rudimentar de acolhimento, da desorganização das instituições hospitalares, e distante do viés cristão que a salvação do homem se daria apenas pelo batismo.

O instituto do Parto Anônimo, tinham profundas diferenças não só ordem prática com as portinholas de bebês, mas principalmente de ordem jurídica, haja vista a inexistência de legislação específica para as portinholas, e as divergências das legislações estrangeiras que não comungam com as bases principiológicas dos direitos fundamentais e de personalidade da legislação brasileira, gerando diferentes questionamentos jurídicos.

Fala-se em parto anônimo quando uma mulher, tendo garantia do sigilo de todos os seus dados perante qualquer pessoa, deixa seu filho, imediatamente após o parto ou após um curto “período de reflexão”, na maternidade. (...) O importante, porém, é diferenciar as portinholas de bebês do parto anônimo, uma vez que ambos geram, ao menos em parte, diferentes questionamentos jurídicos. A principal diferença está, sobretudo, no fato de que aquele que cuida de uma criança abandonada no âmbito de seu conhecimento, em regra, não tem a possibilidade de constatar a identidade dos pais. Isso vale independentemente de a criança ter sido encontrada por acaso ou ter-se feito uso da possibilidade de entrega em uma portinhola de bebês. Por sua vez, os responsáveis por instalações nas quais o parto anônimo é praticado são, em princípio, capazes de verificar os dados pessoais da mãe (FERREIRA, 2010, p. 15).

Partindo da premissa que há divergências jurídicas entre as legislações que tratam do Parto Anônimo, como pode o legislador comparar com a roda dos expostos, se raras eram as vezes de saber quem foi a pessoa que colocou o recém-nascido ou a criança na portinhola?

Talvez a resposta para esse questionamento, é a que Szaniavski (2019, p. 463) descreve como “parca cultura jurídica e de reflexão acerca das instituições jurídicas”.

O processo legislativo brasileiro revela o despreparo dos políticos, sua parca cultura jurídica e a falta de interesse na reflexão e no autêntico debate sobre as mais relevantes questões acerca das instituições jurídicas. A simples observação do que ocorre nas sessões comprovam que a maioria dos políticos sequer sabe, exatamente, o que está sendo votado, seguindo normalmente, o voto do relator ou das lideranças dos partidos, sem que tenha havido maiores discussões sobre o tema a ser votado. As assessorias jurídicas dos parlamentares deixam muito a desejar, estando ausente o conhecimento jurídico necessário para orientar políticos nas questões mais complexas e controvertidas. Devido a esses problemas basilares, as leis brasileiras, de um modo geral, apresentam uma estrutura primária e conteúdo incompleto e insuficiente, para regular as diversas categorias jurídicas.

Volta-se portanto as palavras de Mendonça (1985, p. 37), ao uso de um conceito científico e nesse caso também jurídico, pois o conceito só terá significado porque o cientista ao aplicá-lo lhe dá, sendo este cientificamente válido se estiver adequado a uma realidade, haja vista se tornar pertinente a um determinado fenômeno existencial que se quer representar.

Há necessidade, de que o conceito possua uma lógica, para lhe conferir inteligibilidade, caso contrário só irá conferir significados superpostos, confusões e ambiguidades, o que se apresenta no empréstimo de conceito da roda dos expostos ao Parto Anônimo.

Ademais, uma outra questão a ser apontada é a nomenclatura do Parto Anônimo oriunda da tradução do instituto do direito Francês, *Acouxmantsois Sous X*, nascimentos sob X, que na tradução para o português do Brasil, ficou como parto anônimo, diverge em sua essência da roda dos expostos, ao ser concebido e estruturado como legislação interna para proteger a genitora para que a mesma entregue de maneira segura e institucionalizada o recém-nascido.

A proteção é integral a mulher, ou seja, a genitora não de decidir pelo anonimato. Pode-se afirmar que a proteção também se estende, a mulher de não sofrer qualquer tipo de ameaça, coação, lesão a direitos fundamentais e de personalidade, perpetrados muitas vezes pela família em caso de estupro, pelo genitor, pela sua mulher, em caso de adultério, nos casos de prostituição pelo cafetão ou cafetina, nos casos de miserabilidade, e de tantas outras possibilidades em razão do caso concreto.

O Parto Anônimo é uma medida que permite a uma mulher, com 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 assistência médica, social e psicológica antes, durante e após o parto, (PRATA, 2009, p. 124).

O instituto do Parto Anônimo também garantia que a mulher desse à luz com dignidade, com a realização de pré-natal, dentro de uma organização hospitalar, com assistência multidisciplinar dos profissionais da saúde direito ao parto humanizado.

Toda essa proteção de direitos à mulher, irradia e alcança também o atendimento ao recém-nascido, que por meio das consultas do pré-natal e dos exames de rotina, teria a sua qualidade de vida intrauterina avaliada e cuidada, garantindo a melhor condição para o seu nascimento. A incompatibilidade perante a nossa legislação é no direito absoluto do anonimato, que mesmo em casos relevantes como a proteção da vida, da saúde e da qualidade de vida, a identidade da mulher e as condições do parto não pudessem ser conhecidas.

Tem ainda em sua gênese, a desburocratização do processo de adoção, no quesito lapso temporal, haja vista contar com a destituição do poder familiar quase que de imediato, além de obstar atos que possam atentar contra a sua vida do ser concebido, como o aborto clandestino, infanticídio e o abandono ilegal.

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 assegurada o direito ao anonimato e a não formação da relação materno-filial (OLIVEIRA E SILVA, 2007, p.2).

É possível verificar que o parto anônimo poderia ser uma alternativa para garantir a proteção da mulher e do recém-nascidos se tivesse sido observado e admitido pelo legislador os preceitos norteadores da Constituição Federal brasileira de 1988, quanto aos direitos fundamentais e de personalidade, como se evidencia nas palavras de Albuquerque (2008, p. 67):

Há que se compreender o instituto do parto anônimo como a política de proteção à criança abandonada voltado a constituição do direito ao estado de filiação e a convivência familiar solidária e democrática, de modo a realizar o melhor interesse da criança, ou seja, compreender o instituto como um plexo principiológico funcionalizado aos ditames constitucionais e densificando a dignidade da pessoa humana.

Contudo, para efetivar direitos, é necessário instituir políticas públicas preventivas de atendimento, como foi inicialmente a extinta roda no Brasil em 1950³⁸⁸, qual não se pode desconstituir o seu mérito de acolher pela portinhola os bebês e crianças expostas ao abandono.

Porém, não se pode atribuir ao Parto Anônimo as mesmas configurações da roda, até mesmo porque os valores sociais, políticos, culturais e jurídicos são outros, o que permanece é o ideário de uma medida que assegure acima de tudo o direito à vida, mesmo que ainda o preço a ser ‘pago’ pelo julgamento do censo comum seja do abandono.

Para Donizetti (2007, p. 36), o Parto Anônimo visava também além de proteger a dignidade da mulher, de evitar os métodos bárbaros para se livrar do filho indesejado, já que a entrega do recém-nascido se dá logo após o parto, após o acompanhamento da gestação da mãe desde o pré-natal, e no parto assistido, condições que condizem ao preceito do artigo 18 do

³⁸⁸ A roda dos expostos surgiu como iniciativa de proteção e atendimento a criança, como disse Albuquerque (2008, p. 67), “vez que histórias de abandono, desde os mais longínquos tempos, sempre fizeram parte da realidade social mundial. Alguns países europeus resolveram resgatar a utilização do instituto, agora sob a designação de parto anônimo.” Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anaais/64.pdf> Acesso em: 22 jan. 2022.

Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que é o dever que se estende a todos de “velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1990, n. paginado).

O instituto do Parto Anônimo, deveria ser entendido a partir da sua fonte originária sem comparações aleatórias e infundadas, como a exemplo de ser uma forma de legalizar o abandono, distante da concepção da real essência de ser uma entrega segura após a recuperação da mãe na unidade hospitalar ou em instituições especializadas e responsáveis pelos cuidados da saúde, para posteriormente encaminhar o recém-nascido para a adoção.

Contudo, por tratar-se de tema que carece intervenção imediata, devemos agir de forma a criar alternativas que viabilizem a sobrevivência dessas crianças, ainda que se discuta a estrutura inexistente do Estado, a questão da liberdade da mulher, o anonimato, a ausência de previsão legal quanto a participação do genitor na decisão da entrega desse bebê, etc. O primordial é garantir que o movimento se dê no sentido de mudar a realidade social e ajustar as arestas, afastando a negligência praticada em conjunto por todos os que nada fazem em relação ao destino das crianças que poderiam vir a ter esperança através do parto anônimo, inclusive por ser essa sociedade tão responsável quanto os genitores e o Estado, conforme bem acentua a Constituição Federal, (OLIVEIRA E SILVA, 2007, p.15)

O instituto do Parto Anônimo, mesmo sob inúmeras controvérsias da doutrina brasileira, em seu fundamento busca primeiramente proteger a mulher no direito do seu anonimato de modo absoluto, mas segue protegendo o recém-nascido, distante do que prega a visão doutrinária minoritária, de que basta a mulher não se identificar como mãe para “dispor” do recém-nascido, ou ainda de que o sigilo dos dados pessoais da mulher viola o direito de informação do recém-nascido. Não é apenas sobre se identificar ou não como mãe, é conseguir se identificar como mãe por uma gravidez fruto de um estupro, é não conseguir se identificar como mãe por ameaça de terceiros, é lembrar do bilhete entregue em 1º agosto de 1864³⁸⁹:

A uma mãe desolada atendei

Do leito de angústias, curtida de dores Imploro favores para um anjo querido

O pranto que corre, meus olhos escurecem

A mão estremece... Desvaira o sentido

É que faltam as forças à mãe infeliz

³⁸⁹ WEBER, Jéssica Rebeca. Histórias de Abandono. Como funcionava a Roda dos Expostos, onde quase 3 mil crianças foram entregues para a adoção na Santa Casa de Porto Alegre. **GZH Porto Alegre**. Publicado em 14/10/22. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2022/10/como-funcionava-a-rodad-dos-expostos-onde-quase-3-mil-criancas-foram-entregues-para-adocao-na-santa-casa-de-porto-alegre197qlwiv00ka013plw6o6711.html> Acesso em: 16 nov. 2022.

*Não sabe o que diz, soluça e suspira
 Quer escrever, pedir suplicando...
 Mas para chorando, hesita, delira
 Meu Deus, piedade! Guia minha mão...
 Meu Deus, compaixão!
 Preciso escrever...
 Traçar essas linhas, pedindo um Asilo...
 Não sei o estilo pra isso fazer!
 Eu era uma virgem, mui frágil, bem sei
 Protestos escutei... E amor me matou
 Eu era inocente, qual pomba mimosa
 E mão cavilosa o punhal me enterrou
 E agora o que resta desse amor violento!
 Resta o tormento, o opróbrio... A vergonha!
 E esta criança que a vós vos entrego
 Tão fraca... Tão linda... Tão bela e risonha
 Não está batizada, podeis tal fazer
 E mesmo escolher um nome qualquer
 Peço somente, padrinhos, enfim: Domingos Martins e sua mulher
 De novo implorando aqui finalizo
 Se vos penaliza, atendei-me senhores:
 Aceitai o infeliz – o pobre inocente
 Deixai-me demente curtir minhas dores.*

2.2 O Instituto do Parto Anônimo no Direito Comparado

O transcurso histórico de um determinado instituto jurídico, permite que a compreensão que se busca do mesmo, seja mais ampla e contextualizada, da realidade a ser retratada e refletida.

Afinal, por mais que o instituto do Parto Anônimo tenha sua origem atribuída à roda dos expostos e que sua semelhança paire na proteção, a memória histórica daquele não se equivale a memória desta, pois o momento histórico de cada um é distinto.

A Roda dos Expostos, como já apontado anteriormente, tem sua criação no século XII em Roma³⁹⁰, o Parto Anônimo segue em sua criação do século XVI, mais precisamente no ano de 1793 quando regulamentado pela Convenção Nacional da França, que aboliu a regra do direito romano “*mater semper certa est*”.

Se estabelece por meio do instituto do Parto Anônimo, a proteção contra o abandono, infanticídio e o aborto, mas principalmente na proteção absoluta dos dados da mulher no Direito francês e qual recebia atendimento à saúde por meio dos estabelecimentos hospitalares públicos, com capacidade de prestar atendimento e atender as demandas legais do anonimato.

A tradição de proteção do instituto do Parto Anônimo, foi adotado por lei em 1941, no Governo de Vichy³⁹¹, qual foi revogado pelo decretos de 29 de novembro de 1953³⁹², de 7 de janeiro de 1959³⁹³, modificado em 1986, novamente modificado em janeiro de 1993 culminando finalmente em 22 de janeiro de 2002 com a “*Loi n° 2002-93 du janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnnnes adoptées et pupiles de l'Etat (1)*”³⁹⁴ - Lei n° 2002-93 de 22 de janeiro de 2002 relativa ao acesso às origens dos adotados e tutelados do Estado (1). (tradução livre)

A França tem um longa tradição com o instituto do Parto Anônimo, antes mesmo da vigência de tais leis. Fato que decorre do advento da Revolução Francesa que em 1793 disciplinou o acolhimento das mulheres grávidas nas maternidades, preservando a própria gestação e não apenas os seus dados pessoais.

O Estado francês, atua em duas frentes, como gestor de gastos e dos cuidados necessários na garantia da saúde e da vida, da mulher e do ser concebido.

Essa atitude fez com que no povo francês passasse a ideias de ingressar que o poder público regulamentasse o recebimento dessas crianças e tornou-se esse parto como uma categoria jurídica reconhecida pelo direito costumeiro. Porém deve-se a obra da revolução francesa a diminuição do aborto e do infanticídio porque o parto foi reconhecido e regulamentado mediante assistência pública tinham que receber as

³⁹⁰ A chamada Roda dos Expostos teve início em Roma, no século XII, onde o Papa Inocêncio III, preocupado com o número alarmante de crianças rejeitadas, estipulou uma maneira que pudesse salvar a vida dos recém-nascidos. Desse modo, determinou um local onde as crianças pudessem ser deixadas, evitando de serem assassinadas (BRITO; DICKOW, 2009, p.01).

³⁹¹ Regime político instituído na França, pelo Marechal Philippe Pétain, após a assinatura do armistício entre França e Alemanha no contexto da 2ª Guerra Mundial que perdurou até 1944, data da libertação da França das forças alemãs, (KITCHEN, 1993, p.32).

³⁹² França. Décret n°53-1186 du 29 novembre 1953 PUPILLES DE L'ETAT. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000507984> Acesso em: 17 nov. de 2022.

³⁹³ França. Décret n°59-101 du 7 janvier 1959 Modifiant Et Completant Le Code De La Famille Et De L'aide Sociale En Ce Qui Concerne La Protection De L'enfance. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000306925> Acesso em: 17 nov. 2022.

³⁹⁴ França. Loi n° 2002-93 du janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnnnes adoptées et pupiles de l'Etat (1). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000593077> Acesso em: 17 nov. 2022.

parturientes para que tivessem seus “filhos” assistidos por mais ou menos 10 dias ou para refletir se iria assumir a maternidade ou abdicaria para a adoção (SZANIAWSKI, 2019, p.354).

A nomenclatura utilizada para o instituto do Parto Anônimo na França é o ‘*Accouchement Sous X*’, que na sua tradução literal como categoria jurídica é ‘nascimento sob X’, que segundo Szaniawski (2019, p. 354) foi traduzido para o português de Portugal como parto secreto e como parto anônimo no Brasil.

O instituto do Parto Anônimo, originariamente na França, tinha por característica a imposição de um sigilo absoluto, ou seja, a impossibilidade de sob qualquer justificativa de conhecer os seus dados, do genitor e das condições do parto.

Sob a égide da *Loi n° 2002-93 du janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnnnes adoptées et pupiles de l'Etat*³⁹⁵ - não era possível admitir abertura do conhecimento da origem por parte do filho, garantindo a mulher o direito ao segredo absoluto não apenas a sua identidade, mas da identidade do genitor, e das condições do parto.

Com base no sigilo absoluto e na impossibilidade que este gera ao direito do conhecimento da própria origem genética, o que está na contra-mão da legislação brasileira haja vista os direitos não serem absolutos, a nomenclatura utilizada para nominar os projetos de lei no Brasil, também motivou um entendimento errôneo de que o direito da mulher de optar pelo segredo de suas informações, seguiria a mesma diretriz do Direito francês.

A condição de direito absoluto, com o passar do tempo foi sendo questionado no Direito francês sendo que no ano de 2002, foi instituída uma central que coleta dados sobre as pessoas que nasceram sob o “X”. O movimento foi formado por muitos profissionais da área de direitos humanos, por operadores do direito, e por muitos daqueles que nasceram sob a condição do parto “X”, promovendo uma modificação da legislação francesa por meio da Portaria n° 2005-759 de 4 de julho de 2005³⁹⁶, que entrou em vigor em 1° de julho de 2006 no então Código Civil Francês.

A modificação alcançou os termos do artigo 326 do Código Civil Francês, “*Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit*

³⁹⁵ Lei n° 2002-93 de janeiro de 2002 sobre o acesso às origens de pessoas adotadas e tuteladas do Estado – Tradução Nossa. *Loi n° 2002-93 du janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnnnes adoptées et pupiles de l'Etat*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000593077> Acesso em: 17 nov. 2022.

³⁹⁶ République Française. **Légifrance**. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em: https://www.egifrancegouvfr.translate.google.com/translate/article_lc/LEGIARTI000006425119?_x_tr_sl=fr&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 19 nov. 2022.

preserve”³⁹⁷, com a inserção de um direito “condicional” da mãe após o parto solicitar que fosse preservado o sigilo da sua identidade, podendo ser revertido pelos pais biológicos no período estabelecido pela lei, que era de até 3 (três) meses após o nascimento, período este que o recém-nascido não poderá ser encaminhado para a adoção.

Nos casos, em que não ocorra a reversão do sigilo a criança é encaminhada à adoção, contudo remanesce à criança nascida sob a condição do parto “X”, com fundamento no artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950³⁹⁸ na necessidade de se conciliar ambas as proteções do segredo da mulher, mas também do direito do conhecimento das origens, com base no princípio da proporcionalidade, quando alcançar a maioridade civil, ou em condições especiais, por meio do Conselho Nacional de Acesso às Origens (CNAOP)³⁹⁹, ou o Presidente do Conselho Geral⁴⁰⁰.

O acesso de uma pessoa às suas origens não tem efeito sobre o estado civil e a filiação. Não dá origem a nenhum direito ou obrigação em benefício ou às custas de ninguém. Como assinala *Marie-Christine Le Boursicot*, é importante não confundir origem e filiação “A filiação está sob a lei que estabelece as regras, levando em consideração a biologia e a realidade social e emocional; a origem é uma noção de facto, que se baseia no declarativo ... Consequentemente, conhecer a identidade dos próprios pais biológicos, por vezes renovando contatos com eles, o que permitirá a intervenção da CNAOP, não significa estabelecer parentesco, (LE BOURSICOT, 2008, p.78).

Importante elencar que o referido pedido está condicionado ao consentimento genitora, condição que se estende na sua aplicabilidade se falecida e deixado consentimento por escrito e válido⁴⁰¹.

O atendimento multidisciplinar no instituto Parto Anônimo, pode ser verificado pela narrativa da psicóloga Lia Batista, divulgado por meio de um vídeo gravado e postado publicamente em sua rede social do Instagram pelo @liabatista.psy, com mais de 31.622

³⁹⁷ République Française. **Légifrance**. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em: https://www.egifrancegouvfr.translate.google.com/codes/article_lc/LEGIARTI000006425119?_x_tr_sl=fr&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 19 nov. 2022.

³⁹⁸ “Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance”. Tradução livre: “Toda a pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_fra.pdf Acesso em: 19 nov. 2022.

³⁹⁹ République Française. **Conseil national pour l'accès aux origines personnelles**. Disponível em: <https://www.cnaop.gouv.fr/> Acesso em: 19 nov. 2022.

⁴⁰⁰ République Française. **Légifrance**. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em: https://www.egifrancegouvfr.translate.google.com/codes/article_lc/LEGIARTI000006425119?_x_tr_sl=fr&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 19 nov. 2022.

⁴⁰¹ République Française. **Légifrance**. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em: https://www.egifrancegouvfr.translate.google.com/codes/article_lc/LEGIARTI000006425119?_x_tr_sl=fr&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 19 nov. 2022.

visualizações, postado em meados de 2021 com o tema supervisão em psicologia em um abrigo que tinha recepcionado um bebê nascido pelo parto em X. Que segue sua reprodução ao tema:

Hoje eu queria falar sobre um post que eu fiz sobre supervisão. Fazia mais ou mês três anos que eu estava trabalhando aqui na França nesse abrigo da proteção da infância que era responsável por algumas crianças. E aí tinha um bebê que tinha acabado de chegar, era pequenininho e a gente não sabia se a mãe tinha aquele nascimento por X que a gente chama aqui na França, que a mãe tem o direito só de colocar um X na certidão de nascimento ela não precisa dar nenhuma informação sobre ela, de onde ela veio, a nacionalidade dela, nada. O bebê tinha chegado desse jeito. O bebê que chega dessa maneira por X, a mãe, os pais tem até 3 meses para mudarem de ideia, e as auxiliares no abrigo elas ficam esperando que a mãe mude de ideia né e que venha pegar o bebê, porque no entanto é a maternidade que está ali em jogo e ao mesmo tempo quando elas sabem alguma coisa da mãe elas ficam esperando só que passe esses 3 meses porque o bebê só pode ser adotável a partir de 3 meses. Aí tinha esse bebezinho que começou a não querer comer e a médica tentou de todas as maneiras mudou o leite, mudamos o lugar onde ela comia, e nada, então ela teve que ser internada porque ela teve uma quebra da curva de peso muito importante e foi para o hospital ficou alguns dias pegou peso de novo e voltou para o abrigo. E um dia eu não estava trabalhando no abrigo e uma colega psicóloga me liga porque o médico pediatra da menininha que você é responsável que você é referente foi hospitalizada de novo nesse fim de semana e ele precisa falar com você. Eu ia nesse abrigo apenas na quinta e sexta nesse abrigo, e o médico disse que eu precisava ir lá porque eles já tinham feito de tudo ela está com sonda e mesmo assim não abre os olhos e não ganha peso, eu acredito que medicalmente não temos mais o que fazer e que seja mais da sua área. Era sábado quando eu consegui ir lá e a pouco tempo eu tive um bebê deixei meu bebê em casa, e fui lá, estava fazendo inverno estava caindo muita neve, eu não sabia como chegar no hospital, era muito fora de Paris, peguei um ônibus, chego lá ela estava com oxímetro e já tinham tirado boa parte do que estava em volta dela já tinham tirado, mas estava com sonda e olhei pra ela e disse eu não sei mais o que te dizer eu já todas as palavras em torno de um bebê eu não sei quem são seus pais, de como foi que isso aconteceu, essa adoção e que a gente tá aqui querendo que você viva ganhe peso, e a gente possa então começar tomar conta de você. Mas tudo isso já tinha dito pra ela no abrigo, e já tinha tentado falar tudo aquilo que eu já sabia pela minha experiência já em hospital que pudesse ajudar esse bebê e nada adiantava, então eu fui pra casa e liguei para uma pessoa que vocês conhecem bem que é a Marrian Seger, eu tô numa sinuca, eu não sei o que fazer, eu já disse tudo para esse bebê, ela não abre os olhos, mas acho que ela não quer viver. Aí ela disse assim, Lia a mesma maneira que a gente quer e que a gente aposta no bebê para que ele sobreviva, a gente tem que respeitar o que esse bebê também decide, que se ela não quer ficar ela não quer viver ela tem também o direito de partir. Eu fui lá de novo, quando cheguei lá ela com os olhinhos fechados, eu peguei ela e coloquei ela dentro camisetinha que a gente usa no inverno e me encostei numa cadeira de balanço que tinha, e comecei a cantar uma música que eu gosto muito do Azavú, e eu cantei pra ela, a neve caindo eu ainda tendo que voltar pra casa que era super longe e coloquei ela de volta no bercinho e fui embora. No outro dia de manhã eu liguei no hospital para saber notícias dela e a enfermeira disse que o médico queria falar comigo, eu disse pronto “ela se foi”, porque quando ela estava encima do meu peito eu disse a ela que eu gostaria muito que você ficasse, porque eu tenho certeza que vai ter uma família que vai adotar você e você vai conseguir ter uma vida feliz, mas também se não for isso que você quer eu vou ter que aceitar que você não quer viver. E aí quando eu estava falando com o médico de manhã eu pensei ela morreu, eu já fiquei apavorada, e ele me perguntou se foi eu que tinha ido lá ontem no hospital e fez o ganguru? Aqui o canguru, que aqui é chamado de pele sobre pele, eu disse foi, foi. E ele me disse que não sei o que aconteceu, ela abriu os olhos, ela está esperta e hoje de manhã a gente já mediu ela ganhou algumas gramas e se continuar assim ganhando mais gramas ela poderá voltar ao abrigo. Eu fiquei assim sem saber dizer o que tinha acontecido ali, daí eu liguei para a Marrian Seger de novo e contei, e ela me perguntou Lia que música eu tinha cantado, e a música

dizia assim: “eu vim de um país quente, ensolarado e que nesse país não tem pobreza da vida, mesmo sendo um país pobre ele é quente e tem calor humano.” O que eu acho que aconteceu é que você fez uma identificação muito grande porque pois havia rumores de que a mãe dela era argelina, e na Argélia é quente, e isso inconscientemente eu cantei tanto pra ela quanto pra mim, de estar em um país frio e que eu vinha de uma país quente, um país em que não existia esse tipo de pobreza, vocês sabem que esse tipo de ideia meio fantasmática do país de origem a gente tem aquele saudosismo que lá no Brasil é melhor que as pessoas são mais alegres, mas se eu escolhi ficar aqui é porque aqui tem coisas que eu gosto ainda mais, são diferentes. Essa identificação que eu tive com esse bebê fez com que ela se identificasse comigo segundo Marrian, foi esse desejo de vida de mesmo de estar longe do país natal que para ela seria a mãe dela, existia alguém que tinha por ela um desejo de vida.⁴⁰²

Pela narrativa da psicóloga, é possível verificar não só a multidisciplinariedade do instituto do Parto Anônimo atualmente na França, já que ela cita o médico e a enfermeira do hospital, uma outra colega de profissão e a Marrian Serger pessoa de referência no procedimento de supervisão clínica, por ela desenvolvido.

Demonstra também como se dá o procedimento de supervisão clínica, os cuidados para que à vida do recém-nascido seja protegido, a humanização do processo, o não medir esforços para que esse recém-nascido viva, a crença que ela teria uma família sociafativa e que teria uma vida feliz, e a importância da origem, que por meio do canguru da música, intrinsecamente identificou-o às suas origens haja vista os rumores da sua genitora ser Argelina, o que remonta as palavras de Szaniawski (2019, p. 439) quanto a memória pessoal e familiar como direito geral de personalidade do indivíduo, sendo a memória pessoal um direito integrante à identidade pessoal e a memória familiar como identidade familiar da pessoa.

Contudo a maior necessidade que se vislumbra ao procedimento do parto sob X é de conciliar ou ponderar sobre ambos os direitos, que segue pacificado pela Corte Europeia, por entender que o direito de conhecimentos das origens se enquadra no conceito de vida privada, por englobar os aspectos mais importantes da identidade pessoal de cada indivíduo e dos seus progenitores conforme a decisão do caso de Odièvre v. França [GC], nº 42326/98, § 29, ECHR 2003-III, e Mikuli v. Croácia, nº 53176/99, §53, ECHR 2002-I, como se pode verificar na jurisprudência abaixo:

A recorrente, Pascale Odièvre, é uma cidadã francesa, nascida em 1965 e residente em Paris. Ela está desempregada. A sua candidatura diz respeito às regras que regem a confidencialidade do nascimento, que têm impedido impedi-la de obter informações sobre sua família natural. Ela nasceu em 23 de março de 1965 em Paris. Sua mãe pediu que o nascimento fosse mantido em segredo e preencheu um formulário no Departamento de Saúde e Previdência Social renunciando a seus direitos a filha dela.

⁴⁰² Lia Batista é psicóloga e psicanalista, brasileira, residente na França, Paris e supervisora de bebês, incluindo os nascidos sobre parto sob X. Publicação original publicada a 142 semanas. Disponível em: <https://instagram.com/liabatista.psy?igshid=MzRIODBiNWFIZA> Acesso em: 21 maio 2023.

O requerente foi colocado aos cuidados do Children's Welfare and Youth- Serviço de Proteção e registrado como estando sob custódia do Estado. Ela foi posteriormente totalmente adotada pelo Sr. e Sra. Odièvre, cujo sobrenome ela continua a usar. A recorrente consultou o seu processo junto do Children's Welfare Service do departamento de Seine em 1990 e conseguiu obter informações não identificáveis sobre sua família natural. Em 27 de janeiro de 1998, ela solicitou ao tribunal de grande instance de Paris uma ordem “para divulgação de informações confidenciais sobre seu nascimento e permissão para obter cópias de quaisquer documentos, registros públicos ou certidões de nascimento completas”. Ela explicou ao tribunal que soube que seus pais biológicos tiveram um filho em 1963 e dois outros filhos depois de 1965. No entanto, o Children's Welfare Service recusou-se a fornecer-lhe detalhes sobre a identidade de seus irmãos sob a alegação de que isso implicaria uma quebra de confiança. Ela submeteu que tendo descoberto a existência de seus irmãos, seu pedido de divulgação de informações sobre seu nascimento eram bem fundamentadas. Em 2 de fevereiro de 1998, o secretário do tribunal devolveu o processo ao advogado do requerente declarando “... parece que o requerente talvez deva recorrer ao tribunal administrativo para obter, se possível, uma ordem exigindo que as autoridades divulguem as informações, embora tal ordem infringiria, em qualquer caso, a Lei de 8 de janeiro de 1993”. (O estatuto estabelece que um pedido de divulgação de detalhes que identificam a mãe natural é inadmissível se confidencialidade foi acordada no nascimento). Aplicabilidade do Artigo 8. A Corte considerou necessário examinar o caso desde a perspectiva da vida privada, não a vida familiar, uma vez que a pretensão do requerente de ter direito, em nome da verdade biológica, a conhecer sua história pessoal foi baseada em sua incapacidade de obter acesso a informações sobre ela origem e aos dados de identificação relacionados. A Corte reiterou que o artigo 8 protege, entre outros interesses, o direito à liberdade desenvolvimento. Questões de relevância para o desenvolvimento pessoal incluíam detalhes da experiência de uma pessoa identidade como ser humano e o interesse vital protegido pela Convenção em obter informações necessárias para descobrir a verdade sobre aspectos importantes da vida pessoal identidade, como a identidade dos pais. Nascimento e, em particular, as circunstâncias em que em que uma criança nasceu, fazia parte da vida privada da criança e, posteriormente, do adulto garantido pelo artigo 8º da Convenção. Essa disposição era, portanto, aplicável no caso instantâneo. (tradução livre)⁴⁰³

A referida decisão baseia sua fundamentação no art. 8 da Convenção Europeia de 1950, condicionando seu apreço na perspectiva da vida privada, e não na vida familiar, no direito que conhecer a verdade biológica protegendo no caso em tela o direito à liberdade de desenvolvimento da requerente, mas também o anonimato da genitora, contudo o consentimento para ter acesso às informações decorreu da legislação do ano de 2002, ao prever por meio do CNAOP a consulta não havendo violação legal.

Destarte que desde o ano de 2002, muitas tratativas principalmente atinentes a Bioética foram realizadas na França ao Parto Anônimo ao tema do direito das origens, sendo que em 09

⁴⁰³ European Court of Human Rights. **Press release issued by the registrar. Grande Chamber Judgment in the case of Odièvre v. France. 13.2.2003.** *The European Court of Human Rights has delivered at a public hearing today a judgment in the case of Odièvre v. France (application no. 42326/98).* Disponível: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/003-698999-707368.pdf> Acesso em: 19 nov. 2022.

de fevereiro de 2022 por meio da Lei nº 2022-140⁴⁰⁴ houve uma preparação relativa à proteção de crianças que no art. 15 há uma modificação do código de saúde, (CNAOP, 2022, p.4).

A referida lei, determinava que a competência ao CNAOP para organizar um dispositivo específico que quando verificado que a pessoa é nascido sob X que possua uma anomalia genética está será informada os dados necessários para esse conhecimento. Tal dispositivo, a ser desenvolvido irá definir parâmetros e métodos para transmissão de informações bem como a preservação do sigilo ainda em acordo com a lei de 2002 (CNAOP, 2022, p.4).

Há que se observar que a competência do CNAOP é limitada, pois pode apenas tratar dos casos que envolvam filhos únicos adotados, ou aqueles que estão sob a guarda do Estado e nascidos em segredo da identidade dos pais biológicos. No período da pandemia do COVID-19, o número de nascimentos secretos comunicados diminuiu no ano de 2021 em relação aos anos anteriores de 364 partos sob X no ano de 2020 os números foram de 518 partos sob X, já em 2019 os números computam 463 partos sob X, sendo que em 2011 os números computados são de 605 partos sob X comunicados e registrados (CNAOP, 2022, p.4).

Importante elencar também que o direito de conhecimento das origens no Direito francês, não alcança àquelas pessoas que nasceram a partir de uma doação de espermatozoide ou ovócito, ou seja, os casos de Procriação Médica Assistida – MAP⁴⁰⁵ na França equivalente à Reprodução Assistida Heteróloga no Brasil.

Na Alemanha, tanto a roda dos enjeitados quanto o Parto Anônimo não foram institucionalizados, ou seja, não eram reconhecidos pelo governo alemão, porém reconhecidos pela sociedade ao acolher os recém-nascidos por meio da *Babyklappe*, que pode ser entendido em sua tradução livre como ‘aba do bebê’, ‘escotilha do bebê’ ou berçário para bebês abandonados.⁴⁰⁶

Com a *Babyklappe*, a mulher tinha a possibilidade de anonimamente entregar o recém-nascido de modo seguro, a fim de obstar o abandono, que já era algo característico desde o fim da 2ª Guerra Mundial pelo número de órfãos sob tutela do Estado, bem como o número de abortos clandestinos, de infanticídio e de tráfico de criança no mercado negro. A *Babyklappe*,

⁴⁰⁴ République Française. **Rapport d'activité 2021**. CNAOP. Conseil National pour l'accès aux Origines personnelles. Disponível em: https://www.cnaop.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_activite_2021_vf-compressé.pdf Acesso em: 19 nov. 2022.

⁴⁰⁵ République Française. **Légifrance**. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em: https://www.servicepublicfr.translate.goog/particuliers/vosdroits/F3142?_x_tr_sl=fr&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 19 nov. 2022.

⁴⁰⁶ PONS. Hallo Welt. Babyklappe. Dicionário Tradução livre alemão para o português. Disponível em <https://pt.pons.com/tradu%C3%A7%C3%A3o/alem%C3%A3o-portugu%C3%AAs/Babyklappe> Acesso em: 19 nov. 2022.

foi utilizada até meados do ano de 2012 foi formulado projeto de lei que tinha por objetivo ampliar o auxílio a gestante e a proteção aos recém-nascidos, por meio do Parto Confidencial ou Sigiloso⁴⁰⁷.

A Lei de Ampliação da Assistência à Gestante e Regulamentação do Parto Confidencial⁴⁰⁸ entrou em vigor no ano de 2014, em primeiro de maio, com o objetivo de promover todo o apoio à saúde da gestante, por meio do *hotline* 24 horas.

O que é parto confidencial? Nascimento confidencial significa: Você pode dar à luz seu filho de maneira medicamente segura e confidencial. Será aconselhada e acompanhada por um conselheiro vinculado ao dever estatutário de confidencialidade: antes e depois do parto – se assim o desejar. Você revela sua identidade apenas uma vez ao consultor, que registra seus dados pessoais e garante que eles sejam armazenados com segurança. Aos 16 anos, seu filho pode descobrir sua identidade e, portanto, suas origens. **Quem pode reivindicar Nascimento Confidencial?** Qualquer mulher que queira manter sua gravidez em segredo pode escolher o caminho do parto confidencial e, assim, dar à luz de maneira medicamente segura. Seja qual for a sua emergência, pode sempre recorrer a nós se precisar de aconselhamento e ajuda. Também aconselhamos homens, familiares, conhecidos ou amigos gratuitamente e anonimamente, se desejar. **Realmente ninguém saberá quem eu sou?** O conselho é sempre e quantas vezes você desejar anonimamente possível. Apenas no procedimento para o nascimento confidencial você tem que se identificar – uma vez e apenas para o seu conselheiro. Seus dados são bloqueados com segurança e armazenados com proteção especial para que ninguém possa vê-los. Apenas seu pseudônimo será usado durante o restante do processo. Seu verdadeiro nome, portanto, permanece em segredo. A partir dos 16 anos, no mínimo, apenas o seu filho tem o direito de saber de onde vem e pode ver os seus dados pessoais. **Posso ter certeza de que meu segredo não será revelado?** Sim. O seguinte se aplica ao nascimento confidencial: Todos os envolvidos estão sujeitos ao dever estatutário de confidencialidade. Mesmo que deixe os seus dados para o parto confidencial: O envelope com os seus dados (comprovativo de origem) será imediatamente lacrado. Ele não será mais aberto e mantido em um local central. Para a “linha de ajuda para mulheres grávidas carentes – anônimas e seguras”, os dados de telefone e internet são sempre transmitidos de forma criptografada. (continua)

Posso permanecer anônimo depois de 16 anos? Sim. Você pode continuar protegendo sua identidade se houver motivos especiais. Por exemplo, se a sua vida, a sua saúde ou a sua liberdade pessoal estiverem ameaçadas. **O tribunal de família ponderará cuidadosamente os interesses da mãe e da criança em torno do nascimento** (BUNDESMINISTERIUM FÜR FAMILIE, SENIOREN, FRAUEN UND JUGEND/ MINISTÉRIO FEDERAL DA FAMÍLIA, 2022).⁴⁰⁹ (grifo e destaque nosso)

⁴⁰⁷ DEUTSCHLAND. Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt. Avaliação dos efeitos da lei na ampliação do atendimento à gestante e na regulamentação do parto sigiloso. Disponível em: https://www.bmfsfj.de.translate.google.com/bmfsfj/service/publikationen/evaluation-zu-den-auswirkungen-des-gesetzes-zum-ausbau-der-hilfen-fuer-schwangere-und-zur-regelung-der-vertraulichen-geburt-117410?_x_tr_sl=de&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 19 nov. 2022.

⁴⁰⁸ DEUTSCHLAND. Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend. Disponível em: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/117408/70d676e2e2f41d0501a9a83f2cb2f9ef/evaluation-hilfsangebote-vertrauliche-geburt-data.pdf> Acesso em: 19 nov. 2022.

⁴⁰⁹ Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend/ Ministério Federal da Família. Was ist eine vertrauliche Geburt? Tradução Nossa: O que é Parto Confidencial? Disponível em: <https://www.geburt-vertraulich.de/vertrauliche-geburt/> Acesso em: 19 nov. 2022.

Conforme o Ministério Federal da Família da Alemanha, o objetivo da lei também é de manter o sigilo dos dados pessoais da mulher que opte pelo Parto Confidencial, qual é deixado em um envelope lacrado no Hospital, e posteriormente encaminhado ao Ministério da Família, para que se o recém-nascido sob o parto tenha interesse em buscar o conhecimento de sua origem após completar 16 (dezesesseis) anos, seu direito esteja protegido.

É uma boa solução tanto para a mãe quanto para a criança", afirmou a ministra alemã para a Família e as Mulheres, a social-democrata Katarina Barley. "Mãe e filho recebem assistência médica durante o parto e, mais tarde, a criança tem a possibilidade de descobrir de onde veio, (DEUTSCHE WELLE, 2017, n. paginado).

Para garantir que o Parto Confidencial, seja efetivo e eficiente para todos, há descrição dos procedimentos para sua realização como segue⁴¹⁰:

- (i) §26, o procedimento que deverá ser seguido ao momento em que a gestante optar pela confidencialidade do parto;
- (ii) §27, o procedimento relacionado com a aprovação da origem da criança;
- (iii) §28, os centros de atendimento para o Parto Confidencial;
- (iv) §29, meios de realizar a consultoria em instituições de assistência ao parto confidencial domiciliar;
- (v) §30, consultoria após o parto mediante nascimento da criança;
- (vi) §31, direito da criança ter acesso às informações que comprovem suas origens;
- (vii) §32, o processo no direito de família;
- (viii) §33, quanto a obrigação de fornecer documentos e relatórios;
- (ix) §34, quanto ao financiamento dos custos.

Percebe-se que o cuidado maior ao criar a Lei do Parto Confidencial, é de garantir a proteção tanto ao direito ao anonimato da mulher quanto ao direito do recém-nascido em tempo oportuno de conhecer suas origens, bem distante da concepção. Deste modo, em caso de colisão desses direitos, o Tribunal da Família irá ponderar os interesses de ambos os titulares dos direitos.

⁴¹⁰ DEUTSCHLAND. Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend. Disponível em: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/117408/70d676e2e2f41d0501a9a83f2cb2f9ef/evaluation-hilfsangebote-vertrauliche-geburt-data.pdf> Acesso em: 19 nov. 2022.

A ponderação aplicada nos casos concretos é a da Teoria da Ponderação de Robert Alexy, já citada anteriormente no item Colisão de Direitos Fundamentais, ora aceita majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

No ano de 2014 objetivando amparar mulheres grávidas que se encontrem em vulnerabilidade, e que possam vir usar de meios como o aborto para solucionar uma gravidez indesejada ou não planejada, a Alemanha aprovou a lei do Parto Confidencial – BGBL nº53 de 09 de março de 2013 - (*Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt*)⁴¹¹, que permite atendimento e acompanhamento desde o pré-natal até o parto sem revelar a identidade da mulher, e posterior encaminhamento do recém-nascido para a adoção, por meio de uma linha telefônica disponível 24 horas por dia, que também podem ser feitos online através dos sites www.geburt-vertraulich.de e www.schwanger-und-vielen-fragen.de com aconselhamentos para que opte pelo parto confidencial e não por outros meios que coloquem em risco à vida de ambos (BMFSFJ, 2017, n. paginado).

A lei do Parto Confidencial, busca proteger as mulheres que desejam manter suas informações e dados em segredo, porém garantindo as crianças o direito de conhecer sua origem a partir dos 16 anos de idade, por entendê-lo como direito fundamental que deve ser protegido pelo Estado alemão.

O direito de conhecimento da origem deve ser reconhecido por meio de decisão judicial, e assim fundamentar a sua prevalência sobre o direito da mãe, novamente por meio da Teoria da Ponderação de Robert Alexy.

Na Alemanha desde 1976 se inserem importantes discussões ao tema do aborto e da adoção, sob o lema “entregar ao invés de abortar”, o que fundamenta a Lei do Parto Confidencial, para diminuir os casos de aborto que desde o ano de 2014 quando da promulgação da mesma até o ano de 2020, foram cerca de 99 mil casos. Segundo os dados de março de 2023 este contabiliza o maior número de abortos em 106 mil e 800 casos, pelo *Destatis Statistisches Bundesamt* - Departamento Federal de Estatística da Alemanha (DESTATIS, 2023, n. paginado).

Apesar dos dados revelarem um alto índice de abortos mesmo após a promulgação da lei, a pouca redução dos números são considerados um avanço já que ambos os temas são considerados tabus sociais em pleno século XXI, o que permite concluir a necessidade de

⁴¹¹ *Bundesanzeiger Verlag. Bundesgesetzblatt-Archiv der von 1949 bis 2022 erschienenen Ausgaben.* Disponível em: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBL&jumpTo=bgbl113s3458.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl113s3458.pdf%27%5D_1682965032655 Acesso em: 19 nov. 2022.

estudar tais temas em sua conexão por envolverem não apenas a Sociedade, mas a Família e o Estado, na proteção ao Direitos de Personalidade, e a necessidade de um estudo transdisciplinar entre as ciências humanas, sociais e jurídicas.

Na Itália, também persiste a aceitação do *‘Parto in Anonimato’* em sua tradução, Parto em Anonimato, mais conhecido como *‘Culla per la Vita’*, ou ‘Berço para toda a vida’, qual está legalizada por meio do art. 30, §2º do Estatuto Civil⁴¹².

*2. Ai fini della formazione dell'atto di nascita, la dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile è corredata da una attestazione di avvenuta nascita contenente le generaità della puepera, nonché le indicazioni del comune, ospedale, casa di cura o altro luogo ove è avvenuta la nascita, del giorno e dell'ora della nascita e del sesso del bambino*⁴¹³.

2. Para efeitos de preparação da certidão de nascimento, a declaração feita ao sindaco (oficial do registro civil) é acompanhada de uma certidão de nascimento contendo o nome do filho, bem como as indicações do município, hospital, lar de idosos ou outro local onde, quando o nascimento ocorreu, o dia e a hora do nascimento e o sexo da criança (tradução livre).

Por meio da leitura do referido artigo e seu parágrafo, é possível verificar a ausência da obrigatoriedade de declarar o nome da genitora, como é as demais informações citadas como o nome do filho, local de nascimento, dia, hora e sexo, concedendo a mulher o direito de decidir ao anonimato, ou seja, o não reconhecimento da maternidade, não permitindo ser nomeada como mãe (PADOLECCHIA, 2015, n. paginado). O documento para a certidão de nascimento é feito por um procurador especial (sindaco), pelo médico, ou até pela parteira que prestarão assistência no momento do parto, conforme artigo 30, parágrafo 1º do Estatuto Civil.

O Parto em Anonimato, tinha por objetivo principal obstar a prática de abandono de recém-nascidos muito comum na Itália, mais especificamente em Nápoles, desde o ano de 1316 com a roda dos enjeitados, (PADOLECCHIA, 2015, n. paginado).

Nas palavras de Ignacio Pizzaro de Moraes Sarmento (1846, p.82) na sua obra “O Enjeitado” este descreve a realidade sobre o abandono em Nápoles:

As crianças abrigadas nessas instituições recebiam instrução e preparo profissional, habitando-as a viver com dignidade a vida adulta. Os mais saudáveis eram destinados ao serviço militar. A história revela que “O hospício de Nápoles – l’Albergo dei

⁴¹² Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana. Decreto do Presidente de 03 de novembro de 2000, nº 392. Regulamento e revisão simplificada do registro civil. Disponível em: <https://www-gazzettaufficiale.it.translate.goog/eli/id/2000/12/30/000G0442/sg? x tr sl=it& x tr tl=pt& x tr hl=pt-BR& x tr pto=sc> Acesso em: 19 nov. 2022.

⁴¹³ Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana. Decreto do Presidente de 03 de novembro de 2000, nº 392. Artigo 30, nº2. Regulamento e revisão simplificada do registro civil. Artigo 30, nº2. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20001230_303_SO_223.pdf Acesso em: 19 nov. 2022.

Poveri – presta cuidados [...] aos órfãos e aos enjeitados, que ali aprendem a ler, escrever, princípios de aritmética, desenho e música; tendo, além disso, várias oficinas, em que contam uma manufatura* (*oficina de artesanato) de coral, uma imprensa e uma fundição de tipos. Os moços robustos são destinados aos serviços das armas; aqueles que, todavia se distinguem, obtêm escusa do serviço militar, nem por isso deixam de ficar sujeitos ao regime da casa, cuja guarda lhes é confiada. Todos os dias [...] fazem exercício nos pátios, ao som de músicas guerreiras.”

Bem distante dessa realidade narrada na obra ‘O Enjeitado’, o Parto em Anonimato, buscava garantir, os direitos fundamentais de personalidade ora inerentes a toda pessoa natural com base na dignidade e na qualidade de vida, que o autor cita no trecho ‘viver com dignidade a vida adulta’.

A dignidade, segundo a Lei nº 2.001 nº 149, art. 24, §7º, não era um direito pleno, pois se a pessoa adotada e nascida sob o parto em anonimato não tivesse sido reconhecida por sua genitora, ora ‘mãe natural’, não lhe seria permitido o acesso as informações em sigilo condição estabelecida no art.28 da mesma lei. Ou seja, o direito não era absoluto nem para a mulher ao anonimato, tão pouco ao nascido em anonimato de conhecer sua origem.

A Itália também legisla o sigilo de informações e o acesso às origens daquele nascido no anonimato na sua Lei de Adoção, que de acordo com art. 177, §2º, vedava até 2013, qualquer disposição de dados, e ainda grava prazo de 100 (cem) anos para a quebra do sigilo.

O prazo estipulado em lei, foi majoritariamente criticado pela doutrina, haja vista, o processo vital humano, em suas raras exceções de expectativa de vida chegar a 100 (cem) anos de idade, quem dirá mais de 100 (cem), o que certamente obstaria o exercício de tal direito, somado a morosidade do sistema.

Por essa razão, no ano de 2013 foi possível permitir aos juízes que por meio de um pedido formulado pelo nascido sob o regime de anonimato o apreço aos fatos e a consideração de que a genitora fosse questionada quanto a revogação ou não do sigilo.

Tal entendimento, precedeu de decisão pela *Corte Costituzionale*, na sentença nº 278/2013, como segue:

Corte costituzionale - sent. n. 278/2013: accesso dell'adottato alle informazioni sull'identità della madre biologica 18 novembre 2013. (...) Nel giudizio di legittimità costituzionale di una disposizione della legge sulle adozioni, la Corte ha sancito l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 28, co. 7, della l. n. 184/1983, nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica. La disciplina è quindi censurabile per la sua eccessiva rigidità. Secondo la Corte è evidente che l'apparente, quanto significativa, genericità, o elasticità, della formula «opportune cautele» sconta l'ovvia difficoltà di determinare con esattezza astratte regole dirette a soddisfare esigenze di segretezza variabili in ragione delle singole situazioni concrete. Altrettanto meritevole di tutela è la garanzia del diritto alla salute del figlio,

*anche in relazione alle più moderne tecniche diagnostiche basate su ricerche di tipo genetico. Il vulnus è, dunque, rappresentato dalla irreversibilità del segreto. La quale, risultando, per le ragioni anzidette, in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., deve conseguentemente essere rimossa.*⁴¹⁴

Por meio do acordo citado, é possível verificar que o legislador aponta não só para a dificuldade de determinar com precisão o direito que deve prevalecer, como o mais valoroso no caso concreto, mas o excesso de rigidez da norma, qual adjetiva como censurável, e que diante das variáveis individuais, o direito da criança à saúde é merecedora de proteção.

Ainda fundamenta que as técnicas de diagnóstico baseadas em pesquisas genéticas são modernas e que ambos os direitos podem ser ponderados e protegidos.

As condições e procedimentos já citados no art. 28 da Lei nº 2.001 nº 149, faz jus na análise dos fatos do caso concreto, pelo vértice também da ponderação.

È doveroso richiamare il pronunciamento della Corte Cost., sentenza n. 278/2013 (di recepimento della giurisprudenza in materia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Corte Edu Godelli c. Italia, 25 settembre 2012), con riferimento al diritto all'anonimato della madre e quello del diritto del figlio a conoscere le proprie origini, ai fini della tutela dei suoi diritti fondamentali; ebbe a dire, la Corte Cost., che si tratta di questioni che coinvolgono «valori costituzionali di primario rilievo e vedono i rispettivi modi di concretizzazione reciprocamente implicati; al punto che – come è evidente – l'ambito della tutela del diritto all'anonimato della madre non può non condizionare, in concreto, il soddisfacimento della contrapposta aspirazione del figlio alla conoscenza delle proprie origini, e viceversa». Una richiesta che appare comprensibile, nel contesto valoriale degli elementi che coinvolgono i rapporti e le relazioni umane, rilevando che, il quadro normativo e gli decisioni giurisprudenziali, rimettono la decisione all'Autorità giudiziaria ordinaria, dimostrano un bilanciamento – caso per caso – tra la vita privata del bambino e poi dell'adulto e il suo diritto all'anonimato in relazione ad una circostanza (l'adozione) risalente al momento della sua nascita (e alla dichiarazione della madre). Il diritto all'accesso ai documenti e alle informazioni sull'identità del proprio figlio, per la madre biologica, resta pertanto subordinato alla decisione esclusiva del giudice ordinario: una ponderazione di diritti della madre e del figlio, quello fondamentale alla vita (nel

⁴¹⁴ Corte costituzionale - sent. n. 278/2013: accesso dell'adottato alle informazioni sull'identità della madre biologica 18 novembre 2013. Tribunal Constitucional - sentença não. 278/2013: acesso do adotado à informação sobre a identidade da mãe biológica 18 de novembro de 2013. (...) No julgamento da legitimidade constitucional de uma disposição da lei de adoções, o Tribunal sancionou a ilegitimidade constitucional parcial de a artigo. 28, com. 7, da lei não. 184/1983, na parte em que exclui a possibilidade de autorizar o adotado a ter acesso a informações sobre procedência sem ter verificado previamente a persistência do desejo de não ser nomeado pela mãe biológica. A disciplina é, portanto, censurável por sua excessiva rigidez. Segundo a Corte, é evidente que a aparente, embora significativa, generalidade ou elasticidade da fórmula "precauções oportunas" sofre da óbvia dificuldade de determinar com precisão regras abstratas destinadas a satisfazer necessidades variáveis de sigilo com base em situações concretas individuais. Igualmente merecedora de proteção é a garantia do direito da criança à saúde, inclusive no que se refere às mais modernas técnicas de diagnóstico baseadas em pesquisas genéticas. A vulnerabilidade é, portanto, representada pela irreversibilidade do segredo. O que, resultando, pelas razões acima expostas, em contraste com os artigos 2º e 3º da Constituição, devem consequentemente ser afastados. Tradução da página. Disponível em: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-costituzionale-sent.-n.-278-2013-accesso-dell-adottato-alle-informazioni-sull-identita-della-madre-biologica> Acesso em: 19 nov. 2022.

O princípio 13, publicado em 1989 fixou que a identidade do doador de gametas em Reprodução Assistida Heteróloga, deve ser mantida em segredo pelos profissionais de saúde, tendo estes contra si o dever de manter sigilo das informações dos doadores.

Contudo, quando o interesse maior for a saúde da criança, ou para fins de aconselhamento genético médico, as informações antes sigilosas poderão ser fornecidas.

Principle 13

1. *The physician and the staff of the establishment using the techniques of artificial procreation shall maintain the anonymity of the donor and, subject to the requirements of the national law in legal proceedings, shall keep secret the identity of the members of the couple as well as the fact of artificial procreation. Where it is necessary in the interests of the child's health or for the purpose of genetic counselling, information on the genetic characteristics of the donor can be given.*

2. *However, national law may provide that the child, at an appropriate age, may have access to information relating to the manner of his or her conception or even to the identity of the donor.*

V. Determination of maternity and paternity, (CAHBI, 1989, n. paginado).

Isso decorre da possibilidade de que o sofrimento causado por muitas doenças possam ser não só minimizados mas até curados, em razão do próprio desenvolvimento da tecnologia aplicada a saúde por meio da Biotecnologia.

Por essa razão, o direito ao sigilo das informações não deve ser absoluto em questões que envolvam a manutenção do direito à vida, que depende da concretização do direito à saúde.

Verifica-se que o princípio 13, além de fundamentar o Parto Discreto, também utiliza da ponderação entre o direito ao sigilo das informações do doador de gametas e o direito de conhecer sua origem genética, ao fundamentar que o interesse à saúde deve ser qualificado como uma necessidade superior do ser humano (SZANIAWSKI, 2019, p. 460).

Portanto, o direito ao sigilo das informações do doador de gametas, deve ceder ao direito à saúde, o que mais tarde conforme Szaniawski (2019, p. 460), foi estendido também aos filhos por meio da adoção.

As questões que envolvem o Parto Discreto, sempre são alvos de importante reflexão social, política e econômica na Bélgica. Em 2017 o orçamento público a ser liberado para exercício do ano de 2018, contava com cerca de 300.000 euros, objetivando principalmente a criação de um centro de parentesco, uma base de dados de DNA, abertas aos doadores de gametas (espermas e ovócitos) para poder optar pelo anonimato ou não desde o momento da

doação do seu material genético, bem como melhorias sobre a legislação à discrição (SÉNAT DE BELGIQUE, 2022, n. paginado)⁴¹⁹.

Ao contemplar alguns dos países europeus quais tiveram inicialmente a roda dos expostos nesse recorte entendida como política de proteção aos desvalidos, e não apenas de uma política higienista, os institutos jurídicos seja do Parto Anônimo, Parto Discreto, Parto Secreto ou Parto sob Anonimato, requerem seu estudo e análise de modo independente e distantes de serem entendidos como sinônimos, ainda mais com a roda dos expostos e/ou enjeitados.

Cada qual desses instituto, tem um objeto de proteção e tem sua gênese de acordo com a sociedade da época buscando amparar as mazelas já existentes e que se perpetuam ao longo dos séculos, e que contribuíram para a consolidação da dignidade da pessoa humana, de direitos inerentes também a mulher e as crianças e aos adolescentes.

Direitos estes que não são absolutos, em razão dos diversos contextos sociais que permeiam as narrativas de pertencimento de cada indivíduo, que podem em um determinado momento entrar em rota de colisão, e que precisam ser sopesados e ponderados, para então atribuir a um ou outro a qualidade do seu direito ser mais valoroso.

Contudo, o uso de institutos jurídicos oriundos de outras Nações, seja por meio de nomenclaturas, conceitos, traduções, mesmo àqueles que também possuem uma constituição democrática como o Brasil, desprovido de estudo aprofundado, não pode ser tornar regra para aquele que legisla sob pena de perpetuar tabus e causar um retrocesso social e jurídico. Ademais, por mais que o fundamento dos institutos já citados de proteção seja amparar os desvalidos, os abandonados, coibir infanticídios, os abortos, os estupros, os adultérios, as realidades a serem atendidas não são iguais na sua prática.

Nesse viés, Szaniawski (2019, p.460) aponta como exemplo o instituto do Parto Anônimo no Brasil, objeto de três propostas de lei, todas arquivadas, diante de sua incompatibilidade com a legislação vigente, enquanto nomenclatura, conceito, tradução e até ao fundamento simplista do abandono, sem considerar outros fatores que muitas vezes antecedem o abandono, como o estupro (gravidez indesejada), como o aborto ilegal e clandestino, o infanticídio, a ausência de condições financeiras, emocionais, a extrema pobreza, que poderiam ser comprovados por meio de dados e estatísticas de entidades governamentais e não governamentais, conduzindo a um entendimento de que seria um instrumento para legalizar

⁴¹⁹ SÉNAT BELGIQUE: *Question écrite n° 6-1646. À la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique.* Disponível em: https://www.senate.be/www/?Mlval=index_senate&MENUID=54000&LANG=fr Acesso em: 19 nov. 2022.

o abandono e incentivar práticas de ilícitos, e acima de tudo de sonegar ao filho o direito de conhecer as suas origens, resultado este do despreparo dos políticos, da sua parca cultura jurídica e da falta de interesse em refletir sobre questões reais e de extrema relevância social em temas que no século XXI ainda são considerados como tabus.

Isso porque, grande parte se não a maioria das leis tem sua gênese em fatos sociais como por exemplo a Lei Maria da Penha (violência de gênero) a Lei Carolina Dickman (privacidade), a Lei do Racismo (discriminação), a Lei do Uso do Nome Social a Transexuais e Travestis (nome), destinadas a proteger direitos de ordem individual e também coletiva do ser humana e das relações em sociedade.

A admissibilidade de categorias jurídicas como o Parto Anônimo (direito francês) e do Parto Discreto (direito belga), não podem ser entendidos como violadores de direitos tal qual afirmam os pensadores menos avisados assim denominados por Szaniawski (2019, p. 454), tão pouco que atentam contra a dignidade da pessoa humana.

A *prima face* da dignidade da pessoa humana, se concretiza ao harmonizar e limitar a colisão de direitos, em coibir todas as formas de abandono, até mesmo aqueles que podem acontecer dentro do núcleo familiar, bem como a prática do aborto, do infanticídio, do tráfico de recém-nascidos, desde que se institua um mecanismo seguro, compatível com a legislação interna vigente, e que não reproduza erros jurídicos como o uso da nomenclatura do Parto Anônimo com a gênese e o conceito do Parto Discreto, ou erros sociais de que ao permitir a mulher o direito de sigilo de suas informações e das condições do parto e o desejo de não exercer a maternidade, sejam entendidos como a legalização do abandono, ou apenas como um ato de legalizar a paternidade irresponsável, distante de que este possa ser o maior ato de amor.

2.3 O Parto Anônimo e a Entrega Voluntária do filho para Adoção no Brasil

No Brasil além dos erros já apontados por parte dos legisladores, ainda é entendido por alguns operadores do Direito, como sinônimo do instituto da Entrega Voluntária incluída pela Lei nº13.509 de 22 de novembro de 2017 no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) por meio do art. 19-A⁴²⁰, com o objetivo de garantir à gestante ou à mãe que antes ou logo após o parto manifeste a sua vontade de entregar o recém-nascido para adoção, sendo encaminhado à Justiça da Infância e Juventude.

⁴²⁰ Art. 19 da Lei nº13.509//2017: As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude.” (NR). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm Acesso em: 22 nov. 2022.

A mãe que entrega ou pretende entregar seu filho em adoção quase não tem sido objeto de estudo em nosso meio, e muito menos de ações que visem à profilaxia dos danos que a entrega mal elaborada pode causar a mãe que entrega e especialmente à criança, sem mencionar as sequelas sociais de tal omissão. As necessidades da mãe biológica, seus motivos ou circunstâncias, devidas aos aspectos psicológicos ou de outra ordem que influenciaram na entrega do filho em adoção, via de regra, são ignorados, muitas vezes desconhecidos mesmo, pois quase não há quem faça perguntas esclarecedoras. Se a entrega do filho em adoção é o momento a partir do qual tudo começa, entendemos que este é um caminho a ser aberto, merecedor de atenção para que se alcance a compreensão das condições e necessidades dessas mães ignoradas pelo silêncio imposto à questão. (MOTTA, 2007, p. 245).

Contudo, a opção de entregar voluntariamente o filho para adoção e que este seria encaminhado à Justiça da Infância e da Juventude, já se fazia presente por meio do art. 13, § único da Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009⁴²¹, sendo complemento no ano de 2016 pela Lei nº 13.257 de 8 de março⁴²², com a expressão “sem constrangimento”. O constrangimento que a lei se refere, é de que a mulher, gestante, parturiente, não seja vítima de qualquer preconceito, censura, julgamento, ou violência ao decidir pela entrega voluntária.

Entretanto, a Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016, nasce com falhas ao albergar o direito da genitora ou gestante em optar ou não pela entrega do recém-nascidos, mas em não estabelecer as condições e os procedimentos para se realizar.

A relevância das falhas, está diretamente ligada a justificava de sua criação, ora fundamentada no princípio da celeridade, principalmente nos processos que envolviam adoção conjunta de irmãos, e crianças e adolescentes com problemas de saúde.

Contudo, ao determinar que o prazo de permanência estabelecido para os programas de acolhimento de no máximo 2 (dois) anos, poderia ser prorrogado em prol da permanência da criança e/ou adolescente na família natural, os prazos eram extrapolados, o que resultava na morosidade do processo de adoção.

Na tentativa de superar tais falhas, cria-se no ano de 2017, a Lei nº 13.509 de 22 de novembro, que já no art. 1º⁴²³ trata da Entrega Voluntária, da destituição do poder familiar, do acolhimento, do apadrinhamento, da guarda e adoção, para crianças e adolescentes.

⁴²¹ Art. 13 da Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009: parágrafo 1º: As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴²² Art. 13 da Lei nº 13.257 de 8 de março de 2016: parágrafo 1º: As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm#art23 Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴²³ Art. 1º da Lei nº 13.509/2017: Esta Lei altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para dispor sobre entrega voluntária, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças e adolescentes, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-

Com a inclusão do art. 19-A e seus parágrafos, a Entrega Voluntária, ganha um procedimento específico a ser seguido e respeitado.

Mediante a manifestação da mulher pela Entrega Voluntária para adoção, é encaminhada a Vara da Infância e Juventude para ser ouvida na oitiva pela equipe multidisciplinar, que por meio do relatório irá apresenta-la para à autoridade judiciária (BRASIL, 2017, n. paginado).

O principal objetivo da oitiva, é primeiramente conhecer para depois informar a realidade dos fatos que conduziram a mulher a optar pela Entrega Voluntária, bem como o seu estado puerperal, para que por meio do relatório o juiz responsável pela Vara da Infância e Juventude possa determinar o encaminhamento da mesma para atendimento na rede de saúde pública, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, (BRASIL, 2017, n. paginado).

Na sequência, em um prazo não superior a 90 (noventa) dias, o qual pode ser prorrogado mais uma vez sob igual período, a busca pela família extensa ou ampliada (BRASIL, 2017, n. paginado).

A busca pela família extensa ou ampliada, decorre do art. 25, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴²⁴, a fim de preservar os possíveis laços existentes de afetividade⁴²⁵ e afinidade⁴²⁶ da criança com os parentes próximos.

Apesar de ser possível verificar a preservação da proteção integral ao recém-nascido, pela lei quanto a observação do binômio afetividade e afinidade, é possível também questionar a sua efetividade, haja vista o direito se exaurir na convivência da família extensa ou ampliada.

Em razão dessa premissa, questiona-se:

(i) Em todos os casos concretos de Entrega Voluntária, haverá laços de afetividade e afinidade entre o recém-nascido e os parentes próximos, se muitas vezes a família desconhece a gravidez e até mesmo a rejeita?

Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para estender garantias trabalhistas aos adotantes, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para acrescentar nova possibilidade de destituição do poder familiar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113509.htm Acesso em: 22 nov. 2022.

⁴²⁴ Art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 23 nov. 2022.

⁴²⁵ Na afinidade embora inexista tronco ancestral comum, contam-se os graus por analogia com o parentesco consanguíneo. É assim que se diz serem sogro e genro parentes afins de primeiro grau em linha reta; cunhados são afins do segundo grau na linha colateral. (PEREIRA, 2002, p.191).

⁴²⁶ Afetividade se constrói na convivência, na estabilidade das relações paterno-filiais, e não exclusivamente na origem genética. Não basta um exame de DNA, ocorrendo conflito entre a paternidade biológica e socioafetiva, para ser reconhecida a paternidade apenas em razão da origem genética, sem a existência de uma relação afetiva, pois a filiação é mais que um parentesco genético, é um elo afetivo e social, construído no amor, de forma permanente, cotidiana, solidificado no sentimento paterno filial, (CARVALHO, 2009, p.296)

(ii) Em todos os casos concretos de Entrega Voluntária, haverá laços de afetividade e afinidade entre a gestante e os parentes próximos, se muitas vezes a família desconhece a gravidez e até mesmo rejeita?

(iii) E se o desconhecimento e a rejeição da gravidez for motivada pelo próprio genitor?

(iv) Como concretizar esse direito do recém-nascido, se a mulher requereu o direito ao sigilo do nascimento, também garantido por lei?

(v) Busca-se a família extensa ou ampliada, mesmo sem o consentimento da mulher?

Tantos outros questionamentos, podem ser feitos, com base na premissa de que a garantia da convivência familiar está condicionada primeiramente a família natural ou extensa, e diante da negativa ou ausência desta, e por meio de uma interpretação sistêmica, temos a possibilidade de concretizar este direito com a família substituta.

A família substituta, elencada no art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴²⁷, é o meio idôneo, para colocação a criança e/ou adolescente, em um núcleo familiar diversa da família natural ou de origem, objetivando a garantia da convivência familiar e comunitária e seu desenvolvimento integral⁴²⁸.

É considerada medida excepcional, que ocorre apenas sob ordem judicial, nas modalidades da guarda, da tutela e da adoção.

A guarda, está regulada nos arts. 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴²⁹, que incumbe o dever da prestação de assistência material, moral e educacional,

⁴²⁷ Art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴²⁸ Art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴²⁹ Art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor (guardião) o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. § 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. § 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. § 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 28 nov. 2022.

revogável a qualquer tempo, sendo considerada a modalidade menos invasiva pois não ocorre a perda do poder familiar.

Sua terminologia foi incluída no Código Civil de 2002 no art. 1631⁴³⁰, em substituição do termo ‘pátrio poder’ ou *pater potestas*, utilizado pelo Código Civil de 1916 nos arts. 379 a 395⁴³¹, que significava que o poder era absoluto e exercido sem limites pelo pai, marido, e com auxílio eventual da mulher.

O poder familiar, vem conferir autoridade aos pais conjuntamente, sobre a pessoa do filho menor de 18 (dezoito) anos, incapaz e não emancipado (SZANIAWSKI, 2019, p. 319).

A tutela, está regulada nos arts. 36 a 38 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴³², considerada um pouco mais ampla que a guarda, haja vista pressupor a prévia decretação da suspensão e da perda do poder familiar, acarretando o ônus da guarda do menor de 18 (dezoito) anos, ou seja, o dever da prestação de assistência material, moral e educacional determinado no art. 33.

Por fim a adoção, está regulada nos arts. 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), medida mais gravosa por acarretar a destituição do poder familiar dos genitores biológicos, que pode decorrer na Entrega Voluntária da mulher (BRASIL, 1990, n. paginado)

Por consequência o recém-nascido será encaminhado para acolhimento institucional, e mediante a destituição do poder familiar, encaminhado para adoção, até que o processo seja finalizado e este seja colocado em família substituta, (BRASIL, 2017, n. paginado).

⁴³⁰ Art. 1.631 do Código Civil de 2002: Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴³¹ Código Civil de 1916. Capítulo VI Do Pátrio Poder – artigos 379 a 395. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴³² Art. 36 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); A tutela será deferida, nos termos da lei civil, a pessoa de até 18 (dezoito) anos incompletos. Parágrafo único. O deferimento da tutela pressupõe a prévia decretação da perda ou suspensão do poder familiar e implica necessariamente o dever de guarda. Art. 37. O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, deverá, no prazo de 30 (trinta) dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei. Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la. Art. 38. Aplica-se à destituição da tutela o disposto no art. 24. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 28 nov. 2022.

Também em complemento a Entrega Legal do art. 19-A, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sofre o acréscimo do § 9º⁴³³, que vem garantir a gestante ou à mãe, que ao manifestar interesse em entregar seu filho para a adoção, antes ou logo após o parto, remanesce a ela o direito do sigilo sobre o nascimento.

Em meio das construções textuais legais acima apresentadas, o direito brasileiro mais uma vez utiliza erroneamente da nomenclatura do Parto Anônimo como sinônimo de Entrega Voluntária do filho para Adoção, absorvendo a atmosfera do abandono e do sigilo absoluto, entendimento este que não merece ser acolhido.

Justifica-se o não acolhimento, pelas seguintes razões:

(i) O Parto Anônimo, é nomenclatura utilizada mediante um erro de tradução feita do francês, da categoria jurídica do *'Accouchement Sous X'*, ou *'Parto Sob X'* para o português com uma tradução literal como Parto Anônimo;

(ii) A Entrega Voluntária foi inserida no ano de 2009 no ordenamento jurídico brasileiro, sob o direito de sigilo nos atos e processos de adoção, que via de regra pela doutrina e jurisprudência não são direitos absolutos;

(iii) Ademais no ano de 2013 o direito francês, superou o entendimento do anonimato como direito absoluto da mulher, sendo analisadas as circunstância do caso concreto tendo o nascido sob X o direito ao conhecimento de sua origem;

(iv) A Entrega Voluntária, ao ser complementada pelo art. 19-A, §9º da Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017, trata o direito ao sigilo do nascimento como um direito não absoluto, ora condicionado ao art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA);⁴³⁴

(v) O texto do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não só garante mas reafirma o direito do adotado que após completar 18 (dezoito) anos de idade, poderá conhecer sua origem biológica, bem como todas as informações do processo qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, (BRASIL, 1990);

(vi) Por fim, o art. 48, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁴³⁵, também garante o direito de acesso as informações do processo de adoção, pelo

⁴³³ Art. 19-A, Incluído pela Lei nº 13.509/2017: A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude e parágrafo 9º § 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 20 nov. 2022.

⁴³⁴ Os arts. 19-A e 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente em razão de sua importância ao tema serão apresentados em seção própria na sequência desse estudo, sendo aqui apresentado para fortalecer e complementar o processo de cognição do exemplo citado do Caso Klara Castanho.

⁴³⁵ Art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após

adotado antes mesmo de completar 18 (dezoito) anos, em situações específicas, sendo-lhe assegurado orientação e assistência jurídica e psicológica, (BRASIL, 2009, n. paginado).

Deste modo, em termos jurídicos o Parto Anônimo e a Entrega Voluntária, não podem ser utilizados como sinônimos, tão pouco como medida para legalizar o abandono, sob pena de causar danos maiores as partes envolvidas, como a exemplo do Caso Klara Castanho citado anteriormente no Capítulo II – Colisão de Direitos, item 2.3.

O Caso Klara Castanho é atual, relevante, e pertinente ao tema em análise, pois há no mínimo duas discussões jurídicas valorosas ao debate. A primeira na quebra do sigilo ético profissional e da violência contra a sua intimidade, esfera secreta - *geheimisphäre*, a esfera intermediária, que representa a vida privada, na qual o indivíduo permite que alguns outros indivíduos conheçam dos seus segredos, mas ainda segue intocável pela coletividade, (SZANIAWSKI, 2005, p. 63).

A segunda, que tornou o caso polêmico, pela comparação veiculada de que a Entrega Voluntária ora outorgada por Lei, e exercida de pleno direito por Klara Castanho, para a grande maioria da sociedade constitui-se em um ato de abandono, como outrora com a Roda dos Expostos e o próprio Parto Anônimo.

Não se pode confundir o ato de entrega voluntária de um filho para fins de adoção com o abandono. Infelizmente, estas mães, muitas vezes, acabam sendo vítimas de discriminação, de preconceitos, incompreensões, censuras, julgamentos morais e até de exclusão social, (KREUZ, 2012, p. 111).

No caso em tese, a entrega foi deturpada em sua essência, pois a sociedade segue um caminho onde é mais fácil julgar do que acolher a mulher, que mesmo tendo o direito de exercer ou não a maternidade, ora fruto de um estupro, ao entregar o recém-nascido para que fique sob a tutela do Estado, de vítima passa a ser criminosa.

Mas quais são os motivos, ou as razões que promovem o julgar e não o acolher?

Seria caso de desconhecimento da lei, mesmo que não se possa alegar seu desconhecimento?

Em que momento a sociedade entendeu que a Entrega Voluntária é sinônimo de abandono?

Onde está a falha do Estado, já que ele por meio do legislativo que as leis são criadas?

completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art2 Acesso em: 20 nov. 2022.

A falha está na morosidade do Estado de tão somente ano de 2006, ter legislado sobre a Entrega Voluntária, e ter colocado na sua pauta o abandono ilegal?

Qual é a efetiva participação do Estado em dar ampla publicidade a Entrega Voluntária como política pública de proteção às crianças e adolescentes para não ser entendida como abandono ilegal?

Como superar o estigma do abandono em todas as políticas públicas, que tem por objetivo a proteção integral à crianças e adolescentes?

Para tanto, é importante e necessário apontar a face de que a Entrega Voluntária, é associada com a Roda dos Expostos, por alguns doutrinadores, sob o viés de política pública de proteção, e não de legalização do abandono, tão pouco apenas como uma política pública higienista. Nas palavras de Ramos e Cavalli (2021, p. 26) a associação decorre com:

A Lei nº 12.010, que traz importantes alterações no ECA[...] E, após quase dois séculos da implantação da roda dos expostos, a entrega voluntária passa a figurar em meio à normatização vigente no país, agora, em uma perspectiva de direito e vinculada às instituições oficiais do Estado como forma de proteger a criança, evitando-se sua exposição ao abandono, e à genitora, garantindo-lhe o direito de abrir mão do filho com todo o amparo das políticas sociais.

A referida associação apresentada pelos doutrinadores acima citados, poderia ser aceita pelas seguintes razões:

- (i) Em ambas as circunstâncias, não tratam de abandono ilegal, e sim de entrega legal com chancela e tutela do Estado;
- (ii) Em ambas as circunstâncias, o que se busca evitar é a prática do abandono ilegal e a adoção a brasileira (*intuito personae*);
- (iii) Em ambas as circunstâncias as razões de fato que levam a mulher optar pela entrega do recém-nascido podem ter a mesma origem, como a exemplo das parcas condições econômicas, por rejeição do genitor e/ou da família, por violência, por falta de afeto, por ausência de companheiro, gravidez indesejada, problemas de saúde, ou pelo fato de não querer ser mãe.

Porém, há também que se pontuar que a “política de proteção” da Roda dos Expostos era de amparo aos desvalidos, ou seja, aos recém-nascidos.

A mulher, ao deixar o recém-nascido na roda, ficava a própria sorte, sem qualquer amparo e atendimento, e muitas já vivendo em condições desumanas, e suportando na maioria das vezes a retirada não consentida do recém-nascido da sua convivência, haja vista ser mais importante encobrir os adultérios e preservar a honra das famílias.

Em contrapartida, com a Entrega Voluntária, a mulher e o recém-nascido detêm além do atendimento à saúde, o atendimento psicossocial e jurídico, o respeito a autonomia da mulher, ao direito do sigilo, e ao direito do recém-nascido por meio da adoção legal, conviver em uma família e na comunidade, além da possibilidade de conhecer sua origem.

Por essa razão, a associação entre a Roda dos Expostos e a Entrega Voluntária, também não se mostra razoável.

Portanto, diante das várias nuances sociais que se apresentam ao Estado, este deve assumir a responsabilidade de criar políticas públicas adequadas para dizer o direito, ao invés de desconstituir direitos já consolidados, seja por equívoco de nomenclatura ou por falta de conhecimento de seus legisladores, pois a régua que mede um, não poderá medir à todos, cada caso será um caso.

3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Apresentar o Parto Anônimo em sua gênese não é tarefa simples, pois o mesmo foi construído no Brasil, sobre os alicerces de erros de nomenclatura, conceitos, traduções, e ontologia emprestados do Direito francês e também como sinônimo da Roda dos Expostos do Período Colonial.

Por mais que ambos tenham por objetivo inicialmente minimizar e/ou coibir as práticas de abandono, oriundos de uma gravidez indesejada a qual a mulher não queira ou não poderia exercer livremente a maternidade, já que na maioria dos casos eram fruto de adultérios, de estupros, de escravidão sexual, e da extrema pobreza, cada qual em sua gênese como instituto de proteção tem suas especificidades de acordo com a sociedade da época.

Por essa razão, cada um dos institutos desses institutos deve ser estudado e entendido, à luz do tempo e do espaço histórico-social de sua gênese, e distante de situação que possam estigmatizar à mulher como uma criminosa por renunciar o exercício da maternidade, como uma obrigação a ela inerente de ser mãe, a qualquer custo e pena.

A Roda dos Expostos quando utilizada, muitas vezes não era apenas por mulheres, mas também pelos genitores, ou familiares, que renegavam o recém-nascido deitado na roda, raras as vezes com alguma informação da identidade dos genitores ou da origem do recém-nascido, que era acolhido e colocado para a adoção.

Diferentemente do caminho anunciado pelo Parto Anônimo (direito francês) respeitando o período anterior ao ano de 2013 (direito absoluto) e posterior (direito relativo), o do Parto Discreto (direito belga), e do Parto Confidencial (direito italiano) ambos relativos, por ponderar entre o direito ao sigilo da mulher e o direito de conhecimento da origem do recém-nascido, em rota de colisão pelo direito mais valoroso.

Ambos os institutos, devem ser mantidos longe do entendimento do senso comum de que ambos eram e são mecanismos de legalização de abandono e de cancelar a mulher à prática do abandono como um ato de extrema irresponsabilidade, ao decidir pela entrega do recém-nascido a tutela do Estado, sob o fundamento de querer se livrar de um fardo.

O abandono é um fato social presente em todas as sociedades, não é privilégio da sociedade do século XXI, e tanto a Roda dos Expostos como o parto em suas mais diversas nomenclaturas e gêneses devem ser entendidos, cada qual dentro do limite de sua eficácia e eficiência, para salvaguardar direitos da mulher e principalmente à vida dos recém-nascidos, garantindo-lhes o direito de viver em liberdade, com dignidade e com qualidade de vida.

CAPÍTULO II – DA INCOMPATIBILIDADE DO PARTO ANÔNIMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo tem por objetivo, analisar a incompatibilidade alegada ao instituto do Parto Anônimo no Brasil.

Primeiramente a análise decorre dos três projetos de lei apresentados no ano de 2008, o primeiro sob nº 2.747 de autoria do Deputado Eduardo Valverde, o segundo sob nº 2.834 de autoria do Deputado Carlos Gomes Bezerra, e o terceiro sob nº 3.220 de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, nos pontos que convergem e também nos pontos que divergem e que se mostraram insuficientes ao fim à que se destinavam ponderar o direito de ao sigilo das informações da mulher e da condição do parto com o direito daquele que nasceu sob o sigilo de conhecer sua própria origem genética e familiar. Embora as iniciativas aos três projetos intitulados de Lei do Parto Anônimo com base no direito francês anterior ao ano de 2013, apresentou-se em textos desconexos da realidade brasileira e sem fundamentos científicos seja por meio de dados de fonte fidedignas que superassem apenas o abandono como causa principal para a criação de uma política pública de proteção à mulher e à criança.

A incompatibilidade, se faz presente na afronta aos direitos estabelecidos pela Convenção dos Direitos das Crianças ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente promulgado pela Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (ECA), como lei específica de proteção integral àqueles indivíduos com idade não superior a 18 (dezoito) anos, gozando de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições dignas, fundamentos apresentados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Contudo, também se faz especial analisar o art.19-A incluído no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) por meio da Lei nº 13.509 de julho de 2017, que ao conceder o direito à gestante ou à mãe de manifestar seu interesse em entregar seu filho para adoção (Entrega Legal), antes ou logo após o parto, sendo encaminhada à Justiça da Infância e Juventude, não pode ser mais uma vez erroneamente entendido como Parto Anônimo. Portanto, analisar as incompatibilidades e os incessantes erros quanto a existência do Parto Anônimo no Brasil, imprime relevância jurídica e social ao tema, para que sejam superados e não mais repetidos.

SEÇÃO I - Uma análise dos Projetos de Lei

1.1 Projeto de Lei nº 2.747/2008

O primeiro Projeto de Lei para instituir o Parto Anônimo no Brasil, foi o de nº 2.747 de 11 de fevereiro de 2008, proposto pelo Deputado Eduardo Valverde.⁴³⁶

De acordo com a ementa do referido projeto de lei, tinha por objetivo ora descrito no seu art.1º, criar mecanismos para coibir e prevenir o abandono materno de crianças recém-nascidas.

O projeto em sua justificação, vincula-se ao abandono trágico de crianças no Brasil em valas, esgotos, lixões, portas de casas de desconhecidos e em calçadas, atos estes constantes e que em sua maioria está ligado a questões socioeconômicas, e que por muitas vezes ocasionam a morte, (BRASIL, 2008, p.3).

Evidencia que a Lei referente ao parto anônimo, protege as mulheres angustiadas, desesperadas com uma gravidez indesejada, que cometem o aborto, podendo matar não só a própria criança, mas também a si mesmo, pela ingestão de medicamentos, e por realizar tal procedimento em clínicas clandestinas, assim como o infanticídio, (BRASIL, 2008, p. 3).

O escopo para a realização do parto anônimo seria o de dar celeridade ao processo de adoção da criança, para que a mesma não fique em abrigos por anos, a espera de uma família, já que o processo é por demais demorado, (BRASIL, 2008, p. 3).

A justificação ainda segue no referido projeto de lei, evidenciando que o instituto do parto anônimo já era praticado na Idade Média, através da roda dos expostos e utilizado em alguns países desenvolvidos, a exemplo da Alemanha, Japão e França, garantido o direito ao anonimato da mãe que viesse a entregar seu filho para a adoção, (BRASIL, 2008, p. 3).

Afirma ainda que o instituto do parto anônimo, permite a mulher que não pode ou não quer o filho seja atendida de forma gratuita no hospital, durante a gravidez, sem ter que fornecer seu nome e seus dados verdadeiros. Ademais, a mesma forneceria, um nome fictício, e a criança sem identidade até a data da adoção por uma família.

O processo de adoção se dá pela renúncia do poder familiar da mulher, sem possibilidade de arrependimento, mediante o seu consentimento num certo período após o parto, para que não decida sob influência do estado puerperal.

⁴³⁶ BRASIL, **Projeto de Lei nº 2.747**, de 11 de fevereiro de 2008. Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Brasília: Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=882740&filename Acesso em: 30 jan. 2023.

Por fim, indica alguns países em que o parto anônimo é permitido, como uma justificção de se implantar também no Brasil.

Superados os pontos apresentados pela justificção é importante observar o que os artigos do projeto de lei, buscam determinar em direitos e deveres do parto anônimo, para que se possa tecer considerações a ambos, porém mediante fundamentação legal.

O Projeto de Lei, apresenta um perfil inclusivo, ao determinar no seu artigo 2º, que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, idade e religião tendo assegurado todas as condições para a realização do parto anônimo, e seguindo no parágrafo único, que o seu atendimento, seria realizado pelas unidades gestoras do Sistema Único de Saúde e também pelas instancias do sistema educacional, informando e orientando-as.

Desta forma o Sistema Único de Saúde (SUS), iria garantir que todas mulheres que não desejassem exercer a maternidade, que antes mesmo do nascimento da criança, declarasse sua vontade sem ser identificada, sem qualquer prejuízo a realização do pré-natal e do parto e do acompanhamento psicológico, conforme arts. 3º, 4º e artigo 6º, § único.

A mulher, poderia demandar o sigilo de sua identidade antes ou no momento do parto, segundo o art. 6º, sendo informada das consequências jurídicas e da importância do conhecimento da origem genética e histórica das pessoas, condição está reiterada no art. 7º.

No mesmo viés das informações, a mulher seria informada da possibilidade de fornece-las quanto a sua saúde ou a do pai, das origens da criança e da circunstâncias do seu nascimento, conforme o art.8º, quais poderiam ser reveladas pelo hospital, sob as hipóteses constantes no art.11º, quais sejam apenas por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho, condição está que Szaniawski (2019, p. 444), se aproxima da figura do instituto do Parto Discreto (direito belga), categoria que se harmoniza melhor com a legislação brasileira que será estudada na Parte IV.

Desta feita, ao realizar o parto em anonimato no hospital, a criança será levada à adoção após oito semanas da data do seu nascimento, período em que a mãe ou parentes ainda poderão reivindicá-la, conforme art.9º, e seu § único.

Em razão das formalidades que ensejam o encaminhamento do processo de adoção, ao art. 10, determina que esta é de responsabilidade dos médicos, enfermeiros e do hospital na figura do seu diretor, que acolheram a criança abandonada, ficando a parturiente isenta de qualquer responsabilidade civil ou criminal em relação ao filho.

Ao que pese, apresentados o texto da justificção e os artigos que compõem o texto do projeto de lei, há que separar dois pontos para análise, (i) o primeiro em razão das divergências

entre o texto da justificação e dos artigos, (ii) o segundo razão dos pontos de constitucionalidade dos artigos de lei.

(i) Em razão das divergências entre o texto da justificação e dos artigos:

O texto apresentado como justificação para a projeto de lei, usa a nomenclatura parto anônimo como uma reedição da roda dos expostos, como instituto já admitidos em países desenvolvimento como Alemanha, Japão e França, para assim ser admitido no Brasil.

O parto anônimo já era praticado na Idade Média, através da roda dos expostos e que, em alguns países desenvolvidos, como Alemanha, Japão e França, estão reeditando essa prática e aprovando legislação que garanta o anonimato das mães que querem entregar seus filhos para a adoção, (BRASIL, 2008, p. 3).

Contudo, há um erro enquanto utilizar-se da nomenclatura do instituto do parto anônimo para a Alemanha, primeiramente porque na Alemanha no ano de 2000 o instituto vigente era o Nascimento Anônimo, tendo por nomenclatura correta no idioma alemão de *Anonyme Geburt*, no qual é possível a mulher ir dar à luz a uma criança em um hospital anonimamente, ou seja, sem tenha que dar seu nome. Após o nascimento anônimo, o recém-nascido fica sob custódia prévia da agência de bem estar infantil e juvenil, e encaminhada após o prazo de 6 (seis) meses para os pais adotivos caso não haja o arrependimento da mãe para revogar a liberação para à adoção (ÁUSTRIA, 2023, n. paginado).⁴³⁷

O *Babyklappe*, ou escotilha do bebê ou ainda ninho do bebê, era um dispositivo para entregar crianças nascidas em outras condições a uma instituição, as quais tem atendimento médico de imediato seguindo as mesmas condições de custódia e prazo para adoção, o que não se aproxima tão pouco equivale ao instituto do parto anônimo (ÁUSTRIA, 2023, n. paginado).⁴³⁸ Ambos os institutos, também são utilizados na Áustria desde o ano de 2001.

No Japão há mais de 15 (quinze) anos já se utilizava a nomenclatura *Akachan Post* ou também chamado de *Konotori no Yurikago* (berço das cegonhas), o que demonstra mais um erro do legislador, ao afirmar que ambos os países já tinham instituído o parto anônimo, tão pouco como uma reedição da roda dos expostos conforme trecho que segue do Projeto de Lei⁴³⁹:

⁴³⁷ Google Tradutor. Tradução livre. Escritório Digital. Nascimento Anônimo. Disponível em: <https://www-oesterreich-gv-at.translate.goog/public.html> Acesso em: 21 maio 2023.

⁴³⁸ Google Tradutor. Tradução livre. Escritório Digital. Nascimento Anônimo. Disponível em: <https://www-oesterreich-gv-at.translate.goog/public.html> Acesso em: 21 maio 2023.

⁴³⁹ RODA dos expostos completa 15 anos no Japão com 159 bebês abandonados. As principais notícias do Japão. **Revista alternativa** (2022, online). Disponível em: <https://www.alternativa.co.jp/Noticia/View/95221/Roda-dos-expostos-completa-15-anos-no-Japao-com-159-bebes-abandonados> Acesso em: 30 jan. 2023.

Na França a nomenclatura utilizada é “*Accouchement Soux X*” ou “Parto sob X”, que no português é o parto secreto, que traduzido erroneamente para o português recebeu a nomenclatura de parto anônimo, e assim utilizado, o que certamente contribuiu não apenas para causar uma imensa confusão, mas uma incompreensão e do próprio projeto de lei no Brasil culminando com o seu arquivamento. Afinal, na legislação brasileira os diretos não são absolutos, como os eram a tempo da proposição para o direito francês com o “*Accouchement Soux X*”.

Ao utilizar a ideia de uma reedição da roda dos expostos que é mais um erro do legislador, e por muitos reproduzidos seja pela senso comum ou por alguns doutrinadores como já apresentado e citados nesse estudo, de que a roda nada mais era que um incentivo ao abandono, assim como o referido projeto, na compreensão da legalização do abandono, da mãe pode ser irresponsável e a família não ser mais a base da sociedade sem qualquer proteção.

Outra consideração que pode ser feita, é ao uso do termo mãe no projeto de lei, ao invés de mulher ou progenitora, reafirmando a ideia de que a mulher não pode em hipótese alguma não exercer a maternidade, afinal a figura da mãe está atrelada a figura religiosa de Maria.

O Projeto de Lei apenas aponta apenas a gravidez indesejada, sem fazer qualquer menção para que esta seja entendida como aquela não aceita pela mulher, pelo homem, ou por sua família, que está vinculada a processos físicos, emocionais, psíquicos, e que podem ser como consequência a prática do abandono, aborto ou infanticídio.

Isso porque a gravidez indesejada, não é sinônimo de gravidez não planejada. A gravidez não planejada, é aquela não programada, seja pela mulher, pelo homem, ou pelo casal, que pode ser desejada ou não, e que pode ser resultado da falta de informações, de problemas de saúde, de problemas com contraceptivos ou até pelo desconhecimento destes, e até mesmo por estupro, e que podem culminar em abandono, aborto e até infanticídio.

O Projeto de Lei, ainda apresenta mesmo que sutilmente uma crítica a morosidade do processo de adoção, mas não apresenta qualquer fundamento jurídico e científico para lhe dar embasamento.

Percebe-se, que a justificção poderia ter sido melhor elaborada, para que sua proposta fosse desde sempre compreendida, seja ao utilizar a categoria jurídica mais próxima com a legislação brasileira, como Szaniawski (2019, p. 441) por ele denomina de parto com discríção, ou seja, parto discreto ao invés de parto anônimo.

A ausência de conceitos, que poderiam fazer a compreensão do que é gravidez indesejada ou não planejada, as consequências não só como o abandono, mas da exposição do recém-nascido, aborto ilegal, e do infanticídio já tipificados como crimes no Código Penal.

Poderia ainda, apresentar os dados coletados em pesquisa realizada no ano de 2006 pelo Ministério da Saúde – com a Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher - PNDS, por meio das dimensões do processo reprodutivo e da saúde da criança (BRASIL, 2006, p. 137).

O objetivo da referida pesquisa era estimar os níveis e tendências, entre 1996 e 2006, do grau de indesejabilidade do último filho nascido vivo nos cinco anos anteriores à pesquisa e da gravidez em curso no momento da entrevista, buscando identificar seus diferenciais segundo características socioeconômicas e demográficas das mulheres em idade reprodutiva, (BRASIL, 2006, p. 137).

Na pesquisa do PNDS, em consulta a 4.122 (quatro mil cento e vinte e duas) mulheres, as quais residiam em cinco microrregiões brasileiras, ficou evidenciado que as gravidezes eram 50% (cinquenta por cento) não planejadas, mas eram desejadas. Contudo, a porcentagem para uma gravidez indesejada, era de 18,2% (dezoito vírgula dois por cento), (BRASIL, 2006, p. 137).

Em ambos os recortes, por mais que o objetivo da pesquisa fosse apenas mensurar se houve ou não redução de falhas no controle de reprodução, é possível vislumbrar os desdobramentos dessa gravidez indesejada ou não planejada, o abandono, o aborto, o infanticídio e as adoções ilegais.

(ii) Em razão dos pontos de constitucionalidade dos artigos de lei:

Objetivando demonstrar os pontos de constitucionalidade dos artigos de lei, é importante, primeiramente apontar algumas críticas apresentadas em sua propositura, como a exemplo da duplicidade da redação presente nos arts. 6º e 7º dos inúmeros erros gramaticais e de estrutura, da justificação em considerar uma aproximação das realidades social e jurídica do Brasil com os países desenvolvidos Alemanha, Japão e a França onde o instituto do nascimento anônimo já produzia seus efeitos, (BRASIL, 2008, p. 5).

As críticas, também se fazem na ausência de um trâmite para a adoção, da transferência da paternidade responsável aos médicos, enfermeiras, e do hospital no encaminhamento da criança para adoção e da isenção da responsabilidade civil ou criminal da mulher em renunciar a maternidade.

Conforme Szaniawski (2019, p. 443), o referido Projeto de Lei constituído de apenas 12 (doze) artigos, estaria comprometido com elevados interesses na preservação da vida e do

bem estar das crianças, que em muitos casos são vítimas de abandono pelas genitoras, geralmente vinculadas à questões sócio econômicas.

Ao buscar proteger à vida das crianças contra o abandono, o Projeto de Lei está totalmente de acordo com o art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, carecendo de um entendimento pela sua inconstitucionalidade.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direitos da Família (IBDFAM), o projeto visava garantir a mulher o direito ao sigilo de sua identidade, devendo ser informada das possíveis consequências jurídicas se sobreviesse um pedido de conhecimento da origem genética constante no art. 7º, (IBDFAM, 2008, n. paginado). O entendimento do IBDFAM, também se aproxima do instituto do Parto Discreto como Szaniawski afirma (2019, p.444), e não do instituo do Parto Anônimo, por buscar equacionar, ponderar ambos os direitos quando em rota de colisão.

Desta feita, é possível verificar a ausência de qualquer obstáculo, no direito ao conhecimento das origens, validando sua consonância ao texto do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao garantir o anonimato a mulher, e a possibilidade de vir a fornecer informações sobre as condições da sua saúde, do genitor, da origem do filho, e das circunstâncias do nascimento, ora reveladas pelo Hospital somente por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho (arts. 6º, 7º, 8º e 11), (SZANIAWSKI, 2019, p. 445).

Portanto, não há obstáculos ao direito do filho de conhecer suas origens, mesmo que a mulher decida pelo anonimato de suas informações, tendo como destaque e grande mérito do projeto de lei, a imposição de limites ao exercício deste conhecimento, ora ausente no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), condição a qual Szaniawski (2019, p. 445), descreve muito bem, a razão do destaque e do mérito ao Projeto de Lei, como segue:

Andou muito bem o autor do Projeto de Lei na imposição desses saudáveis limites, que são legítimos, exemplo não seguido pelo legislador da Lei nº12.010 de 03.08.2009, a qual institui o direito ao conhecimento da origem genética, alterando o art. 48 do ECA. Ao inserir uma norma geral, aberta e ilimitada, criou o legislador um mecanismo gerador de conflitos e de colisão de direitos fundamentais, trazendo transtornos à boa e célere aplicação da justiça, afogando ainda mais, o Judiciário brasileiro.

Ao impor tais limites, é também possível verificar que o Projeto de Lei buscou atender ao princípio processual da celeridade, por tratar-se de questão de interesse da criança, qual tem prioridade absoluta, conforme o art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, bem como na proteção a família substituta como base da sociedade, e dos laços de afeto que se constroem

mutuamente no decurso do tempo, a fim de evitar qualquer abalo ou prejuízo nas relações, em prol do melhor interesse da criança (ISHIDA, 2020, p. 60-61).

O Projeto de Lei além do comprometimento na preservação da vida e do bem-estar das crianças, buscava também garantir a mulher grávida, o atendimento integral na rede pública de saúde, por meio das unidades do Sistema Único de Saúde (SUS), (art. 2º §único).

Mediante o atendimento integral na rede pública de saúde, o Projeto de Lei mais uma vez se coaduna aos preceitos constitucionais do art. 6º por reconhecer a saúde como direito social, ao art. 196 como dever do Estado em garantir mediante políticas sociais e econômicas, o acesso universal, igualitário, com ações e serviços que visem promover, proteger e recuperar à saúde, como também determina o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Importante salientar que ao garantir à mulher gestante atendimento nas Unidades do Sistema Único de Saúde (SUS), para realização de pré-natal e perinatal, estão sendo garantidos os direitos do nascituro, em protege-los de serem expostos a inúmeros riscos ou até a morte.

Outro ponto que merece atenção, é o período de oito semanas para inserção da criança na lista de adoção, a partir da data em que chegou ao hospital, chamado de prazo de reflexão por Szaniawski (2019, p.444), é o período em que a mãe ou os parentes biológicos poderiam ainda reivindicá-la conforme o artigo 9º.

Tal período, há que ser considerado ainda sob a possibilidade da mulher estar sob influência do estado puerperal, podendo ter nesse período o seu momento de reflexão, sendo possível reconsiderar sua decisão.

Somente após esse período, é que a criança seria encaminhada a adoção, respeitando-se as formalidades da lei⁴⁴⁰, sob a responsabilidade dos médicos, enfermeiros e do hospital que as acolheram, que certamente teriam mais condições de protege-la, ao invés de estar largada à própria sorte e exposta a qualquer tipo de violência, inclusive dentro do seu próprio núcleo familiar, contrariando o art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988 e o art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Ao isentar a parturiente, nos casos de optar pelo anonimato no parto de qualquer responsabilidade civil ou criminal em relação ao filho (artigo 12), o projeto busca reiterar o entendimento dos arts. 186 e 187 do Código Civil de 2002, de que só haverá responsabilização se houver dano oriundo de um ato ilícito, ou ainda que a conduta praticada a tempo do fato, já seja por lei anterior tipificada como crime, a exemplo dos artigos já citados do Código Penal que tratam do abandono, da exposição do recém-nascido, do aborto ilegal e do infanticídio.

⁴⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 39 a 52. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em: 07 fev. 2023.

Apesar do uso equivocado da nomenclatura de Parto Anônimo, qual ensejava a tempos da propositura do Projeto de Lei no ano de 2008, um direito absoluto ao anonimato da mulher em detrimento do direito ao conhecimento das origens da criança, conforme o Direito francês, a propositura se aproximava mais do parto discreto do Direito belga como afirma (Szaniawski, 2019, p. 444), categoria que a princípio estaria mais harmonizada com a legislação brasileira, mas que não fundamentaria sua inconstitucionalidade.

Ademais, o Projeto de Lei em sua origem foi construído sob a observância da maioria dos princípios constitucionais e da própria legislação específica para proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, não deixando omissos, contraditórios ou obscuros, as questões que envolvem direitos de personalidade, principalmente no bem estar dos recém-nascidos, quanto aos parâmetros estabelecidos para o conhecimento da própria origem.

Contudo, o referido projeto foi arquivado, sem qualquer contribuição por parte das Câmara dos Deputados e suas Comissões, além de críticas e fundamentos superficiais ao assunto, eivadas de desconhecimento, preconceitos e estigmas, muito distante do contexto jurídico e democrático, e das mazelas que assolam mulheres e recém-nascidos ambos muitas vezes vítimas da própria precariedade do sistema estatal e dos seus legisladores.

Dias depois do seu arquivamento, segue uma segunda propositura por meio Projeto de Lei nº 2.834/2008 ao tema.

1.2 Projeto de Lei nº 2.834/2008

O segundo Projeto de Lei para instituir o Parto Anônimo no Brasil, foi o de nº 2.834 de 19 de fevereiro de 2008, foi proposto pelo Deputado Carlos Gomes Bezerra, e seguiu em apensado ao primeiro Projeto de Lei.⁴⁴¹

De acordo com a ementa o referido projeto, com apenas três artigos, tinha por objetivo no artigo 1º instituir o Parto Anônimo no Brasil, no art. 2º o acréscimo de um novo inciso, e o artigo 3º o acréscimo do parágrafo único ao art. 1.638 do Código Civil de 2002.

A redação do art. 1.638 do Código Civil de 2002, determina a perda do poder familiar por ato judicial quando a conduta do pai ou mãe, castiguem imoderadamente o filho (inciso I),

⁴⁴¹ BRASIL, **Projeto de Lei nº 2.834**, de 19 de fevereiro de 2008. Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Brasília: Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=882740&filename Acesso em: 30 jan. 2023.

deixem o filho em abandono (inciso II), pratiquem atos contrários à moral e aos bons costumes (inciso III), incidam, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Com o do Projeto de Lei, o referido artigo passaria a contemplar o inciso V na possibilidade da mãe optar pela realização do parto anônimo e consequentemente a perda do poder familiar.

Como complemento, ao texto legal, o parágrafo único contempla um conceito de Parto Anônimo, considerando como aquele “em que a mãe ao assinar um termo de responsabilidade, deixaria a criança na maternidade logo após o parto, sendo encaminhada posteriormente à Vara da Infância e da Adolescência para adoção”, (BRASIL, 2008, p.5).

O projeto em sua justificação, também vincula sua proposta ao abandono e o número cada vez maior de abandonos realizados pelos pais, logo após o nascimento, sendo deixadas em latas de lixo, banheiros públicos, ou em outros locais considerados insalubres e com grande risco de vida.

Os motivos mais recorrentes para o abandono estão atrelados ao desespero das mães, muitas vezes por não disporem de recursos financeiros para prover o sustento dos filhos, outras por buscar esconder a vergonha de uma gravidez adulterina, ou até mesmo por perturbações psicológicas.

Tais motivos, são suficientes para imprimir a importância ao tema para que se busque uma legislação que preserve a vida e a saúde da criança, e o instituto do Parto Anônimo seria uma fórmula eficaz para o alcance.

Deste modo, a mãe ao optar pelo inciso V do art. 1.368 do Código Civil de 2002, um termo de responsabilidade seria por ela assinado deixando a criança na maternidade, resguardando-a de qualquer tipo de maus tratos ou perigo à vida e a saúde.

Posteriormente a direção do hospital providenciaria o seu encaminhamento a Vara da Infância e da Adolescência, para ser adotada, e assim minimizar um grave problema social, reduzindo também o número de abortos clandestinos no país preservando a vida da criança e da mãe.

Superados os pontos apresentados pela justificação é importante observar que o segundo Projeto de Lei, pode ser considerado um verdadeiro abismo legislativo, pois apenas prevê o Parto Anônimo como perda do poder familiar, e nada mais esclarece sobre os demais direitos inerentes a mulher e a criança, tão pouco ao direito do conhecimento das origens.

Ao que pese, a análise do Projeto de Lei paira no discurso simplista ao qual o tema é tratado desde a sua justificação, e que resume em três artigos que em nada contribuem para a institucionalização do Parto Anônimo por ausência de fundamento jurídico e social.

O questionamento, que cabe diante da análise do texto do Projeto de Lei, é: “Onde está a regulação e as providências do direito ao parto anônimo enquanto política pública de proteção?”.

O projeto, reduz drasticamente a elasticidade do instituto do Parto Anônimo como política pública de proteção, por apontar apenas a criança como sujeito de direito, esquecendo da mulher grávida que já desde o momento da concepção precisa ser protegida para que os direitos do nascituro também sejam.

Aponta como causa social ou propósito legal de instituição, apenas o abandono, esquecendo dos casos que a gravidez indesejada ou não planejada resultam em abortos clandestinos, nos infanticídios, e nas adoções ilegais.

Ainda nos motivos apresentados, que são ditos como os mais diversos, estes se apresentam considerando apenas o desespero das mães por não disporem de recursos para criarem seus filhos, ou que buscam esconder a vergonha de uma gravidez fora da relação matrimonial, ou ainda fruto de uma perturbação psicológica.

O esquecimento paira, nos motivos que não alcançam as mães, e sim as mulheres em sua identidade, e que muitas vezes são vítimas de violência sexual, de rejeição, de abandono, de preconceitos, não apenas por terceiros, mas de seus namorados, companheiros e/ou cônjuges, de sua família, somados a processos de rejeição, de abandono e preconceitos.

Em atenção ao motivo “não disporem de recursos para criarem seu filhos”, este inclusive contraria o que determina o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que veda a destituição do poder familiar unicamente pela falta ou carência de recursos financeiros.

Ademais a destituição do poder familiar, é considerada medida gravosa, que “somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude a ponto de colocar em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho”, (LÔBO, 2018, p.308-309).

Torna-se importante, apresentar alguns questionamentos ao motivo apresentado como fundamento, como segue:

(i) Seria o legislador capaz de desconhecer a própria lei específica que protege a criança e o adolescente desde o ano de 1990, ao apresentar como fundamento para instituir o Parto Anônimo no referido Projeto de Lei no ano de 2008 um motivo que contraria os termos da lei?

(ii) A mulher que decide pelo anonimato, estaria colocando em perigo permanente a dignidade e a segurança da criança, que ficaria sob a tutela do Estado até ser adotada por uma família substituta?

(iii) Seria ponderado por parte do legislador estabelecer a perda do poder familiar imperativamente e aplicá-la de imediato à mulher, por optar pelo anonimato de suas informações ?

(iv) Seria a perda do poder familiar⁴⁴² entendida pelo legislador apenas como uma punição / sanção aplicada à mulher ora entendida como genitora faltosa?

Por não bastar, os motivos e os esquecimentos por parte do legislador, este atribui ao instituto do Parto Anônimo o predicado ser uma fórmula eficaz para preservar a vida e a saúde, mas não estabelece parâmetros para sua eficácia e eficiência na concretização de direitos de personalidade.

Conforme Szaniawski (2019, p. 447), o Projeto de Lei em tese se funda no modelo francês do *accouchement sous X*, que é absoluto e não comporta o conhecimento da origem biológica e familiar do filho, e afirma:

O Projeto de Lei se funda no modelo francês O presente Projeto de Lei não procura, em momento algum, harmonizar os direitos conflitantes que fatalmente afloram nesta espécie, o direito ao anonimato da identidade dos genitores biológicos e os fatos sigilosos que circunscrevem o nascimento do filho e o direito ao conhecimento da origem genética e familiar dele, em relação aos genitores biológicos. Se viesse a ser aprovada e convertida em lei provocaria conflitos e dificuldades na sua aplicação por constituir uma norma incompatível com o art.48, do ECA.

Deste modo, o legislador caminha na contra-mão do que se afirma no Brasil ao Estado Democrático de Direito, de que nenhum direito é absoluto.

O que o legislador talvez tenha almejado estabelecer como um possível parâmetro, é a assinatura de um termo de responsabilidade na hipótese da mulher decidir-se pelo seu anonimato, objetivando resguardar o recém-nascido de qualquer tipo de maus tratos e perigos. Contudo, sem sucesso.

Em nenhum momento o legislador esclarece, tão pouco fundamenta o objetivo do termo de responsabilidade⁴⁴³, ser assinado pela mulher, afinal o recém-nascido estaria na

⁴⁴² Ao tema, Paulo Lôbo pontua que: “Em primeiro lugar, são os laços de afetividade e o cumprimento dos deveres impostos aos pais que determinam a preservação do poder familiar. Em segundo lugar, pobreza não é causa de sua perda forçada, porque o prevailecimento das condições materiais seria atentatório da dignidade da pessoa humana.” (2018, p.311).

⁴⁴³ Ao tema, nas palavras de Szaniawski (2019, p. 446-447), cumpre indagar que espécie de responsabilidade seria esta, trazida pelo parlamentar do projeto? Seria a de cuidar da criança até o momento de sua adoção? Seria a

responsabilidade da unidade hospitalar pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e sob a tutela do Estado, a princípio os responsáveis pela guarda de coloca-lo a salvo de qualquer tipo de maus tratos e perigos.

A proposição do Projeto de Lei, como bem elenca Szaniawski (2019, p. 466-467), é extremamente simplista, incoerente e contraditória, que em nada contribui para a regulamentação do instituto do Parto Anônimo, apenas traz confusão, desacertos, insegurança jurídica e social.

Apesar de contar apenas com três artigos, o Projeto de Lei retrata a falta de conhecimento a temas relevantes, que antes de serem externalizados pelos legisladores e seu núcleo de apoio, devem ser estudados social e juridicamente, sob pena de agirem como no caso em tela com displicência, descuido e indiligência.

O Projeto de Lei, também foi arquivado, seguindo uma nova propositura, em 09 de abril de 2008, sob nº 3.220/2008, para regulamentar o instituto do Parto Anônimo na proteção do recém-nascido para que não fosse abandonado ou desassistido.

1.3 Projeto de Lei nº 3.220/ 2008

O terceiro e último Projeto de Lei de nº 3.220 proposto em 09 de abril de 2008, pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, tinha as mesmas bases do primeiro Projeto de Lei.⁴⁴⁴

Composto por 16 (dezesseis) artigos, seu objetivo principal era não só instituir o direito ao sigilo da mãe (art. 4º), mas também o direito do filho de conhecer a sua origem genética, revelado apenas com autorização judicial (art. 6º), (BRASIL, 2008, p. 8-10)

O projeto, em razão da sua justificação também aponta o abandono de recém-nascidos no Brasil, como uma causa real, recorrente e crescente, praticado em condições indignas, subumanas, cruéis, e que acabam por chocar a sociedade, demandando uma medida efetiva de proteção por parte do poder público, (BRASIL, 2008, p.10).

Por sua justificação, o Projeto de Lei, teve grande reconhecimento e aceitabilidade pela comunidade jurídica, justamente por ponderar o direito da mulher em exercer ou declinar

responsabilidade pelo abandono organizado da criança? Seria a responsabilidade pelo aleitamento e prestação de alimentos? Seria a responsabilidade de reaparecer se a adoção não vier a se efetivar?

⁴⁴⁴ BRASIL, Projeto de Lei nº 3.220, de 09 de abril de 2008. Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Brasília: Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=882740&filename Acesso em: 30 jan. 2023.

da maternidade, bem como de garantir o direito à vida, à saúde, e à integridade psicofísica das crianças, o direito à convivência familiar, (SZANIAWSKI, 2019, p. 447).

Essa aceitabilidade, decorreu do texto escrito pelo legislador que bem dissertou a pretensão do instituto do Parto Anônimo de não era de esconder a maternidade socialmente rejeitada, e sim, de garantir a liberdade da mulher de decidir ser ou não ser mãe, e o direito à vida, à saúde, à integridade e a convivência familiar da criança, (BRASIL, 2008, p. 11).

O projeto, também deixou escrito e esclarecido, que ao ser colocado direitos em uma balança, o direito à vida e a identidade do nascituro, ou seja, o direito de conhecer sua origem, inquestionavelmente iria preponderar, como segue:

Se colocarmos numa balança o direito à vida e a identidade do nascituro, o primeiro, inquestionavelmente, deverá preponderar. Tendo em vista que a afetividade se sobrepõe ao critério biológico, se opor ao parto anônimo em virtude de uma possível mitigação do direito à identidade, é uma atitude inaceitável, (BRASIL, 2008, p. 11).

Deste modo, é possível entender que o direito ao anonimato da mulher não iria prevalecer sobre o direito daquele que nasceu do instituto do Parto Anônimo de conhecer suas origens.

O direito de não exercer a maternidade, seria assegurado desde o período da gestação, até o dia em que a mulher após a realização do parto, saísse da unidade de saúde, em continuidade ao acompanhamento neonatal, sendo alertada desde a manifestação da sua vontade, das consequências de sua decisão, de ser anônima, e das consequências no direito do recém-nascido de conhecer suas origens, conforme arts. 2º, 3º, 4º e 5º, (BRASIL, 2008, p.8).

A mulher, tinha por dever fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, na unidade de saúde em que o parto ocorreu, sendo revelados apenas por ordem judicial, conforme art. 6º, (BRASIL, 2008, p.8).

A unidade de saúde caberia ainda, o dever de informar no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas o Juizado da Infância e Juventude da Comarca onde ocorreu o Parto Anônimo, por meio de formulário próprio para receber o recém-nascido logo após a alta médica, que não seria recebido apenas sob motivo de forma maior, como determina o arts. 7º e 8º, (BRASIL, 2008, p. 9).

Somente após 10 (dez) dias a data do nascimento do recém-nascido é que este seria encaminhado para a adoção, não ocorrendo adoção no prazo de 30 (trinta) dias, a criança seria incluída no Cadastro Nacional de Adoção, sendo registrada provisoriamente pelo Juizado da

Infância e Juventude, com um prenome e um nome este podendo ser escolhido pela mulher, deixando apenas os campos reservados à filiação sem preenchimento, art. 8º, §§ 1º e 2º e art. 9º do Projeto de Lei, (BRASIL, 2008, p. 9).

Como direito ainda remanesce a mulher conforme o art. 10, de não ser responsabilizada criminalmente por decidir pelo anonimato, condição que se estenderia a mulher que viesse a abandonar o recém-nascido nos hospitais, postos de saúde ou nas unidades médicas, já que o recém-nascido não estaria sendo colocado em risco, (BRASIL, 2008, p.9).

Contudo, no art. 11, a mulher no anonimato não poderia ser autora ou ré em qualquer ação judicial que tivesse por pedido o estabelecimento da maternidade, (BRASIL, 2008, p.9).

Por fim, o Projeto de Lei, no art. 12, considerou a possibilidade de um terceiro que ao encontrar um recém-nascido, o encaminhasse a um hospital ou posto de saúde, que teria o mesmo prazo de 24 (vinte e quatro) horas, por meio de formulário próprio, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, (BRASIL, 2008, p. 9).

Observa na sequência com os arts. 13 e 14, uma primazia aos laços afetivos, pois ao terceiro remanesce o dever após a entrega, de se apresentar ao Juizado da Infância e Juventude da Comarca local, para prestar todas as informações como se deu o encontro e posteriormente proceder-se com as formalidades legais ao caso, oportunizando também, que o terceiro pudesse prover os cuidados primários e até ter preferência na adoção, desde que comungasse vontade e aptidão para o ato, (BRASIL, 2008, p.10).

Por fim, o Projeto de Lei, ainda previa no art. 15, a contar da data de sua publicação, um prazo de 6 (seis) meses, para que os hospitais e as unidades de saúde, vinculadas ao Sistema Único de Saúde (SUS), se adaptasse as condições exigidas no texto legal, inclusive com local próprio para receber os recém-nascidos zelando pela sua identidade, (BRASIL, 2008, p.10).

A proteção pelo legislador fora mitigada, por também ter o dever de abrigar a mulher na sua liberdade de exercer ou não a maternidade com responsabilidade, e não apenas por imposição social⁴⁴⁵ e jurídica⁴⁴⁶ de que precisam ser mães e muitas vezes reduzidas a essa condição mesmo diante de uma gravidez indesejada ou não planejada.

⁴⁴⁵ Colares e Martins (2016, p. 44) apontam que a mulher ainda é vista socialmente como uma reprodutora biológica, sem voz, retirando sua individualidade e desejos, ou seja, a mulher não existe como sujeito, apenas como mãe. Ademais, concluem pela necessidade de uma ressignificação da mulher na contemporaneidade, valorizando, em especial a individualidade da mesma, uma vez que hoje a mulher tem uma importante participação social, podendo optar em ter (ou não) e quando, filhos.

⁴⁴⁶ Pereira (2003, p. 69), na sua obra elenca que a história da mulher no Direito, ou o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi um não-lugar. Na realidade, a presença da mulher é a história de uma ausência, pois ela sempre existiu subordinada ao marido, sem voz e marcada pelo regime da incapacidade.

Mediante cautelosa análise do terceiro e último Projeto de Lei, este buscou consagrar o princípio da razoabilidade ao respeitar interesses da mulher, da criança, e das famílias, bem como os direitos de todos constitucionalmente assegurados.

Desta feita, pode-se concluir que o primeiro Projeto de Lei, buscou observar os fundamentos da lei interna, porém como afirma Szaniawski (2019, p. 444) estaria distante da categoria que se pretendia instituir como Parto Anônimo (direito francês), ao procurar harmonizar o nascimento incógnito e o conhecimento da origem genética, estando mais condizendo à figura do Parto Discreto (direito belga).

Na propositura do segundo Projeto de Lei, pode-se concluir que este buscou apenas alterar o Código Civil de 2002, utilizando a destituição do poder familiar como consequência punitiva a mulher quando decidisse pelo sigilo de suas informações, contrariando os fundamentos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que Szaniawski (2019, p. 446) afirma como uma proposição simplista, que traz insegurança jurídica e social.

Na propositura do terceiro Projeto de Lei, pode-se concluir que apesar de primar pelo princípio da razoabilidade, e também se aproximar muito mais que o primeiro Projeto de Lei ao Parto Discreto (direito belga), criou insegurança jurídica ao criar nas palavras de Szaniawski (2019, p. 450) uma modalidade mais célere e privilegiada de adoção das crianças nascidas de “parto anônimo”.

Apesar de ser considerado pela maioria dos doutrinadores e pelo próprio IBDFAM, como o mais completo dos projetos, com capacidade de enfrentamento e de bons resultados, foi por muitos doutrinadores também considerado como um instituto capaz de incentivar a prática do abandono, que Szaniawski (2019, p. 450) entende como uma crítica frágil pois não seria o parto anônimo que propiciaria alguém a praticar delitos, que ocorrem a todos momento.

O arquivamento de ambos os projetos, certamente representou muito mais que um retrocesso social e jurídico, representou um profundo desconhecimento ao instituto do Parto Anônimo, e a realidade que permeia a sociedade brasileira e que não está tão distante assim da realidade do dia a dia.

A realidade, qual Szaniawski (2019, p.450) aponta como existente a todo o momento, pode ser verificada em tempo real da escrita desse estudo, após ter sido veiculada por diversos canais sociais midiáticos no dia 10 de fevereiro de 2023, a seguinte chamada: “Vídeo: ex-médico dá descarga em feto durante flagrante de aborto”, ao ouvir policiais arrombando as

portas de uma clínica clandestina, (DIREITONEWS, 2023, n. paginado).⁴⁴⁷ Do flagrante, narrou-se:

Ele [ex-médico] ouviu os policiais arrombando as portas e deu descarga no feto, que havia sido retirado parcialmente da paciente.” Burgese afirmou ainda que a gestante precisou ser levada ao hospital. Na unidade de saúde, o restante do feto foi retirado. Ela já teve alta. A mulher foi indiciada por consentir que lhe fosse feito aborto, com pena que pode variar de um a três anos, segundo o Código Penal. Uchimura e a auxiliar de enfermagem foram indiciados por provocar aborto com o consentimento da gestante, com penas que podem variar de um a quatro anos. O ex-médico teve seu registro cassado pelo Conselho Regional de Medicina paulista (Cremesp), em 7 de junho de 2004, como consta em publicação do Diário Oficial do Estado de São Paulo. Ele foi indiciado pelo mesmo crime, em março do ano passado, em Higienópolis, no centro paulistano, (DIREITONEWS, 2023, n. paginado).

Pela narrativa, há que se considerar não apenas o abandono ilegal do recém-nascido como o principal fundamento para a propositura dos três Projetos de lei, mas também e se não principalmente aqueles atos que atentam diretamente contra à vida, a exemplo do aborto realizado em clínicas clandestinas ou em ambientes domésticos, que ao serem praticados irão produzir como resultado a morte do nascituro, mas em muitas situações da própria mulher.

Por essa razão, há que se vislumbrar no Parto Anônimo, uma discussão que vai muito além de apenas compatibilizar dois direitos, cada qual colocado em um lado do ringue. De um lado do ringue, tem-se a liberdade da mulher de outro lado do ringue o direito à vida apenas do feto ou do recém-nascido.

Esse ir além, está justamente na a interseção entre direitos da mulher e do ser concebido seja de uma gravidez não planejada ou indesejada, que é de não a morte como a única solução, a qual é certamente muito mais gravosa que o abandono ou a adoção ilegal, ou até mesmo que o infanticídio, que como ato ilícito está condicionada ao um fator biopsicológico da gestante estar sob influência do estado puerperal.

Apesar das falhas apresentadas nos Projetos de Lei, o instituto do Parto Anônimo e muito mais pelo Parto Discreto como considera Szaniawski (2019, p. 451), não contribui com o aumento da criminalidade, tão pouco incentiva a prática de delitos que sempre estiveram presentes na sociedade, e que podem ser prevenidos e/ou reduzidos com sua implementação.

Contudo, para se evitar uma única questão incontroversa ao tema, que é de não ser tratado pelos legisladores, assessores e pela própria sociedade, com superficialidade, travestindo direitos, com fundamentos pautados apenas por preconceitos, dogmas ou tabus.

⁴⁴⁷ MÉDICO descarta feto durante flagrante de aborto. **Direito News**. Publicada em 10/02/2023. Disponível em: <https://www.direitonews.com.br/2023/02/video-medico-descarga-feto-durante-flagrante-aborto.html> Acesso em: 13 fev. 2023.

Faz-se necessário, estudos aprofundados sobre o tema, para que estejam diretamente condizente com as normas legais internas do país e aos documentos internacionais dos quais o Brasil seja signatário na proteção da mulher, da criança e da família, bem como no contexto da Bioética e do Biodireito.

É necessário, a atenção a questões técnicas para o uso de nomenclatura e conceitos mais adequados ao contexto jurídico social brasileiro, evitando assim confusões entre categorias jurídicas.

Ainda se faz necessário, balizar tais estudos com o uso de dados e estatísticas produzidas pelo governo brasileiro ou pela sociedade civil, e que estejam condizentes com a realidade do tema enquanto política pública para justificar e fundamentar sua propositura, bem como determinar a população a ser assistida, e os efeitos produzidos.

SEÇÃO II - Da Afronta aos Direitos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela Convenção Internacional dos Direitos das Crianças

2.1 Da Proteção Integral da Criança e do Adolescente

Desde os primórdios da vida em sociedade, sabe-se da necessidade de protegermos uns aos outros, principalmente àqueles indivíduos que se encontram em vulnerabilidade e em estágios de desenvolvimento, pois não conseguem suprir sozinhos suas necessidades para viver com dignidade.

Pode-se inicialmente como ponto de partida da reflexão de proteção aos direitos das crianças e adolescentes usar por referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, por sua importância histórica que marca a luta por meio de uma carta de boas intenções seja o alicerce para a concretização de direitos que não obriga os seus signatários a os instituírem legalmente, em razão do compromisso ratificado entre as partes ser de cunho moral.

O Brasil como signatário da referida declaração a DUDH composta por 30 artigos, imprimi-los na Constituição Federal brasileira de 1988 enquanto valores e Direitos como a norma fundamental para estabelecer regras para o cotidiano da vida em sociedade, livre, justa e solidária, com base na dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, a mesma impressão de valores e direitos para às crianças e adolescentes se concretizou com a Lei nº 8.090 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) com o princípio da proteção integral já descrita no seu art. 1º, com base na Declaração de Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959⁴⁴⁸, e reiterada com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 24 de setembro de 1990 que no seu art. 2 parte 2 determina os Estados Partes devem adotar todas as medidas que se fizerem necessárias para assegurar a proteção integral da criança, e que todas tem direito inerente à vida,

⁴⁴⁸ A Declaração de Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959, segue com sua gênese em dez princípios cuidadosamente elaborados e redigidos, para afirmar os direitos da criança e a proteção integral e especial que lhe devem ser propiciadas, sejam por meio oportunidades e facilidades capazes de permitir o seu desenvolvimento de modo sadio e normal e em condições de liberdade e dignidade; o seu direito a um nome e a uma nacionalidade, a partir do nascimento; a gozar os benefícios da previdência social, inclusive alimentação, habitação, recreação e assistência médica adequadas; no caso de crianças portadoras de deficiência ou incapacitadas, o direito a receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos por sua condição peculiar; a criar-se num ambiente de afeto e segurança e, sempre que possível, sob os cuidados e a responsabilidade dos pais; a receber educação; a figurar entre os primeiros a receber proteção e socorro, em caso de calamidade pública; a proteção contra todas as formas de negligência, crueldade e exploração; e a proteção contra todos os atos que possam dar lugar a qualquer forma de discriminação. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em: 05 maio 2023.

tendo dever de assegurar ao máximo a sobrevivência e o seu desenvolvimento de acordo com o art. 6, parte 1 e 2.

Com base apenas nesses artigos tanto do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e da Convenção sobre os Direitos da Criança, ao considerar o estudo anterior apresentado sobre o Parto Anônimo no Brasil, não há qualquer controvérsia aos fundamentos para a alegada incompatibilidade com o sistema legal vigente. Ademais, da análise dos próprios projetos de lei apresentados pelos seus proponentes no ano de 2008, há inúmeras fragilidades no texto legal que estão na contra mão da proteção integral para aqueles que se encontram em idade de pleno desenvolvimento.

Para Pereira dos Anjos (2020, n. paginado) o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) com a doutrina da proteção integral, orienta e prescreve direitos às pessoas em desenvolvimento, impondo deveres à sociedade, inclusive na implantação das políticas públicas, de modo a contemplar essa situação e proporcionar a construção de um panorama jurídico especial às crianças e adolescentes.

Nas palavras de Müller (2011, p. 54) a Convenção sobre os Direitos das Crianças, definiu a base da Doutrina da Proteção Integral ao proclamar um conjunto de direitos de natureza individual, difusa, coletiva, econômica, social e cultural, reconhecendo que criança e adolescente são sujeitos de direitos e, considerando sua vulnerabilidade, necessitam de cuidados e proteção especiais.

Nesse sentido a Doutrina da Proteção Integral da Criança (DPI), para Freire e Nucci (2020, p. 45) pode ser compreendida como:

Um conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente. É o princípio da dignidade da pessoa humana levada ao extremo quando confrontado com idêntico cenário levado aos adultos. As crianças e adolescentes possuem uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para reger ou limitar o gozo de bens e direitos.

A compreensão acima apresentada por Freire e Nucci, deve ser precipuamente refletida de modo histórico no processo de sua construção, ou seja, de atendimento àqueles ‘menores’ carentes e abandonados no final do século XVIII no Brasil, quais sejam as instituições que realizavam o atendimento aos enjeitados da Roda dos Expostos e não do Parto Anônimo, do Parto Confidencial ou Parto Discreto do Direito europeu e de suas realidades histórico-sociais.

O momento histórico do final do século XVIII no Brasil, era daquelas crianças e adolescentes que estavam marginalizados, em situação de abandono, de extrema pobreza, de

violência, em situações de precariedade, consideradas pela sociedade em uma condição de irregularidade. Ou seja como bem aponta Carvalho (1993, p. 142), a doutrina era da situação irregular, para proteger apenas aqueles que estavam irregulares, conhecidos como ‘menores’, que e mereciam o rigor da lei, que para o Estado eram os chamados ‘delinquentes’ atendidos pelos reformatórios e institutos correcionais.

Assim sendo, pode-se concluir pelas palavras de Carvalho (1993, p. 142) que a proteção era mais voltada àqueles que poderiam ser pelos ‘menores’ afrontados, sendo que a proteção dos direitos de crianças e adolescentes foi expressa apenas em 1988 com a Constituição Federal brasileira de 1988, com influência dos diversos documentos internacionais anteriores a sua promulgação.

Tais influências decorrem da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924, com a Declaração Universal do Direitos Humanos de 1948 que no artigo 25 preconiza cuidados e assistência especiais não só a crianças mas para as mães, em 1966 com os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais que incluem as crianças como sujeitos destes direitos, a Convenção 138 que define a idade mínima para realizar trabalhos, em 1972 com a Declaração sobre a Proteção de Mulheres e Crianças em situações de emergência e conflitos armados, em 1985 com a decisão pelas regras mínimas para a Administração da Justiça Juvenil.

Desta forma, com o art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, a proteção integral passa a ser um obrigação do Estado, em dispor de mecanismos eficientes e eficazes para sua concretização, que também alcança a família e a sociedade, que Szaniawski (2019, p. 43) afirma ter promovido profundas alterações no direito de família brasileiro, ao adotar princípios fundamentais que informam não só o pleno exercício da cidadania, mas a salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

Seria então o Parto Anônimo na análise de suas três proposituras no ano de 2008 medida hábil para assegurar direitos constantes no âmbito do Direito das Famílias, mas principalmente no âmbito dos Direitos de Personalidade e sua tutela? A pergunta torna-se fundamental do ponto de vista jurídico quando negado o direito à dignidade, na afronta aos direitos humanos, e na ausência de embasamento científico dos resultados do anonimato no desenvolvimento de cada indivíduo.

2.2 Do Entendimento da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados

Muito embora que da análise do três projetos de lei para instituir o Parto Anônimo no Brasil, seja o primeiro Projeto de Lei nº 2.747 e o terceiro Projeto de Lei nº 3.220 ambos do ano de 2008 merecedores de louvor como bem aponta Szaniawski (2019, p. 449), seja por impor limites ao art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e por regulamentar o procedimento quando um terceiro encontrar o abandonado, todos os três projetos foram considerados incompatíveis pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em meio dos seus relatores.

O segundo projeto de nº 2.834/ e o terceiro projeto de nº 3.220/08 foram apensados ao primeiro projeto de nº 2.747 para facilitar a relatoria e o voto pela comissão, qual rejeitou os projetos em virtude da afronta aos direitos humanos daqueles que poderiam nascer sob o anonimato, e pela ausência de embasamento científico dos impactos e consequências para o alcance do pleno desenvolvimento estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e remetidos em 05 de outubro de 2008 para a Comissão de Seguridade Social e Família.

A referida comissão, optou também pela rejeição e inconstitucionalidade dos projetos com base no relatório da Deputada Federal Rita Camata, que motivou apreço pela motivação dos projetos para reduzir o número de abandonos no Brasil, contudo, ressaltou que os mesmos não apresentaram qualquer embasamento científico para sustentar a tese alegada, principalmente ao número de abandono de recém-nascidos.

Para a deputada ainda que a motivação seja relevante os projetos do Parto Anônimo como apresentados, representam uma afronta a direitos já conquistados sobre árduas lutas por meio dos movimentos sociais, principalmente ao reconhecimento das crianças e adolescentes como sujeitos de direito (SZANIAWSKI, 2019, p.460-461).

Ademais como já exposto anteriormente os projetos também violariam o que está disposto nos arts. 7º e 8º da Convenção sobre os Direitos das Crianças ratificado pelo Brasil em 1990, que mesmo não dispondo de força coercitiva para seu cumprimento, há uma força moral de que aquilo que foi acordado por meio da sua ratificação seja cumprido na medida que não atente contra soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Ambos os artigos da Convenção garantem o direito aos filhos de conhecer seus pais e por eles serem educados, bem como o direito de preservar sua identidade e as relações familiares (SZANIAWSKI, 2019, p. 461).

Ao sustentar que o parto anônimo como instituto já legalizados em outros países como França, Itália e Bélgica a relatora opera o mesmo erro do legislador proponente, haja vista, o parto anônimo apresentado nos projetos ser aquele com gênese no Direito francês, um direito absoluto que protegia até meados do ano de 2013 o direito da mulher pelo anonimato de suas informações, não sendo o mesmo instituto da Itália ou da Bélgica, ambos com um direito mais flexível em razão da colisão de direitos da mulher e daquele que nasceu sob o sigilo das informações de sua origem e do próprio parto. Condição está que demonstra como apontado por Szaniawski (2019, p. 463) não apenas a falta de conhecimento do legislador mas dos próprios integrantes das comissões.

Porém, como maior afronta dos projetos de lei tem-se ao art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, que determina a prioridade da criança a família e a sociedade, tendo o Estado por obrigação, conforme o art. 5º, inciso XXXIII, de fornecer todas as informações quanto ao passado do indivíduo, que para Szaniawski (2019, p. 439) faz parte do acervo de sua boa memória histórica e familiar como direito de personalidade especial assim como a origem genética.

Tal afronta também recai, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pois o direito ao anonimato da mulher, implica na violação ao direito de conhecer sua origem, ou seja, no seu direito de identidade como memória pessoal e também familiar.

Em que pese o direito ao anonimato pela mulher, imprimiria uma estigma de irresponsabilidade já que existiria outros meios para a entrega da criança para a adoção, os quais não são citados no relatório, e que não remete a Entrega Voluntária do art. 19-A pois sua propositura complementar ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) só ocorreu em 2017 com a lei nº 13.509.

Outra questão apontada pela Comissão, é quanto a recusa da mulher em fornecer sua identificação quando utilizasse do sistema caótico e desorganizado do Sistema Único de Saúde (SUS) para realizar o pré-natal, que em meio a consultas e exames, poderia ser confundida com outra mulher, gerando apenas mais um problema operacional dentre todos os existentes. Após o nascimento do recém-nascido este certamente ficaria com quadro de longa permanência na unidade hospitalar, o que não é recomendável pela baixa imunidade e alto risco de infecções, tornando assim não apenas o agente de saúde mas o Estado como responsável cível e criminal pelo recém-nascido, condição que não alcança a mulher após optar pelo anonimato.

No relatório ainda faz presente, fundamentos como o Parto Anônimo legalizar o abandono, tornar a mãe inimputável sob qualquer condição do anonimato, de encobrir casos de sequestros, e de fragilizar o dever do planejamento familiar pela mulher, pelo homem ou por

ambos. E ainda complementa que, seria mais adequado criar uma estrutura completa de atendimento médico e de educação integral para proporcionar condições melhores para as mulheres criarem seus filhos.

Szaniawski (2019, p. 450) esclarece que as críticas apresentadas ao Parto Anônimo são de extrema fragilidade, não só ao Direito de Personalidade, mas ao Direito das Famílias. Alegar que o Parto Anônimo aumenta a criminalidade é obtuso, pois seu objetivo é diminuir a prática de aborto, abandono, exposições e infanticídio. Alegar que a isenção da responsabilidade da mulher como um risco para a adoções ilegais é descabida, pois a irresponsabilidade se faz presente em uma geração de meninas que engravidam cada vez mais cedo e desprovidas de qualquer orientação e educação para a vida sexual. Por fim, ao alegar como afronta ao direito do conhecimento das origens a omissão da mulher pela filiação do genitor, parece descabido, pois independentemente do referido instituto coexistir, há pelas feministas a defesa pela da figura da “produção independente”, que culmina na constituição da família monoparental, admitida pelo Direitos das Famílias em sua composição originária de um núcleo familiar composta apenas pelo(s) filho(s) e pela mãe.

Destarte, que a razão principal não apontada pelas comissões é de que os projetos de lei em momento algum buscam harmonizar direitos colidentes ou em rota de colisão, ou seja, ponderar pelo direito ao anonimato dos genitores biológicos e das informações do nascimento com o direito do conhecimento da origem genética ou familiar daquele que nasce sob o anonimato (SZANIAWSKI, 2019. p. 452).

Ambas as comissões demonstram em seus relatórios não apenas uma fragilidade e carência de conhecimento jurídico seja ao instituto do Parto Anônimo tema central, mas também dos temas conexos como política pública, educação sexual, planejamento familiar, autonomia da mulher em não exercer a maternidade, o aborto, o estupro, o infanticídio, a gravidez não planejada e/ou indesejada, a pobreza extrema, os novos arranjos familiares, mas a ausência do uso de dados científicos pelo sistema do DATASUS, pelo IBGE, pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, mas principalmente demonstram a ignorância e o preconceito aos temas, que acabaram mesmo com o seu arquivamento reafirmando os erros do legislador, como a exemplo de entender que a Entrega Legal é o Parto Anônimo na legislação brasileira como será apresentado no próximo subtítulo.

2.3 Entrega Legal “Voluntária” não é Parto Anônimo

Em complemento ao que já fora apresentado nesse estudo, na Parte III, Seção II, Item 2.3 qual faz referência crítica ao Parto Anônimo, como sinônimo da Entrega Legal, ora instituída pela Lei nº 13.509, de 2017⁴⁴⁹, em complemento ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), descrita no art. 19-A⁴⁵⁰, sendo desconexa de qualquer fundamento e precisa ser superada, haja vista a sua inconstitucionalidade perante o ordenamento brasileiro. A referida lei foi criada, para tratar do tema da adoção e previu igualmente o direito da mulher de realizar a entrega legal do recém-nascido sem qualquer constrangimento, garantindo-se o direito ao sigilo do nascimento (NUDEM, 2022, n. paginado).

Reitera-se que o art. 19-A, tem por único objetivo, garantir a gestante ou a mãe, que diante do seu manifesto e interesse, possa entregar seu filho para a adoção legal, antes ou logo após o parto, (BRASIL, 2017, n. paginado).

Dispositivo incluído pela Lei nº 13.509, de 22/11/2017. Vide arts. 8º, §5º; 13, §1º; 39 e sgts. (que dispõem sobre a adoção), 100, par. único, incisos IX, X, XI e XII; 129, incisos I e IV e 166, do ECA. Dispositivo similar já era contido no art. 13, §1º do ECA (vide comentários), que enfatiza a necessidade desse encaminhamento ser efetuado “sem constrangimento”, como parte de um processo de conscientização que deve ser planejado e executado com cautela/profissionalismo, e que incluía a plena conscientização quanto ao direito de a família receber auxílio/assistência por parte do Estado (lato sensu), de modo a evitar a própria entrega do(s) filho(s) para adoção. Como o art. 13, §1º do ECA está inserido no contexto do atendimento à saúde, o objetivo de incluir o dispositivo neste Capítulo é deixar claro que a partir do momento que qualquer pessoa ou profissional que atue na “rede de proteção” à criança e ao adolescente local, tiver conhecimento que os pais pretendem entregar seus filhos para adoção, a Justiça da Infância e da Juventude deve ser acionada. Tal previsão visa evitar que a eventual adoção seja “intermediada” por terceiros e/ou realizada sem as formalidades legais, que decorre da necessidade da tomada de uma série de cautelas, instituídas em proveito do adotando, que pode sofrer graves e traumáticas consequências de uma adoção mal conduzida e/ou realizada de maneira informal (DIGIÁCOMO E DIGIÁCOMO, 2020, p.132).

Deste modo, a causa imediata da Entrega Legal, é coibir a adoção ilegal ou à brasileira e a adoção *intuito personae*.

A adoção ilegal ou à brasileira, é aquela em que não há acompanhamento do Poder Judiciário, nem observância das garantias legais, ocorrendo por meio de acordo entre as

⁴⁴⁹ BRASIL. Lei nº 13.509, de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm Acesso em: 14 dez. 2022.

⁴⁵⁰ Art. 19-A da Lei nº 13.509, de 2017: A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm Acesso em: 14 dez. 2022.

famílias, com brechas a comercialização da vida, constrangimentos e exploração, aos quais os adotantes incorrem no crime de registrar como seu filho de outra pessoa, (CNJ, 2022, n. paginado).

A adoção *intuitu personae*, pode ser definida como aquela em que os pais biológicos escolhem para quem o filho será entregue, ou seja, escolhem que será o adotante, sem o devido cadastro no registro de criança em condição de ser adotada e sem observância da ordem cronológica do cadastro de pessoas habilitadas para a adoção, (CNJ, 2022, n. paginado).

Adoção ilegal – Por aqui, há ainda a popularmente chamada de “adoção à brasileira”, expressão que faz alusão à adoção sem trâmites legais. Neste tipo, ocorre a entrega de um recém-nascido para que outras pessoas os registrem como filho. Porém, é importante informar que tal modalidade é crime, prevista nos artigos 242 e 297 do Código Penal (podendo também gerar responsabilidade civil). (...)A chamada adoção *intuitu personae*, quando os pais biológicos escolhem uma pessoa determinada para adotar. A Lei 8.069/90 não estabelece nela a possibilidade de os pais ou a mãe biológica escolherem a quem será entregue seu filho em adoção. Assim, a chamada de adoção pronta ou adoção dirigida não é permitida e pode ainda configurar a prática do crime previsto no artigo 242 do Código Penal. A regra é que todos aqueles que desejam adotar devem seguir os trâmites do procedimento de habilitação (DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO DO CEARÁ, 2021, n. paginado)⁴⁵¹.

No mais o art. 19-A em seus §§ do 1º ao 10, descreve o procedimento que será concluído por meio da adoção legal, desvinculada de qualquer outro mecanismo que possa educar, informar, prevenir e coibir outros tipos de atos ilícitos e os reiterados quadros de gravidez indesejada e/ou não planejada.

Ademais, com a devida observância ao §9º do art. 19-A⁴⁵², que concede direito ao sigilo da mulher sobre o nascimento, este não trata de um direito absoluto como era utilizado o direito francês para assim ser denominado de Parto Anônimo, que via de regra pela doutrina e jurisprudência pátria, os direitos de personalidade não são absolutos.

A Lei nº 8.069/1990 dispõe sobre os direitos de crianças e adolescentes, e o presente dispositivo, a rigor, trata de um direito da mãe, que pode mesmo entrar em conflito com o direito de seu filho não apenas de saber a origem de sua filiação (inclusive do lado paterno), mas também de ter ao menos a chance de ser criado e educado no seio de sua família de origem. Vale lembrar que o próprio ECA, em seu art. 100, par. único, inciso IV, é expresso ao determinar que, em havendo conflito entre os interesses da criança/adolescente e o de seus pais (ou, no caso, apenas de sua mãe), são aqueles que devem prevalecer, razão pela qual o presente dispositivo deve ser analisado e aplicado com cautela, de modo a evitar que, a pretexto de assegurar um pretense direito da mãe,

⁴⁵¹ Defensoria Pública do Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/conheca-os-tipos-de-adocao-permitidos-pela-legislacao-brasileira/> Acesso em: 14 dez. 2022.

⁴⁵² Art. 19-A parágrafo 9º da Lei nº 13.509/2017: É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm Acesso em: 14 dez. 2022.

seja suprimido um direito do filho (o que por si só seria um enorme contrassenso, por afrontar a razão de ser da própria Lei nº 8.069/1990), e não apenas um direito qualquer, mas um direito de relevância extrema, que encontra sua origem nos próprios direitos fundamentais (e constitucionalmente assegurados) da convivência familiar e (antes e acima de tudo) da dignidade da pessoa humana, e que como já observado em comentários anteriores não pode ser objeto de “disposição”, quer por parte da mãe, quer pelo Poder Judiciário (ou quem quer que seja), por seu caráter “personalíssimo”. Assim sendo, é fundamental que o “direito ao sigilo” quanto ao nascimento, aqui previsto, seja analisado e deferido (ou não) com extrema cautela, não podendo atingir, logicamente, o direito da criança/adolescente conhecer sua origem biológica (do lado paterno), inclusive quanto à deflagração do procedimento previsto pela Lei nº 8.560/92, (DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO, 2020, p. 59).

Para fundamentar esse entendido, perfaz os escritos o art. 48⁴⁵³ que concede ao adotado, que após completar 18 (dezoito) anos de idade, o direito de conhecer sua origem biológica, bem como todas as informações do processo e a medida aplicada e seus eventuais incidentes.

Ainda remanesce o mesmo direito, àquele indivíduo que ainda não tenha completado 18 (dezoito) anos, por meio de autorização judicial em situações específicas, sendo-lhe assegurado orientação e assistência jurídica e psicológica, (BRASIL, 1990, n. paginado).

Deste modo, em termos jurídicos o Parto Anônimo e a Entrega Voluntária, não podem ser utilizados como sinônimos, tão pouco como medidas para legalizar o abandono, sob pena de causar danos maiores as partes envolvidas e de mitigar outros direitos constitucionais e de personalidade.

Na mais remota das hipóteses sob o uso de uma nomenclatura coloquial para a Entrega Legal, seria o Parto Sigiloso em respeito ao parágrafo 9º do artigo 19-A, que usa o termo ‘sigilo’.

É importante dizer que, no Brasil, existe parto sigiloso, mas não o parto anônimo. Isso significa que a mulher pode dar à luz em sigilo e também realizar o procedimento da entrega legal de forma sigilosa. (...) O nome da mulher constará na certidão de nascimento da criança até que ela seja adotada e o nome da genitora seja substituído pelo nome da(s) pessoa(s) que adotarem o bebê (NUDEM, 2022, p. 12).

Porém, não são apenas esses pontos a serem apresentados, em razão da conexão com o tema deste estudo. Outros pontos do art. 19-A, são de extrema necessidade de serem analisados para que seja superada a ideia de que por meio dele se instituiu o Parto Anônimo no

⁴⁵³ Art. 48 e seu parágrafo único da Lei nº 12.010/2009: O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art2 Acesso em: 14 dez. 2022.

Brasil, bem como os pontos controvertidos do texto jurídico que se demonstra frágil, confuso e controvertido.

O § 3º do art. 19-A⁴⁵⁴, decorre a busca à família extensa (art. 25, § único), como aquela que se estende para além da unidade dos pais ou do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

Parágrafo incluído pela Lei nº 13.509, de 22/11/2017. Vide art. 25, par. único, do ECA. Este parágrafo está evidentemente “fora do lugar”, pois o mais correto seria que fosse posicionado na Seção III deste Capítulo (arts. 165 a 170), que trata especificamente da colocação em família substituta. Da forma como constou, tem-se a impressão que a diligência aqui prevista deverá ser realizada unicamente pela Justiça da Infância e da Juventude (ou de sua equipe técnica), quando na verdade deve fazer parte de um esforço coletivo, por parte de todos aqueles que atuam na execução da política destinada à efetivação do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes (que não se restringe, logicamente, à atuação da Justiça da Infância e da Juventude e nem tem a “adoção” como única alternativa). Outra impropriedade decorre de uma aparente confusão entre a figura da “família extensa”, que por expressa definição do citado art. 25, par. único, do ECA (vide comentários), tem uma dimensão mais restrita, de outros parentes ou pessoas que mantenham vínculos com a criança/adolescente e, eventualmente, estejam dispostas a assumir sua guarda, tutela ou adoção (que são as três modalidades de colocação em família substituta). A “família extensa”, a rigor, é aquela que naturalmente, se houver, estará próxima (ainda que não “fisicamente”) à criança/adolescente, podendo mesmo ser por esta indicada (tomando por base o contido no art. 100, par. único, inciso XII, do ECA) a assumir ao menos sua guarda, até que uma decisão definitiva seja tomada. Se for necessário realizar alguma “busca” para localizar algum parente da criança/adolescente que tenha condições de assumir sua guarda/tutela/adoção, este dificilmente irá se enquadrar no conceito de “família extensa”, sendo certo, em qualquer caso, que a aferição da efetiva existência de vínculos de afinidade/afetividade (sob a ótica da criança/adolescente), da disposição e do preparo para assunção das responsabilidades inerentes à medida, assim como da adequação dessa colocação familiar aos interesses da criança/adolescente, deverá ser efetuada com cautela, sem prejuízo do acompanhamento posterior da adaptação ao lar substituto, dentre outras providências necessárias a evitar problemas decorrentes dessa colocação familiar, (DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO, 2020, p.55).

Ou seja, o genitor ou pai, não faz parte da família extensa, os quais são os parentes próximos e que se mantêm vínculos de afinidade e afetividade, que não bastam serem declarados, precisam ser comprovados, em razão do melhor interesse da criança.

Mas qual, é a eficácia de um sistema que não busca elencar o genitor/pai no seu direito de exercer a paternidade antes da família extensa?

Qual a eficiência e eficácia, de um sistema que condiciona afinidade e afetividade, para guarda ou adoção na família extensa, daquele que ainda não nasceu, ou quando nasceu,

⁴⁵⁴ Art. 19-A parágrafo 3º da Lei nº 13.509/2017: A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13509.htm Acesso em: 14 dez. 2022.

era desconhecido em razão da própria gravidez, ou até mesmo rejeitado desde que conhecida a gravidez? Ainda no §3º, percebe-se que pelo texto da lei que estipula o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período, é mais assertivo se estivesse alocado na Seção III que trata especificamente da colocação em família substituta (art. 25).

Seguindo a leitura do texto legal, apresenta-se mais uma vez fragilidade em apontar como única responsável ao cumprimento das diligências a Justiça da Infância e Juventude, eximindo os demais órgãos da responsabilidade pela sua efetividade.

O aspecto positivo da norma é a definição de um “prazo” (de 90 dias, prorrogável por igual período) para que essas “buscas” sejam realizadas, sendo certo que não é necessário esperar até o seu término para que a criança/adolescente seja inserido, por exemplo, em programa de acolhimento familiar ou colocada sob a guarda de terceiros, na comprovada impossibilidade de permanência junto à sua família de origem. Desnecessário também lembrar que a busca da “família extensa” ou de parentes em condições de assumir a guarda/tutela/adoção somente deverá ter lugar quando houver algum indicativo de que tais pessoas de fato existam, e pressupõe a efetiva realização de diligências pelos órgãos competentes, não podendo se tornar um mero “entrave burocrático” à conclusão do feito, (DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO, 2020, p. 56).

Afinal, a família substituta não tem apenas a adoção, como única medida legal e efetiva, contudo, o que dificulta a aplicabilidade para guarda na família extensa, é a fragilidade em sustentar o binômio da afinidade e afetividade ao recém-nascido em uma família que desconhece ou desconhecia a gravidez, ou que a renegou.

Não é razoável que a busca por algum parente interessado em assumir a guarda se restrinja aos integrantes da “família extensa”, pois é possível que haja algum parente próximo, ou mesmo pessoa que sequer possui vínculo de parentesco, mas que possua relação e afinidade/afetividade com a mãe e seu filho, que se proponha a assumir a guarda, inclusive para permitir à mãe um período maior de reflexão, (DIGIÁCOMO e DIGIÁCOMO, 2020, p. 56).

Indo mais além, via de regra a família extensa não deveria ser buscada quando a mulher decide pelo sigilo do nascimento conforme elenca o §5º⁴⁵⁵ do art. 19-A, configurando mais uma insegurança jurídico pela letra da lei.

Como preservar o direito personalíssimo do genitor, se no §4º, há a hipótese de que não haja a indicação deste, já que a mulher não é obrigada a fazê-lo? (BRASIL, 2017, n. paginado).

⁴⁵⁵ Art. 19-A, §5º da Lei nº 13.509/2017: Após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1º do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113509.htm Acesso em: 14 dez. 2022.

Seguindo com o §5º, se o desejo da mulher é de que ninguém tome conhecimento do nascimento em razão do direito do sigilo, o qual deveria ser respeitado e não questionado, tão pouco persuadido, pois qual seria à necessidade do acompanhamento interdisciplinar seguido de relatório com a observação das possíveis influências do estado gestacional ou puerperal, se não de influenciar a mulher em mudar sua decisão?

Tal questionamento surge também em complemento, à leitura do texto apresentado pela Cartilha do NUDEM (2022, p.12) como segue o trecho: “Caso a mulher, após atendimento pela equipe técnica do PJ, mantenha sua decisão de realizar a entrega legal, ela só poderá ocorrer após o nascimento da criança”. (grifo nosso)

Deste modo, observa-se:

(i) “Mantenha sua decisão”: supõe que o atendimento interdisciplinar ultrapassa o seu limite de investigar as influências do estado gestacional e puerperal sob a decisão antes do parto ou logo após o parto da mulher à entrega legal para a adoção, para a possibilidade de exercer influência e persuadir a mulher para que mude sua decisão da entrega voluntária.

(ii) “Entrega legal, só poderá ocorrer após o nascimento da criança”: texto confuso que segue na mesma direção do texto legal, haja vista a entrega realmente só ser efetivada quando do nascimento do recém-nascido, respeitando-se os prazos legais, sob pena de se estabelecer paralelamente por qualquer motivo à entrega do recém-nascido à terceiros (adoção intuito personae) ou que estejam impossibilitados de deter a guarda ou de serem adotantes.

Destarte, que há dois pontos à serem respeitados:

(i) Primeiro, no uso do princípio da autonomia privada pela mulher de que ao decidir pela entrega voluntária, de não sofrer qualquer tipo de constrangimento, inclusive por parte do Estado, na possibilidade de que a equipe interdisciplinar busque “mudar” a referida decisão em razão dos eventuais transtornos causados pelo puerpério e/ou pelo estado puerperal, ou para atender o princípio da prioridade pela convivência na família natural.

Deste modo, pode-se estar diante do caso típico de se aplicar a literalidade da lei e do princípio norteador de que a convivência na família natural é prioridade, evita-se uma adoção, e se desconsidera um eventual abandono intrafamiliar, consequentemente as mais diversas formas de abandono, que podem culminar na destituição do poder família, e a aplicabilidade do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou seja, a colocação em família substituta.

Pergunta-se: Em que momento a proteção integral da criança e do adolescente, descrita no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi preterido à outros princípios que dele decorrem?

Importante ainda observar, que remanesce a mulher o direito de resguardar fatos da sua vida íntima e privada dos sentidos alheios, bem como o da reserva de não ser importunado e constrangido, sob pena de atentar contra a sua dignidade, (SZANIAWSKI, 2005, p.35).

(ii) Segundo, no direito à convivência familiar e comunitária (art.19)⁴⁵⁶ que é direito da criança e do adolescente, nesse recorte do recém-nascido, que diante da entrega pela mulher, ou até mesmo da renúncia do genitor (família natural) e da família extensa ou da inexistência destes, seja imediatamente colocada em família substituta em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Pergunta-se: Em que momento há que se verificar que a família substituta pode ser o ambiente mais adequado à garantir o desenvolvimento integral do recém-nascido? Seria do atendimento interdisciplinar que irá verificar as possíveis influências do período de gestação ou puerperal na decisão da mulher? Seria apenas essa variável a ser observada pela equipe de atendimento interdisciplinar se a mulher ainda pode usar do direito de arrependimento na audiência, e até 10 (dez) dias após a prolação da sentença?

Portanto, a Entrega Legal não é o instituto do Parto Anônimo descrito no caput art.19-A, tão pouco pelo seu §9º.

O instituto do Parto Anônimo, como já exposto anteriormente é um instituto jurídico a ser considerado como tal em sua gênese, mediante seus objetivos e fundamentos para atender demandas sociais de interesse jurídico diante da análise de cada caso concreto que se apresente. Não está vinculado ao instituto descrito no art. 19-A por meio da nomenclatura da Entrega Legal, para superar uma realidade social brasileira qual seja o abandono, a adoção ilegal popularmente conhecida como adoção à brasileira e a também a adoção *intuitu personae*.

Sua abordagem é de proteção a mulher e também ao recém-nascido, mas que contempla brechas legais em seu procedimento, que vão de encontro à tutela dos direitos fundamentais e de personalidade, mas que precisam ser superados por uma política de proteção integral à todos os envolvidos, sem brechas, sem erros, sem incompletudes, sem incompatibilidades, como o Parto Discreto que será apresentado no próximo capítulo.

⁴⁵⁶ Art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente: É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 14 dez. 2022.

3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

O instituto do Parto Anônimo considerado em sua gênese no Direito francês com o instituto do *Accouchmant sous X* ou parto sob X, foi instituído em diversos países da Europa, como fundamento para minimizar a prática do abandono de recém-nascidos, sendo entendido por muitos operadores do Direito e historiadores, como uma nova versão da Roda dos Expostos inicialmente instituída na Itália pelo Papa Inocêncio III, com a criação de hospitais de caridade para acolher os expostos e cuidar dos doentes.

Contudo, ambos os institutos apesar de terem o mesmo fundamento qual seja inicialmente obstar a prática do abandono, possuem em sua gênese características próprias sejam sociais, culturais, políticas, econômicas e jurídicas que possibilitam não considera-los como sinônimos ou como institutos equivalentes para ser o Parto Anônimo uma nova versão da antiga Roda dos Expostos.

Considerar cada qual em sua gênese se faz de extrema importância ao âmbito jurídico para esclarecer e superar os erros cometidos pelos legisladores quando no ano de 2008 apresentaram o Parto Anônimo em três projetos de lei, usando a nomenclatura do Direito francês, a sua tradução do francês para o português de Portugal e depois para o do Brasil, o conceito do Direito belga para o Parto Discreto, o mesmo fundamento do abandono com base em um processo europeizado, social, político, cultural, e econômico, sem caráter científico e divergente da realidade brasileira.

Outro questão errônea a ser apontada ao afirmar que a Entrega Voluntária instituída pela Lei nº 13.509, de 2017, em complemento ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é o instituto do Parto Anônimo, condição que não merece prosperar. O Parto Anônimo busca inicialmente a proteção da mulher no anonimato de suas informações, como direito absoluto, trazendo um obstáculo ao conhecimento das origens daquele nascido sob o parto em X, e mesmo com sua flexibilização em 2013 para o conhecimento das origens em algumas condições, sua estrutura diverge da Entrega Voluntária, que no texto do art. 19 –A apenas regula o direito da gestante ou mãe de entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, encaminhando o recém-nascido à Justiça da Infância e da Juventude.

Porém, o erro maior do legislador pode-se apontar como o pouco conhecimento histórico e principalmente jurídico Parto Anônimo como instituto do Direito francês, sem uma análise profunda de sua compatibilidade com as normas vigentes internas à época de sua propositura, já que como um direito absoluto da mulher ao anonimato, e que sob qualquer hipótese o nascido sob o parto X, poderia conhecer de suas origens, este afrontaria não só o

princípio da dignidade da pessoa humana, mas os direitos de personalidade do indivíduo de conhecer suas origens e assim proteger à vida, à saúde, em ter qualidade de vida, inclusive para morrer com dignidade.

Ademais a afronta ainda produz efeitos jurídicos sob o âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 13 de julho de 1990, bem como na Convenção sobre os Direitos da Criança ratificado pelo Brasil em 02 de setembro de 1990, com a Doutrina da Proteção Integral, ao compreendê-los como sujeitos de direito, como cidadão plenos, com proteção prioritária, tendo em vista a necessidade do pleno desenvolvimento físico, psicológico e moral.

Para evitar novos erros quanto aos institutos em sua gênese e de extrema importância analisa-los para assim compreender não só a sua compatibilidade como a exemplo do Parto Anônimo, mas principalmente a possibilidade e compatibilidade de outros institutos como a exemplo do Parto Discreto com as legislações internas vigentes, e assim por meio de lei constituí-lo como política de proteção integral à mulher com o direito ao sigilo de suas informações e das condições do parto, do recém-nascido no direito de conhecer suas origens em razão do caso concreto, e quando em rota de colisão, tais direitos sejam ponderados e assim sendo considerado como direito o mais valoroso, como será verificado no capítulo à seguir.

PARTE IV – DA INSTITUIÇÃO DO PARTO DISCRETO NO BRASIL

CAPÍTULO I – DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Nesse capítulo, o objetivo é verificar a compatibilidade do Parto Discreto como instituto jurídico capaz de harmonizar e limitar os Direitos de Personalidade colidentes quais sejam o sigilo da identidade da mulher e das condições do parto, em detrimento do Direito ao Conhecimento da Origem daquele que nasce sob o parto discreto (sigiloso) com a legislação brasileira.

Para tanto alcançar o objetivo há que verificar o Parto Discreto primeiramente como instituto jurídico consonante aos preceitos constitucionais, principalmente ao que se determina no art. 227, ao reconhecer os menores de 18 (dezoito) anos como sujeito de direitos e portanto dignos da proteção integral. Segue posteriormente no ano de 1990 com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança com a Doutrina da Proteção Integral e em 2016 com o Estatuto da Primeira Infância, para garantir a proteção à vida, a saúde, e o pleno desenvolvimento físico, intelectual e psíquico.

Na sequência, há que se verificar o Parto Discreto como instituto jurídico é capaz de efetivar mesmo após a concepção o planejamento familiar ora regulado como direito fundamental estabelecido na Lei nº9.262 de 12 de janeiro de 1996, como exercício da autonomia privada dos indivíduos.

Nessa perspectiva, como instituto jurídico de proteção, volta-se para o dever da paternidade responsável à ambos os pais, numa tentativa de superar o abandono estruturado oriundo do patriarcado, e muitas vezes relativizados na figura do genitor (pai ausente), bem como os obstáculos para que a mulher possa exercer seus direitos sexuais e reprodutivos.

Direitos que inserem, principalmente quando a mulher se depara com uma gravidez não planejada e/ou indesejada, a exemplo dos casos de rejeição do companheiro e/ou da família, e violência sexual (estupro), que muitas vezes culminam em atos de abandono, aborto, infanticídio e adoções ilegais. Apresenta-se também na necessidade de se oportunizar à mulher por meio do Parto Discreto de além do seu direito ao sigilo da sua identidade, de se sentir capaz de exercer a maternidade com responsabilidade, e se o sentimento for em sentido oposto, que está seja protegida, juntamente com o recém-nascido ao ser entregue de forma segura ao Estado.

A efetividade também deve ser verificada ao proteger integralmente a mulher e o recém-nascido para que ambos tenham assistência antes, durante e após o período da gravidez e do nascimento, na garantia dos direitos a eles inerentes, e que também se estendem ao genitor quando busca estabelecer o estado de filiação.

Importante ainda verificar sua efetividade em desburocratizar o procedimento da adoção descrito nos arts. 39 ao 52 – D, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e do art. 19-A com a entrega voluntária do filho para adoção, e ainda na superação da incompletude do art. 48 ao conceder ao filho adotado de modo amplo e ilimitado o direito de conhecer da origem biológica.

Em um segundo momento, o objetivo é de verificar o Parto Discreto como pressuposto de cidadania por meio de um novo projeto de lei, mediante o cumprimento dos primados constitucionais para sua admissibilidade, com o uso correto de nomenclaturas e de conceitos, pelo legislador, para que estejam adequados ao contexto jurídico e social brasileiro, e que descrevam uma realidade a ser compreendida principalmente quando utilizado de linguagem técnica nas dimensões do dizer, explicar e traduzir.

SEÇÃO I - Da Compatibilidade do Parto Discreto como Instituto Jurídico

1.1 A não violação aos preceitos da Constituição Federal brasileira de 1988

A Constituição Federal brasileira de 1988, ao impor à família, à sociedade e ao Estado, o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem com absoluta prioridade direitos como à vida, à saúde, à alimentação, à educação, o lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, o respeito, à liberdade à convivência familiar e comunitária, com a observância de salvaguardá-los de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, descreve com exatidão o objetivo do Parto Discreto enquanto instituto jurídico.

O Parto Discreto ou o '*L'accouchement dans la discrétion*', que Szaniawski (2014, n. paginado) denominado de parto com discríção, busca garantir à mãe a possibilidade de parir sem sua identidade ser mencionada na certidão de nascimento, permitindo que a criança tenha acesso a alguns dados sobre suas origens após ser adotado por uma família (DROITS DE L'ENFANT, 2013. p. 3).⁴⁵⁷

Ao buscar proteger todos os direitos elencados na Constituição Federal brasileira de 1988, o instituto do Parto Discreto pode agir como instrumento eficaz ao alcançar os preceitos do art. 5º, § 2º, na primeira parte que se refere aos direitos já expressos no texto legal, na segunda parte com direitos e garantias não expressos, e na parte final àqueles incorporados após a ratificação de tratados de direitos humanos.⁴⁵⁸

De todos os direitos inerentes ao ser humano, incontestemente que o mais demanda de proteção é o direito à vida, como já mencionado, sem vida não há qualquer outro direito a ser exercido, por isso a família, a sociedade e o Estado não podem medir esforços para assegurá-la, e é nesse compasso que o Parto Discreto pode ser proposto.

Deste modo, é possível afirmar que no instituto do Parto Discreto há uma consonância axiológica e jurídica aos preceitos constitucionais brasileiros ao não mitigar ou anular quaisquer direitos, como:

- (i) Da autonomia da mulher em não exercer a maternidade;

⁴⁵⁷ Tradução livre do *Avis du Delege Generalaux Droits de l'Enfant*, sobre o *Accouchement dans la Discretion* do ano de 2013. Disponível em <http://www.dgde.cfwb.be/index.php?id=4425> Acesso em: 10 maio 2023.

⁴⁵⁸ Art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 23 jan. 2023.

- (ii) No exercício do direito ao sigilo da mulher;
- (iii) No direito à assistência médica, social e psicológica;
- (iv) Na assistência jurídica;
- (v) Na proteção integral na entrega do recém-nascido ao Estado;
- (vi) Na celeridade da colocação em família substituta;
- (vii) No convívio familiar e comunitário e
- (viii) No direito de conhecer suas origens.

O substrato enquanto instituto jurídico no direito brasileiro é o art. 1º, inciso III da Constituição Federal brasileira de 1988 ao assegurar a dignidade da pessoa humana tanto para a parturiente quanto para o recém-nascido, bem como na salvaguarda do direito à vida, previsto no art. 5º, e a proteção integral disposta no art. 227.

Segue também servindo aos preceitos constitucionais, ao assegurar condições dignas de existência, e o desenvolvimento da personalidade da criança e da própria genitora, como prescreve o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Se a adoção aos olhos da Constituição e da sociedade é um ato de amor, o Parto Discreto busca imprimir o mesmo olhar, sob o fundamento de autorizar que muitas mulheres cada qual na sua realidade, seja amparada, acolhida e protegida de qualquer forma de revitimização, exposição ou violência, além da já sofrida.

Por esse viés, o Parto Discreto, reitera os preceitos do art. 5º, inciso X da Constituição, de que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando em caso de violação, uma indenização pelo dano moral sofrido.⁴⁵⁹

No que alcança o direito a intimidade da mulher, em nada viola o direito da criança em conhecer de sua origem, seja de saber quem são seus pais ou sua ascendência genética, a qual se traduz no conhecimento da sua verdade biológica.

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. [...] Origens que não são apenas 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 a possibilitar a aplicação de impedimento matrimoniais ou prever e evitar enfermidades hereditárias, mas, responsabilmente, estabelecer o vínculo entre o titular do patrimônio genético e a sua

⁴⁵⁹ Art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: Inciso X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 23 jan. 2023.

descendência, assegurar o uso do seu sobrenome familiar, com a sua história e sua reputação, garantir o exercício dos direitos e deveres decorrentes do pátrio poder, além das repercussões patrimoniais e acessórias. A toda evidência, neste sistema jurídico, o conhecimento acerca da própria historicidade é direito elementar e fundamental. [...] Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma corte pode frustrar, (MORAES, 1997, p. 187-188).

No trecho acima citado, é possível observar que a Constituição Federal brasileira de 1988, além de assegurar os direitos de personalidade, também assegura o direito de conhecer a sua verdadeira identidade e não apenas os dados genéticos ou biológicos, condição a qual o Parto Discreto também em sua gênese (direito belga) busca proteger. Afinal, não há qualquer vedação, de que aquele nascido com discrição (confidencial / sigilo), venha a investigar a sua verdade biológica.

Tal condição da não vedação está elencada na proposição que modifica o Código Civil na Bélgica em 2010⁴⁶⁰ no que concerne ao '*L'accouchement discret*', e que ainda o diferencia do instituto do Parto Anônimo na legislação francesa, como segue:

Na Bélgica, as possibilidades são poucas para a mulher cuja gravidez é indesejada e que não deseja prosseguir com a adoção ou deixar sua condição constar em documentos oficiais. Na França existe uma base legal para o parto anônimo, mas tem muitos inconvenientes, que explicaremos a seguir. A falta de possibilidades legais na Bélgica levou ao ressurgimento de uma prática medieval, nomeadamente a das caixas para bebês. (...) Existe então uma alternativa que mantenha as vantagens do parto anônimo e evite suas desvantagens? Estamos convencidos de que o princípio do parto discreto é o que mais se aproxima disso. No quadro do parto discreto, conciliam-se tanto quanto possível os interesses do progenitor com os da criança abandonada, tanto a curto como a longo prazo. A grande diferença com o parto anônimo reside na constituição de um registo em que são registados uma série de dados, para que, quando surja a questão, possa eventualmente haver uma consciencialização recíproca da identidade do progenitor e da criança abandonada. Isso pode ser útil se, por exemplo, a criança abandonada deseja encontrar seus pais biológicos. O pai então permanece livre para decidir se concede ou não esse pedido. O pai então permanece livre para decidir se concede ou não esse pedido. (continua)

O importante a esse respeito é que a criança tenha pelo menos uma chance de encontrar suas raízes. A segunda vantagem do registo é ao nível das situações médicas. Suponha que o pai seja portador de uma doença hereditária. A criança que ele abandonou não tem, portanto, o direito de ser informada? No caso de parto anônimo, a criança não pode ser informada de qualquer maneira, mas no caso de parto discreto, essa possibilidade permanece. O parto discreto também pode ser combinado com um procedimento de apoio aos pais. A partir das conclusões da organização sem fins lucrativos Erkende Vlaamse Adoptiediensten, fica claro que, para os pais que estão acompanhados para abandonar seus filhos, outra solução é encontrada em 80% dos casos. Essa solução vai desde manter contato com a família adotiva até questionar a decisão de abandonar a criança. Em 20% dos casos, a criança é abandonada. Mas, mesmo neste caso, é importante que o pai receba o apoio necessário. Chegamos, portanto, à conclusão de que, depois de avaliar as diferentes possibilidades oferecidas

⁴⁶⁰ SENAT DE BELGIQUE. Session extraordinaire de 2010. 2 septembre 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret**. Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886187&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

a um pai que deseja abandonar o filho, o procedimento do parto discreto é o mais humano. Por um lado, porque permite acompanhar tanto o progenitor como a criança e, por outro, porque estabelece um equilíbrio entre os interesses da criança abandonada e as aspirações do progenitor. (Tradução livre).⁴⁶¹

Ao texto apresentado pelo Senado belga, é possível verificar as diferenças de ambos os institutos jurídicos, e que apesar de algumas ressalvas encontradas na doutrina brasileira, ao considerar ambos como a mesma gênese e como um retrocesso⁴⁶², sob o fundamento de que a mãe não irá prestar qualquer informação sobre sua identidade ou do pai da criança, e isso obstará o direito das origens, decorre minimamente um equívoco, ou de mais um erro doutrinário diante da evidente flexibilização de direitos da legislação belga em detrimento da anterior ao ano de 2013, que atualmente é mais flexível ao conhecimento das origens em determinados casos principalmente aqueles que envolvem à vida e à saúde.

Ademais, é inequívoco da leitura da legislação belga que o Parto Discreto, pondera e harmoniza ambos os direitos colidentes sigilo e conhecimento da origem genética, mediante o registro dos dados pessoais maternos no prontuário hospitalar, os quais podem ser revelados quando urge o direito de conhecer a origem genética para salvaguardar à vida, à saúde, a qualidade de vida e a morte digna, evidente no seguinte trecho:

(...) A segunda vantagem do registo é ao nível das situações médicas. Suponha que o pai seja portador de uma doença hereditária. A criança que ele abandonou não tem, portanto, o direito de ser informada? No caso de parto anônimo, a criança não pode ser informada de qualquer maneira, mas no caso de parto discreto, essa possibilidade permanece. O parto discreto também pode ser combinado com um procedimento de apoio aos pais (SENAT DE BELGIQUE, 2010, p. 2.) (tradução livre)

Importante elencar que apesar do sigilo da identidade da mulher que decide pelo Parto Discreto, esta deve informar dados pessoais que são importantes e necessárias na garantia do direito do recém-nascido sob discrição de conhecer suas origens, principalmente sua origem genética, por meio de uma lista de dados identificáveis⁴⁶³, como segue:

⁴⁶¹ Tradução livre. SENAT DE BELGIQUE. Session extraordinaire de 2010. 2 septembre 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret.** Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886187&LANG=fr> Acesso em: 10 maio de 2023.

⁴⁶² Ao tema Molinari (2011, p. 138), acredita que o parto anônimo é retrocesso histórico contra os direitos consolidados da criança. Assim explana: A garantia do eterno anonimato é prova de que os projetos retrocedem aos direitos já conferidos às crianças, tratando-as como meros objetos de direito e não como sujeitos que possuem direitos. Ser sujeito de direito implica possuir direitos e ter proteção da ordem jurídica caso eles não sejam efetivados; ser objeto de direito implica a situação de alguém ter direito sobre alguma coisa ou alguém.

⁴⁶³ Tradução livre. SENAT DE BELGIQUE. Session extraordinaire de 2010. 8 octobre de 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret.** Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886325&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

A lista de dados não identificáveis: Esta lista inclui informações gerais sobre a mãe (as características físicas, um rascunho do perfil, uma mensagem pessoal eventualmente deixada pela mãe ou pelos pais, todos os dados genéticos necessários, eventualmente os motivos e circunstâncias do abandono, etc.) . A criança pode consultar esta lista, através de um serviço de apoio profissional, a partir dos dezasseis anos. Em qualquer idade da criança, os tutores legais podem, no entanto, solicitar a consulta desta lista. As mães que pensam em abandonar o filho beneficiam de um acompanhamento adequado, juntamente com um período de reflexão de quatro meses após o parto. O governo nomeia estes serviços de apoio, aos quais as crianças abandonadas podem sempre recorrer para todo o apoio de que necessitam. O disposto na proposta de lei e nas orientações aplica-se também, no que couber, aos “pais que abandonam o filho” (SENAT DE BELGIQUE, 2010, p. 2.) (tradução livre)

Pelo texto, é possível verificar a preocupação do legislador em garantir que a mulher informe dados que possam em momento oportuno ser identificadas pelas crianças, a partir do dezasseis anos, que para o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), se insere em no art. 2º como adolescente por estar com 16 anos de idade completos, podendo consultar a lista, ou até mesmo seus tutores legais a qualquer tempo.

O texto ainda buscar proteger questões intrínsecas ao indivíduo ao estabelecer a idade mínima de 16 anos de idade para a consulta da lista de dados identificados de sua genitora, por considerar que nessa idade o consulente tenha maturidade emocional suficiente por estar em um período de grandes mudanças físicas, e principalmente emocional que pode gerar conflitos consigo e com a família socioafetiva.

A criança poderá dar sua autorização a partir dos dezasseis anos. O limite é estabelecido nessa idade, porque não é adequado confiar uma decisão tão importante e emocional a uma criança de doze anos. Nessa idade, a criança ainda não está emocionalmente madura o suficiente. Uma criança em plena puberdade, a caminho da adolescência, muitas vezes passa por um período difícil e preocupante. Depara-se com muitas mudanças, físicas, sexuais e emocionais, mas também relacionais, ao nível da relação com os pais, e sociais, sendo os filhos da mesma idade cada vez mais importantes. Durante este período de sua vida, a criança passa por diferentes fases de desenvolvimento, durante as quais entra em conflito consigo mesma e com seu ambiente. Ele vive a experiência da puberdade, pré-adolescência, desenvolvimento intelectual, etc. Ele é levado por um turbilhão de sentimentos. Portanto, não parece apropriado incomodá-lo ainda mais, confiando-lhe a responsabilidade de encontrar ou não sua mãe, que o abandonou. Todos os eventos importantes vividos por uma criança durante sua puberdade marcarão inevitavelmente seu desenvolvimento posterior. Portanto, é importante garantir que esse desenvolvimento ocorra nas melhores condições possíveis e que a criança só seja envolvida no procedimento quando atingir uma idade em que seja capaz de administrar racionalmente seus sentimentos (SENAT DE BELGIQUE, 2010, p. 2.) (tradução livre)

O limite legal estabelecido, vai de encontro à crítica feita por Szaniawski (2019, p. 459) em relação ao texto do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ao não estabelecer qualquer restrição (limite) para o conhecimento da origem biológica e também familiar, de ter maturidade emocional para conhecer dos fatos que cercam o seu nascimento,

sem restar prejuízos para o processo de adoção e da constituição e da permanência da unidade da família sociafativa formada.

Reiterasse portanto, não ser crível por parte da doutrina brasileira afirmar que o instituto do Parto Discreto é sinônimo do instituto do Parto Anônimo, tão pouco que seria àquele um obstáculo ou até mesmo um impedimento no direito ao Conhecimento da Própria Origem cuja titularidade é do filho.

Em complemento, é de suma importância reiterar que o instituto do Parto Discreto também não deve ser equiparado à Entrega Legal “Voluntária” descrito no art. 19-A §9º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), haja vista a condicional de garantia à mãe o sigilo do nascimento respeitado as condições dispostas no art. 48, do adotado ter o direito de conhecer sua origem biológica, bem como ter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Sendo o art. 48 pressuposto para o art. 19-A, §9º, os obstáculos possíveis e tangíveis aos direitos em tese são o acesso irrestrito sob pena de desconstituir não só a família sociafativa e seus membros bem como a genitora e/ou genitor na busca deste conhecimento e de uma eventual família por eles constituída, em conhecer de fatos do passado que podem desestruturar duas famílias.

Outra questão a ser apontada como obstáculo é a própria escrita do art. 19-A do §9º ‘sigilo do nascimento’, que faz a princípio referência as condições do parto e não necessariamente da intimidade da mulher, que se evidencia mais na ordem prática, bem como o fator limitante do art. 48 ‘após completar 18 (dezoito) anos’ sem ponderar as possíveis adversidades de cada caso concreto que diante da morosidade e burocracia do judiciário que podem assim como o abandono colocar em risco à vida da pessoa adotada e acometida por uma doença grave e que o tempo é um dos seus algozes.

Desta feita, o instituto do Parto Discreto vai de encontro ao pluralismo, ao um quadro pós-moderno qual se insere o Estado Democrático de Direito aos arranjos da sociedade pós-moderna, e que convivem de várias formas, baseadas no afeto, no respeito e na tolerância.

Arranjos pós-modernos salientam a tolerância de práticas que o tradicionalismo repudiaria. Ex-casais se frequentam para visitar, assistir socorrer, infelizmente sepultar ou – o que é mais prazeroso – para festejar com os filhos comuns. Proles diversas convivem e não se estranham. Filhos aprendem a partilhar com os enteados do pai ou da mãe os seus espaços, seus pertences e seu tempo. A filha solteira grávida já não tem de sair de casa, banida, repudiada. Pais assumem a criação dos netos e se renovam no contato com a infância. Filhos que preferem iguais já não são ignorados. Convivem diversas formas de reação. Mas a mídia investe massivamente para atenuar a indignação e a revolta. Contribui para evidenciar que o mundo mudou e que o

preconceito é crime. Respeitar as diferenças é um valor republicano. É um dever cívico do Estado democrático de direito que o Brasil perfilhou. O valor família continua a residir em todos os discursos. Mas é uma família diferente. Múltiplas as suas conformações. Impossível concluir que uma delas seja vedada pelo ordenamento. O mundo é como é, não como cada um gostaria de que ele fosse (NALLINI, 2009. p. 339-400). (grifo nosso)

Ademais, tendo como de partida não apenas os inúmeros casos de abandono noticiados pelas mídias, que ao serem conhecidos e investigados pelo Estado, se tornam indicadores de uma realidade social, e quando somados aos dados apresentados pelo Ministério da Saúde (DATASUS) de procedimentos realizados por mulheres como a exemplo da curetagem, que podem evidenciar casos de abortos clandestinos, e ainda aos dados do sistema judiciário (CNJ) de casos de infanticídios, há fundamentos suficientes para embasar um processo legislativo.

Por essa razão, é que se justifica a apresentação de tais notícias e dados nesse estudo, que em momento algum objetiva a fuga do tema central. O objetivo que se busca alcançar, é demonstrar que sobram embasamentos sociais e jurídicos, e que estes alcançam temas transversais e multidisciplinares, que precisam ser elencados para uma melhor compreensão do leitor.

Tais embasamentos apresentados neste estudo, seguem em um compilado de documento originais da Bélgica, até os documentos mais atuais referenciados como – DOC 55 – 1631/001 que foi o Projeto de Lei apresentado pela Câmara dos Deputados da Bélgica em 09 de novembro de 2020, relativo ao parto em discrição enviado pela Sra. Vanessa Matz e outros, e o DOC 55- 1631/002 o último projeto apresentado datado de 15 de março de 2022. (Vide Anexos 4 e 5).

Em seu resumo o referido projeto busca esclarecer seu objetivo, haja vista as questões controversas do parto no anonimato, para que não alcancem o parto com discrição, pois o documento visa encontrar uma solução ponderada para fornecer proteção conjunta para a mãe e o filho proporcionando a possibilidade da mãe dar à luz discretamente, e preservando a possibilidade que a criança nasça em boas condições e também para poder encontrar suas raízes (BÉLGICA, 2020, p. 1).⁴⁶⁴ (tradução livre)

Na sua introdução, os autores do projeto de lei buscam distinguir ambos os institutos, para evitar qualquer confusão entre suas definições, apresentadas com texto claro e objetivo, na qual o parto anônimo como o parto para qual a lei autoriza a mulher a não revelar sua identidade para ninguém, tão pouco à instituição de acolhimento onde dará a luz nem para as pessoas que

⁴⁶⁴ BÉLGIQUE. Chambre des représentants de Belgique. **Propositio de Loi relative à l'accouchement dans la discrétion**. DOC 55 – 1631/001, de 09 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.senate.be/translate.google> Acesso em: 17 mar. 2023.

irão ajudá-la, tratá-la ou ao registrador que irá receber a declaração de nascimento, impossibilitando a criança de ter acesso aos dados relativos dos genitores e das condições do parto (BÉLGICA, 2020, p. 2). (tradução livre)

Por outro lado, o parto na discrição que é definido como o parto de uma criança cercada uma certa confidencialidade; a identidade da mãe e o próprio fato de dar à luz pode permanecer discretos, mas os dados relativos à mãe e pai, ou ao co-pai, se estiverem disponíveis) deve ser mantidas pelo tribunal competente em matéria filiação e só são acessíveis à criança e em certas condições (BÉLGICA, 2020, p.2). (tradução livre).

A proposta lei visa permitir o parto na discrição, o que implica que uma mulher pode decidir dar à luz sem o seu apelido, nomes próprios e domicílio e possivelmente os do pai ou do co-pai são mencionado na certidão de nascimento, ela pode desistir desta decisão no prazo de dois meses após o nascimento da criança, caso em que é lavrada uma nova certidão de nascimento.

Se o nome da mãe não for mencionado na certidão de nascimento, considera-se, em ambos meses após o nascimento da criança, tendo dado consentimento para a adoção deste último se, naquele momento lá, ela não renunciou a sua decisão de dar à luz na discrição (BÉLGICA, 2022, p. 2).⁴⁶⁵ (tradução livre).

Assim sendo, ao apresentar o Parto Discreto, como um instituto jurídico e também social, tendo seus alicerces fundados na dignidade da pessoa humana, no respeito à vida, à liberdade, à intimidade, à convivência familiar e comunitária, e no afeto, faz-se incontroversa a não violação aos preceitos constitucionais vigentes, resta inequívoca a sua compatibilidade com as leis brasileiras.

Contudo, a sua compatibilidade, também será verificada nos próximos subtítulos quanto a afetividade no planejamento familiar mesmo após o ato da concepção, na proteção integral à mulher e ao recém-nascido, na desburocratização do procedimento de adoção, bem na superação da incompletude do art.48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

⁴⁶⁵ BÉLGIQUE. Chambre des représentants de Belgique. **Propositio de Loi relative à l'accouchement dans la discrétion**. DOC 55 – 1631/002, de 15 de março de 2022. Disponível em: <https://www.senate.be/translate.goog> Acesso em: 17 mar. 2023.

1.2 Na efetividade do Planejamento Familiar após o ato da concepção

Como princípio e direito fundamental estabelecido no art. 226, §7º da Constituição Federal brasileira de 1988, o planejamento familiar veio em 12 de janeiro de 1996 ser regulado por meio da Lei nº 9.262.⁴⁶⁶

Tem por objetivo principal, assegurar a todo cidadão o livre planejamento familiar, não cabendo ao Estado, a sociedade ou quem quer que seja, o direito de estabelecer condições ou limites, em respeito ao exercício da autonomia privada do indivíduo.⁴⁶⁷

De acordo com o art. 2º da referida lei, o planejamento familiar é entendido como “conjunto de ações de regulação da fecundidade na garantia de direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Mesmo que o planejamento familiar, esteja atrelado ao controle de natalidade, está mais alinhado como método que pode influenciar ou não nos números de nascimentos, ou seja, influenciar ou não um contingente populacional.

Contudo, como bem aponta a doutrina brasileira, não ser aconselhável utilizar controle de natalidade como sinônimo de planejamento familiar. Isso se justifica pelo entendimento que o controle de natalidade age como instrumento de dominação⁴⁶⁸, e o planejamento familiar como método contraceptivo, baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, (BRASIL, 1996, n. paginado).

Ao Estado cabe então, conforme o art. 1565 do Código Civil de 2002, propiciar recursos educacionais e financeiros, para que a mulher, o homem ou o casal, possam exercer o direito do planejamento familiar de forma livre, e sem sofrer qualquer tipo de coerção.⁴⁶⁹

Outra questão importante a ser observada ao tema, é a presença do infanticídio e do aborto nas sociedades mais primitivas, além das restrições sexuais impostas ao grupo, como

⁴⁶⁶ BRASIL. Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996, que regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm Acesso em: 24 jan. 2023.

⁴⁶⁷ Art. 1º da Lei nº 9.263/96: O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm Acesso em: 24 jan. 2023.

⁴⁶⁸ Art. 2º Parágrafo único da Lei nº 9.263/96 que proíbe a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm Acesso em: 24 jan. 2023.

⁴⁶⁹ Art. 1.565 do Código Civil de 2002 ao determinar que é pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, seguindo no parágrafo 2º que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 24 jan. 2023.

técnicas de controle de natalidade, quando o aumento do número de nascimentos, fosse uma ameaça a sobrevivência e/ou a promoção de escassez, (RODRIGUES, 1990, p.13).

Entre as três práticas de controle de nascimento citados, o infanticídio, era a princípio a técnica mais presente nos grupos, principalmente quando os recém-nascidos eram do sexo feminino, diante da sua capacidade reprodutiva.

Ao observar o infanticídio e o aborto como técnicas de controle de natalidade, é possível afirmar que o Parto Discreto como instituto jurídico, busca proteger a prática dos mesmos já que na legislação brasileira são descritos como crimes contra à vida, o que reforça o contexto de proteção da mulher e do recém-nascido.

Tais práticas, estão presentes também na sociedade contemporânea, tomando como exemplo a Política do Filho Único, imposta na década de 70 na China pelo ditador Mao Tsé-Tung, que limitava o casal a ter apenas um filho, sob pena de lhes ser aplicado multa e até mesmo esterilização. A referida política, tinha como objetivo evitar uma explosão demográfica, o abandono e a escassez.

Em maio do ano de 2020 a China, alterou a Política do Filho Único, ao permitir que os casais pudessem ter até três filhos, na expectativa de aumentar a taxa de natalidade e a mão de obra.⁴⁷⁰

Por meio do exemplo citado, é possível verificar que controle de natalidade não é sinônimo de planejamento familiar. A China impõe por meio de lei um número máximo de filhos permitidos por casal, condição inexistente na lei brasileira.

A lei de planejamento familiar, apesar de ser considerada um marco no Brasil, ao proibir políticas impositivas de controle demográfico, e por regulamentar questões que envolvem direitos sexuais e reprodutivos, bem como a autonomia da mulher sobre o seu corpo, sofre críticas, (VENTURA, 2009, p. 14).⁴⁷¹

⁴⁷⁰ Agência Brasil. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2021-08/politica-de-tres-filhos-e-confirmada-com-nova-lei-chinesa> Acesso em: 24 jan. 2023.

⁴⁷¹ VENTURA, M. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ª edição. Brasília – DF, 2009, p.14, elenca que a luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres sobre seu próprio corpo e pelo controle de sua capacidade reprodutiva é histórica, sendo que somente a partir dos anos 1970 é que teve início no plano internacional o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres como direitos humanos. Na atualidade, pode-se considerar que direitos reprodutivos são compostos por princípios e normas que garantem o exercício da sexualidade e reprodução humana, garantindo a liberdade para decidir o número de filhos, o intervalo entre seus nascimentos e o acesso aos meios necessários para o livre exercício de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer qualquer tipo de discriminação, violência ou restrição de qualquer natureza.

As principais críticas apontadas pela doutrina brasileira para esse recorte, alcançam a baixa efetividade do Estado brasileiro em conscientizar o cidadão a respeito do ato de planejar sua família, na responsabilidade no ato de decidir gerar vidas.⁴⁷²

As críticas tem por fundamento o que é determinado na própria lei de planejamento familiar conforme os arts. 4º e 5º, no dever de orientar o planejamento por ações preventivas e educativas, com apoio do Sistema Único de Saúde e ao sistema educacional, para garantir e assegurar o exercício do planejamento familiar de modo antecipado a concepção, caso contrário a realidade que sobrevêm é de uma gravidez não planejada e/ou indesejada a depender do caso concreto.

É nesse momento da gravidez não planejada e/ou indesejada que o Estado tem que garantir políticas públicas venham salvaguardar direitos que são inerentes à mulher e ao ser concebido, principalmente no direito à vida, a fim de evitar a prática do abandono, do aborto ilegal e clandestino e do infanticídio como o Parto Discreto. Sob esta ótica, o instituto do Parto Discreto estaria longe dos rótulos impostos ao instituto do Parto Anônimo, principalmente ao afirmarem que o instituto do Parto Anônimo foi criado para legalizar o abandono e a paternidade irresponsável, haja vista o referido instituto legitimar o direito à liberdade da mulher abandonar o seu filho.

Diz que a mulher possui o direito constitucionalmente protegido ao planejamento familiar e que o Estado não deve proteger uma situação em que o planejamento se frustrou, pois estaria legitimando a paternidade e maternidade irresponsável. Repisa que o papel do Estado nas hipóteses de gestações indesejadas deve ser o de amparar a gestante com atendimento médico, possibilitando acesso ao trabalho e garantindo educação e saúde à criança, e não respaldar o abandono. Afirma ainda que não existe direito à liberdade da mulher de abandonar seu filho, (PENALVA, 2008, p.92).

Nesse momento, vale a ressalva de que a paternidade responsável, não é apenas dever da mulher. Porém, na sociedade contemporânea, é bem mais aceitável que a figura paterna seja irresponsável à figura materna, pois, segundo Clarice Marcolino e Elizabeth Galastro, questões de fertilidade recaem na questão de gênero, do machismo e da perpetuação da desigualdade feminina, que por vezes até na construção de políticas públicas a única ou a maior responsável pela gravidez é a mulher, (HAJA, 2021, n. paginado).

Deste modo, se a mulher não desejar exercer a maternidade mesmo que não planejada ou indesejada, ela pratica abandono.

⁴⁷² Agência Brasil. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2021-08/politica-de-tres-filhos-e-confirmada-com-nova-lei-chinesa> Acesso em: 24 jan. 2023.

Entretanto, genitor pode até abandonar o filho, desde que honre pelo menos com a obrigação alimentar, mesmo com valores miseráveis, mas que acaba se sobrepondo as demais obrigações que lhe são inerentes a paternidade responsável como a assistência material, intelectual, moral e afetiva.

Para a mulher, resta se socorrer do Judiciário, para que seus direitos e do “seu” filho sejam reconhecidos, pois na maioria dos casos o “nosso” filho não existe, “a paternidade responsável” é só dela. Ademais, o que existe como resultado do socorro do Judiciário é apenas a formalização do direito da criança de ter o nome do pai e dos avós paternos no seu registro de nascimento, mas não lhe garante o afeto.

Seriam os tais rótulos os melhores argumentos da doutrina, para obstar a compatibilidade do instituto do Parto Discreto como instituto jurídico com capacidade para proteger os direitos da mulher, do recém-nascido e da família, sopesar direitos colidentes, e ainda suprir as lacunas e possíveis falhas da Lei do Planejamento Familiar?

Há que se reconhecer que muitas leis enquanto políticas públicas, não alcançam a todos, e acabam deixando à margem uma parcela das pessoas que se encontram nas camadas mais pobres, sem acesso à qualquer informação.

O que se pretende instituir, é um instituto jurídico que possa permitir que em todos os casos de gravidez não planejada⁴⁷³ ou indesejada como as concebidas de um estupro, em que a mulher possa exercer o seu direito ao planejamento familiar, mesmo após essa concepção, decidindo por exercer ou não a maternidade com responsabilidade como a própria lei determina, (HAJA, 2021, n. paginado).

Ademais, a paternidade e a maternidade responsáveis se efetiva ao garantir que todos os cuidados sejam prestados àquele que acabou de nascer e que é totalmente dependente de outro ser humano para sobreviver, e para se desenvolver de modo pleno, nas condições oriundas do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o direito de planejar a família sem intervenção do Estado, há que se ter como ponto de partida não o exercício dele, mas o dever da paternidade responsável. Deste modo, o planejamento familiar há que ser compreendido, não apenas como um direito fundamental, mas principalmente como um dever fundamental.

⁴⁷³ Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), a gravidez não planejada e muitas vezes precoce, só no período da pandemia estimou-se que 47 milhões de mulheres estão nessa situada distribuídas em 114 países de baixa e média renda, incluindo o Brasil, pela falta de acesso a contraceptivos modernos, o que pode derivar em 7 milhões de gestações não planejadas. Disponível em: <https://www.haja.org.br/post/planejamento-familiar-n%C3%A3o-%C3%A9-responsabilidade-apenas-da-mulher> Acesso em: 24 jan. 2023.

1.3 Na efetividade da Proteção Integral à Mulher e ao Recém-Nascido

A Proteção Integral, como doutrina tem por escopo assegurar meios e condições para aqueles com menos de 18 (dezoito) anos de idade, sob a ótica da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, nos níveis físico, mental, social, moral e espiritual, baseado na dignidade e na liberdade, (HIRAMOTO e FERREIRA, 2022, n.paginado).

A máxima da Proteção Integral, foi criada pela Organização das Nações Unidas (ONU) por meio da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança de 1989 (CRC), sendo ratificado pelo Brasil como Estado Parte, em 24 de setembro de 1990 com o Decreto Legislativo, 28/90. Porém, a Constituição Federal brasileira quando promulgada em 1988, já reconhecia o direito à proteção integral aos menores de 18 (dezoito) anos, conforme se depreende o artigo 5º, parágrafo 2º.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...] (BRASIL, 1988, n. paginado).

A necessidade desse reconhecimento se deve principalmente pelos fatos históricos do final do século XVIII no Brasil, com o número de crianças abandonadas e carentes, que muitas vezes eram amparadas pelas instituições ligadas à Igreja Católica por meio da Roda do Expostos.

Contudo, com o número crescente de amparos realizados por tais instituições e a dificuldade inclusive para ser ter amas para o cuidado com às crianças, criaram-se outras instituições como os orfanatos, patronatos e os seminários, voltados especialmente para aqueles que estavam em situações irregulares, como abandono, violência e precariedade.

Desta feita, a Constituição Federal brasileira de 1988, vem também por meio do art. 227, como dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar a proteção integral à criança, ao adolescente e ao jovem para que estes estejam à salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em 1990, o Brasil promulga lei específica nº8.090 de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que em seu art. 1º, reafirma a política da Proteção Integral, na qual as três esferas do Estado, tem o dever de não medir esforços para concretizá-la.

A condição que se elevou a criança e o adolescente à sujeitos de direitos, se traduz em garantir que o Estado sempre busque mecanismos legais que condigam com a realidade a qual se quer amparar, o que muitas vezes precisa estar despida e distante do conservadorismo e dos tabus sociais. Caso contrário, pode haver a perpetuação da construção de políticas públicas (leis), que sejam desarticuladas, lacunosas, pouco ou nada efetivas em sua execução, estando em descompasso com os princípios constitucionais. Ao tema, Cury (2006, p.15), entende que:

A síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento. Assim, as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir a satisfação de todas as necessidades das pessoas de até 18 anos, não incluindo apenas o aspecto penal do ato praticado pela ou contra a criança, mas o seu direito à vida, saúde, educação, convivência, lazer, profissionalização, liberdade e outros.

Pelos escritos de Cury (2006, p. 15), é possível observar que qualquer política pública voltada para a proteção integral de crianças e adolescentes, deve considerar todos os princípios constitucionais e assim primar por sua efetividade. Tal premissa pode ser verificada quando em 2016, foi promulgada a Lei nº 13.257 de 8 de março⁴⁷⁴, ao dispor sobre as políticas para a primeira infância, em especial aqueles que estão entre 0 (zero) e 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois meses) de vida da criança, como forma de garantir a vida e a saúde, e promover o desenvolvimento físico, intelectual e psíquico, por se considerar o ser humano mais dependente e frágil. (grifo nosso)

Para tanto, a referida lei ainda determina, o direito à proteção à vida e da saúde, deve ser realizado conforme art. 7º “mediante políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.⁴⁷⁵

Mediante as observações feitas, pode-se verificar que o Parto Discreto, busca considerar e efetivar tais direitos inerentes daquele ser humano que está em fase de

⁴⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 13.257 de 08 de março de 2016**. Art. 2º: para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança. Art. 3º: a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm Acesso em: 26 jan. 2023.

⁴⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 13.257 de 08 de março de 2016**. Art. 7º: a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm Acesso realizado em: 26 jan. 2023.

desenvolvimento, para que este não seja abandonado logo após o seu nascimento em condições desumanas, que venham atentar contra a sua dignidade e sua vida.

O abandono necessariamente não se resume apenas em deixar seu filho dentro de uma caixa de papelão, ou dentro de uma sacola plástica em um terreno baldio, como apresentado em sessão anterior por meio das reportagens. O abandono, também é aquele sofrido pelo filho, quando a paternidade é exercida com irresponsabilidade, ou seja aquela que é nociva aos interesses da criança e dessas ações resultarem traumas, como a exemplo do abandono afetivo, como segue trecho do acórdão ao tema de relatoria da Ministra Nancy Andrighi proferida em 21 de setembro de 2021:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.887.697 - RJ (2019/0290679-8): APLICAÇÃO DAS REGRAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES (...) 5. Superior Tribunal de Justiça compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana, de modo que, se de sua inobservância, resultarem traumas, lesões ou prejuízos perceptíveis na criança ou adolescente, não haverá óbice para que os pais sejam condenados a reparar os danos experimentados pelo filho.⁴⁷⁶

Assim sendo, é possível perceber o quão importante é o exercício da paternidade responsável por ambos os genitores, que poderá ser realizado por meio de ações que eduquem e informem sobre o planejamento familiar, e principalmente à mulher de decidir individual e/ou conjuntamente sobre seus direitos sexuais e reprodutivos como orienta a Declaração de Beijing como segue:

Art. 96 direitos sexuais: “os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência”(PEQUIM, 1995, p. 179)

Art. 223 direitos reprodutivos: “direitos básicos de todos os casais e indivíduos a decidir livre e responsavelmente o número, a frequência e o momento para terem seus filhos e de possuir as informações e os meios para isso, bem como do direito a alcançar o mais elevado nível de saúde sexual e reprodutiva” (PEQUIM, 1995, p. 225).

Nessa perspectiva é possível verificar a proteção de modo integral, por meio do instituto do Parto Discreto ao buscar inserir à mulher grávida nessa máxima proteção, para que

⁴⁷⁶ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1.887.697-RJ. Disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=136048530&tipo=5&nreg=201902906798&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210923&formato=PDF&salvar=false> Acesso em: 21 maio 2023.

conheça dos seus direitos, bem como daqueles que possam estar junto à ela nesse período de gestação e após o nascimento.

Tal condição é de extrema importância, em razão da realidade social em que a mulher grávida está inserida, ou seja, à sua história de vida que lhe é única e precisa ser considerado.

A mãe que entrega ou pretende entregar seu filho em adoção quase não tem sido objeto de estudo em nosso meio, e muito menos de ações que visem à profilaxia dos danos que a entrega mal elaborada pode causar a mãe que entrega e especialmente à criança, sem mencionar as sequelas sociais de tal omissão. As necessidades da mãe biológica, seus motivos ou circunstâncias, devidas aos aspectos psicológicos ou de outra ordem que influenciaram na entrega do filho em adoção, via de regra, são ignorados, muitas vezes desconhecidos mesmo, pois quase não há quem faça perguntas esclarecedoras. Se a entrega do filho em adoção é o momento a partir do qual tudo começa, entendemos que este é um caminho a ser aberto, merecedor de atenção para que se alcance a compreensão das condições e necessidades dessas mães ignoradas pelo silêncio imposto à questão, (MOTTA, 2007, p. 245).

A proteção integral que se busca, ao considerar as palavras de Motta, é de se quebrar muitas vezes o esquecimento que paira sobre a mulher, para que esta não seja esquecida, discriminada, ou oprimida, tão pouco deixada em segundo plano. A sua dignidade de pessoa deve ser preservada, efetivada e em muitos casos reestabelecida, ao que pese a forma e as condições em que essa gravidez ocorreu.

A forma e as condições em que a gravidez ocorreu, muitas vezes gera traumas irreparáveis como a exemplo de uma gravidez indesejada fruto de um estupro, de uma relação extraconjugal, ou até pela rejeição do genitor que é seu companheiro, que perfaz a figura do homem ou o pai, que não estarão, ou que não querem saber do parto e/ou do filho, (SENAT DE BELGIQUE, 2010, p. 2).⁴⁷⁷

A experiência comprova que, na maioria dos casos, os progenitores perderam o interesse pela gravidez e, por outro lado, a lei de filiação já prevê restrições à liberdade de reconhecimento paterno, como a regulamentação do reconhecimento da criança nascido de mulher casada, por homem que não seja o marido, ou o controle do reconhecimento de filho nascido de relação extraconjugal do pai ou em caso de fertilização artificial com esperma de doador anônimo (o biológico pai obviamente não é conhecido), (SENAT DE BELGIQUE, 2010, p. 2). Tradução livre.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ Tradução livre. SENAT DE BELGIQUE, Session extraordinaire de 2010. 15 octobre de 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret.** Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886454&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

⁴⁷⁸ Tradução livre. SENAT DE BELGIQUE, Session extraordinaire de 2010. 18 novembre de 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret.** Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886747&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

Contudo, caso um homem tenha suspeita se deve dar soluções para aquele que procura o seu filho de encontra-lo, e até mesmo de toma-lo aos seus cuidados de forma eficaz, inclusive estabelecendo filiação se assim manifestar vontade, ao presidente da corte de primeira instância, no prazo de dois meses a contar do nascimento da criança, e só após esgotado esse prazo é que seria encaminhada a adoção (SENAT DE BELGIQUE, 2010, p. 2).⁴⁷⁹

A preocupação com os direitos do genitor (*Droits du père*) uma vez questionado no Parto Anônimo (direito francês) e nos projetos de lei apresentados no ano de 2008 no Brasil, não sobreste no instituto do Parto Discreto, que considera tais direitos na mesma proporção que à ele interessa estabelecer vínculos de filiação.

No entanto, por ser um ato unilateral, é possível manter a discrição sobre a identidade da mulher, não estabelecendo a mesma o vínculo familiar (SENAT DE BELGIQUE, 2010, p. 2).

Destarte que a proteção integral, busca alcançar até mesmos os direitos que possam vir a ser colidentes, com um viés humanista, em equilibrar todos os interesses individuais, seja da mulher e da criança, em razão do caso concreto que se apresente.

A consonância existente do Parto Discreto como instituto jurídico se subsume a literalidade do art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), quando este determina que “a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (grifo nosso).

Para que o referido artigo se efetive há que se proteger à mulher, educando e orientando para todos os direitos e deveres que inerentes à gestação, seja ela não planejada ou indesejada, ou por qualquer que seja a sua motivação para decidir pelo sigilo da sua identidade e pela adoção do recém-nascido, evitando assim abandono, aborto, infanticídio, adoções contrárias ao que a lei determina, e outras mazelas que possam lhe acometer.

O instituto do Parto Discreto, segue com a proteção integral à mulher, ao consolidar a necessidade de atendimento e acompanhamento integral, antes e após o parto, principalmente mediante apoio psicológico para lidar com o seu presente, passado e o seu futuro quando decidir pela discrição ao parto e consequentemente a colocação do recém-nascido para adoção.

⁴⁷⁹ Tradução livre. SENAT DE BELGIQUE. Session extraordinaire de 2010. 15 octobre de 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret.** Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886454&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

Uma mulher grávida que, por um motivo ou outro, deseja, pode manter em segredo sua gravidez ou parto. O parto ocorre sob supervisão profissional e nas melhores condições. Se desejar, a mãe também pode se beneficiar de apoio após o parto. O acompanhamento é uma necessidade absoluta, por um lado, para preservar a saúde da mãe e da criança e, por outro, devido aos problemas psíquicos com os quais a mãe se depara ao mesmo tempo antes, durante e depois. parto. Antes de dar à luz, é importante que a mãe esteja acompanhada, para que ela saiba que não está sozinha. Ela será capaz de lidar melhor com os sentimentos de desonra, vergonha, desapontamento, etc., que está fadada a enfrentar. O apoio adequado também contribuirá para capacitá-lo a tomar uma decisão bem ponderada. Em alguns casos, pode até ser possível evitar que a mãe chegue ao abandono. Também é garantido que o parto será realizado em um bom hospital que ofereça a correta assistência médica necessária. Escusado será dizer que o apoio também é crucial após o parto, pois não é incomum que as passem por um período difícil e traumático mais tarde. O apoio psicológico adequado pode ajudá-los a lidar com o passado, (SENAT DE BELGIQUE, 2010, p. 2).

Assim sendo o instituto do Parto Discreto, mais uma vez se apresenta em consonância com a proteção integral elencada no art. 8º e seus parágrafos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no direito de assegurar a todas as mulheres acesso não só a programas de saúde, mas às políticas de saúde da mulher que envolvam planejamento reprodutivo, nutrição adequada, humanização na gravidez, no puerpério, no parto e ainda atendimento pré-natal, perinatal, e pós-natal por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

A proteção à mulher se torna ainda mais inequívoca na proteção integral, ao texto do §4º ao incumbir ao poder público o dever de proporcionar assistência psicológica a gestante durante a gestação, para prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal (infanticídio e depressão) e do § 5º que incluem as gestantes e as mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção.

1.4 Da desburocratização do processo de adoção

A adoção é um dos institutos mais antigos da civilização, praticada desde os Hebreus e com uma peculiar evolução histórica desde Roma, que anterior a era cristã segundo Bandeira (2001, p.17), acontecia por intermédio dos deuses lares familiares, “Eu sou o Lar da família que mora na casa donde me vistes sair. É esta a casa que eu habito já há muitos anos e é ela que eu tenho protegido, Tanto para o pai, como para o avô, daquele mesmo que hoje a possui”.

Para os Romanos, a ideia que se difundiu para a adoção, era de ordem religiosa e legal, uma vez que era necessário o culto aos ancestrais, para que a família não se extinguisse (DIAS, 2015 p.152).

Entretanto na Idade Média, a adoção permeia o desuso em razão das motivações do Direito Canônico, superada pela ideários da Revolução Francesa de 1789, e inserida no Código Napoleônico, (DIAS, 2015, p. 152).

Mas a adoção ganha significativa importância a nível mundial com o período do Pós-Guerra principalmente da 2ª Guerra Mundial, entre 1939 e 1945 pelo número crescente de crianças e adolescentes órfãos, vivendo em condições sub-humanas e em locais inóspitos, e que precisavam ser acolhidas e cuidados por uma nova família.

Desta feita, a adoção começa ser objeto das constituições como a exemplo do Brasil, que por meio da Constituição Federal brasileira de 1988, institui a política de proteção integral a crianças e adolescentes, reiterando-a com a legislação específica do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 13 de julho de 1990.

A partir de 1990, instaurou-se um novo paradigma de proteção aqueles indivíduos menores de 18 (dezoito) anos, que tinham prioridade absoluta pelo Estado, pela Família e pela Sociedade, para garantir legalmente a sua convivência familiar e comunitária, quando da prática de qualquer ato ilícito seguido da destituição do poder familiar e do encaminhamento por meio da adoção a um novo núcleo familiar (família substituta) que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ou pela entrega voluntária instituída inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente no ano de 2017 por meio da Lei nº 13.509/17⁴⁸⁰.

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção encontra-se disciplinado entre os arts. 39 a 52, e precisamente no art. 41⁴⁸¹ apresenta seu objetivo de atribuir a condição de filho ao adotado, tendo esse os mesmos direitos e deveres como se filho natural fosse (BRASIL, 1990, n. paginado).

Para Szaniawski (2019, p.172) a adoção “constitui-se sem sombra de dúvida, em um ato de amor e desprendimento”. É a mais antiga modalidade em todo o mundo, de constituir alguém como filho além da forma biológica.

A adoção visa que a criança possa ser criada e educada, mesmo não gozando do mesmo sangue, é um feito decisivo e legal de tornar alguém seu filho, com comprometimento e amor.

⁴⁸⁰ BRASIL. Nova Lei de Adoção. Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁸¹ Art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente: A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 10 jan. 2023.

Ademais, a adoção deve ser aquele ato que acate sempre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, observando as reais vantagens ao adotando, tudo em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1990, n. paginado).

Contudo, ainda permanece uma das principais críticas a adoção, ora relacionada ao seu procedimento burocrático e moroso, que de certa forma traz impactos negativos a vida de crianças e adolescentes, que anseiam por uma família, e que a princípio não foram superados pelas leis de adoção, seja a Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009 ou pela Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017.

Segundo nota do Conselho Nacional de Justiça de 10 de outubro de 2020, as 4.533 unidades de acolhimento no Brasil, há 30.982 crianças e adolescentes acolhidos, sendo que apenas 5.154 estão disponíveis para adoção, pois já estão com o poder familiar destituídos judicialmente (CNJ, 2020, n. paginado).

Deste modo, o número de crianças e adolescentes acolhidos que não estão disponíveis se inserem no indicativo de ainda não terem o poder familiar destituído pelo Judiciário, o que contempla um universo de 25.828 (vinte cinco mil oitocentas e vinte e oito) sujeitos de direito.

Mesmo com a implantação do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento - SNA, o processo ainda não é célere como se objetivava com a escrita do procedimento em lei.

Conforme os números apresentados em 2020, só a região Sudeste do Brasil acolhe mais de 15 (quinze) mil crianças e adolescentes, e a região Norte pouco mais de 1,9 (um vírgula nove) mil crianças e adolescentes, (CNJ, 2020, n. paginado).

Contudo, tais números sofrem certamente dos processos culturais que ainda permanece estruturado em algumas comunidades como a exemplo da adoção à brasileira ou até mesmo a adoção *intuito personae*, que são ilegais, mas que podem gerar controvérsia nos dados apresentados.

Porém, o que importa sobremaneira para esse estudo, é a morosidade e a burocracia do procedimento da adoção no Brasil, mesmo sendo pelo procedimento atual da entrega voluntária, com o manifesto da genitora pelo desejo de não exercer a maternidade, a qual deverá proceder com o registro do recém-nascido sobre o seu nome, constituindo um vínculo materno-filial jurídico.

A adoção, segue sempre para dois possíveis caminhos, primeiro com a tentativa de reintegração na família originária ou na extensa se houver conhecimento de quem sejam e manifestem interesse, ou o segundo com a destituição do poder familiar que a doutrina majoritária considera como um dos principais entraves ao princípio da celeridade.

O processo de adoção no Brasil apresenta facetas burocráticas ao ponto que algumas pesquisas já demonstraram que o número de famílias dispostas a adotar é superior a quantidade de crianças em abrigos, mas mesmo assim, continuam os abrigos lotados e desprovidos de infraestrutura para tantos menores (CÂNDIDO; OSÓRIO, 2009, p. 10).

A destituição do poder familiar é o início do processo de adoção, que se dará apenas quando foram esgotadas todas as possibilidades de manter a criança e o adolescente na família originária, também chamada de biológica.

Posteriormente há que se ter o consentimento para a adoção, colhida em audiência pelo juiz, na presença do representante do Ministério Público, tudo em conformidade ao art. 166, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Importante observar que, ainda é possível retratar o consentimento colhido em audiência até a data em que for publicada a sentença de adoção, que não pode ser realizado por escrito, tão pouco anterior ao nascimento da criança, art. 166⁴⁸², §§5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

É incontestável que o Estado, tem preferência em manter a criança e o adolescente no seio da família biológica, custe o tempo que custar, e por diversas vezes desconsiderar o tempo como um indicador de impactos negativos para àqueles ao qual se tem o dever da proteção absoluta.

Ao consultar os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mesmo com o uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) para acesso às informações por meio da busca ativa de pelo menos 33.000 (trinta e três mil) pretendentes a adoção aos 3.751 (três mil setecentos e cinquenta e um) perfis aptos para adoção, impera ainda a morosidade e a burocracia (CNJ, 2022, n. paginado).

Os pretendentes devem estar cadastrados, devem preceder um período de preparação psicossocial e jurídica, sendo sua inscrição deferida após prévia consulta aos órgãos técnicos do Judiciário, da manifestação do representante do Ministério Público, mediante a satisfação de todos os requisitos legais previstos nos artigos 29 e 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

⁴⁸² Art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. §5º O consentimento é retratável até a data da realização da audiência especificada no § 1º deste artigo, e os pais podem exercer o arrependimento no prazo de 10 (dez) dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar. § 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 10 jan. 2023.

Art. 29. Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezoito anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Ainda remanescem para o deferimento da adoção, os pressupostos, que são: (i) à pessoa do adotante, (ii) à pessoa do adotando, (iii) o estágio probatório de convivência, (iv) o consentimento do próprio adotando, dos pais ou do representante legal (SZANIAWSKI, 2019, p. 194).

Importante observar que o pressuposto do item (iii) estágio probatório de convivência, ora considerado o mais importante, que é via de regra fixado a critério da autoridade judiciária, observadas as peculiaridades de cada caso, não inferior a 30 (trinta) dias e dentro do território nacional, pode culminar uma devolução da criança ou do adolescente, sem qualquer motivo.

A doutrina denomina de devolução imotivada, que nas palavras de Queiroz (2014, p.52), não é reconhecida por lei.

Remanesce como possível justificativa para a devolução injustificada, mais um indicador para a morosidade e burocracia que é a concessão legal dos pretendentes à adoção, na construção do filho ideal, mediante a escolha do perfil por meio de uma “fórmula mágica” de selecionar caracteres como: idade + sexo + cor + raça + saúde + etnia = filho perfeito.

Nessa perspectiva, a devolução injustificada que é justificada pela idealização do filho perfeito, poderia em razão do caso concreto motivo por abandono, sob a nomenclatura reabandono.

Ademais, a própria doutrina brasileira explana que a depender do caso concreto pode ou não haver danos psicológicos a criança ou adolescente, pode ou não o sistema sofrer de falhas no processo de avaliação e análise psicológica e social dos pretendentes à adoção.

Para Cruz (2014, p.98), as devoluções imotivadas, sempre aconteceram, pois há uma busca na figura ideal do filho na criança ou adolescente abrigado, o que na maioria dos casos

não é prejudicial, pois a adoção cumpre seu papel fundamental que é substituir o abandono pela marca do amor.

Porém, o mesmo autor pondera que os danos psíquicos que derivam do reabandono, ou seja, da devolução injustificada, são mais catastróficos que aquele já gerado pelos pais biológicos com o abandono.

Questiona-se? Se a política da proteção integral ora consonante com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, daquele que está em pleno desenvolvimento físico e psicológico, é ter do Estado, da Família e da Sociedade o dever de protegê-lo, porque se admite o reabandono e seus efeitos catastróficos?

Ao tema Silva (1999, p.157), declara:

O Estatuto da Criança e do Adolescente fundado nos princípios emanados da “Doutrina da Proteção Integral dos Direitos Humanos”, propalada pelas Nações Unidas, abandona definitivamente a “Doutrina da Situação Irregular”, adotada pelo derogado Código de Menores”. A Norma estatutária procura tratar da criança e do adolescente como efeitos sujeitos de direito e não mais como objetos passivos da tutela dos responsáveis legais ou do Estado, dispondo sobre a proteção à família e a seus direitos.

Há que se primar, por processos que sejam efetivos e eficientes, e distantes de atos que autorizem um retrocesso a proteção integral.

Por fim, outro indicador, de burocracia e morosidade, é entender a adoção como medida excepcional e irrevogável.

Mesmo sendo na maioria dos casos, a criança ou o adolescente vítimas contumaz do próprio núcleo familiar, reitera-se que o Estado prima pela manutenção na família de origem ou extensa, como disposto no artigo 39, parágrafo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Entender a adoção como medida excepcional e irrevogável, a depender do caso concreto é arcabouço legal para revitimizar aquele que já é vítima, no esforço contumaz de muitos operadores e auxiliares da justiça, em manter a criança e o adolescente a todo custo sob o poder dos laços de sangue, enquanto ela deveria ser mantida nos laços da proteção integral, baseada pela maioria da doutrina brasileira no afeto.

Claro que ninguém questiona que o ideal é crianças e adolescentes crescerem junto a quem os trouxe ao mundo. Mas é chegada a hora de acabar com a visão romanticamente idealizada da família. O filho não é uma “coisa”, um objeto de propriedade da família biológica. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao seu interesse- quando a família não o deseja, ou não pode tê-lo consigo- ser entregue aos cuidados de quem sonha ter um filho (DIAS, 2017, p.508).

Se a família ganhou uma nova roupagem, redemocratizada dia após dia pelos primados constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da fraternidade, da criança e do adolescente como sujeito de direito, da proteção integral e do melhor interesse, questionasse: Onde está a afetividade e a desbiologização no procedimento da adoção?

Por meio de indicadores e dados apresentados, analisados e fundamentados, é possível entender porque os números apresentados de crianças e adolescente para adoção não fecham, bem como o motivo da morosidade imperar no seu procedimento.

No instituto do Parto Discreto as modificações ao procedimento de adoção, tal como são propostas neste caso, têm um duplo objetivo: por um lado, preservar o anonimato da mãe e, por outro, abreviar o procedimento para permitir que a criança viva o mais rápido possível em um ambiente estável.⁴⁸³

Nesse lapso temporal de 3 meses para o arrependimento em casos específicos, o princípio “*mater semper certa est*”, não é abandonado, mas é substituído pelo princípio “*mater temporarius secreta est*”, até o momento de iniciar a adoção, que ocorre após a alta hospitalar (BÉLGIQUE, 2022, p. 8). (tradução livre).⁴⁸⁴

Porém, se tais indicadores forem em si considerados para formulação de uma nova política pública de proteção integral, tal realidade pode ser minimizada e/ou superada, ao implementar o Parto Discreto como instituto jurídico com a estrita observância dos primados constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O que realmente precisa ser observado é que a criança e o adolescente são o cerne da legislação, e requer não ser mais vista e entendida como um objeto social nas relações quais estão inseridas e sim como sujeitos de direitos e dignos da proteção integral (OLIVEIRA, 2011, p. 143).

O objetivo do instituto do Parto Discreto, é de garantir às crianças e aos adolescentes, a efetividade dos seus direitos constitucionais e infraconstitucionais, como à vida, à dignidade, a convivência familiar e comunitária, a proteção contra todos os atos que possam atentar contra a sua integridade física, moral e psicológica como o abandono, o aborto, o infanticídio, e a ausência de afeto.

⁴⁸³ BÉLGIQUE. Chambre des représentants de Belgique. **Propositio de Loi relative à l'accouchement dans la discrétion**. DOC 55 – 1631/002, de 15 de março de 2022. Disponível em: <https://www.senate.be/translate.goog> Acesso em: 17 mar. 2023.

⁴⁸⁴ BÉLGIQUE. Chambre des représentants de Belgique. **Propositio de Loi relative à l'accouchement dans la discrétion**. DOC 55 – 1631/002, de 15 de março de 2022. Disponível em: <https://www.senate.be/translate.goog> Acesso em: 17 mar. 2023.

Mesmo sendo a princípio entendido como um tema complexo, pode como política pública assistencialista, atender o recém-nascido (criança), a genitora (mulher), a família (natural, extensa, substituta) e acima de tudo, romper com a inércia de um processo burocrático e moroso que atenta contra a dignidade de 30.982 (trinta mil novecentos e oitenta e dois) sujeitos de direitos e tantos outros que ainda estão por vir.

1.5 Na superação da incompletude do Artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Incluído no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por meio da Lei nº 12.010 de 2009, com a redação “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”, deve ser observado com algumas reservas. (grifo nosso)

A reserva qual se deve apontar, é a amplitude que o artigo 48 apresenta quando traz o direito do adotado a conhecer sua origem biológica (genética), como direito de personalidade, intransmissível e irrenunciável conforme o artigo 11 do Código Civil de 2002 “Com exceção dos casos previstos em lei, **os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária**”. (destaque nosso)

Como já apresentado nesse estudo o direito de conhecer sua origem genética ou biológica como direito de personalidade e desvinculado ao direito de família, por não estabelecer estado de filiação e sim buscar conhecer o seu código genético, ou seja, o seu DNA, como código específico que carrega todas as informações que podem lhe assegurar à vida, à saúde, à qualidade de vida e a prevenção de doenças genéticas e o direito de conhecer seu histórico familiar (boa memória familiar).

Contudo, Lôbo (2016, n. paginado) apresenta-o como um direito absoluto ao qual pouco importa a motivação, mesmo que seja apenas para satisfazer o anseio humano de saber de quem veio. Nesse ponto é que insere a primeira reserva, pela expressão: “pouco importa a motivação”, ou seja, não há limites para a motivação, basta o *ánimus* do indivíduo, ou seja, a vontade deliberada de saber de quem veio?

Tal reserva, pode-se fundamentar com base no texto complementar ao próprio art. 48, que no seu parágrafo único determina que “O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica”, (BRASIL, 2009, n. paginado). (grifo nosso)

Deste modo, o próprio texto legal observa a necessidade de quando o indivíduo menor de 18 (dezoito) anos motivar o acesso ao processo de adoção, como bem coloca Lôbo (2016, n. paginado) para satisfazer anseio pessoal, requer que lhe seja assegurada **orientação jurídica e psicológica** (destaque nosso).

Na orientação psicológica, remete-se a condição de que por ser menor, e estar em processo de pleno desenvolvimento em detrimento do critério biopsicológico, requer uma atenção maior para encaminhar o pedido.

Assim urge questionar:

1º Tal critério biopsicológico deve ser aplicado apenas ao menor de 18 (dezoito) anos, por acreditar-se que ao completar-se 18 (dezoito) anos todos os indivíduos detêm discernimento para entender a tomada de conhecimento dos fatos que levou seus genitores a abandoná-lo ou da genitora ter disposto do direito à entrega voluntária?

2º Como fundamentar um relatório técnico de cunho psicológico, sob a premissa de que pouco importa a motivação para conhecer a sua origem, mesmo que seja apenas para satisfazer o anseio humano de saber de quem veio, ou seja, um ato que beira curiosidade, pode desconsiderar todos os possíveis reflexos negativos ao indivíduo e a própria família sócio afetiva?

3º O direito a orientação psicológica não deveria ser destinada a proteção do núcleo familiar, para que os fatos do processo de adoção e seus eventuais incidentes quando conhecido pelo adotado, para ter maior amparo e compreensão de sua motivação?

4º Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, não deveriam todos os indivíduos assistidos na orientação psicológica diante dos possíveis reflexos negativos que os fatos do processo de adoção e seus eventuais incidentes podem causar a cada indivíduo do núcleo familiar?

O que se pretende com tais questionamentos não é desconstruir o direito de personalidade do adotado, mas questionar o limite para o exercício desse direito em detrimento dos direitos de personalidade que são também inerentes para a preservação do núcleo familiar, entendido como a base e alicerce fundamental do ser humano.

Para Szaniawski (2014, p. 17), o referido dispositivo legal, como cláusula geral e ilimitada, ao outorgar ao adotado o direito de conhecer sua ascendência biológica, bem como ter acesso irrestrito às informações, documentos e conteúdo do processo de adoção após completar 18 (dezoito) anos, ou mesmo ao menor de 18 (dezoito) anos, rasga o véu que envolvia o segredo familiar e profissional.

Ademais, não se pode desconsiderar o segredo familiar, no qual o pensamento de médicos, psicólogos, educadores e juristas, de que revelar a verdadeira origem biológica do indivíduo, pode fragilizar os vínculos já existentes da família adotiva, ao considerar a possibilidade de surgirem perturbações psicológicas diante do conhecimento dos fatos que levaram à adoção (SZANIAWSKI, 2019, p.453).

Destarte, que o termo “conhecer sua origem biológica”, se apresenta amplo, sem limites e possível sob qualquer fundamento, e sem qualquer reflexão sob os desdobramentos que tais fatos possam gerar, como a exemplo da desestrutura de um núcleo familiar outrora estruturado, em razão do sigilo dos fatos que levaram a adoção.

Na orientação jurídica, a terminologia utilizado pelo artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), conhecer sua origem biológica, enquanto direito de personalidade o que não está expresso no texto legal, aponta para um caminho confuso de ser entendido como o direito de conhecer sua origem familiar, e assim para estabelecer relação de filiação, o que no entendimento de Szaniawski (2019, p.453) não pode prosperar.

Assim urge questionar:

1º O artigo em tese não deveria contemplar uma escrita clara, objetiva e coesa, a fim de garantir o mínimo entendimento jurídico do que é o direito de conhecer sua origem biológica, sob pena de causar prejuízo de informação ao adotado e ao seu núcleo familiar?

2º O direito a orientação jurídica não deveria ser destinada ao núcleo familiar, ao invés de ser direito apenas do adotado, para o conhecimento do conteúdo dos institutos jurídicos e da legislação pertinente?

3º O direito a orientação jurídica não deveria ser destinado à proteção do núcleo familiar, para que os fatos do processo de adoção e seus eventuais incidentes quando conhecidos pelo adotado, possam ter maior amparo e compreensão de sua motivação?

Tais questionamentos, são pertinentes, pois pela amplitude que se apresenta no texto legal do art. 48 e seu § único do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), há necessidade de que todos tenham assistência jurídica.

Parte-se da premissa que todos do núcleo familiar, devem conhecer e entender o que cada categoria jurídica tem por objetivo a ser alcançado pelo adotado, ou seja, que conhecer sua origem biológica remete ao direito de personalidade, por meio de ação de investigação de ascendência genética, qual irá conhecer sua identidade pessoal e biológica.

Conhecer e entender que o direito de conhecer sua origem biológica, não irá estabelecer estado de filiação, ou seja, reconhecer paternidade ou maternidade (direito de família) que decorre de uma ação de investigação de paternidade/maternidade. A origem

biológica ou genética, possui um desinteresse em atingir conforto econômico ou alimentar, tão pouco à herança ou ao nome. Nas palavras de Glagliano (2014, p.647):

A ideia é apenas do conhecimento específico de quem seja o material genético, como forma de preservação de interesses superiores, também decorrentes da formação genética do indivíduo, na medida em que a medicina destaca importância de uma saúde preventiva a fim de evitar o desencadeamento de patologias hereditárias ou diagnósticos frágeis.

Deste modo, o referido direito remete ao exercício do direito de personalidade de conhecer um liame biológico entre os indivíduos, e não liame de filiação, que se relaciona ao direito de família, por meio de ação específica de investigação de paternidade/maternidade. Por essa razão a terminologia utilizada, pode ser considerada em uma profunda incompletude, sendo que a maior preocupação do legislador foi de estabelecer a irrevogabilidade da adoção, quando o adotado dispuser do direito ao conhecimento origem biológica.

Contudo, ainda há que se fazer outras duas reservas:

1º: ao referido artigo, ao observar que o legislador também deixou de considerar e estabelecer os limites impostos na quebra do segredo profissional, que a princípio se justificam em questões de saúde, em detrimento do caso concreto, considerando as suas particularidades.

2º ao entendimento doutrinário da premissa de que pouco importa a motivação para conhecer a sua origem, mesmo que seja apenas para satisfazer o anseio humano de saber de quem veio, ou seja, um ato que beira curiosidade, pode desconsiderar e descaracterizar o direito do segredo profissional.

Tais reservas são de extrema relevância, ao entender que o segredo profissional, decorre da possibilidade dos envolvidos no processo de adoção serem expostos, como médico, enfermeiro, assistente social, psicólogo, com a quebra do segredo (SZANIAWSKI, 2019, p.453). Porém, mesmo diante da possibilidade da ausência de limites, muitos socorrem na corrente de que o direito subsiste em qualquer condição, pois o conhecimento da origem é direito personalíssimo do filho, e não pode ser obstado.

Contudo, nem todos os fatos que demandam conhecimento da origem biológica, podem contribuir na construção de sua autodeterminação, pois como se sabe nem todos os sujeitos, tem facilidade de aceitar e conviver com fatos do seu processo de adoção, trazendo muitas vezes, confusão, trauma ou revolta (SZANIAWSKI, 2019, p.454).

Outra reserva a incompletude do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é do esquecimento do legislador quanto ao direito daquele indivíduo concebido por

reprodução assistida heteróloga, como bem elencado por Pietro Perlingieri, ao analisar o tema à luz do direito italiano:

O menor tem o direito de conhecer as próprias origens não somente genéticas, mas culturais e sociais. O patrimônio genético – de acordo com a concepção pela qual a estrutura se adapta à função – não é totalmente insensível no seu devir às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas evitar o incesto, possibilitar a aplicação da proibição de núpcias entre parentes, mas, responsavelmente, estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce (PERLINGIERI, 2008, p. 827).

A primeira vista, o direito de conhecer a sua origem biológica, é direito de personalidade de todo indivíduo diante da necessidade não só para melhor construir sua identidade, mas também de salvaguardar o direito à saúde e da vida, mas o direito a uma morte digna, por essa razão não se vislumbra um justo motivo ao esquecimento por parte do legislador.

Ainda há a reserva de que o segredo profissional na reprodução assistida heteróloga, está diretamente relacionado ao direito ao segredo daquele que doou o material genético, ora assegurada pela já citada e comentada, Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, em colisão ao direito ao conhecimento da origem biológica do ser humano, este decorrente do direito de personalidade segundo entendimento doutrinário majoritário.

Talvez a maior busca do homem seja aquela concernente a sua própria história. Essa inquietude, inerente ao ser humano, reflete-se, também, em esferas individuais, sob a forma de busca pelo conhecimento da própria origem e da própria história. A presente reflexão concerne ao direito, **atinente a toda pessoa**, de conhecer sua origem biológica (AULER, 2011, p. 4). (destaque nosso)

Por fim, interesse aludir dois casos de bebês de proveta, concebido por reprodução assistida, com o objetivo não só de demonstrar o direito daqueles indivíduos concebidos por reprodução assistida, mas principalmente os reflexos antagônicos ao conhecimento da própria origem biológica, na observância da ausência de limite legal do art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

1º caso: Louise Joy Brow, nascida em 25 de julho de 1978, reconhecida como o primeiro bebê de proveta, concebida por técnica de fertilização “*in vitro*”, depois de 9 (nove) anos de tentativas e sem sucesso de seus pais Lesley e John Brown por uma gravidez pela via natural (PROCRIAR, 2022, n. paginado).

Lesley, mãe de Louise, era portadora de uma obstrução tubária e com atendimento dos médicos Roberts Edwards (embriologista) e Patrick Steptoe (ginecologista), que pesquisavam

e desenvolviam métodos de fertilização, optaram em tentar a gravidez pela via artificial, (HUNTINGTON PRÓ-CRIAR, 2023, n. paginado).

Após 50 (cinquenta) tentativas em 1977 Lesley estava grávida de Louise, que nasceu com 2.608Kg (dois quilos seiscientos e oito quilogramas), em perfeitas condições físicas, consagrando a técnica mesmo apesar dos questionamentos éticos, como uma solução para casos de infertilidade, (HUNTINGTON PRÓ-CRIAR, 2023, n. paginado).

Louise, ao tomar conhecimento já aos 4 (quatro) anos de idade, de que era o primeiro bebê de proveta do mundo, concebida de modo artificial, declarou se sentir orgulhosa pelo feito, e que se sentia contente pelos pais terem recorrido novamente a técnica para conceber sua irmã mais nova Natalie Brown (ACI Digital, 2015, n. paginado).

2º caso: Margarete R. Brown, concebida por fertilização *in vitro* nos Estados Unidos, por doador anônimo, ou seja, reprodução assistida heteróloga, que entende ser uma tortura psicológica desconhecer suas origens, que faz por meio da narrativa de um sonho que lhe é comum, (ACI Digital, 2015, n. paginado).

Me vejo flutuando em meio à escuridão. Enquanto giro, cada vez mais rápido em uma região sem nome, fora do tempo, quase não terrenal. Fico angustiada e quero pôr os pés no chão. Mas não há nada sobre o que plantar os pés. Este é meu pesadelo: sou uma pessoa gerada por inseminação artificial com esperma de doador e nunca conhecerei metade da minha identidade (...). Sinto raiva e confusão e me vem milhares de perguntas: **de quem são os olhos que tenho? Quem pôs na cabeça de minha família a idéia de que minhas raízes biológicas não importavam?** Não se pode negar a ninguém o direito de conhecer as suas origens biológicas. (grifo nosso)

Por meio da narrativa de Margarete R. Brown, fique evidente a importância do direito daqueles indivíduos concebidos técnicas de fertilização *in vitro* e reprodução assistida heteróloga de não serem esquecidos pelo legislador diante do seu direito de personalidade de conhecer a sua origem biológica como esquecido pelo artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Há necessidade de trazer também em evidencia, o drama presente na narrativa de Margarete, por meio das expressões: “flutuando em meio a escuridão”, “não terrenal”, “angustia”, “pesadelo”, “sinto raiva e confusão”, sentimentos já presentes pelo fato de ter sido concebida pela via artificial e como ela bem declara “de nunca conhecer a metade de minha identidade”.

Por meio dos dois casos apresentados, fica evidente que os reflexos para cada indivíduo ao tomar conhecimento de sua origem biológica, de que foram concebidas por técnica de fertilização “*in vitro*”, são antagônicos.

O sentimento de Louise era de orgulho, o sentimento de Margarete era de raiva. Louise convivia com seus pais ora genitores, Margarete, conhecia apenas uma de suas metades, já que seu genitor era um doador de sêmen, ora protegido no Brasil pelo anonimato.

Cada caso é um caso, cada caso terá suas peculiaridades, o que remete a necessidade de um artigo de lei que seja capaz de atender a cada caso concreto dentro de sua especificidade.

Szaniawski (2014, p.57), reforça que muito se discute em diversos ramos do conhecimento humano, se é aconselhável ou não revelar à criança adotada ou concebida mediante reprodução assistida heteróloga, sua origem biológica ou o fato de que os pais que a criam não são àqueles que a conceberam.

Reforça ainda, a possibilidade de uma revelação fragilizar os vínculos familiares existentes, devido a perturbação que pode ser criada, ou ainda, ao direito que remanesce aos genitores biológicos a defesa do direito à vida privada, (SZANIAWSKI, 2014, p.58).

Ademais, o que mais pode existir aos genitores são razões para se colocar o filho em adoção, sejam elas moral, psíquica, econômica, e até mesmo por estado miserabilidade, o que na maioria das vezes não são compreendidas pelo próprio processo cultural como abandono, frio, calculista e injustificável e distante de ser um ato de amor.

Destarte que, qualquer conduta legal na contramão de uma proteção integral ao núcleo familiar, sob o vértice apenas do adotado, ou do concebido pela via artificial, poderá além de mitigar direitos, desestruturar a todos os envolvidos no processo de conhecimento da origem biológica, motivada pelo abandono, pela entrega legal ou por uma concepção pela via artificial e todos os seus desdobramentos.

SEÇÃO II – Por um Novo Projeto De Lei como Mecanismo de Exercício de Cidadania

2.1 Do Uso da Nomenclatura e dos Conceitos adequados ao contexto jurídico social brasileiro

No decorrer deste estudo buscou-se esclarecer uma das temáticas mais controversas e doutrinariamente discutidas na incompatibilidade do instituto do Parto Anônimo no sistema jurídico no Brasil, por violar os direitos de personalidade do recém-nascido, ao conhecimento de sua própria origem genética em detrimento do anonimato da mulher.

Porém, como verificado tal incompatibilidade não alcança o instituto do Parto Discreto, pois na sua gênese, dispõe de capacidade para harmonizar direitos colidentes, sendo uma fonte de garantias de todos os direitos inerentes aos indivíduos envolvidos no fato, sendo o direito à vida considerado e confirmado a *prima facie*, entre os demais direitos de personalidade.

O Parto Discreto seria um sistema garantidor do conhecimento da própria origem genética, a ser revelada em momento oportuno, fundado no direito à vida⁴⁸⁵, à saúde, à qualidade de vida da criança adotada, mas limitado à casos autorizados pelo judiciário diante da análise de cada caso concreto, (SZANIAWSKI, 2005, p. 369).

O efeito jurídico primordial ao instituto do Parto Discreto é em harmonizar o direito à liberdade da mulher e o direito da criança de conhecer sua origem genética, que para Szaniawski (2019, p. 452), se aproxima de alguns preceitos elencados tanto no Projeto de Lei nº 2747/08 (primeira proposta), e ainda mais evidente na terceira proposta com o Projeto de Lei nº 3220/08, porém erroneamente proposto e entendidos como o instituto do Parto Anônimo.

Ambos os Projetos de Lei em análise anterior, buscaram defender um parto no qual haveria a proteção aos direitos da mãe (liberdade/anonimato) e da criança (conhecimento da origem), por meio de ordem judicial, na garantia da vida e da saúde, com respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição), pois antes de

⁴⁸⁵ O direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito a ela...Em relação às leis e outros atos, normativos, dos poderes públicos, a incolumidade da vida é assegurada pelas regras jurídicas constitucionais e garantida pela decretação da inconstitucionalidade daquelas leis ou atos normativos...O direito à vida é direito ubíquo: existe em qualquer ramo do direito, inclusive no sistema jurídico supraestatal. O direito à vida é inconfundível com o direito à comida, às vestes, a remédios, à casa, que se tem de organizar na ordem política e depende do grau de evolução do sistema jurídico constitucional ou administrativo. O direito à vida passa à frente do direito à integridade física ou psíquica...o direito de personalidade à integridade física cede ao direito de personalidade à vida e à integridade psíquica, (PONTES DE MIRANDA, 1971, p.14/29).

se falar em garantir os direitos de personalidade do recém-nascido, é necessário assegurar seu direito à vida⁴⁸⁶, como bem pontua Freitas (2011, p.34):

No entanto a harmonização e a convivência no mesmo sistema jurídico de dois direitos de personalidade opostos e antagônicos, o direito ao segredo familiar e profissional, cujo titular é a mãe, e o direito ao conhecimento da própria origem genética e familiar, cuja titularidade é do filho, só será verdadeiramente possível se for recepcionada, pelo direito brasileiro, a categoria do parto discreto que consiste em uma categoria jurídica relativa e que pode facilmente se harmonizar com o direito ao conhecimento da origem biológica. A categoria do parto anônimo ou *accouchements sous X*, de inspiração francesa, revela-se uma categoria de caráter absoluto, não comportando o direito do filho vir, posteriormente, pretender conhecer sua origem biológica e os fatos que dizem respeito ao seu nascimento.
(SZANIAWSKI, 2019, p. 452 -453).

Importante abrir um parênteses nessa questão do direito ao anonimato como direito absoluto no Direito francês que a princípio contraria o próprio texto constitucional quanto o reconhecimento do direito à vida⁴⁸⁷, considerado princípio matriz dos direitos fundamentais, constante no Preâmbulo da Constituição francesa de 1946, (MATHIEU, 1998, p. 1036).

Por essa razão é que Szaniawski (2019, p. 453), enfatiza que a melhor categoria a ser utilizada em detrimento da legislação brasileira é a do instituto do Parto Discreto, o que evitaria também parte da celeuma em atribuir erroneamente a condição absoluta inexistente do anonimato da identidade da mulher como foi entendida na primeira e terceira proposta dos projetos de lei (nº 2.747 e 3.220/08).

Por essa razão, entendemos ser mais adequada, perante o ordenamento jurídico brasileiro, a adoção da categoria do parto discreto no lugar de parto anônimo uma vez que aquela categoria harmoniza e limita ambos os direitos de personalidade colidentes permitindo a convivência pacífica de ambas as categorias jurídicas, (SZANIAWSKI, p. 454).

No entanto, considerando a harmonização de ambos os direitos de personalidade, na vantagem que perfaz a celeridade nos processos de adoção tão morosos no Brasil, seja nos quesitos de destituição do poder familiar, ou nos inúmeros quesitos possíveis para a escolha do filho perfeito, questão inexistente quando a gravidez é natural e não social, da salvaguarda da

⁴⁸⁶ Os opositores do instituto defendem que o direito à origem genética é um direito de personalidade, direito este também fundamental previsto na Constituição Federal, além de ser uma forma de garantir a dignidade da pessoa humana, visto que toda pessoa humana tem direito de saber suas origens genéticas. Todavia, de nada adianta garantir o direito à origem biológica se não se garantir primeiramente o direito à vida. Pois esse último é pressuposto para aplicação de qualquer outro direito fundamental do indivíduo (FREITAS, 2011, p. 34).

⁴⁸⁷ A vida, ainda é apontada na legislação francesa na Lei nº 17 de 01 de janeiro de 1975, que trata da descriminalização do aborto, aprovado pelo Parlamento francês, ao garantir no seu artigo 1º “o respeito a todos ser humano desde o começo da vida”, (MATHIEU, 1998, p. 1036).

vida, ao obstar abandonos, exposições, abortos, infanticídios, adoções ilegais, o que mais pode ter contribuído para não ser entendido em sua compatibilidade foi o uso errado pelo legislador da nomenclatura do instituto do Parto Anônimo, e o conceito do instituto do Parto Discreto.

Conceitos estes atribuídos e considerados como corretos pelo legislador, e até mesmo como sinônimos, seja com a equiparação e equivalência da Roda dos Expostos com o Parto Anônimo, ou até mesmo como este sendo uma releitura do daquele, desconsiderando a ontologia, a literalidade da tradução do idioma originários no caso do “*Accouchement Sous X*”.

Isso porque ao considerar metodologicamente os conceitos, estes são construções lógicas, estabelecidas de acordo com um quadro de referências, adquirindo significado dentro do esquema de pensamentos no qual são colocados (MENDONÇA, 1985, p.17).

Se cada ciência usa dos seus conceitos para se comunicar, nada mais ponderado, justo e equilibrado utilizar-se de conhecimentos científicos já postulados, mas que estejam em consonância com um quadro de referências acordados com a realidade histórica, jurídica e social da época em que se constrói a comunicação.

A comunicação enquanto processo, tem a função precípua de tornar manifestos os conceitos, e estes por consequência de representar a realidade ou os aspectos da realidade (MENDONÇA, 1985, p.17).

Por essa perspectiva, não pode o legislador, legislar por legislar, condição que se demonstrou principalmente por meio da análise do segundo Projeto de Lei nº 2.834/08 na qual o seu proponente acreditou e entendeu, ser apenas necessário e/ou suficiente uma alteração no art. 1.638 do Código Civil de 2002, sem observar o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (ECA), que determinada que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”. (grifo nosso)

Ademais, como bem pontua Mendonça (1985, p.18-19), quanto maior for a distância entre o que se quer representar e o conceito empregado, maior é o perigo de ser mal compreendida, portanto, a necessidade maior enquanto legislador e a ato de legislar, é de cuidar com a clareza e a precisão das palavras e dos termos utilizados. E ainda complementa, que um conceito científico só tem significado, ou seja, só é compreendido em sua essência se o cientista ao aplica-lo lhe de significado, haja vista, tornar-se pertinente a medida em que represente um fenômeno existencial de modo adequado.

Conceitos, termos, palavras, possuem intenções, descrevem uma realidade a ser compreendida, principalmente quando se utiliza de uma linguagem técnica, que de certa forma utiliza de uma linguagem comum, que precisa ser validada, para retratar com veracidade uma determinada realidade, (MARROU, 1978, p.120).

O legislador ao utilizar de uma categoria jurídica como o Parto Anônimo sem qualquer observância aos preceitos normativos da legislação brasileira, cometeu o grave erro de desconstituir direitos já consagrados pela Constituição Federal brasileira de 1988 e reiteradas pelo Estatuto da Criança e do Adolescentes de 1990 (ECA) que em rota de colisão pode ser sopesados pela Teoria da Ponderação.

Aquilo que era pra ser considerada como virtude jurídica, como a exemplo dos Projetos de Lei nº2.747 e principalmente o nº3.220/08, foram considerados inconstitucionais, e de grande afronta ao direito de personalidade, à teoria de proteção integral, aos direitos humanos da mulher, do recém-nascido e do genitor, condições as quais estão em desacordo com o estudo e pensamento exarado pelo instituto do Parto Discreto.

Contudo, ao considerar os três Projetos de Lei, desprovidos de qualquer embasamento científico há que ponderar pela ausência de dados que poderiam comprovar não só as novas dinâmicas familiares no Brasil, mais os números de abandonos, exposição, abortos e infanticídios, adoções ilegais, por meio de pesquisas realizadas e publicadas pela União, Estados, Municípios, Distrito Federal, bem como todas as organizações e entidades da sociedade civil que lutam por tais direitos.

No mais, as críticas sofridas diante das propostas dos Projetos de Lei de modo geral, são consideradas superficiais, preconceituosas e infundadas. Próximas de um discurso político, partidário, bancadista, e distante de uma discurso democrático, perfazendo um retrato do desconhecimento e da ignorância histórica, social, e principalmente jurídica dos legisladores a temas que atingem a todos, e que precisam antes mesmo de serem discutidos e colocados em pauta, serem estudados desde sua estrutura primária, enquanto conceito e política pública de proteção, sob pena de desconstituir os primados constitucionais, e as dimensões do dizer, explicar e traduzir. (grifo nosso)

2.2 Do Cumprimento dos Primados Constitucionais para sua admissibilidade

Apesar dos revezes apresentados nesse estudo da análise dos três Projetos de Lei sobre o instituto do Parto Anônimo, os quais recaem principalmente ao segundo Projeto de Lei nº 2.834/08, é importante apontar o alcance dos primados constitucionais pelo primeiro e terceiro Projeto de Lei nº 2.747 e nº 3.220/08.

Os primados constitucionais, por serem a essência de uma constituição, em razão de serem criados para estruturar e nortear o Estado de Direito, são os alicerces para a efetivação

dos direitos e deveres de todos os indivíduos ora presentes na gênese do instituto do Parto Discreto (direito belga), que nas palavras de Reale (1986, p.60), os princípios são:

Verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Ao guardar os valores fundamentais da ordem jurídica, o instituto do Parto Discreto constitui um mandamento nuclear de um sistema, que precisa ser observado enquanto norma suprema, como bem adverte Bandeira de Mello (2000, p. 747-748) sobre os efeitos de sua inobservância.

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...].

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Em que pese, considerando a nomenclatura, conceito, seus objetivos e fundamentos do instituto do Parto Discreto estes se demonstram mais adequados a legislação brasileira já vigente como afirma Szaniawski (2019, p. 456), por respeitar os princípios constitucionais quais sejam: (i) dignidade da pessoa humana, (ii) da paternidade responsável, (iii) do melhor interesse da criança, e da (iv) da liberdade, os quais possuem não apenas fundamento mais respaldo jurídico para sua propositura como Projeto de Lei.

(i) Da dignidade da pessoa humana: Mesmo já tendo sido elencado no presente estudo, é importante reiterar a fim de enquadrá-la definitivamente enquanto primado constitucional, no instituto do Parto Discreto, bem como na sua concepção como política de proteção integral, e sua conformidade com o art.1º, inciso III, por ser de este o principal do ordenamento jurídico brasileiro, que representa a virtude, a consideração e a honra, ora

entendida como uma qualidade moral que uma pessoa possui e que serve de base para como deve ser a sociedade (SILVA, 2014, p. 201).

Deste modo, diante do comprometimento na preservação da vida e do bem estar das crianças, entendidas como sujeitos de direito, com prioridade absoluta por estarem em pleno desenvolvimento ao terem o direito de serem adotados por uma família substituta e com ela conviver, bem como em comunidade, já que o afeto mesmo que intrínseco a constituição perfaz um valor da dignidade da pessoa humana, acaba por reafirmar o primado.

Afinal, ao atribuir uma condição imperativa que de a mulher independentemente de sua condição tenha que ser mãe, ou seja, tenha que maternar, corre-se o risco de mitigar a dignidade do recém-nascido, ao também lhe impor em algumas vezes, conviver em um ambiente desfavorável, tendo contato com drogas, alcoolismo, violência física, sexual, e até mesmo de sofrer abandono intrafamiliar, que se configura na ausência de afeto⁴⁸⁸.

Para Szaniawski (2019, p.456) muitos dos motivos acima elencados, podem ainda se agravar por já se tratarem de uma família desestruturada, podendo resultar ainda em sua total extinção, e para os filhos resultar no abandono, no desamparo e uma possibilidade de ingressarem em um universo de vícios e crime.

Ao primar por salvar vidas, estará reafirmando o primado da dignidade da pessoa humana, sob três aspectos: direito de nascer, de sobreviver e também de morrer.

(ii) Da paternidade responsável: ao depreender-se da obrigatoriedade não apenas da mulher (genitora) mas também do homem (genitor), de quando exercer a paternidade de dispor aos filhos de assistência em todas as instâncias, o que no Parto Discreto se evidencia quando se concede o direito a mulher segundo os preceitos legais, desfazer o poder familiar que lhe é próprio para que terceiros o façam por meio da adoção, estabelecendo assim o caráter protetivo integral ao recém-nascido.

Ademais, a paternidade responsável está diretamente ligada no dever de priorizar o melhor interesse da criança, garantindo que esta possa acessar e usufruir de todas as garantias fundamentais, pelo dever imposto ao Estado, a Família e a Sociedade de resguardá-los.

(iii) Melhor interesse da Criança: como princípio qual também está implícito e inserido no texto constitucional, sua origem vem do Direito inglês com o instituto “*parens*

⁴⁸⁸ Segundo a Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº 1.159.242 de São Paulo, abandono afetivo pode ser entendido como a falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Julgado em 24/04/2012. Publicado no **DJe** em 10/05/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865731390/inteiro-teor-865731399> Acesso em: 21 fev. 2023.

patriae” que tinha como objetivo proteger as pessoas enquanto incapazes e também os seus bens. Porém, ao estender a proteção aos infantes, evoluiu para o princípio do “*best interest of child*” que na sua literalidade se traduz no melhor interesse da criança.

Ao referido princípio é importante considerar as palavras de Pereira (2005, p. 128-129) de que este pode sofrer variações hermenêuticas devido a questões culturais, sociais e axiológicas, devendo ser analisado diante do caso concreto, ou seja, diante da situação real que se apresente.

Ao considerar o caso concreto e suas particularidades, o instituto do Parto Discreto reitera o primado constitucional de assegurar o direito à vida, e todos o que dele decorrem, como à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

(iv) Da liberdade: o primado constitucional decorre em decidir em constituir, dissolver ou manter a entidade familiar na qual os indivíduos estão inseridos, conforme Müller (2017, p. 18) elucida, haja vista, o instituto do Parto Discreto garantir a mulher que sua vontade seja respeitada, sem sofrer qualquer tipo de coação, coerção, ao optar pelo sigilo das suas informações ao entregar o recém-nascido para adoção.

A liberdade se insere também no direito que a mulher tem diante de uma gravidez indesejada ou não planejada de não maternar⁴⁸⁹, de não exercer a maternidade, sem ser condenada social e juridicamente, ainda mais quando tem a consciência de que deve exercer com responsabilidade, já que a maternidade por fundamento não consiste apenas na conexão entre a gravidez e o parto.

A liberdade, encontra respaldo também enquanto direito ao planejamento familiar, que necessariamente não se resume mais apenas a vontade do casal, mas da mulher, do homem ou do casal, seja em razão dos novos arranjos familiares a exemplo da família monoparental, e pela adoção também monoparental feitas por pessoas solteiras.

Sendo assim, o instituto do Parto Discreto ao atender aos quatro primados constitucionais, pode ser considerado em sua essência um remédio social eficaz, capaz de salvar vidas, como bem aponta Szaniawski (2019, p. 456), além de dar conforto, segurança, amor, educação à criança contribuindo fundamentalmente para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

⁴⁸⁹ Compreende-se o conjunto de cuidados dispensados ao bebê com o objetivo de atender às suas necessidades. Estas são descritas como necessidade de “continência”, que compreende não apenas o ato mecânico de segurar o bebê no colo, mas também o suporte físico e emocional e os cuidados quanto ao manuseio (do corpo). A maternagem envolve, portanto, a sensibilidade da mãe – entendendo aqui a mãe propriamente dita ou a pessoa que exerce a função materna – em decodificar e compreender essas necessidades, estabelecendo uma rotina que favoreça o crescimento da criança, seu desenvolvimento e estabilidade emocional e ofereça proteção contra os perigos externos, (MIRANDA, 2007, p. 12-13).

Ao retomar o fundamento principal do instituto do Parto Discreto qual seja o abandono, mais uma vez o referido instituto estaria em total consonância e alinhamento aos primados constitucionais, pois de acordo com a jurisprudência brasileira que define o conceito jurídico de abandono, este ocorre “quando o menor, por negligência, incapacidade ou perversidade dos pais fica permanentemente exposto a grave perigo quanto à saúde, à moral e a educação, de forma comprometedora a sua formação como ser humano”, (RT 507:104, TJ/SP)⁴⁹⁰.

Destarte que ao assegurar que a mulher tenha atendimento integral por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), e que optando em não exercer a maternidade, o recém-nascido fica sob a responsabilidade da Unidade Hospital ou de Saúde, onde se realizou o parto, garantindo todos os cuidados que são inerentes à proteção da vida e saúde, daquele que acabou de nascer.

Assim sendo, o recém-nascido está a salvo de qualquer forma que comprometa a sua formação como ser humano, ou ato que possa colocar a sua vida em risco, como geralmente acontece quando abandonado ou exposto ao abandono, ou ainda de forma mais lesiva como a prática do aborto, do infanticídio e das adoções ilegais, além de um incentivo ao mercado negro que compra e vende recém-nascidos ou até furte das mãos das mulheres por estarem em situação de vulnerabilidade vivendo a perambular pelas ruas.

Por mais que ainda remanesça o entendimento do instituto do Parto Anônimo como um obstáculo ao conhecimento da própria origem seja genética, este não pode alcançar o instituto do Parto Discreto, que como instituto jurídico, não só permite o conhecimento da própria origem genética ao recém-nascido sob discrição (sigilo), mas apresenta as limitações necessárias a este conhecimento, salvaguardando não apenas o bem maior que é à vida ora intrínseca ao primado da dignidade da pessoa humana, mas também de salvaguardar o novo núcleo familiar e seus vínculos afetivos construídos no dia à dia pela convivência entre seus membros.

Certamente, se todos os primados fossem elencados, aplicados e adequadamente significados enquanto fenômenos existenciais da sociedade atual, as propostas seriam compreendidas a luz da Constituição, deixando inúmeros nascituros seguros nesse exato momento, ao invés de estarem largados a própria sorte e até mesmo condenados à morte.

Para tanto, se faz necessário que o legislador antes de qualquer propositura, conheça o texto da Constituição Federal do país e das demais normas atinentes ao tema principal e também

⁴⁹⁰ Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo: RT 507:104, TJSP. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Biblioteca/RevistaJurisprudencia/Revistas> Acesso em: 21 fev. 2023.

dos temas conexos, e que saiba interpreta-la e assim escrever seus Projetos de Lei, dispondo não apenas das técnicas pertinentes do legislativo, mas todas aquelas que venham a viabilizar a concretização de direitos fundamentais.

2.3 Das Dimensões do Dizer, Explicar e Traduzir

Diante dos apontamentos feitos anteriormente da necessidade dos legisladores e dos seus assessores aprimorarem seus escritos, buscando se distanciar da superficialidade com que muitos temas são trabalhados, se faz necessário entender que a importância maior não recai no cumprimento das seis etapas do Projeto de Lei: iniciativa, discussão, deliberação, sanção ou veto, promulgação e publicação, mas principalmente na etapa anterior que é a sua estruturação.

A estrutura de um projeto de lei faz parte da técnica legislativa, composta por três partes, quais sejam: (i) preliminar⁴⁹¹, (ii) normativa⁴⁹² e (iii) final⁴⁹³, que em alguns casos é negligenciada, com textos esdrúxulos, de difícil compreensão, distantes do fenômeno social, que podem até contrariar normas já existentes, como a exemplo do segundo Projeto de Lei nº 2.747/08 do instituto do Parto Anônimo no Brasil.

⁴⁹¹ Preliminar: Esta primeira parte da estruturação, é necessário atribuir um nome ou seja, uma Epígrafe, para que seja identificado que tipo de lei se pretende criar, qual recebe um número e do ano da sua apresentação à Câmara dos Deputados. Deve citar a Autoria, com a identificação do nome completo do proponente, seguido de uma Ementa, com um texto em forma de resumo, claro, coeso, conciso do conteúdo/tema objeto do projeto. Deve constar ainda de um Preâmbulo, que irá indicar o órgão proponente, e por fim o Enunciado do Objeto, ou seja, o primeiro artigo do texto qual irá indicar o seu objeto, àquilo que está sendo proposto juntamente com o âmbito de aplicação e validade, (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2023, n. paginado). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/experiencias-presenciais/parlamentojovem/o-que-e-o-parlamento-jovem-brasileiro> Acesso em: 22 fev. 2023.

⁴⁹² Normativa: Esta segunda parte da estruturação, é o momento de expor as ideias por meio do corpo textual, composta pelos artigos, parágrafos, incisos e alíneas, com uso de linguagem técnica e jurídica, porém, clara, coesa, concisa do conteúdo normativo vinculado ao tema objeto do projeto. Sugere-se segundo a fonte de referência bibliográfica, que considerar as soluções para o problema apresentado e pelo proponente pensado, indicar quem são as pessoas que irão fazer sua implementação, quem são as partes envolvidas, como a proposta irá afetar as pessoas que precisam desta lei, o que poderia ser modificado, qual o papel dos órgãos públicos, qual o papel de cada um. Observa ainda que, um bom projeto não precisa ter várias páginas, pois o que mais importa é que ele identifique a solução para um problema novo, ou um novo olhar sobre um problema antigo, (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2023, n. paginado). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/experiencias-presenciais/parlamentojovem/o-que-e-o-parlamento-jovem-brasileiro> Acesso em: 22 fev. 2023.

⁴⁹³ Final: Na terceira e última parte da estruturação, é momento de apresentar informações complementares que sejam necessárias à implementação da norma, como a exemplo do prazo de vigência, dia, mês e ano em que a norma começará a valer e deverá ser cumprida, e até uma cláusula revogatória, no caso da proposta pretender anular, tirar a validade, de norma anterior já vigente, indicando se está será revogada no todo ou na parte. Na parte final do texto, deverá conter a Justificativa, onde deverá ser apresentado as razões e os argumentos que justificam a proposta, em formato de dissertação, e com linguagem de texto impessoal, (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2023, n. paginado). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/experiencias-presenciais/parlamentojovem/o-que-e-o-parlamento-jovem-brasileiro> Acesso em: 22 fev. 2023.

Contudo, não deveria ser apenas a técnica legislativa elemento obrigatório a ser observado e cumprido pelos legisladores, afinal a criação de uma norma depende da conjunção do sistema político (poder) e do sistema jurídico que é o direito.

A conjunção de ambos os sistemas, para Ciaramelli (2009, p. 145), pode ser definido como o momento do “giro hermenêutico ao reunir a técnica legislativa com a sua estruturação e a técnica jurídica de sua interpretação para a criação da norma”.

A norma jurídica, para ser construída depende de um conhecimento prévio do objeto e de seu conteúdo, em tese do instituto do Parto Discreto, que para compor o Enunciado de um Projeto de Lei, precisa estar descrito já no primeiro artigo, sendo necessário que o proponente, conheça, estude e o compreenda: (i) a sua origem, (ii) a sua nomenclatura, (iii) a realidade histórico social no qual foi proposto, (iv) o seu conceito, (v) o seu objetivo, (vi) o seu fundamento, (vii) os seus atores, (viii) os seus efeitos, para então ser analisada a possibilidade deste instituto ser compatível com o sistema jurídico brasileiro, para ser eficaz e eficiente.

Não basta, apenas que o proponente do Projeto de Lei tenha como justificativa para a sua propositura a existência do referido instituto em outro país, ou como no caso do instituto do Parto Anônimo que era admitido na França, na Itália e Luxemburgo, mesmo que eficiente na proteção do direito ao anonimato da mulher e no abandono, pois não seria da mesma forma no Brasil, se considerado as diferenças existentes do seu processo de construção histórico, social, cultural, político e jurídico em relação a Europa ou especificamente a França.

Destarte que o legislador ora proponente, também não pode negligenciar a hermenêutica jurídica, pois há que ser utilizada uma linguagem técnica adequada, porém, que seja compreensível a todos, seja por meio da sua expressão oral (dizer), da sua explicação racional (explicar) e/ou da tradução de outro idioma (traduzir), a fim de evitar erros e/ou contradições, de nomenclatura, dos conceitos, e das suas traduções, para a estruturação da parte técnica legislativa do Projeto de Lei (preliminar, normativa e final). Szaniawski (2019, p. 463) faz seu apontamento, ao processo legislativo brasileiro que:

Revela o despreparo dos políticos, sua parca cultura jurídica e a falta de interesse na reflexão e no autêntico debate sobre as mais relevantes questões acerca das instituições jurídicas. A simples observação do que ocorre nas sessões, comprovam que a maioria dos políticos sequer sabe, exatamente o que está votando, seguindo, normalmente, o voto do relator ou das lideranças dos partidos, sem que tenha havido maiores discussões sobre o tema votada. As assessorias jurídicas dos parlamentares deixam muito a desejar, estando ausente o conhecimento jurídico necessário para orientar políticos nas questões mais complexas e controvertidas. Devido a problemas basilares, as leis brasileiras, de um modo geral, apresentam estrutura primária e conteúdo incompleto e insuficiente, para regular as diversas categorias jurídicas. É o caso dos projetos de lei destinados a regulamentar o parto secreto no Brasil. De início a crítica se dirige aos proponentes dos referidos projeto de lei. Denominam os

deputados, autores das proposições, a categoria que procuram instituir e regulamentar de “parto anônimo”, quando, ao contrário, o exame das Proposições revela que a categoria a ser regulamentada nos projetos de lei não se trata de parto anônimo, segundo o modelo francês e sim, do parto discreto, de eficácia relativa, segundo o modelo de legislação belga, perfeitamente compatível com o exercício do direito ao conhecimento da própria origem genética e familiar. Não há portanto nenhum conflito de categorias ou normas, nem colisão de direitos de personalidade ou fundamentais, consoante pudemos constatar (...), o que houve é uma confusão por parte dos legisladores da terminologia de ambas as categorias. (grifo nosso)

Dos escritos acima elencados, é possível extrair a negligência dos legisladores à hermenêutica jurídica, que não se resume apenas na escrita, mas no conhecimento profundo de temas complexos e contraditórios, que estão diretamente conectados aos conhecimento do processo histórico, seja na sua continuidade ou na sua ruptura, bem como na linguagem que precisa possuir uma lógica interna que lhe confira como aponta Mendonça (1985, p.19), clareza e inteligibilidade.

Um Projeto de Lei à exemplo do instituto do Parto Discreto, antes de mais nada é uma leitura de mundo, um retrato fiel do objeto a ser estudado e entendido no cerne da problemática qual se quer mitigar e/ou solucionar, que é construída por fatos e atores reais, que precisam ser compreendidos por outros atores por meio de um texto escrito, explicado e muitas vezes traduzido, processo que Ciaramelli (2009, p. 136) entende como um processo em que “o intérprete se converte em legislador, e inclusive, no único legislador eficaz, chamado cada vez mais para resolver o caso concreto”.

Pode-se então afirmar que o legislador, muitas vezes está distante da técnica jurídica da hermenêutica, que se concretiza não apenas no verbo interpretar, mas no substantivo, interpretação, que Palmer (1969, p.23-24) atribui a função de transmutar, transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que a inteligência possa compreender, qual poderá ser efetiva no uso do dizer, do explicar, do traduzir⁴⁹⁴.

O uso do dizer, é a linguagem falada ou verbalizada, que precisa primeiramente ser compreendida para depois ser exprimida, que para ser compreendida precisa estar distante de uma mera técnica reprodutiva, sob pena de distanciar-se do problema que precisa ser compreendido, (PALMER, 1969, p. 27).

Para que o legislador possa compreender sobre o Parto Discreto, precisa ter conhecimento jurídico suficiente como aponta Szaniawski (2019, p.463) no trecho do texto

⁴⁹⁴ Como sabiamente prenunciou Freire (1989, p. 9), “a leitura do mundo precede a leitura da palavra, daí que a posterior leitura desta não possa prescindir da continuidade da leitura daquele. Linguagem e realidade se prendem dinamicamente. A compreensão do texto a ser alcançada por sua leitura crítica implica a percepção das relações entre o texto e o contexto”.

anteriormente citado, para que o legislador venha a exprimir o tema sem qualquer controvérsia entre os institutos jurídicos quando afirma:

Os próprios autores dos projetos de lei confundiram as categorias jurídicas sobre o parto secreto, seus modelos legislativos e a terminologia de ambas as categorias. Mais grave obrou a Câmara dos Deputados e suas Comissões, as quais, ao invés de perceber os equívocos dos propositores dos projetos e corrigi-los, simplesmente se deram ao trabalho de lançar críticas superficiais e infundadas, estigmatizando boas e corretas intenções trazidas nos projetos de lei, se distanciando de debates amplos, os quais, por necessidade, deveriam ter sido realizados.

Inequivocamente as confusões apontam para um caminho qual se resume na necessidade de estudar profundamente um determinado tema e o seu âmbito de aplicação para depois conseguir de forma clara, objetiva, coesa e com alicerces técnicos e científicos explicar.

O uso do explicar, é o momento em que se estabelece a ênfase do discurso, onde deve haver uma pré-compreensão, que será o pressuposto para a compreensão, ou seja, é o momento cognoscível, momento para se conhecer o objeto, que pela hermenêutica se dá com a apresentação do seu significado relacionado com o seu contexto estruturado e inter-relacionados.

Para que o legislador, possa explicar sobre o instituto do Parto Discreto, ou seja, explicar sobre o seu objeto, é preciso ter o conhecimento jurídico e conexos, para assim estabelecer um discurso compreensível ao inter-relacionar o significado do objeto e do seu contexto, que ao longo do processo irá estabelecer patamares mais corretos da interpretação como afirma Belchior (2011, p. 166), que por sua vez irão exprimir novas luzes sobre preconceitos em direção a um entendimento mais conveniente.

Preconceito este que Szaniawski (2019, p.463) aponta existir nos fundamentos apresentados pela Comissão de Seguridade Social e Família, bem como no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, acrescidos de simplismo, superficialidade e ideias pré-concebidas e do parco conhecimento do legislador da matéria posta em causa.

Por fim, o uso do traduzir, que é a tradução de palavras e termos estrangeiros, estranhos ou inteligíveis, pelo legislador sem qualquer conhecimento do idioma originário e da sua interpretação. É baseada em uma tradução livre, que vezes pode estar próxima, ou não da gramática linguística originária, (PALMER, 1969, p.38).

Entretanto, traduções⁴⁹⁵ livres ou literais de palavras, termos, expressões, no campo do Direito, por vezes inadequadas, não podem ser considerados meros equívocos, haja vista promover uma modificação parcial ou completa do significado do objeto, qual perde a compreensão e inteligibilidade, estando sujeito a contrair normas internas já vigentes, por se tentar traduzir o que é intraduzível.

Deste modo, a tradução pode ser um problema ao legislador quando este utilizado um termo estrangeiro que faz parte de outra cultura jurídica e de um outro contexto social, como a exemplo da expressão jurídica do Direito francês “*Accouchement sous X*”,⁴⁹⁶ que traduzido para o português segue por “parto sob X”, e que também é utilizada por autores e comentadores da área, como referência ao texto do art.326 do Código Civil francês, que trata do anonimato da mulher durante o parto, e que apelidou os três projetos de lei no Brasil como a lei do “parto anônimo”⁴⁹⁷.

Contudo, o uso do instituto do Parto Anônimo pelo legislador brasileiro, talvez não possa ser considerado um mero equívoco, pois no uso da suas inter-relações, contextos, justificativas, não estavam apenas desconectados da realidade do Brasil, mas contrário a própria norma interna constitucional e infraconstitucional vigente a época das proposituras, pois os direitos de personalidade na norma interna são relativos e não absolutos como na norma interna francesa.

É possível ainda verificar, que ao considerar apenas a técnica legislativa, o legislador, mais uma vez não agiu de modo equivocado, mas sim negligente, diante da falta de cuidado, de apuro, de atenção, de aplicação, e ainda com imperícia, pela falta de capacidade, habilidade para realizar a sua atividade que é técnica e científica, não levando em consideração o dever de conhecer o tema profundamente, para depois dizer, explicar e traduzir.

Há que se considerar por parte do legislador, um comportamento precipitado, célere, realizado sem o devido cuidado, ou seja, imprudente, despido de qualquer cautela ao exame de um tema como bem aponta Szaniawski (2019, p.463), precípuo com questões mais complexas e controvertidas, que precisam ser pautadas em conhecimentos jurídicos não superficiais, de estrutura primária e conteúdo incompleto e insuficiente.

⁴⁹⁵ ‘Traduzir’ significa reformular um texto numa língua diferente daquela na qual este é formulado. ‘Interpretar’ significa reformular um texto, não importa se na mesma língua em que é formulado (...) ou numa língua diferente”, (GUASTINI, 2005, p. 26).

⁴⁹⁶ République Française. Service-Public.fr. Le site officiel de l’administration française. *Accouchement sous X* Vérifié le 11 février 2022 - Direction de l’information légale et administrative (Premier ministre) Disponível em: <https://www.servicepublic.fr/particuliers/vosdroits/F3136> Acesso em: 24 fev. 2023.

⁴⁹⁷ Dictionnaire juridique de Serge Braude. Conseiller honoraire à la Cour d’appel de Versailles. Dictionnaire Du Droit Privé. Définition de *Accouchement sous X*. Disponível em: <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/accouchement-sous-x.php> Acesso em: 24 fev. 2023.

Tal comportamento, para Gomes (2002, n. paginado) pode ser definido como a era da descodificação, pois as leis vão sendo “fabricadas” diuturnamente e nem sequer codificadas são, que há tempos vem sendo denunciada por professores críticos, naquilo que considera como descalabro no Brasil. E ainda complementa:

Acabou, há muito tempo, a sábia lentidão do legislador (que demorava para fazer uma lei, para que ela fosse bem feita). *La sage lenteur* foi substituída por um turbilhão de leis mal elaboradas, retóricas, demagógicas, desconexas e puramente simbólicas (só são aprovadas para enganar a população). O caos normativo a que chegamos não tem nada de similar na nossa História. (...) Desconhecem a dupla normatividade (legal e constitucional) do Estado Constitucional e Democrático de Direito bem como suas naturais antinomias, (GOMES, 2002, n. paginado).

Há que se reconhecer a complexidade que se estabelece nas relações dos direitos existentes ao tema do instituto do Parto Discreto, que manifestam-se mais intensamente entre os atos de traduzir e interpretar questões originárias do direito comparado, o que requer uma abordagem funcionalista e cognoscente da língua, para estudar diferenças e semelhanças entre direitos e seus objetos.

A constante inobservância do legislador de ambas as técnicas, terá por destino os arquivos em definitivo do legislativo, desconstituindo tantas outras políticas públicas de proteção, pela pouco ou total ausência de conhecimento, de coerência, haja vista as incertezas e os estigmas gerados em temas emergentes no âmbito do direito civil, que também alcançam o desconhecimento da aplicabilidade dos preceitos e princípios gerais do direito.

3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

A compatibilidade do Parto Discreto como instituto jurídico decorre da sua gênese na capacidade de harmonizar e limitar os direitos de personalidade que podem em algum momento entrar em rota de colisão, no que concerne ao direito de sigilo da identidade da mulher e das condições do parto, em detrimento do direito ao conhecimento daquele nascido sobre discrição.

Sua compatibilidade perfaz na exata consonância existente aos preceitos constitucionais promulgados no ano de 1988, seja a dignidade da pessoa humana, e o reconhecimento daqueles que ainda não são maiores de dezoito anos ou não são emancipados por lei, de que são sujeitos de direito e dignos de proteção absoluta e integral.

Tal reconhecimento, fora reiterado no ano de 1990 com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com a Doutrina da Proteção Integral, garantindo a proteção à vida, à saúde, e ao pleno desenvolvimento físico, intelectual e psíquico, relacionados com o direito do conhecimento da origem genética por meio do instituto do Parto Anônimo, quando o nascido sobre discrição for acometido de doenças genéticas por exemplo que possam comprometer à sua saúde, à qualidade de vida, e colocando em risco à sua própria continuidade.

O instituto do Parto Discreto, busca também efetivar o direito do planejamento familiar, da mulher, do homem, ou de ambos, mesmo após a concepção respeitando o exercício da autonomia privada que lhe são inerentes, mas em educar, informar e orientar para que decidam pelo parto sob discrição, e não por comportamentos que venham a colocar em risco à vida do recém-nascido, e assim construir uma consciência para a paternidade responsável, sem relativizar a figura do genitor ou impor obstáculos à mulher em optar ou não por exercer a maternidade.

Deste modo, o Parto Discreto se apresenta como um instituto capaz de oportunizar a todos os envolvidos no processo da gravidez indesejada ou não planejada, a proteção jurídica de que todos os atos realizados, sejam eivados de legalidade, e distantes de qualquer controvérsia, discussões infundadas, ou estigmas e tabus sociais.

Ademais, o instituto do Parto Discreto busca ainda superar dois entraves jurídicos que envolvem crianças e adolescentes no Brasil.

O primeiro entrave é o procedimento burocrático e moroso da adoção que se apresenta em dados reais com um número muito maior de pretendentes do que pretendidos à adoção, o segundo entrave é a ausência de limites para a concessão do direito de conhecimento da origem biológica do filho adotado, sem qualquer observância da proteção da família sociafetiva já formada.

Por esse viés, o instituto do Parto Discreto se faz incontroverso na compatibilidade com sistema jurídico brasileiro vigente, na capacidade de proteger todos os direitos inerentes aos sujeitos envolvidos no procedimento do parto sob discrição, não relativizando, tão pouco mitigando ou negando direitos, pois ao ponderar pelo direito mais valoroso diante do caso concreto, busca aplicar a sua essência, distante de um entendimento absoluto para um direito em específico como o instituto do Parto Anônimo, sendo possível se concretizar por meio de uma política pública de proteção integral, por meio de uma abordagem pragmática e consequencialista, à luz de uma hermenêutica neoconstitucional.

CAPÍTULO II – POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO INTEGRAL

O presente capítulo tem por objetivo, validar o instituto do Parto Discreto como política pública de proteção integral à mulher e ao recém-nascido, na ausência da sua família, bem como na família natural ou extensa, diante dos diversos contextos sociais que se apresentam, quando acontece uma gravidez indesejada ou não planejada.

Ao considerar a importância do tema, vislumbra-se a necessidade do Estado garantir por meio de políticas públicas de proteção integral, concretizar os direitos de personalidade e assim efetivar o bem-estar e a paz social.

Importante elencar que o instituto do Parto Discreto, como política pública de proteção integral, não pode caminhar a passos largos e tortuosos como foram as proposituras do instituto do Parto Anônimo, e entendido como uma solução imediatista, para apenas mascarar uma realidade social que sempre esteve presente na história do Brasil, retratados pelos dados apresentados quanto ao abandono e a exposição de recém-nascidos, e demais comportamento ilícitos como aborto ilegal e infanticídio.

Ademais, o referido instituto na perspectiva de política pública social, perfaz na necessidade do Estado em tutelar, a proteção à maternidade e à infância, o direito do genitor, o direito à vida, à saúde, à educação, à informação, e a paternidade responsável.

No direito à vida, como bem maior tutelado pela Constituição Federal brasileira de 1988.

No direito à saúde, para garantir o atendimento de ambos em estabelecimento público, gratuito e integral, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS).

No direito à educação, voltado para o planejamento familiar e a paternidade responsável no conhecimento dos direitos inerentes do indivíduo, mediante assistência jurídica, psicológica e social, por meio de equipe multidisciplinar capacitada, em prol de um atendimento humanizado e seguro.

No direito à informação na garantia de receber dos órgãos públicos informações legais e fidedignas de interesse particular ou coletivo, que permitam o exercício regular da cidadania.

O respaldo jurídico para sua criação como política pública social de proteção integral, está fundamentada pela Constituição Federal brasileira de 1988, seja com os artigo 1º, inciso III, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, no artigo 5º, que em seu caput assegura o referido princípio e o direito à vida e no artigo 6º com os direitos sociais.

O fundamento ainda se insere no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que no art. 1º estabelece a Doutrina da Proteção Integral, com o art. 7º que assegura a efetivação de políticas públicas relacionadas à educação voltada ao planejamento familiar.

Contudo, a política pública como atividade sistematizada, se socorre do conhecimento científico como subsídio para sua formulação, e para tanto devem ser pesquisados à fundo, discutidos, refletivos, pelos seus atores políticos sob pena de cometer um erro e desconstituir direitos já outorgados por lei, ou de mascarar realidades.

Diante disso para reafirmar sua necessidade como política pública, bem como a sua constitucionalidade como norma capaz de proteger acima de tudo o direito à vida, e os demais que dela decorrem é importante considerar os diversos contextos históricos, os conceitos e seus atores para assim ser entendida, formulada, implementada, para ser eficiente e eficaz.

Ademais o instituto do Parto Discreto, não pode ser interpretado tão pouco confundido em pleno século XXI, com a Roda dos Expostos, tão pouco com o instituto do Parto Anônimo, pois cada deles está inserido em um contexto histórico-social único.

Isso pode ser verificado por meio das próprias legislações internas pátrias vigentes que influenciadas por documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que buscam atender as demandas da sociedade em temas considerados para muitos ainda como tabus, a exemplo do abandono, do aborto, do infanticídio, e da adoção ilegal.

Aqueles, que outrora eram desconsiderados como sujeitos pelo Estado, por meio do processo de redemocratização e do neoconstitucionalismo, passam a ser sujeitos de direitos. Crianças e adolescentes, passam a ser protegidos por lei.

O direito à vida, à dignidade e a doutrina da proteção integral à criança e do adolescente são consolidados pela Constituição Federal brasileira de 1988, e reafirmados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990, e quando violados podem ser amparados pelo Direito Penal.

Assim sendo, o Parto Discreto como política pública de proteção, além de reafirmar a garantia dos direitos de personalidade ao recém-nascido bem como à mulher, ao genitor e a família, promove consideráveis impactos na sociedade a fim de evitar a prática de atos ilícitos que venham mitigar ou ceifar direitos.

O impacto também se estende para a sociedade, que por meio de uma rede integrada de proteção, saúde, educação e informação, irá resignificar conceitos, conhecer direitos, deveres e responsabilidades, reconsiderar os tabus, quebrar os estigmas, e acima de tudo proteger pessoas ao optar pelo acolhimento, ao julgamento.

A compreensão pelo instituto do Parto Discreto, deve ser nesse momento do estudo como política pública de proteção integral capaz de equalizar direitos e de prevenir contextos que violem direitos e garantias individuais.

SEÇÃO I – Proteção Integral segundo os Diversos Contextos Sociais

1.1 Aspectos históricos e de formulação de Políticas Públicas

A política pública se insere como área do conhecimento da Ciência Política⁴⁹⁸, podendo ser conceituada como um modo como o Estado, vem responder às demandas que emanam da sociedade, na proteção à direitos já constituídos por lei.

Antes de adentrar nas considerações do contexto brasileiro, é importante conceituar política pública, mesmo que alguns doutrinadores entendam ser uma tarefa complexa, a qual Secchi (2017, p.48) afirma ser pelas diversas linhas que teorizam sobre o tema.

Por essa razão, os conceitos podem ser amplos ou estreitos, a depender do agente estatal, do grau de debate sobre o tema, e se é apenas resultado de uma questão estratégica.

Um conceito mais amplo, é apresentado por Dye (1995, p.3), como a escolha do ente estatal entre o fazer e o não fazer.

Em Souza (2006, p.98), o conceito apresentado é mais estreito, ao definir quatro elementos, que remetem ao estudo de política pública. O primeiro é a própria política pública, o segundo é a política, o terceiro a sociedade política e o quarto e último elemento são as instituições as quais as políticas são desenhadas, decididas e implementadas.

Deste modo, a política pública pode assumir vários conceitos a partir da sua própria semântica, pois traz à mente a ideia de um processo, técnico e político, que define metas e objetivos a serem alcançados, com o uso dos meios disponíveis e dos atores envolvidos (HOWLLETT; RASMESH; PERL, 2009, p.154).

Os atores envolvidos, podem ser atores políticos e sociais que muitas vezes transitam sobre as duas atuações. Os atores políticos são mais específicos, pois dependem do tipo da política pública a ser desenhada, decidida e implementada, das metas, objetivos e os meios disponíveis para seu alcance.

Tais atores, se manifestam por meio dos poderes legislativo, executivo e do judiciário, dos quatro entes da federação, de documentos internacionais como acordos e tratados, pela mídia, por grupos com os mesmos interesses no assunto, que direta e indiretamente influenciam no resultado da política pública.

⁴⁹⁸ Ciências Políticas é uma ciência social dedicada ao estudo dos Estados, dos governos e de outras instituições que detenham poder. Engloba a teoria e a prática de políticas, a análise de sistemas políticos e os comportamentos relacionados. Está intimamente relacionada a outras áreas do conhecimento, como história, economia, antropologia, sociologia, psicologia e direito. Disponível em: <http://www.juventudect.fiocruz.br/categoria-ciencia/ciencias-humanas/ciencias-politicas> Acesso em: 30 nov. 2022.

Determinada demanda ganhará importância e será sentida pelo governo quanto mais ampla ela for, e quanto maior número de pessoas atingir. Esta é a forma mais comum de fazer com que ocorra um incômodo do governante para que esta tenha a necessidade de fazer a transição da agenda pública para a institucional. No entanto, o fator de maior peso para a configuração da agenda de governo é a força dos atores políticos que intervêm no processo e as relações políticas e administrativas que possuem com o governo. Porém, a decisão passa por uma análise sobre a existência de um momento de eleição favorável, se há experiência, informação tecnológica, recursos, pessoal competente e se estão presentes as condições políticas, morais e econômicas (VILLANUEVA, 1993, p. 143).

Os atores sociais, não são tão específicos quantos os atores políticos, pois todo indivíduo é um ator que representa a si mesmo, mas também um grupo, uma classe, um país, os quais assumem a luta por uma causa, uma ideia, um projeto e até mesmo por uma denúncia (SOUZA, 1991, p.78).

Como exemplo, pode-se citar a Reforma Sanitária Brasileira⁴⁹⁹, encabeçada por profissionais da área de saúde na década de 1980, que juntamente com a redemocratização de direitos, que culminou no elevar da saúde como direito constitucional social em 1988, universal, integral e gratuito.

Deste modo, os direitos sociais quando não implementados pelas políticas públicas, se transformam em letra morta, esvaziando a sua própria condição de direito.

Isso se deve ao fato, do viés jurídico existente nas políticas públicas, ao entender que a lei é uma política pública, e muitas vezes mais de uma política pública.

Pode-se citar a exemplo o instituto do Parto Discreto, ao buscar proteger e garantir direitos à saúde, à educação, à vida, ao sigilo, ao conhecimento da própria origem, a autonomia, a convivência familiar e comunitária, ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Por definição, toda lei é política pública, na medida em que é a vontade coletiva da sociedade expressa em normas; e toda política pública é lei, na medida em que depende de leis e instituições legislativas por pelo menos algum aspecto de sua existência (CLUNE, 1993, p.2-3)⁵⁰⁰. (Tradução Nossa)

⁴⁹⁹ O movimento da Reforma Sanitária nasceu no contexto da luta contra a ditadura, no início da década de 1970. A expressão foi usada para se referir ao conjunto de ideias que se tinha em relação às mudanças e transformações necessárias na área da saúde. Essas mudanças não abarcavam apenas o sistema, mas todo o setor saúde, em busca da melhoria das condições de vida da população. Grupos de médicos e outros profissionais preocupados com a saúde pública desenvolveram teses e integraram discussões políticas. Este processo teve como marco institucional a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986. Entre os políticos que se dedicaram a esta luta está o sanitarista Sergio Arouca. As propostas da Reforma Sanitária resultaram, finalmente, na universalidade do direito à saúde, oficializado com a Constituição Federal de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria> Acesso em: 30 nov. 2022.

⁵⁰⁰ *By definition, all law is public policy, in that it is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that it depends on laws and lawmaking institutions for at least some aspect of its existence, (CLUNE, 1993, p.2-3).*

Por essa perspectiva, a lei passa a ser um elemento estruturante do processo para a submissão de uma política pública pela entidade estatal, que Zittoun (2016, p. 172) elenca como sendo:

(i) Nomear e qualificar uma situação como um problema: o reconhecimento e a identificação do problema, faz direcionar a atenção daqueles que formulam a política pública, para uma questão que pode exigir uma ação governamental, com questões legítimas; que ao ser nomeada objetiva caracterizar uma situação como anormal, ou seja, um problema.

Segundo o autor, o termo ‘problema’ é associado a diversas questões quais cita como exemplo ‘o problema do trânsito’, o ‘problema do lixo’, para evidenciar uma situação que não está em sua normalidade.

Ao utilizar de uma interpretação sistêmica, as questões legítimas oriundas de uma gravidez indesejável, assim sendo, ‘o problema da gravidez indesejável’.

Deste modo, como bem coloca Zittoun (2016, p. 172), nomear é uma prática taxonômica, porque traz a possibilidade de classificar sistemas, já que um problema individual pode se transformar em coletivo, e com outras classificações como de gênero, territorial e faixa etária.

(ii) Identificar um público de atingidos: o objetivo não é apenas estabelecer números de indivíduos que são as vítimas daquele problema, mas também um grupo socialmente reconhecido e que é vítima de outro.

Pode-se então apontar não apenas uma determinada mulher como vítima de um estupro que gere um gravidez indesejada, mas de um grupo de mulheres vítimas de estupro, por um grupo de homens estupradores.

(iii) Definir responsáveis, relações causais e um grupo de culpados: o objetivo é definir o fenômeno que causa o problema, que de certa forma estabelece relação causal e temporal ao definir o que precedeu ao problema.

Tal definição, segue-se como tarefa complexa, afinal sempre que se apresente argumentos, também se apresenta contestações, mas possibilita o debate sobre o problema, as causas, os efeitos, os culpados em produzir o problema e os responsáveis em dar solução.

Pode-se então apontar o problema do abandono do recém-nascido, como causa da gravidez indesejada da qual a mulher foi vítima de estupro por um homem, que traz efeitos a mulher, ao recém-nascido, de ordem social, psicológica, jurídica, tendo o Estado a responsabilidade de dar solução.

(iv) Criar um “futuro apocalíptico”: o objetivo é projetar para o futuro as consequências da falta de solução para o problema, e seus desdobramentos quais também são nomeados como problema, em razão dos custos e impactos para a sociedade.

Ao estabelecer narrativas, por meio dos atores envolvidos no problema, há possibilidade de organizar ações no presente para mitigar, coibir e solucionar problemas no futuro.

Pode-se então apontar o número de mulheres vítimas de estupro que tiveram uma gravidez indesejada, ou que abandonaram os recém-nascidos por rejeição da família, por vergonha de expor o fato, pela possibilidade de ser revitimizada, por parca condição econômica.

Pode-se ainda apontar os números crescentes de abandono de recém-nascidos, do estupro, de gravidez indesejada, de gênero, de violência sexual, e tantos outros que surgem diante das narrativas dos casos concretos.

(v) Requerer ações imediatas: como resultado do “futuro apocalíptico” é que o problema assume o sentido de urgência, já que o problema nomeado retrata uma realidade a ser vivenciada se políticas públicas não forem criadas para intervir.

Nessa perspectiva se o problema traz a anormalidade, a política pública como atividade estatal pode trazer a normalidade, já que a solução que pode se apresentar ao problema, não ser neutra em razão do nexo de causalidade entre solução e a fonte original do problema.

Os atores, após o processo com as etapas para a submissão de uma política pública, seguem para outra etapa do processo que Zittoun (2016, p. 158) elenca como:

(i) Nomear soluções e títulos de propriedade: essa etapa do processo é de reconhecimento e a identificação da solução, ou das possíveis soluções ao problema já delimitado na primeira etapa do processo, ou seja, é atribuído um nome à ferramenta que será empregada para a solução do problema.

Tais ferramentas podem inclusive já existirem, como o autor cita como exemplo a lei que altera os limites de velocidade no trânsito, e que diante da necessidade da sociedade precisam ser recicladas.

O autor ainda alude a uma questão de nomenclatura, qual já foi citada e discutida nesse estudo, pois o nome a ser empregado traz afirmações em relação ao problema, o que muitas vezes ao atribuir um nome técnico este pode desconstituir a solução e a qualificação da ferramenta.

Deste modo, reiteram-se as palavras de Szaniawski (2019, p. 456), que os institutos jurídicos devem ser pesquisados à fundo, discutidos, refletivos, pelos seus atores políticos sob pena de cometer um erro e desconstituir direitos já outorgados por lei.

Tal condição se apresenta em relação ao Parto Anônimo assim denominado para sua implementação no Brasil, por meio de uma escolha de um instituto inapropriado, que ao ser utilizado de modo técnico, desconstruiu a própria solução ao problema do abandono ilegal de recém-nascido ou até mesmo a sua exposição.

Por esse motivo, que Szaniawski (2019, p.462) afirma que o instituto mais adequado para a política pública denominada de Parto Anônimo, seria Parto Discreto, um parto com discrição, por possuir natureza e eficácia relativas, permitindo ao nascido, mediante parto discreto, vir a conhecer, em determinadas circunstâncias a identidade de seus genitores biológicos e do nascimento.

O parto discreto não veda ao filho, cujo nascimento tenha ocorrido em segredo, de, posteriormente, conhecer sua origem biológica, uma vez que a mãe que solicitar o sigilo de sua identidade e as circunstâncias do nascimento da criança, sendo, porém informada das consequências jurídicas desse pedido e da importância para as pessoas em conhecer sua origem genética e sua história pessoal. O hospital, porém, revelará a identidade dos genitores biológicos da pessoa por meio de ordem judicial ou em caso de doença genética do filho, (SZANIAWSKI, 2019, p. 464).

Nomear uma solução, não é de ordem técnica, mas sim estratégica, a fim de estabelecer uma comunicação clara, direta, coesa, de fácil entendimento, para que o coletivo tenha o conhecimento inequívoco do fundamento jurídico da política pública.

(ii) Identificar as consequências e o Público de beneficiários: o objetivo é identificar as consequências futuras, e os beneficiários da solução ora proposta, ou seja, projetar mesmo que de maneira fictícia como a sociedade poderá estar com a solução implementada.

Mais uma vez, é apontar o nexo de causalidade entre o problema e a solução, prevendo o resultado no futuro, e seu alcance enquanto número de beneficiários e espaços sociais.

No caso do instituto do Parto Discreto, o futuro é ao menos mitigar os números já apresentados em seção anterior, o número de abandono ilegal de recém-nascidos, bem como sua exposição para ocultar a própria desonra, no Brasil. Ainda, mitigar os números de gravidez indesejadas que contribuem para o abandono, ao infanticídio, ao aborto, que muitas vezes são agravadas pois o elemento gerador é o estupro. Pode-se também citar, a falta de planejamento familiar, da parca condição econômica, dos costumes, dos problemas de saúde, entre outros.

Os beneficiários imediatos serão à mulher que não quer assumir a maternidade, seja por qualquer dos motivos acima elencados, o recém-nascido que não será abandonado em condições que possam colocar em risco sua integridade e sua vida, a sociedade em educar-se para discutir temas polêmicos como direitos e não como tabus, o Estado em optar por uma

política pública integral de proteção à mulher, à criança, ao adolescente, a família, a sociedade, além de desburocratizar o processo de adoção.

(iii) Estabelecer a conexão com um problema a ser resolvido: etapa final do processo que apresenta a conexão entre problema e solução, haja vista serem elementos independentes, pois segundo Zittoun (2016, p. 172), os problemas existentes independentemente das soluções, mas estas precisam dos problemas para serem desenvolvidas.

Deste modo, definir soluções é tão importante tal qual que definir os problemas, pois é por meio da conexão entre ambos os elementos que se espera uma ação, otimista, voltada para o futuro, e com os problemas resolvidos.

A conexão do instituto do Parto Discreto, como política pública para solucionar primeiramente o problema do abandono, é que a mulher ao optar por não assumir a maternidade não será condenada por abandono, por aborto, por infanticídio, tão pouco condenada pelo próprio estupro sofrido oriundos da questão de gênero, ou revitimizada pela exposição de ter sido estuprada.

A conexão com o recém-nascido, é de que a proteção máxima se dá em prol da vida, na garantia da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde, do direito de ser colocado em uma família estruturada, de conviver com a comunidade, de ser guardado, de ter direito a um nome, um domicílio, e de excepcionalmente conhecer sua origem.

(iv) Integração com uma política que precisa de mudança: momento que tem como objetivo estabelecer a conexão entre a solução e a política pública, que Zittoun (2016, p. 82), entende como “um conceito” que os atores mobilizam para produzir coerência e restaurar a ordem em um mundo caótico de ações e ferramentas públicas”.

Nesse viés, a ferramenta aponta dois tipos de política, uma como desordem com a necessidade do ente estatal promover uma ação política como ordem, que por meio de um discurso crítico deve solucionar o problema, legitimando a ação.

A política da desordem, é o quadro de anormalidade frente aos números de gravidez indesejada, de abandono, de abortos, de infanticídios, de estupros, de falta de planejamento familiar, e a política da ordem é a possibilidade do Parto Discreto ser uma ação governamental para se estabelecer um quadro de normalidade.

(v) Associação com um quadro referencial e valores: tem por objetivo estabelecer uma relação entre propostas e um referencial específico, que Zittoun (2016, p.83) denomina como conceito.

É por meio do conceito, que serão demonstrados os valores que norteiam e orientam a proposta da política pública, como por exemplo conceito de igualdade, liberdade, que Zittoun (2016, p.83) denomina de ‘autojustificáveis’, por serem socialmente aceitos.

O conceito do instituto do Parto Discreto, é único em todos os documentos originais pesquisados até no mais atual de 2022, porém, pode sofrer do fenômeno da interpretação sistêmica que nas palavras de Zittoun (2016, p.84), pode ser entendido como um instituto de proteção à dignidade da pessoa humana, à vida, à liberdade, à igualdade, à fraternidade, o sigilo, à informação, à proteção integral, à autonomia, à família, às origens, à filiação, e tantos outros conceitos jurídicos, ora também referenciados como políticos e sociais em detrimento da proposta.

Nesse contexto de desordem e ordem, é que se vislumbra a importância das etapas do processo de criação das políticas públicas, pois como bem afirma Szaniawski (2019, p.463) ao citar as duras críticas e a recusa dos projetos de lei sobre Parto Anônimo no Brasil, diante de sua incompatibilidade com o sistema jurídico vigente se devem “a fragilidade e a porosidade das colunas que sustentam o processo legislativo, além do despreparo dos políticos, a parca cultura jurídica e a falta de interesse na reflexão e no autêntico debate sobre questões relevantes” que afetam diretamente nas formulações, como segue no próximo item.

1.2 A formulação de Política Pública no Brasil

A política pública como atividade sistematizada, se socorre do conhecimento científico como subsídio para sua formulação. No Brasil, as primeiras políticas públicas surgem em meados do ano de 1930, período este conhecido como a Era de Vargas⁵⁰¹.

Sob o governo do Presidente Getúlio Vargas, a implantação da política pública se dá principalmente no tocante a proteção dos trabalhadores com a criação da CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas, que institui condições dignas de emprego (LEITE JÚNIOR, 2009, p.105).

A CLT, como política pública buscou proteger os trabalhadores contra todo o tipo de abuso, exploração, e práticas escravagistas no ambiente de trabalho.

⁵⁰¹ Getúlio Vargas governou o Brasil por duas vezes de 1930 a 1945 e de 1951 a 1954, ano de sua morte. Norteada por uma concepção centralizadora a Era Vargas caracterizou-se pelo desenvolvimento econômico o nacionalismo o controle sobre os trabalhadores sobre os sindicatos o planejamento estatal a legislação social os Investimentos públicas e sobretudo pelo papel atribuído ao Estado como agente econômico (D’ARAÚJO, 1999, p. 121).

Nos meados das décadas de 1970-1980, as políticas públicas de proteção social tornam-se mais significativas, onde o Estado começa a assumir sua função de promotor de bem-estar social, (SANTOS, 1987, p.98).

Tal mecanismo vem como base do construto histórico da ideologia liberal alemã, que usou dos programas ora denominados de ‘serviços sociais’ principalmente com a educação, atualmente elencado como direito social no art. 6º da Constituição Federal brasileira de 1988⁵⁰², assim como a saúde e o trabalho.

A implementação dos direitos sociais desde a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, veio sendo representada pelos governos da chamada Nova República, como a exemplo do Presidente Itamar Franco⁵⁰³ com o Plano Real⁵⁰⁴, do Presidente Fernando

⁵⁰² Artigo 6º da Constituição Federal brasileira de 1988: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵⁰³ Com o afastamento definitivo de Fernando Collor, Itamar Franco assumiu a presidência da República apoiado por um amplo leque partidário, num esforço claro para a manutenção da ordem democrática e a superação dos graves problemas econômicos. Em janeiro de 1993, Itamar reuniu-se com presidentes de 19 partidos, com o intuito de estabelecer um pacto de governabilidade que permitisse enfrentar os problemas econômicos decorrentes da escalada inflacionária. Em março, foi aprovado pelo Senado o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF) calculado em 0,25% do valor dos cheques emitidos até dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/itamar-franco/biografia> Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵⁰⁴ Em maio, Itamar Franco nomeou o ministro das Relações Exteriores, Fernando Henrique Cardoso, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), para assumir o Ministério da Fazenda. De acordo com o novo ministro, o combate à inflação só poderia ser alcançado com a reforma do Estado, que incluiria a redução dos gastos públicos e a intensificação do processo de privatizações. Em fins de julho, foi decretado o corte de três zeros na moeda, que passou a se chamar cruzeiro real. Em dezembro foi lançado o Plano de Estabilização Econômica que visava, entre outras medidas, preparar a economia para a entrada em circulação de uma nova moeda, o Real, antecedida pela adoção da Unidade Real de Valor (URV) que passou a vigorar, a partir de 1º de março de 1994, como um indexador único da economia. Ainda em março foram diminuídas as alíquotas de importação de diversos produtos. Em fevereiro de 1994, apesar das críticas da oposição, o Congresso aprovou o Fundo Social de Emergência (FSE), considerado como essencial para a implementação do programa econômico, uma vez que o governo poderia dispor com autonomia do montante arrecadado para o saneamento da Fazenda Pública Federal. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/itamar-franco/biografia> Acesso em: 03 dez. 2022.

Henrique Cardoso⁵⁰⁵ com o Programa Comunidade Solidária⁵⁰⁶, do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva⁵⁰⁷ com o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI, 2018, n. paginado)⁵⁰⁸.

Porém, no ano de 1990 no então governo do Presidente Fernando Collor de Melo (1990-1992), foi implantado o Sistema Único de Saúde – SUS, considerado a maior política pública na área da saúde, por meio da Lei nº8.080 de 19 de setembro de 1990, dispondo sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes⁵⁰⁹, criado pelo médico, sanitarista, pesquisador e professor Hesio de Albuquerque Cordeiro⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ Candidato à presidência da República pela coligação PSDB/PFL/PTB, elegeu-se no primeiro turno eleitoral, em 3 de outubro de 1994, tendo obtido 54,3% dos votos válidos. Reelegeu-se presidente da República em 1998 pela coligação PSDB/PFL/PTB/PPB. Sob o impacto do êxito do Plano Real, o maior desafio governo de Fernando Henrique Cardoso foi manter a estabilização da moeda e, ao mesmo tempo, promover o crescimento econômico. Com esse objetivo, o governo submeteu à aprovação do Congresso Nacional uma série de medidas visando a alterar a Constituição Federal de 1988 e promover uma mudança estrutural na feição do Estado brasileiro, na tentativa de adaptá-los às novas realidades da economia mundial. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/fernando-henrique-cardoso/biografia> Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵⁰⁶ Em janeiro de 1995, o governo brasileiro lançou uma estratégia de combate à fome e à miséria denominada Comunidade Solidária. Em fins de 1998, ao completar quatro anos de implementação da Comunidade Solidária, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), e do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), decide apoiar a realização, pelo Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM), de uma avaliação centrada nos processos de implementação, na esfera municipal, do conjunto de 16 programas voltados ao combate à fome e à miséria ofertados pelo governo federal e articulados pela Secretaria-Executiva da Comunidade Solidária, conhecido como Agenda Básica. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2346/1/TD_725.pdf Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵⁰⁷ Em 27 de outubro de 2002, aos 57 anos de idade, com quase 53 milhões de votos, Luiz Inácio Lula da Silva é eleito Presidente da República Federativa do Brasil. O primeiro mandato do presidente Lula colocou o Brasil em ordem e preparou o país para o crescimento econômico, com importantes avanços sociais e significativa melhoria na distribuição de renda, sobretudo, graças à política de valorização do salário mínimo e a programas como o Bolsa Família. A redução das desigualdades foi uma das marcas dos quatro primeiros anos de governo, e nada menos que 7 milhões de brasileiros e brasileiras ascenderam à classe média. Lula terminou o primeiro mandato com a aprovação histórica de 57%. No dia 29 de outubro de 2006, Luiz Inácio Lula da Silva, novamente na companhia do vice José Alencar, foi reeleito presidente da República com mais de 58 milhões de votos, a maior votação da história do Brasil. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/luiz-inacio-lula-da-silva/biografia-periodo-presidencial> Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵⁰⁸ A expansão do ensino superior conta com o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (Reuni), que busca ampliar o acesso e a permanência na educação superior. A meta é dobrar o número de alunos nos cursos de graduação em dez anos, a partir de 2008, e permitir o ingresso de 680 mil alunos a mais nos cursos de graduação. Para alcançar o objetivo, todas as universidades federais aderiram ao programa e apresentaram ao ministério planos de reestruturação, de acordo com a orientação do Reuni. As ações preveem, além do aumento de vagas, medidas como a ampliação ou abertura de cursos noturnos, o aumento do número de alunos por professor, a redução do custo por aluno, a flexibilização de currículos e o combate à evasão. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/reuni-sp-93318841> Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵⁰⁹ BRASIL. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵¹⁰ Saúde pública, cidadania e democracia: COC lembra o legado de Hesio Cordeiro. Publicado em: 12/11/2020. Disponível em: <https://www.coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1887-pensador-ousado-e-comprometido-com-a-democracia-hesio-cordeiro-deixa-sua-marca-na-historia-da-saudepublica-brasileira.html?tmpl=component&print=1&page> Acesso em: 03 dez. 2022.

O sistema público de saúde no Brasil antes de 1988 atendia a quem contribuía para a Previdência Social. A saúde era centralizada e de responsabilidade federal, sem a participação dos usuários. A população que poderia usar recebia apenas o serviço de assistência médico-hospitalar. Antes da implementação do SUS, saúde era vista como ausência de doenças. Na época, cerca de 30 milhões de pessoas tinham acesso aos serviços hospitalares. As pessoas que não tinham dinheiro dependiam da caridade e da filantropia. Durante esses 30 anos, a evolução do sistema público de saúde foi importante para todos, sem discriminação. Atualmente, o sistema é descentralizado, municipalizado e participativo, com 100 mil conselheiros de saúde. Hoje, saúde é vista como qualidade de vida. O SUS não é apenas assistência médico-hospitalar. Também desenvolve, nas cidades, no interior, nas fronteiras, portos e aeroportos, outras ações importantes. Realiza vigilância permanente nas condições sanitárias, no saneamento, nos ambientes, na segurança do trabalho, na higiene dos estabelecimentos e serviços. Regula o registro de medicamentos, insumos e equipamentos, controla a qualidade dos alimentos e sua manipulação. Normaliza serviços e define padrões para garantir maior proteção à saúde (BRASIL, 2020, n. paginado).

A saúde é reiterada na lei específica como direito fundamental⁵¹¹ do ser humano, sob responsabilidade do Estado em prover condições para o seu pleno funcionamento, a fim de garantir à saúde por meio de políticas econômicas e sociais para à redução de riscos de doenças e de outros agravos (BRASIL, 1990, n. paginado).

Ao Estado ainda, cabe garantir que os estabelecimentos tenham condições para garantir o acesso universal igualitário dos indivíduos às ações e serviços que visem promover, proteger e recuperação, a saúde (BRASIL, 1990, n. paginado).

Assim, pode-se inferir que *a priori* esses programas aparentam características bem imediatistas, visto que a transferência monetária de forma direta representa para as famílias beneficiadas uma maneira de ensejar condições progressivas para superar a situação de pobreza, haja vista estes não possuírem nenhuma renda, ou então a renda que eles dispõem é insuficiente para suprir suas necessidades essenciais. Por essa razão é preciso fazer com que esses programas de transferência de renda passem a servirem como “política pública capaz de fortalecer os direitos sociais, ampliar a cidadania e caminhar na superação das marcas meritocráticas, residuais e paternalistas do sistema de proteção social brasileiro”, (SILVA, YASBEK e GIOVANNI, 2012, p.123).

Isso se deve ao fato, de que muitas políticas públicas são construídas com base em interesses pontuais, sem qualquer visão estratégica de promover a solução ao problema assim nominado, de acordo com seus indicadores. Nas palavras de Secchi (2017, p. 127), há necessidade de que as políticas públicas, sejam concebidas com vistas a atender tanto o conteúdo concreto como o conteúdo simbólico das decisões políticas, em seu processo de construção e na atuação dessas decisões.

⁵¹¹ Na Constituição Federal Brasileira de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado, elencado nos arts. 196 a 198. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 03 dez. 2022.

Deste modo, em razão da concepção das políticas públicas, essas podem ser classificadas como constitutivas, distributivas, redistributivas e regulatórias, sempre a depender dos seus atores, instituições, e ao problema que se quer solucionar. Por essa razão, é que a participação social instituída pela Constituição Federal brasileira de 1988, é entendida como um elemento chave, que está associado ao princípio da democracia participativa, ou seja, exercício de cidadania direta. A democracia participativa, possibilita que os representados possam ser ouvidos por seus representantes, haja vista que todo poder emanar do povo, e retratar os espaços de poder o qual se insurgem os interesses públicos e não da administração pública.

Como exemplo de mecanismos de participação social dialógico, pode-se citar principalmente para o recorte deste estudo as audiências⁵¹² e consultas públicas⁵¹³, em complemento à ação do Estado.

As consultas e audiências públicas, caracterizam-se em mecanismos ou instrumentos participativos, de interação entre a Administração Pública e a sociedade na gestão dos interesses públicos. Possibilitam que pessoas físicas ou jurídicas, que não se configuram no processo administrativo como interessados, apresentem suas sugestões, críticas e comentários sobre a matéria de que trata o processo (SECCHI, 2017, p. 127).

Em consulta ao portal da Câmara dos Deputados, sob o intervalo de tempo entre 01 de janeiro de 2022 a 05 de dezembro de 2022, foram realizadas 226 (duzentas e vinte seis) audiências públicas⁵¹⁴, com a participação popular qual soma um total de 1.290 (um mil e duzentos) participantes.

Já pesquisa ao portal do Senado e-Cidadania, na data de 05 de dezembro de 2022, às proposições inseridas em consulta pública para votação, contam em números de 11.716 (onze

⁵¹² A audiência pública é um instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público Federal, é usada para colher subsídios para a instrução de procedimentos ou inquéritos civis públicos. O membro do MPF convoca uma audiência pública para que todas as partes interessadas, assim como representantes da sociedade civil, exponham suas posições sobre um determinado assunto. Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/audiencias-publicas> Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵¹³ A consulta pública visa promover o diálogo entre a administração pública e o cidadão, em cumprimento aos Princípios da Legalidade, Moralidade, Eficiência, Publicidade, Transparência e Motivação. É um mecanismo de participação social, de caráter consultivo, realizado com prazo definido e aberto a qualquer interessado, com o objetivo de receber contribuições sobre determinado assunto. Incentiva a participação da sociedade na tomada de decisões relativas à formulação e definição de políticas públicas. Na Plataforma de Participação Social, os órgãos públicos poderão, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação dos cidadãos que poderão encaminhar, por meio escrito e diretamente ao ente administrativo, suas contribuições (comentários e/ou sugestões) para subsidiar o processo. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/consultas-publicas> Acesso em: 03 dez. 2022.

⁵¹⁴ Câmara dos Deputados. Portal criado para ampliar a participação social no processo legislativo e aproximar cidadãos e seus representantes por meio da interação digital. Audiências Interativas. Disponível em: https://edemocracia.camara.leg.br/audiencias/fechadas/?q=&initial_date=01%2F01%2F2022&end_date=05%2F12%2F2022 Acesso em: 05 dez. 2022.

mil setecentas e dezesseis) com votos recebidos, de 14.146.147 (quatorze milhões cento e quarenta e seis mil cento e quarenta e sete) pessoas votantes, e de 32. 071.383 (trinta e dois milhões setenta e uma mil trezentas e oitenta e três) votos registrados⁵¹⁵.

Pode-se entender que é por meio da participação desses cidadãos que se opera o diálogo com as entidades estatais, a fim buscar não apenas um consenso entre temas controvertidos mas a melhor forma de solucioná-los.

Contudo, os números apresentados de ambos os portais, representam ainda um número ínfimo de participação popular, haja vista na data de 05 de dezembro de 2022, em atenção as dados apresentados pela Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a população do Brasil é de 215.434.430 (duzentos e quinze milhões quatrocentos e trinta e quatro mil quatrocentos e trinta) pessoas⁵¹⁶.

Importante observar que os dados apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que faz referência a população atual do Brasil é atualizado em tempo real, e que as participações podem ocorrer presencial e/ou virtualmente.

Ao considerar os dados apresentados pela Casa Civil em setembro de 2022, 90% (noventa por cento) dos lares brasileiros já possuem acesso à rede mundial de informações à Internet, perfazendo um amostra total de 65,6 milhões de domicílios conectados, o que demonstra ainda A ínfima participação popular⁵¹⁷.

Com a participação popular, o cidadão tem a possibilidade de manifestar a vontade que é do povo, o principal ator para as transformações sociais oriundas dos processos de gestão encampados pelo poder estatal.

Essa noção de "participação popular" está intrinsecamente ligada à própria concepção de cidadania que está prevista em nossa Carta Magna que vai além da concepção liberal de titularidade de direitos civis e políticos, que reconhece o indivíduo como pessoa integrada na sociedade, onde o funcionamento do Estado estará submetido à "vontade popular", como base e meta essencial do regime democrático e do Estado de Direito (SILVA,1992, p. 102).

⁵¹⁵ Consulta Pública. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/principalmateria> Acesso em: 05 dez. 2022.

⁵¹⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. População do Brasil. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php Acesso em: 05 dez. 2022.

⁵¹⁷ Casa Civil. Conectividade. 90% dos lares brasileiros já tem acesso à internet no Brasil, aponta pesquisa Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/90-dos-lares-brasileiros-ja-tem-acesso-a-internet-no-brasil-aponta-pesquisa> Acesso em: 05 dez. 2022.

Os números apresentados também vem reafirmar a necessidade de políticas públicas sólidas e engajadas, na publicidade aos direitos inerentes à todos os cidadãos, como o direito de participar dos processos de decisão do país e na gestão dos interesses do povo.

Desta feita, as políticas públicas devem considerar não somente os direitos sociais, mas todos os direito constitucionais de personalidade que originariamente conduzem a preservação do bem maior que é o direito à vida.

1.3 Dos Princípios das Proteção Integral ao Recém-Nascido e à Mulher

A Doutrina da Proteção Integral, tem por semente a Declaração dos Direitos da Criança de 1959⁵¹⁸, que seguiu consagrada em 1989 no plano internacional por meio da Assembleia das Nações Unidas como a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Ambos documentos internacionais, enumeram uma série de direitos e de liberdades oriundas da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁵¹⁹, para tratar em apartado em seus 10 (dez) dos princípios condições específicas de proteção aos indivíduos considerados vulneráveis até completar 18 (dezoito) anos idade.

Tem como base fundamental a dignidade da pessoa humana, qual se desdobra em outros direitos como de nascer, de ter um nome, uma nacionalidade, alimentação, lazer, assistência médica, amor e compreensão, educação, proteção a qualquer forma de negligência, crueldade, exploração e discriminação de qualquer espécie, tudo para garantir o seu pleno desenvolvimento.

Princípio 2º: A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade (ONU, 1959, n. paginado).

⁵¹⁸ Dentro de seu contexto histórico, a norma precisava ser constituída para que os Estados se posicionassem diante um comprometimento para promover, garantir e respeitar o conjunto de direitos das crianças e adolescentes. Assim, a Convenção sobre os Direitos da Criança teve seu pré-texto debatido por 10 anos, antes de ser adotada por unanimidade pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1989. A mesma foi aberta para a ratificação em janeiro de 1990, e somente em setembro do mesmo ano entrou em vigor, concluindo a etapa de constituição da norma onde cada Estado Parte da Convenção precisou assumir o compromisso de adotar uma ordem interna para a efetivação dos princípios estabelecidos nela, (ARANTES, 2012).

⁵¹⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Desde sua adoção, em 1948, a DUDH foi traduzida em mais de 500 idiomas – o documento mais traduzido do mundo – e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 06 dez. 2022.

Na garantia de proteção especial os Estados Partes, devem adotar medidas de caráter legislativo, administrativo, social, a fim de coibir todas as formas de violência física ou mental, maus- tratos, exploração, ofensas, abusos, negligência, tratamento displicente (ONU, 1989, n. paginado).

Para tanto, os Estados Partes devem dispor de procedimentos eficazes que visem o apoio necessário para a criança e pelos seus responsáveis (ONU, 1989, n. paginado).

O Brasil como um dos Estados Partes, consolidou a proteção integral com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, por meio do artigo 227 anteriormente citado, assentada sobre três princípios: (i) criança e adolescente como sujeitos de direitos, (ii) destinatários de absoluta prioridade, (iii) condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

(i) Criança e adolescentes como sujeitos de direitos: condição que supera o entendimento da política menorista, de que eram objetos de compaixão e também de repressão, já que na maioria dos casos estavam em situação irregular de abandono ou delinquência.

(ii) Destinatários de absoluta prioridade: condição que lhes assegura o direito de sempre estar em primeiro lugar, e que diante de qualquer situação de ameaça ou perda de direitos, que não seja poupados esforços para encontrar soluções que retomem o estado de normalidade.

(iii) Condição Peculiar de pessoa em desenvolvimento: condição que enseja a impossibilidade de prover seu próprio sustento, de não discernir em determinadas situações a conduta praticada, e de não estar apto a praticá-los, considerando sua plenitude apenas aos 18 (dezoito) anos.

Tais princípios, devem ser inseridos em todas as políticas públicas que venham a ter como destinatários crianças e adolescente e seus responsáveis, condição que se ajusta ao Pato Discreto como política pública de proteção integral ao recém-nascido, à mulher e à família.

Deste modo, a prestação da proteção integral vem no ano de 1990 reafirmado pela Lei nº8.090 de 13 de julho de 1990, denominado de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), considerado mundialmente um dos melhores textos legais sobre a matéria (ISHIDA, 2021, p.2).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é o documento que traz a proteção integral como princípio e como doutrina, colocando aqueles sujeitos que estão na idade de 0 (zero) a 18 (dezoito) anos como sujeito de direitos, com garantias específicas, nos períodos de intenso desenvolvimento físico, psicológico, moral e social.

Art.3º – A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990, n. paginado).

Ao momento em que se estabelece que as crianças, que nesse recorte também são entendidas como os recém-nascidos pela determinação dos art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁵²⁰, aqueles que estão entre 0 (zero) e 12 (doze) anos de idade incompletos, tem direito à liberdade (art. 16)⁵²¹ e ao respeito à sua dignidade (art. 18)⁵²² como pessoa humana, os direitos civis, humanos e sociais, também os são garantidos.

Importante ainda citar o direito à vida e à saúde, constantes do artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que garante a proteção mediante a efetivação de políticas públicas sociais que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência, (BRASIL, 1990, n. paginado).

Ao que pese o mesmo direito à mulher, o artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente assegura, o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo, e quando gestantes, a nutrição, atenção humanizada ao pré-natal, ao parto e ao puerpério, (BRASIL, 1990, n. paginado).

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), compreende-se o direitos à vida e à saúde, como:

O direito à vida está previsto no art. 6º da Convenção sobre direitos da criança (1989). Compreende o direito à saúde, para que seja possível dar concretude ao princípio do viver digno. A Constituição da República assegura o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e, em sua esteira, todos os meios de acesso aos fatores e condições que permitam a sua efetivação. Esse princípio constitui, no sistema constitucional vigente, um dos fundamentos mais expressivos sobre o qual se institui o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III). STF, AI696511, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22/10/2008, DJe-209 Divulgação 04/11/2008, Publicação 05/11/2008⁵²³.

⁵²⁰ Art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 06 dez. 2022.

⁵²¹ Art. 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente: O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 06 dez. 2022.

⁵²² Art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 06 dez. 2022.

⁵²³ STF. Agravo de Instrumento. AI696511, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22/10/2008. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14769224> Acesso em: 06 dez. 2022.

Deste modo, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, os direitos de personalidade previstos no Código Civil de 2002, não podem ser sonegados ou mitigados, o que mais uma vez corrobora para que o Parto Discreto seja entendido como uma política pública de proteção integral.

Ademais como já apontado no presente estudo, nenhum direito da mulher ou do recém-nascido será absoluto, no qual estão inseridos o direito ao anonimato (art. 19-A) e o direito ao conhecimento da própria origem genética (art. 48) ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Isso se deve ao fato, da determinação constitucional de que o Judiciário Brasileiro, ao se deparar com direitos fundamentais e/ou de personalidade em rota de colisão, deverá este ponderar sobre qual é mais valioso diante do caso concreto, o que não enseja a negação do direito a uma das partes.

É nessa perspectiva que é possível verificar a importância do texto legal do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) pelo uso do termo ‘proteção’, com base nos arts. 2º e 19º da Convenção sobre Direitos das Crianças de 1989, que mesmo não deixando de modo explícito a proteção integral à demonstra pelos inúmeros direitos ora reconhecidos.

Por proteção integral deve ser compreendido um conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente. É o princípio da dignidade da pessoa humana levada ao extremo quando confrontado com idêntico cenário levado aos adultos. As crianças e adolescentes possuem uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para reger ou limitar o gozo de bens e direitos (SEABRA, 2021, p. 142).

Por quanto, não resta dúvida de que o Estatuto da Criança e do Adolescente, está alinhado com os preceitos constitucionais, ora determinado pelo texto do art.1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, (BRASIL, 1990, n. paginado).

Para Seabra (2021) é importante consignar a relação intrínseca entre a proteção integral e a dignidade da pessoa humana, qual entende como uma hiperdignidade, em razão da amplitude na garantia de direitos.

É necessário consignar que “a proteção integral é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para reger ou limitar o gozo de bens e direitos, (SEABRA, 2021, p. 142).

Ainda nesse sentido, Fuller (2018, p.101), aponta para a existência duas dimensões da proteção integral enquanto política pública social: (i) dimensão pessoal (subjética) e (ii) dimensão material (objetiva).

(i) Dimensão pessoal (subjética): é dividida em duas dimensões, dimensão ativa por abandonar a concepção da legislação menorista de que as crianças e os adolescentes via de regra estão em situação irregular, assumindo uma posição de que crianças e adolescentes são sujeitos e precisam ser compreendidos, e dimensão passiva por obrigar Estado, sociedade, família e a comunidade a respeitar e assegurar tais direitos;

(ii) Dimensão material (objetiva): por compreender a necessidades de todas as pessoas, mais especificamente de crianças e adolescentes, que pode apresentar aspecto positivo ao impor prestações consistentes para efetivar por exemplo o direito à vida, à saúde e à educação, e um aspecto negativo ao impor proibições ou limitações ao Estado, sociedade e família, sendo vedado qualquer intervenção indevida.

Percebe-se então, que as políticas públicas em virtude de ambas as dimensões existentes, requer um equilíbrio, a fim de que as normas jurídicas elaboradas sob o status de políticas públicas, possam prever atendimento a questões reais e comuns do cotidiano, sendo eficiente e eficaz.

Assim sendo a proteção integral, deixa de ter um caráter filantropo e passa a ter um caráter de política pública, seu fundamento não é mais assistencialista e sim de direito subjético, não tem uma centralidade apenas no judiciário, mas também no município o qual juntamente com a União e os Estados, podem executar, por meio de uma cogestão entre Estado e Sociedade Civil, organizados em rede, em prol de uma gestão democrática e participativa.

SEÇÃO II – Como Política Pública de Prevenção a Atos Ilícitos

2.1 Uma alternativa à não criminalização de condutas

A fim de construir uma base sólida para concluir que o Parto Discreto, seja uma política pública eficaz para a prevenção de atos ilícitos, primeiramente é preciso voltar-se para as bases principiológicas dos Direitos Humanos.

Direitos Humanos, que no presente recorte se aplica diretamente aos recém-nascidos e às mulheres, diante da realidade da sociedade contemporânea pautada no neoconstitucionalismo, que busca garantir uma vida digna nos aspectos, físico, psíquico, afetivo, jurídico, econômico e político⁵²⁴.

Os direitos humanos são normas que reconhecem e protegem a dignidade de todos os seres humanos. Os direitos humanos regem o modo como os seres humanos individualmente vivem em sociedade e entre si, bem como sua relação com o Estado e as obrigações que o Estado tem em relação a eles. A lei dos direitos humanos obriga os governos a fazer algumas coisas e os impede de fazer outras. Os indivíduos também têm responsabilidades: usufruindo dos seus direitos humanos, devem respeitar os direitos dos outros. Nenhum governo, grupo ou indivíduo tem o direito de fazer qualquer coisa que viole os direitos de outra pessoa, (UNICEF, 2022, n. paginado).

Tais garantias se concretizam sob responsabilidade dos entes estatais em legislar e implementar políticas públicas que visem garantir que a pessoa humana, se desenvolva de modo pleno, digno, com proteção à qualquer tipo de abuso praticado por terceiros e pelo próprio entes estatais.

Deste modo, eleva-se o status da política pública, como mecanismo capaz de preservar à vida dos recém-nascidos, como o bem maior constitucional pátrio, e assim coibir, atos ilícitos previstos no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como o abandono, a exposição, o aborto, o infanticídio, o abando intrafamiliar, a adoção ilegal, o tráfico de crianças, à prostituição infantil, a exploração sexual infantil, entre outros.

De ordem prática, como política pública sua finalidade e abrangência, volta-se a inúmeras realidades sociais que se perpetuam através dos tempos como tabus, e que assim se potencializam pela globalização e com a gama de informações controvertidas ou ausentes oriundas de fontes não fidedignas e distantes da ordem jurídica do direito pátrio.

⁵²⁴ Art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 08 dez. 2022.

Todavia, como política pública de prevenção, em razão dos atores envolvidos em um determinado fato, ela pode antever e coibir a prática de atos contrários à lei.

Os atos contrários à lei, podem ser definidos na perspectiva do direito penal.

Como o objetivo deste estudo, não é discutir ou exaurir os conceitos de ato ilícito, tão pouco as excludentes de ilicitude, há necessidade de apenas compreendê-lo como um comportamento em desacordo com aquilo que a lei determina como ofensa ou lesão.

Para definir crime, a que tomar por referência a definição legal, que se apresenta no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940), que reza:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Tal referência se faz necessária, haja vista o Código Penal, não contemplar um conceito para crime, ficando ao encargo da doutrina assim fazer.

Nas palavras de Edgard Magalhães Noronha (1983, p. 410) crime é “a conduta praticada pelo ser humano que lesa ou expõe a perigo o bem protegido pela lei penal”.

Pode-se aludir a um exemplo comungando o conceito e dos dados já apresentados anteriormente, relativos ao abandono de incapaz ou a exposição e abandono do recém-nascido para esconder desonra, oriunda de uma gravidez indesejada.

Tanto o abandono de incapaz (art.133)⁵²⁵, quanto a exposição ou abandono de recém-nascido (art.134)⁵²⁶ para esconder desonra, estão capitulados no Código Penal como crime e por consequência uma pena é aplicada àquele que pratica o ato contrário a lei, ou seja, o sujeito ativo, contra àquele que sofre ou é exposto a lesão, ou seja, o sujeito passivo.

Diante do exemplo apresentado, questiona-se:

“Pode o instituto do Parto Discreto como política pública também de prevenção, antever e amenizar o cometimento de atos ilícitos a fim de proteger os atores envolvidos no fato?”

⁵²⁵ Art. 133 do Código Penal: Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. § 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 08 dez. 2022.

⁵²⁶ Art. 134 do Código Penal: Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria. Pena - detenção, de seis meses a dois anos. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - detenção, de um a três anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - detenção, de dois a seis anos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 08 dez. 2022.

Como resposta, pode-se dizer que sim, pois a política pública de proteção em seus três níveis de atuação, segundo Asinelli-Luz (2000, p. 79) busca:

(i) Uma Prevenção Primária: por meio de ações que visem o não cometimento de atos ilícitos, educando os indivíduos para direitos e deveres inerentes da pessoa humana.

Vislumbra-se a prevenção primária, ao retomar o exemplo anteriormente citado da gravidez indesejada, seja fruto de relação conjugal, extraconjugal e esporádica, ou, uma gravidez indesejada fruto de um estupro, todas ensejam responsabilidades (direitos e deveres) a serem observadas e suportadas, da gravidez resultar o abandono do incapaz (art.213)⁵²⁷, o aborto ilegal (arts.124 e 126)⁵²⁸, o infanticídio (art.124)⁵²⁹, a adoção ilegal⁵³⁰.

Busca-se, informar e educar sobre questões relacionadas ao tema, que pode intervir negativamente na vida de cada pessoa, que para Asinelli-Luz (2000, p. 52) tais ações devem prioritariamente partir da família e da escola.

Contudo em complemento a esse pensamento, e com fundamento legal no art. 227, §1º, inciso I da Constituição Federal brasileira de 1988, acredita-se que o Estado é responsável por tais ações.

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

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil. (Grifo nosso)

⁵²⁷ Art. 213 do Código Penal: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 08 dez. 2022.

⁵²⁸ Art. 124 do Código Penal: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Artigo 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 08 dez. 2022.

⁵²⁹ Art. 123 do Código Penal: Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 08 dez. 2022.

⁵³⁰ A adoção como instituto do direito brasileiro é regida primeiramente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e aperfeiçoada pelas Leis n. 12.010/2009 e 13.509/2017, que determina a adoção legal de crianças e adolescentes no Brasil, somente se realizada por meio de processo judicial nas varas da infância e da juventude, para assegurar os direitos da família de origem, da criança ou adolescente e dos adotantes, decidida por um juiz ou juíza de forma excepcional, conferindo os mesmos direitos e deveres em relação a outros filhos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm Acesso em: 08 dez. 2022.

Um forma de informar e educar os diversos temas que se apresentam por meio do exemplo, é trabalhar com conceitos científicos legais, objetivando a internalização pelos indivíduos e a construção cognitiva do que a lei apresenta como direitos, deveres e responsabilidades pelas condutas comissivas ou omissivas.

Conceitos são construções culturais, internalizadas pelos indivíduos ao longo de seu processo de desenvolvimento. Os atributos necessários e suficientes para definir um conceito são estabelecidos por características dos elementos encontrados no mundo real, selecionados como relevantes pelos diversos grupos culturais. É o grupo cultural onde o indivíduo se desenvolve que vai lhe fornecer, pois, o universo de significados que ordena o real em categorias (conceitos), nomeadas por palavras da língua desse grupo (OLIVEIRA, 1992, p. 28).

Para tanto, os conceitos científicos legais a serem trabalhados, podem partir dos saberes iniciais dos indivíduos, a fim de gerar uma reflexão mais próxima da realidade vivida, um ensino reflexivo é necessário à aprendizagem de conceitos científicos.

(ii) Uma Prevenção Secundária: a abordagem é específica a indivíduos que possam, ou já estão em situação de risco, que como exemplo pode-se considerar a mulher em sua condição de gênero, haja vista as motivações e justificativas do estupro (art. 213)⁵³¹ e da exploração sexual (arts.228 e 229)⁵³².

Frente a este modelo estruturado com base numa espécie de soberania patriarcal, ainda que a expressão “mulher honesta” tenha sido retirada do Código Penal em 2006, permanecem resquícios no atual sistema penal que remetem à lógica da honestidade, estando presente em alguns dos julgamentos por crimes de estupro, nos quais se dá uma espécie de separação entre mulheres ‘honestas’ e mulheres ‘não honestas’. Apenas as primeiras, nos julgamentos concretos, acabam sendo vistas como possíveis vítimas de estupro, apesar do texto legal, uma vez que há a cultura machista presente, mesmo pós alteração do Código Penal. A situação, via de regra, tende a piorar quando o julgador é figura masculina, (ANDRADE, 2015, p. 98).

⁵³¹ Art. 213 do Código Penal: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 08 dez. 2022.

⁵³² Art. 228 do Código Penal: Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência. § 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. Art. 229: Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 08 dez. 2022.

Contudo, a que se elencar as circunstâncias sociais, culturais, espaciais e geográficas nas quais a mulher está inserida, e o efeito ricochete que de tais condutas acometem ao recém-nascido.

Nesse viés, o objetivo é também educar e orientar para os direitos e deveres na sua condição de pessoa humana, e buscar resgatar o indivíduo da situação de risco onde ele se encontra para uma outra realidade, onde a dignidade se efetive.

(iii) Uma Prevenção Terciária: a abordagem ocorre nos contextos já existentes, onde a tratativa é por meio de equipe multidisciplinar, para orientação, assistência, tratamento e acompanhamento nos fronts jurídicos, psicológicos e sociológicos.

Nesse momento, o ato ilícito já está consumado, e a abordagem deve ser com os atores do fato, por meio de equipe multidisciplinar, não apenas dar solução ao caso concreto, mas humanizar o processo em si.

Pelo viés da prevenção, pode-se evitar todos os possíveis atos ilícitos já citados, e os que ainda serão apresentados nas próximas seções, oriundos da realidade social em que os indivíduos estão inseridos, bem como de informar, educar e orientar para a sexualidade, para o planejamento familiar e reprodução humana.

Acima de tudo, o que se objetiva por meio da política pública de prevenção é proteger o bem maior tutelado pela Constituição Federal brasileira de 1988, que é o direito à vida, digna, segura, para o recém-nascido e o direito de liberdade e autonomia da mulher em optar por não vivenciar a maternidade.

Ademais, ao homem desde os primórdios, lhe é garantindo o direito de negar a paternidade, entregando não apenas o filho a própria sorte, mas à mulher, à genitora, e a mãe, que no maior ato de amor tem como a única saída a entrega do filho para a adoção.

2.2 Do Impacto como Política Pública no Código Penal de 1940

O Código Penal, é conhecido e entendido por meio do brocado jurídico da '*ultima ratio*', que nas palavras de Bittencourt (2012, p. 123) é, o último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado (em outras palavras: só deve atuar subsidiariamente), para aquelas condutas humanas que geram repulsa social.

Deste modo, o Direito Penal só irá agir, quando todos os instrumentos disponíveis para o controle social não produzirem eficácia.

Isso se justifica, em razão de que a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional⁵³³ se irradia por todos os ordenamentos jurídicos a qual também alcança o marco histórico do Direito Penal pátrio pela obra clássica de Cesare Beccaria ‘Dos Delitos e das Penas’.

O livro *Dos Delitos e das Penas* é, de certo modo, a Filosofia francesa aplicada à legislação penal da época. Contra a tradição clássica, invoca a razão. Torna-se o arauto do protesto público contra os julgamentos secretos, o juramento imposto ao acusado, a tortura, o confisco, a pena infamante, a delação, a desigualdade diante da sanção e a atrocidade do suplício. Ao sustentar que "as mesmas penas devem ser aplicadas aos poderosos e aos mais humildes cidadãos, desde que hajam cometido os mesmos crimes", Beccaria proclamou com desassombro, pela primeira vez, o princípio da igualdade perante a lei. Estabeleceu limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre o pecado e o crime. Condenou o pseudodireito de vingança, tomando por base o *ius puniendi* e a utilidade social. Considerou sem sentido a pena de morte e verberou com veemência a desproporcionalidade entre a pena e o delito, assim como a separação do Poder Judiciário do Poder Legislativo. O sucesso da obra foi imediato, principalmente entre os filósofos franceses (BECCARIA, 1999, p. 142).

Percebe-se que o Direito Constitucional e o Direito Penal, agem de modo interdisciplinar, vislumbrando um caráter mais humanitário diante do caso concreto, e distante da linearidade dos manuais, garantindo que ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante, artigo 5º, inciso III da Constituição Federal brasileira de 1988.

Pelo viés do garantismo é que a Política Pública de Prevenção, age sob o fundamento de educar, orientar e prevenir, o cometimento de atos que se subsumam na condição de gerar repulsa social e clamor pela punição que muitas vezes são construídas pelo uso de termos e textos desconectados do fato real, como segue: “Segurança. Compartilhar. Crueldade. “Mãe joga recém-nascido em rio e foge”. A suspeita foi presa em Bragança Paulista, no estado de São Paulo. 05/04/2022 18h39 • Atualizado há 8 meses”.⁵³⁴

A notícia veiculada pela rede mundial Internet, alude duas questões minimamente controvertidas, se a mãe jogou a criança, como o texto afirma, ela consequentemente não é suspeita mais, como afirma a frase seguinte. Entretanto, o texto mesmo que contraditório faz com que o leitor se aproprie da ideia de crime, ou seja, a mãe é criminosa.

No presente caso, a mãe narrou que a criança havia nascido sem vida, e numa mensagem trocada com uma amiga ela comenta “nem sei como tive forças e coragem para fazer isso”.

⁵³³ A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição (ROCHA, 1999, p. 81).

⁵³⁴ SCC10. Reportagem. Disponível em: <https://scc10.com.br/seguranca/mae-joga-recem-nascido-em-rio-e-foge/> Acesso em: 09 dez. 2022.

Segundo as investigações sobre o caso, a criança nasceu com vida, teve o cordão umbilical cortado de forma arcaica, e depois foi lançada no rio pela mãe, (SSC10/2022, n. paginado).

Como consequência do ato, a mulher e mãe, poderá responder por infanticídio (art.123) se restar comprovado que praticou sobre influência do estado puerperal, durante ou logo após o parto, e por ocultação de cadáver. Caso não seja, comprovado o estado puerperal, incide em homicídio (art.121).

O caso apresentado, tem por objetivo retratar uma das realidades entre tantas que se apresentam no dia-a-dia, e que são observados sob a letra fria da lei, e na maioria das vezes sob o enfoque de crueldade, como a própria nota jornalística escreve.

O impacto do Parto Discreto como política pública distributiva e preventiva, objetiva atuar não apenas na causa por meio do fornecimento de serviço público, mas também no indivíduo educando e orientando para o não cometimento de atos contrários à lei, quais sejam:

(i) Abandono de incapaz: está capitulado no art. 133 do Código Penal o caput traz por verbo núcleo do tipo abandonar, pessoa que está sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, com pena capitulada de seis a três anos, em regime de detenção.

Para que se configure o abandono, é necessário que o sujeito ativo, crie uma situação de perigo concreto à vítima, como por exemplo deixar o recém-nascido em um terreno baldio, em uma lata de lixo, em uma sacola plástica de mercado, (NORONHA, 1993, p. 121).

O incapaz para esse recorte do estudo é o recém-nascido, como já anteriormente elencado, àquele que para o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) está entre 0 (zero) e 12 (doze) anos de idade incompletos (BRASIL, 1990, n. paginado).

Caso o abandono, resulte em lesão corporal de natureza grave (§ 1º), haja vista o sujeito passivo ter sua integridade corporal ofendida, a pena capitulada é de seis meses a três anos, em regime de detenção, se resultar em morte (§2º), a pena capitulada é de quatro a doze anos, em regime de reclusão, (BRASIL, 1940, n. paginado).

Contudo, as penas podem aumentar de um terço (§3º) se o abandono for realizado em lugar ermo (inciso I), e se o sujeito ativo, ou seja, o agente da conduta for ascendente, no caso a genitora/mãe, (BRASIL, 1940, n. paginado).

Deste modo, é possível perceber que é pelos próprios termos da lei, é incorreto conceituar, comparar, equivaler, o crime de abandono com o Parto Discreto, haja vista, o recém-nascido não estar a própria sorte, sem qualquer cuidado e exposto à risco de sua integridade que venha a causar lesão ou colocar a sua vida em perigo.

Nesse viés, há que ter claro que a motivação do abandono caminha na contramão, da política pública que objetiva proteger a ambos, pois nas palavras do Desembargador Luiz Carlos Figueirêdo (2013, p. 28) a motivação para o abandono é o desespero.

Enquanto o abandono é movido pelo desespero e desamparo à mulher, a entrega é assistência e escolha. Uma escolha que deverá ser respeitada e realizada no momento em que a situação de risco ou vulnerabilidade da mãe esteja resolvida. (...) Mas, se ainda assim o desejo da entrega persistir, ela poderá fazê-la com a certeza de que a criança terá assistência. Para o magistrado, é através da assistência jurídica e psicossocial que a mulher poderá conhecer alternativas diferentes do abandono e assim fazer sua escolha, superando os problemas que geraram sua motivação. Mas se ainda assim o desejo da entrega persistir, ela poderá fazê-la com a certeza de que a criança terá assistência.

Ademais, mesmo que seja um pensamento linear e raso de que o Parto Discreto incentive o abandono, o acolhimento também para com a mulher pode evitar situações que lhe cause risco a sua integridade física e psicológica, não bastando em ser vítima de lesão corporal, mas de ter sua vida ceifada.

(ii) Exposição ou Abandono de Recém-Nascido: está capitulado no art. 134 do Código Penal, que para alguns doutrinadores é uma forma privilegiada do abandono de incapaz (art.133), em razão de que a prática do crime visa ocultar a desonra própria.

A desonra própria, pode ter por hipóteses relações adulterinas ou incestuosas (QUEIROZ, 2013, p. 28). Verifica-se em jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, como segue:

Apelação Criminal nº 2-15.010278-8. No Juízo da Vara Única da Comarca de São Lourenço do Oeste, Ironi Alves Trindade foi denunciada como incurso nas sanções do art. 134, §2º do Código Penal, pelos fatos narrados na peça acusatória: “Consta do incluso inquérito policial que, no dia 30 de novembro de 2009, durante a madrugada, cujo horário preciso a instrução poderá apurar, a acusada, estando no banheiro de sua residência, deu à luz uma criança do sexo masculino, com cerva de setes meses de gestação, tendo providenciado o parto de forma oculta para que seus familiares não tivessem conhecimento de sua gravidez. Após o nascimento do bebê, ela fez uso de tesoura para cortar o cordão umbilical e depois o agasalhou sob suas roupas. Ato contínuo, na intenção de ocultar uma situação de desonra que imagina se encontrar, ela abandonou o recém-nascido na varanda da casa de uma vizinha, fazendo com que ele fosse a óbito por insuficiência respiratória, em decorrência da prematuridade segundo afirmou o Laudo Pericial Cadavérico de fls. 06/07, que foi ilustrado pelas fotografias de fls. 08/11/IP, onde se vê que o menino respirou após o nascimento, afastando, assim a possibilidade de ele ter nascido sem vida. (...) Porém, no dia 03 de dezembro de 2009, ela resolver esclarecer a verdade, dizendo ser a mãe da criança encontrada sem vida, e que agiu daquela forma porque estava sofrendo ameaças de morte do genitor da criança, cujo nome não quis fornecer, com o qual manteve relacionamento que resultou na sua gravidez. Alegou que, embora ele tenha mudado de residência para outra cidade, mesmo assim continuava lhe perturbando psicologicamente e a pressionando para que abortasse. Por isto, com a intenção de ceifar a própria vida, tomou chás de diversas ervas, cuja conduta forçou o nascimento do bebê. Apesar de alegação de suposta pretensão suicida, a intenção da acusada foi

de cometer o aborto para interromper a vida do feto, não imaginando que a criança pudesse nascer com vida, o que realmente ocorreu, pois ela já estava no sétimo mês de gestação. Depois de realizar o parto sem qualquer auxílio de terceiro, e com a intenção de ocultar os fatos, a acusada resolveu abandonar o filho recém-nascido à própria sorte, ao invés de encaminhá-lo para cuidados médicos especializados, pois nasceu prematuro, colocando-o na varanda de uma residência vizinha e voltando, em seguida, ao seu repouso noturno, como se nada tivesse acontecido. (...). Assim, com base nos elementos probatórios aportados nos autos, não há dúvidas de que a ré abandonou o recém-nascido, na intenção de ocultar desonra própria, uma vez que almejava que seus familiares e conhecidos não tomassem conhecimento de sua gravidez e por, decorrência de sua ação, causou a morte da vítima, já que não houve tempo hábil para prestação de socorro ao bebê. Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini.⁵³⁵

O referido acordão, descreve o fim especial do sujeito ativo, de ocultar desonra própria. Contudo, também é possível verificar na narrativa, que sofreu ameaça de morte do genitor da criança.

Por verbos núcleos do tipo, tem-se expor ou abandonar, tendo como sujeito passivo o recém-nascido, que é retirado pela genitora/mãe⁵³⁶ (sujeito ativo) do local onde pode ser prestada a assistência, para um outro local que não a preste, caracterizando um abandono físico, (BRASIL, 1940, n. paginado).

Em razão do crime praticado, ao sujeito ativo pode ser aplicado pena de seis meses a dois anos no regime de detenção, contudo, se do fato resultar lesão corporal de natureza grave (§1º) a pena é de um a três anos, se do fato resultar morte (§2º), a pena é de dois a seis anos, ambos em regime de detenção.

(iii) Aborto ilegal: Sua tutela recai no direito à vida, à integridade física e à saúde do recém-nascido e da mulher, sendo apenas admitido pelo Código Penal quando praticado por médico (art.128), denominado de aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (inciso I), ou no caso de gravidez resultante de estupro (inciso II), que requer o consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal⁵³⁷.

Assim sendo, o aborto como crime resta capitulado entre os arts. 124 a 126 do Código Penal, fixando que a mulher que provocar aborto em si mesma (art. 124) poderá ter pena de um

⁵³⁵ TJ/SC. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 2-15.010278-8**. No Juízo da Vara Única da Comarca de São Lourenço do Oeste. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/944126571/inteiro-teor-944126686> Acesso em: 10 dez. 2022.

⁵³⁶ A divergências doutrinárias ao tema do artigo, quanto a admissibilidade do sujeito ativo ser o genitor em casos de adultério, tendo por objetivo ocultar desonra própria, como a exemplo de Bitencourt que não admite tal possibilidade, por ser crime de mão-própria, ou seja, realizado apenas pela mãe.

⁵³⁷ Importante elencar que o aborto de feto anencéfalo (A anencefalia (do grego an= sem; enkepalos= cérebro), ou seja, "sem cérebro", é considerado legal, porém, não está capitulado no Código Penal de 1940, sendo fruto de jurisprudência pacificada pelo Supremo Tribunal Federal (CUNHA, 2008, p. 131).

a três anos, em regime de detenção, se sobrevier o seu consentimento (art. 126) para que outra pessoa lhe provoque, poderá ser aplicado uma pena de um a quatro anos, em regime de reclusão.

A questão que se quer evidenciar é o aspecto que o Parto Discreto diante de embasamentos legais, bioéticos e fenomenológicos, pode ser um instrumento capaz de evitar a prática do aborto ilegal, considerado a maior causa morte materna relacionada a gravidez.

Na maioria dos países em desenvolvimento, o aborto é considerado um grave problema de saúde pública, sendo uma das maiores causas de morte materna. A grande parte desses abortos é realizada de forma insegura, devido às legislações punitivas de alguns países, principalmente na América Latina (Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos, 2001). O Ministério da Saúde (2007b) aponta que no Brasil o aborto é considerado a 4ª causa de morte materna, sendo responsável por 11,4% dos óbitos e por 17% das causas obstétricas diretas, com parcela significativa causada pelo abortamento provocado. Estima-se que ocorra anualmente, em média, um milhão de abortos provocados, segundo informações das internações hospitalares no Sistema Único de Saúde (SUS), (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007^a, n. paginado).

Segundo pesquisa realizada pelo Conselho Federal de Enfermagem publicada no ano de 2018, a cada dois dias uma mulher morre por aborto inseguro, (CFE, 2018, n. paginado).

Conforme dados apresentados pelo Ministério da Saúde na audiência pública de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número de origem 442 no Supremo Tribunal Federal⁵³⁸, no Brasil cerca de 1 milhão de abortos induzidos são realizados todos os anos, e 250 mil levam as mulheres a internação hospitalar, (CFE, 2018, n. paginado).

Há que se pontuar que, tais dados são dados aproximados daqueles que representariam a realidade, haja vista o aborto ser realizado na ilegalidade, tendo como um dos principais motivos a cultura arraigada de que o papel da mulher é de ser mãe.

Em relação ao estereótipo sobre a maternidade, é possível perceber que está ainda é descrita de forma muito romaneada. Ser mãe é associado a aspectos idealizados, tais como: sacrifício, amor incondicional e disponibilidade completa. Entretanto, essas concepções contrapõem-se à experiência real do papel materno (TRAVASSOS-RODRIGUEZ; FÉRES-CARNEIRO, 2013, p. 104).

Deste modo, é possível supor que a verdadeira causa morte dessas mulheres, antecede a prática do crime de aborto, seja por questões culturais, morais, religiosas, que levam à clandestinidade, como: à falta de informação de direitos e deveres, à falta de educação sexual sem tabus, à falta de educação para o planejamento familiar, de orientação para o uso de métodos anticoncepcionais, e até pela existência de um mercado negro farmacêutico por meio da

⁵³⁸ Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número de origem 442. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865> Acesso em: 10 dez. 2022.

venda ilegal e o uso indiscriminado de abortivos como o Cytotec nome comercial para o Misoprostol⁵³⁹.

Na autobiografia de Annie Ernaux⁵⁴⁰ autora do livro *'La Place'*, publicado em 1983 e traduzido ao português brasileiro como *'O lugar'*, é possível verificar que a narrativa é voltada apenas para a criminalidade do ato em si, e distante de qualquer processo fenomenológico.

Essa solidão foi vivida por ela em 1964. Tinha vinte e três anos. Na época, abortar era um crime punido pela lei. Diz ter procurado nas bibliotecas obras nas quais a heroína queria abortar. Ela esperava descobrir uma voz amiga na literatura, nada encontrara. Nos romances, a heroína estava grávida e em seguida não estava mais, a passagem entre os dois estados permanecia sempre elipsada. A etiqueta "Aborto" da biblioteca identificava apenas revistas científicas ou jurídicas, tratando do assunto pelo ângulo da criminalidade, (SCHNECK, 2015, p. 125).

A autora, ainda em sua obra, atribui ao aborto o caráter de "uma experiência humana total, da vida e da morte, do tempo, da moral e do interdito, da lei, uma experiência vivida de um extremo a outro através do corpo" (ERNAUX, 2011, p. 318-319).

Incontestes que pela prática do aborto ilegal, em que pese o direito à vida que deve ser protegida, é uma vida de mão dupla, mulher e recém-nascido, o que reafirma a sua importância ao tema.

(iv) Infanticídio: capitulado no art. 123 do Código Penal tem por verbo núcleo do tipo matar, ou seja, uma espécie de homicídio privilegiado contra o recém-nascido (sujeito passivo), pela genitora (sujeito ativo) influenciada pelo estado puerperal durante ou logo após o parto, cominando uma pena de dois a seis anos, no regime de detenção.

A referida conduta, para assim ser subsumida ao tipo penal, deve restar comprovada a influência do estado puerperal, por meio de perícia, caso contrário pode ser capitulada a conduta como homicídio (art. 121) na sua forma simples⁵⁴¹, que tem o mesmo verbo núcleo do tipo, mas com pena majorada de seis a vinte anos, em regime de reclusão.

⁵³⁹Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Protocolo Misoprostol**. Brasília, 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolo_utilizacao_misoprostol_obstetricia.pdf Acesso em: 10 dez. 2022.

⁵⁴⁰ Nascida na França, Annie Ernaux, é responsável por títulos como *Os Anos*, *O Lugar* e *O Acontecimento*, publicados no Brasil pela editora estreante Fósforo. A francesa de 82 anos é conhecida por seus trabalhos baseados em sua própria vida. Nas palavras da autora, seus livros são "autossociobiografias", ou seja, retratam histórias que ela viveu, contadas pela própria, mas abordando reflexões sobre o contexto social e histórico em que estão inseridas. Disponível em: <https://jornal.usp.br/cultura/o-reconhecimento-as-autossociobiografias-de-annie-ernaux/> Acesso em: 10 dez. 2022.

⁵⁴¹ De fato, crimes de infanticídio são considerados raros, embora Angotti presuma que muitos dos assassinatos de recém-nascidos sejam denunciados como homicídio pelo fato de o juiz não reconhecer o estado puerperal. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53688554> Acesso em: 11 dez. 2022.

Deste modo, independentemente de restar comprovado o Infanticídio ou o Homicídio, ao sujeito ativo ainda pode ser imputado o crime do art. 211 do Código Penal a depender do caso concreto, com a destruição, subtração ou ocultação de cadáver, com uma pena de um a três anos, multa no regime de reclusão.

Entre o infanticídio e o homicídio, mesmo que ambos contemplem o mesmo verbo núcleo do tipo que indica a ação ‘matar’, que o sujeito passivo seja o recém-nascido, e o sujeito ativo seja a genitora, há um abrandamento da pena a conduta praticada, que se deve ao fenômeno do estado puerperal, como afirma Gonçalves (2019, p. 127), que:

Em razão da intensa dor que provoca, da perda de sangue, do esforço necessário, além de outros fatores decorrentes da grande alteração hormonal por que passa o organismo feminino, pode levar a mãe a um breve período de alteração psíquica que acarrete rejeição àquele que está nascendo ou recém-nascido, tido por ela naquele momento como responsável por todo o sofrimento. Se, em razão dessa perturbação, a mãe matar o próprio filho, incorrerá no crime de infanticídio, que tem uma pena consideravelmente menor do que a do homicídio, pois está provado cientificamente que a autora do crime encontra-se com sua capacidade de entendimento diminuída em razão do estado puerperal.

Segundo Capes (2019, p. 151), o estado puerperal, é um estado de perturbações que acomete a mulher de ordem física e psicológica decorrentes do próprio parto, que por vezes a ação física pode acarretar transtornos de ordem mental, que produzem sentimentos de angustia, ódio, desespero, vindo a eliminar a vida do próprio filho.

Na visão de Maranhão (2002, p. 181) o estado puerperal, pode ocorrer antes do parto, e por essa razão denomina de estado psicótico oportuno, que acontece no momento do parto ou logo após, por existir condições favoráveis para sua instalação, como por exemplo as alterações hormonais, exaustão e a tensão emocional. Contudo, é possível elencar outras questões que podem acrescer tais alterações seguindo o mesmo entendimento de Maranhão (2002, p. 181), quando a história de vida da mulher, é construída por relações familiares desestruturadas e violentas, cultura, costume e religião.

Os crimes aqui elencados, refletem uma realidade qual não se pode negar ou mascarar, e que requerem soluções imediatas que possam produzir a curto, médio ou longo prazo, uma realidade onde o indicador principal seja o bem-estar e a dignidade, caso contrário tais questões só serão agravadas, e certamente as novas políticas públicas serão voltadas a gestão do sistema carcerário feminino.

Mulheres que ocultam e/ou negam a gravidez; não tentam abortar; dão à luz sozinhas; atentam contra os/as recém-nascidos/as ou não prestam socorros a estes/estas, pensando, por vezes, estarem mortos/as; não têm memória do momento dos fatos;

deixam rastros de que deram à luz, apesar de tentarem limpar as evidências; guardam os corpos em algum lugar da casa, jogam fora no lixo da casa ou da rua, enterram, geralmente no quintal, em cova-rasa; vão dormir, ou voltam às suas atividades rotineiras; são descobertas, seja pelos/as recém-nascidos/as encontrados/as vivos/as ou mortos/as, seja por seus próprios corpos que denunciam um parto recente. Encontradas, passam a ser investigadas criminalmente e se tornam rés em processos penais que têm diferentes desfechos. São, na grande maioria das vezes, rés primárias (ANGOTTI, 2019, p. 110).

De acordo com *World Female Imprisonment List*⁵⁴², em pesquisa essa realizada, compilada e publicada no ano de 2017, pelo *Institute for Criminal Pollicy Research em Birbeck*, Universidade de Londres o sistema carcerário mundial feminino (mulheres e meninas) era de 740.000 (setecentas e quarenta mil) presas, (WPB, 2017, n. paginado).

Desse total apresentado, o sistema carcerário brasileiro no ano de 2017, tinha a terceira maior população feminina no cárcere, cerca de 44.700 (quarenta e quatro mil e setecentas) mulheres e meninas presas (WPB, 2017, n. paginado).

Os dados apresentados pela pesquisa, foram coletas em 221 prisões em todo mundo, com o retrato mais próximo da realidade que no ano de 2000 a população carcerária feminina no Brasil, era de 10.112 (dez mil cento e doze) presas, (WPB, 2017, n. paginado).

Contudo no ano de 2022, o número de presas segundo o *Institute for Criminal Pollicy Research* será de aproximadamente 42.694 (quarenta e dois mil seiscentas e noventa e quatro) presas. O possível decréscimo da população carcerária verificada no ano de 2022, decorre dos efeitos de subnotificação do período da pandemia do COVID-19, e desta forma podem não condizer com a realidade.

(v) Adoção ilegal ou à brasileira: Além de todos os crimes já citados, ainda resta tratar da adoção à brasileira, que é aquela que não segue às exigências da lei, e que decorre da entrega do recém-nascido a outra pessoa, que promove o seu registro civil como se fosse seu filho.

Mesmo que acometida de boas intenções, a sua prática é capitulada como crime contra o estado de filiação, conforme art. 242 do Código Penal, com pena de dois a seis anos, no regime de reclusão.

Contudo, se é praticado por motivo de reconhecida nobreza, a pena é de um a dois anos, em regime de detenção, podendo inclusive diante do entendimento do juiz não aplicar a pena.

⁵⁴² Wordl Female Imprisonment List (fourth edition). 09 nov 2017. The report can be found. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf Acesso em: 11 dez. 2022.

Deste modo, o sujeito ativo é a pessoa que registra o recém-nascido como se fosse seu filho, haja vista, não ter lei que impeça a genitora de realizar tal conduta.

Poderá haver punição à genitora se dá entrega mediante paga ou recompensa (art.238), do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lhe será aplicada pena de um a quatro anos, multa, no regime de reclusão, bem como a perda do poder familiar pelo Código Civil de 2002. Resta incontroverso, com a exposição dos arts. 133,134,124, 126, 123, 121, 211 e 242 do Código Penal, o impacto que o instituto do Parto Discreto como política pública pode gerar na sociedade, e assim garantir o direito à vida⁵⁴³, a liberdade e a dignidade da pessoa humana e os demais direitos igualmente assegurados.

2.3 Do Impacto como Política Pública no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) Lei nº 8.090 de 13 de julho de 1990, foi assim denominado, por objetivar expressar direitos, e não para expressar o caráter punitivo pelo descumprimento de deveres e obrigações, o que foi deixado a encargo do Código Penal.

A escolha estaria mais correta porque código representaria um conjunto de leis, o que implica em um ordenamento jurídico muito maior que o ECA, já que o termo estatuto busca expressar a ideia de lei, de decreto de regulamento, justificando ser o termo mais apropriado, (NOGUEIRA, 1991, p.121).

Fruto do redemocratização do Estado Brasileiro, por meio da Constituição Federal brasileira de 1988, e posteriormente com a ratificação da Convenção sobre Direitos da Criança no ano de 1989, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) perfilha em julho de 1990 a doutrina da proteção integral inicialmente elencada no art.1º⁵⁴⁴.

Toda criança e adolescente gozam de direitos fundamentais, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Inicialmente, vislumbra-se que o texto do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) era apenas para garantir o gozo aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, entretanto

⁵⁴³ Direito à vida significa também o direito ao existir como indivíduo, como pessoa. Isso quer dizer o “direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento contrário ao estado de morte” (SILVA, 2022, p. 94).

⁵⁴⁴ Artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 11 dez. 2022.

também era de conter os excessos por elas cometidos, com objetivo de proteger sua integridade física e moral.

Destarte, que desde o ano de 1990 quando promulgado até o presente momento, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), procurou acompanhar as mudanças sociais principalmente àqueles estão relacionadas as novas formas de constituir o núcleo familiar, alicerçado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse viés, o art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), traz o direito à vida e à saúde como o bem maior a ser tutelado, reiterando não apenas o preceito constitucional do art. 227, mas os casos em que o aborto no Código Penal é admitido, como anteriormente citado⁵⁴⁵, quando praticado pela mulher.

Contudo, há que se considerar que o termo mulher como substantivo, é utilizado para definir o sexo feminino, ou seja, o ser humano independentemente da sua idade, que normalmente no período da infância é chamada de criança ou adolescente como determinado pelo art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Em virtude dessa interpretação, é que se insere a possibilidade de que a criança e o adolescente do sexo feminino, seja o sujeito ativo de atos ilícitos que analogamente ao Código Penal, são denominados de ato infracional.

É a conduta descrita como crime ou contravenção penal, quando praticada por criança ou por adolescente (artigo 103). Conceito de criança: É a pessoa que possui até doze anos de idade incompletos (artigo 2º, primeira parte). Conceito de adolescente: É a pessoa que possui doze e dezoito anos de idade (artigo 2º, primeira segunda parte), (BRASIL, 1990, n. paginado).

A criança e adolescente, diante de uma gravidez indesejada, podem cometer os mesmos atos ilícitos já citados anteriormente e capitulados no Código Penal, quais sejam: (i) Abandono de incapaz, (ii) Exposição ou Abandono de Recém-Nascido, (iii) Aborto, (iv) Infanticídio ou (v) Homicídio e também (vi) Ocultação de Cadáver, sempre a depender do caso concreto.

Tais atos infracionais, analogamente capitulados como crimes contra à vida, se inserem na espécie de ato infracional gravíssimo, por serem cometidos mediante violência ou grave ameaça.

⁵⁴⁵ Quando praticado por médico (artigo 128), denominado de aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (inciso I), ou no caso de gravidez resultante de estupro (inciso II), que requer o consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 11 dez. 2022.

Para cada ato infracional, haverá uma medida de proteção. Se o sujeito ativo for criança haverá aplicação de medida protetiva (art. 101), se o sujeito ativo for adolescente haverá aplicação de medida socioeducativa (art. 112), ou conjuntamente medida protetiva, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A primeira vista, parece ser impossível que crianças e adolescentes possam vir cometer tais atos infracionais, mas há que se considerar que o exercício da liberdade sexual, é cada vez mais precoce, menos estruturadas e consciente.

Ora, é de amplo saber que cada ano que passa, mais cedo se namora, mais cedo se pratica sexo, mais cedo as meninas engravidam. Embora a mídia, as igrejas e as escolas procurem orientar os jovens no tocante à prática de relações sexuais, o que se vislumbra é a grande falta de responsabilidade dos jovens escolarizados e esclarecidos, que se “esquecem” de preservar sua saúde durante o ato sexual e, também, de se preservar da concepção e da gravidez indesejada (SZANIAWSKI, 2019, p. 342).

De acordo com Instituto Brasileira de Pesquisa e Geografia (IBGE), no ano 2016 a taxa de fecundidade era maior em adolescentes da faixa etária dos 15 (quinze) anos, sendo a maior delas no Estado do Acre 97,8% e a menor no Distrito Federal de 36,6% (IBGE, 2018, n. paginado). Em 2019, a taxa de fecundidade em adolescente era de 59 nascimentos a cada 1.000 mulheres de 15 a 19 anos de idade. (IBGE, 2019, n. paginado).

Em consulta a base de dados do DATASUS do Ministério da Saúde, o número de óbitos de mulheres em idade fértil, na faixa etária de 10 (dez) a 14 (quatorze) anos, é de 1.560 (um mil quinhentas e sessenta), tendo a Região Sudeste com o maior índice de óbitos perfazendo um total de 503 (quinhentas e três) mulheres.⁵⁴⁶ (Vide Anexo 3)

Em uma segunda consulta, na faixa etária de 15 (quinze) a 19 (dezenove) anos, conforme tabulação do próprio sistema, o número sobe para 3.465 (três mil quatrocentos e sessenta e cinco) óbitos, sendo ainda a Região Sudeste com o maior índice de óbitos perfazendo um total de 1.234 (um mil duzentos e trinta e quatro), seguido da Região Nordeste com 1.128 (um mil cento e vinte e oito) óbitos.⁵⁴⁷ (Vide Anexo 3)

Os dados apresentados, só corroboram para uma realidade de que crianças e adolescentes, estão não só com sua sexualidade precocemente ativa, mas inseridas em um contexto de ausência de proteção, suscetíveis a serem sujeitos ativos de atos infracionais análogos aos crimes capitulados no Código Penal.

⁵⁴⁶ DATASUS. Óbitos de mulheres em idade fértil e óbitos maternos no Brasil. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/mat10uf.def> Acesso em: 11 dez. 2022.

⁵⁴⁷ DATASUS. Óbitos de mulheres em idade fértil e óbitos maternos no Brasil. Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/mat10uf.def> Acesso em: 11 dez. 2022.

Há que se fazer uma ressalva de que tais dados são de casos entre crianças e adolescentes que foram notificados pelo Sistema Único de Saúde, sem abranger os casos que ocorrem nos sistemas privados de atendimento à saúde, os casos de subnotificação, e os casos de ilegalidade como a exemplo das clínicas clandestinas, além dos métodos caseiros de abortamento.

Entretanto, não são apenas os atos infracionais objeto de preocupação, mas também questões que envolvem a quebra do dever da guarda, elencados nos arts. 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que obriga a prestação de assistência material, moral e educacional por parte dos pais.

Assim, se os pais ou os responsáveis legais, não cumprirem com o dever da guarda, estes podem contribuir para que suas crianças e adolescentes sejam sujeitos ativos de atos análogos a crimes e contravenções. Outra questão que merece ser pontuada, são os arts. 228⁵⁴⁸ e 229⁵⁴⁹ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que estão diretamente ligados a proteção dos direitos à vida e a saúde da mulher e do recém-nascido conforme o art. 10⁵⁵⁰.

Com o texto dos arts.228 em análise conjunta ao art.10, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a primeira conduta é que o profissional da saúde, mantenha o registro das atividades desenvolvidas à mulher por meio dos prontuários individuais, pelo prazo de 18 (dezoito) anos.

Já em análise conjunta com o inciso IV, a segunda conduta é de fornecer a declaração de nascimento, que deverá conter descritas as intercorrências do parto e do neonato.

⁵⁴⁸ Art.228 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Deixar o encarregado de serviço ou o dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de manter registro das atividades desenvolvidas, na forma e prazo referidos no art. 10 desta Lei, bem como de fornecer à parturiente ou a seu responsável, por ocasião da alta médica, declaração de nascimento, onde constem as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 11 dez. 2022.

⁵⁴⁹ Art.229 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder aos exames referidos no art. 10 desta Lei: Pena - detenção de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é culposo: Pena - detenção de dois a seis meses, ou multa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 11 dez. 2022.

⁵⁵⁰ Art.10 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato; V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe. VI - acompanhar a prática do processo de amamentação, prestando orientações quanto à técnica adequada, enquanto a mãe permanecer na unidade hospitalar, utilizando o corpo técnico já existente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 11 dez. 2022.

Em ambas as análises, o que se busca é proteger os direitos de personalidade já citados, qual seja o de conhecer a sua própria origem genética como elenca Fuller (2017, p. 142), “para servir de esclarecimento na hipótese de futuro e eventual problema de saúde”.

Importante observar que, tais artigos perdem sua efetividade quando a mulher opta pelo abandono, pois mesmo que o recém-nascido seja enviado a uma unidade hospitalar para os primeiros cuidados, se a genitora não for localizada, tais informações não existem, consequentemente o direito à saúde e ao conhecimento da própria origem estaria em menor das hipóteses mitigado.

No que pese a análise do art. 229 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o crime que se configura é de parte do médico, enfermeiro ou dirigente do estabelecimento de saúde, que deixa de fazer a correta identificação da mulher e do recém-nascido, bem como de proceder os exames necessários em prol do bem-estar.

Da análise conjunta com o art. 10, a correta identificação da mulher e do recém-nascido está elencada no inciso II, e a realização dos exames seguido do devido registro, no inciso III, ambos mais uma vez objetivando proteger os direitos fundamentais e de personalidade. Desta feita, quando não corretamente identificados, e privados dos exames, há crime contra o estado de filiação, (NUTTI, 2018, p. 172).

Afinal como bem determina o art.48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), quanto ao direito de conhecer a sua própria origem biológica, há que se ter o registro correto das informações da mulher/genitora e do recém-nascido, sob pena de mais uma vez o direito ser mitigado. Por fim, e não menos importante é o direito ao sigilo de dados e da imagem constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no art.17⁵⁵¹ sob pena de incidir também no Código Penal, no art.146⁵⁵² por meio do constrangimento ilegal pela divulgação, e no art.286⁵⁵³ com a incitação pela divulgação à prática de crime. Mais uma vez resta

⁵⁵¹ Art.17 do Estatuto da Criança e do Adolescente: O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 11 dez. 2022.

⁵⁵² Art.146 do Código Penal: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Aumento de pena: § 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas. § 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II - a coação exercida para impedir suicídio. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 11 dez. 2022.

⁵⁵³ Art.286 do Código Penal: Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 11 dez. 2022.

incontroverso, o impacto do Parto Discreto como política pública na garantia do direito à vida e a dignidade da pessoa humana e os demais direitos igualmente assegurados.

3 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS

Desde as mais antigas civilizações apontadas pela história, o abandono, o aborto, o infanticídio, o estupro, são problemas que se perpetuam como reflexo e resultados das relações humanas, muitos considerados em pleno século XXI como tabus, e mantidos em discussões isoladas como no processo legislativo pautadas nas ideologias de bancadas que sobrepõe ao direito, seus dogmas, estigmas, cultura e costumes, dificultando e até impedindo instrumentos que possam ao menos mitigar esses problemas que assolam a sociedade e os indivíduos.

Ao buscar validar o instituto do Parto Discreto como política pública de proteção integral à mulher e ao recém-nascido, diante dos diversos contextos sociais que se apresentam, quando acontece uma gravidez indesejada ou não planejada, é possível compreender a importância do tema e a necessidade do Estado em garantir proteção.

A proteção que se almeja concretizar está relacionada aos direitos fundamentais e de personalidade, e por essa razão não deve ser pautada como uma solução imediatista, caso contrário irá apenas mascarar ainda mais os casos de abandono, aborto e infanticídio, e distante do seu objetivo maior que proteger à maternidade e à infância.

Porém para validar o referido instituto no direito pátrio, é de extrema importância que se conheça com profundidade a Constituição Federal brasileira de 1988, bem como, todos os seus princípios, em especial a dignidade da pessoa humana para garantir às necessidades vitais inerentes a todo o indivíduo, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Contudo, ainda para validar o Parto Discreto, há que se elencar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na garantia de que por meio do direito à educação será possível orientar não só mulheres mais também os homens, para métodos contraceptivos e de prevenção de gravidez, e na autonomia da escolha de ter ou não uma prole.

Validar o instituto do Parto Discreto como política pública de proteção integral é validar o direito ao exercício da cidadania, pois como atividade sistematizada irá dispor de subsídios para sua formulação e implantação, por usar do conhecimento científico e por pautar os diversos contextos históricos.

Ademais, não há mais tempo e espaço para erros do legislativo, como a exemplo do instituto do Parto Anônimo ser apresentado como sinônimo da Roda dos Expostos, na premissa de constituir uma política pública para legalizar do abandono.

Cada instituto, deve ser estudado, interpretado, analisado sob a ótica do contexto histórico-social que motiva ou motivou a sua criação, sob pena de se desconstituir direitos e consolidar tabus e estigmas que precisam ser minimamente resignificados.

Portanto, reitera-se o instituto do Parto Discreto, como instituto jurídico, que deve ser compreendido como uma política pública de proteção integral capaz de equalizar direitos e de prevenir contextos que violem direitos e garantias individuais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objeto trazer à luz a construção do processo histórico dos institutos da Roda dos Expostos, do instituto do Parto Anônimo (direito francês), e do instituto do Parto Discreto (direito belga), relacionados com a mitigação das práticas do abandono, do aborto, do infanticídio, motivados muitas vezes por uma gravidez não planejada por ausência de políticas públicas de educação e informação e não desejada, como em casos de estupro, sempre presente na sociedade desde a sua constituição mais remota.

O processo histórico faz-se necessário para esclarecer as controvérsias existentes aos referidos institutos, que são reproduzidos por muitos dos operadores do direito, mas principalmente pelos operadores do processo legislativo, haja vista, o pouco conhecimento de muitos institutos que são tomados por empréstimos do Direito Comparado e desprovidos de um conhecimento minimamente necessário para que não sobrevenha erros, como os cometidos na propositura célere e frágil dos Projetos de Lei, do instituto do Parto Anônimo no Brasil no ano de 2008, que teve como fim os arquivos do legislativo.

Há uma necessidade inconteste desses institutos serem estudados, analisados e interpretados em sua gênese, para que haja compatibilidade com o sistema jurídico vigente, com a norma constitucional e com as normas infraconstitucionais, fundamentada em dados científicos para restar incontroverso a necessidade daquele instituto ser inserido no âmbito do direito e assim produzir o efeito almejado, e distante de erros primários de nomenclatura, de conceito e de tradução, que se reproduzem e remontam desde a instituição da Roda dos Expostos ou Enjeitados no Brasil Colônia, até o século XXI com a comparação dos referidos institutos, na afirmação de que os mesmos tem como objetivo a legalização do abandono e demais atos ilícitos, o cerceamento de direitos. Tudo pela ausência ou o pouco conhecimento histórico, cultural, social, político, científico e jurídico destes institutos.

Para tanto, o tema desta tese, primeiramente se revela de extrema importância, pelo caráter polêmico ao estabelecer relações entre o abandono dos recém-nascidos e o modo de vida da sociedade patriarcal e hierarquizada, da qual o homem detinha o controle sobre as coisas, sobre a mulher e seus filhos.

A mulher, era considerada em segundo plano, independentemente se fossem ricas ou pobres, índias, negras, mulatas ou europeias, eram submissas aos papéis que lhes eram impostos pela sociedade patriarcal, assim como seus filhos os quais inicialmente só eram assim reconhecidos se oriundos do casamento.

Deste modo, os recém-nascidos que eram rejeitados pelos mais variados motivos, tinham na Roda dos Expostos ou dos Enjeitados, um meio de garantir a sua sobrevivência, para que esse não ficassem a própria sorte, que poderiam não sofrer apenas o abandono, mas a própria morte. A “roda” como era assim popularmente conhecida na sociedade do século XVII, foi um instituto que no Brasil desempenhou sua função social e assistencialista motivada pela Igreja Católica por meio do atendimento ao abandonado nas Santas Casas de Misericórdias, que também atendia aos desvalidos, com a ajuda daqueles que queriam ascender aos céus.

A roda, foi considerada sinônimo de abandono, por se acreditar que aquele que abandonava a criança, o fazia motivado por um sentimento de rejeição, para única e exclusivamente livrar-se de um fardo, ou seja, um comportamento praticado com irresponsabilidade, como um ato de desamor, sem considerar que tal comportamento pudesse ser o maior ato de amor a ser feito, por aquela mulher que não deseja vivenciar a maternidade, seja por escolha própria ou por imposição de terceiros, como os casos de adultério, dos estupros, da rejeição do companheiro e dos familiares, por questões de saúde física e psicológica, além da extrema miserabilidade. Qual seria o real motivo, para que os olhos da sociedade só se voltem ao ato de desamor e de irresponsabilidade da mulher?

Talvez essa incompreensão, possa ser motivada pelo fato de que a mulher foi historicamente construída principalmente no ocidente como imagem semelhança de Maria, a mãe de Jesus, que jamais poderia renunciar a maternidade e abandonar seu filho, ainda mais um recém-nascido, ficando à margem da própria sorte. Ou ainda, que possa ser motivada pelo mecanismo de controle do patriarcado que aos seus olhos a mulher tinha por função cuidar da casa, da família, e ser mãe, e muito distante do desejo e muito próxima de uma construção social inato a toda mulher que também se perpetua ao longo do tempo.

Entretanto o abandono de recém-nascidos, não é premissa desta ou daquela época histórica ou apenas de uma determinada sociedade, pois é um comportamento praticado e presente deste que o mundo se constitui das relações entre homem e mulher para sobrevivência e perpetuação da espécie.

Com o passar do tempo, as relações humanas foram se modificando e conseqüentemente as leis buscaram amparar os fatos sociais que eram vistos como problemas sociais, principalmente aqueles que envolviam a família, as crianças e os adolescentes.

Assim como a Roda dos Expostos, o instituto do Parto Anônimo do direito francês, e do Parto Discreto do direito belga considerados em sua gênese podem ser entendidos como institutos de proteção social e assistencialista, capazes de minimizar, os problemas que se repetem ao longo da história na sociedade, motivados por vezes por uma gravidez não planejada

ou indesejada, que pode resultar não apenas na prática do abandono degradante, aquele que em que os recém-nascidos ficam expostos a inúmeros riscos contra sua vida, mas também do aborto e o infanticídio, que atentam diretamente contra a vida do recém-nascido e em alguns casos da própria mulher.

Por essa razão, antes de mais nada, há necessidade de entender os três institutos e assim resignifica-los em sua gênese, ou seja, na sua essência originária, para evitar erros ou comparações, e superar estigmas e tabus impressos por falta de conhecimento ao tema principal e conexos.

A perspectiva ora presente para o século XXI, não pode mais ser a de subjugar e condenar à mulher por ser mãe solteira, ou por entregar seu filho para adoção, ou por não querer ser mãe, tão pouco a condição que a mulher só está completa quando for mãe. Tão pouco subjugar e condenar o filho, a ser considerado o bastardo, o fruto de um adultério, ou o renegado.

Ressignificar é preciso, é justo, e de direito, sob pena de agir contrário ao que as leis outrora, consolidaram na premissa de serem sujeitos de direito, e assim mitigar ou até mesmo negar outros direitos que decorrem do bem maior que é à vida, como o direito à saúde, à qualidade de vida, ou seja de viver e também de morrer com dignidade, conforme consagra a Constituição Federal brasileira de 1988.

Portanto, o objetivo maior é de validar um instituto como o Parto Discreto, haja vista a incompatibilidade do instituto do Parto Anônimo com o sistema jurídico brasileiro vigente, para equalizar direitos da mulher ao sigilo de sua identidade e das condições do parto, do recém-nascido de conhecer sua origem genética em momento oportuno, com a observância de proteção a família sociafativa formada, e assim promover a proteção integral dos atores envolvidos, com assistência multidisciplinar à saúde, à vida com qualidade e em condições dignas e distante de mazelas sociais, físicas e emocionais, como a fome, a prostituição, as ruas, as drogas, bem como, na prevenção do abandono, do aborto, do infanticídio e da adoção ilegal ou *intuitu personae*.

E por essas razões, é que se faz necessário discutir no mundo social e jurídico o tema apresentado, para conhecer, para refletir, mas para agir, e assim equalizar direitos, para que ninguém ser abandonado de forma degradante, ou exposto à marginalidade, tão pouco vítima de aborto, infanticídio e de adoções ilegais e do comércio ilegal que comercializa recém-nascidos. Portanto, há que se compreender melhor o contexto histórico dos institutos, a fim de que possam vir à constituir novos direitos, ou reiterar outros já existentes.

Tal compreensão ainda se torna mais importante aos olhos daqueles que tem o dever de legislar, com fundamento nos princípios e valores básicos e elementares da Constituição Federal brasileira de 1988, distantes de conhecimentos superficiais, ultrapassados, ou dissonantes da realidade histórica, social e jurídica que a sociedade do Século XXI exige, diante dos novos arranjos familiares, e da criação de institutos jurídicos que protejam à dignidade da pessoa humana, sem qualquer distinção de qualquer natureza.

É ainda necessário que o legislador, conheça a legislação pátria, e de sua interpretação, para atender à questões urgentes que precisam ser não só reguladas pelo Direito, mas atendidas em suas especificidades diante dos casos concretos. Não há mais tempo, para leis que atendam apenas o dever ser, daquilo que apenas seria o justo. Os novos tempos, requerem o Direito pela realidade que se apresente, daquilo que seja real e possível, e que correspondam a questões sociológicas, filosóficas e políticas.

Não há mais tempo para que erros sejam ainda entendidos como mero equívocos quando o legislador não possui o conhecimento jurídico necessário sobre um determinado tema, quanto mais a temas polêmicos e controversos como os institutos do Parto Anônimo e do Parto Discreto, e as questões que abarcam no Direito, ao empregar um instituto do Direito Comparado, como objeto de Projetos de Leis no Brasil, com erros de nomenclatura, conceito, fundamentos, desprovidos e desconexos da realidade ao qual buscam ser instituídos.

Tão pouco, por atos permissivos de não observar e utilizar das técnicas jurídicas, e imprimir significados reais às mazelas sociais, as quais requerem ser mitigadas e/ou resolvidas, como é o objetivo do instituto do Parto Discreto como política pública de proteção integral, o qual acredita-se pela análise feita no presente estudo ser o mais apropriado e compatível com as normas brasileiras, por entender que os direitos não são absolutos, e que se colidentes, há que ponderar juridicamente diante do caso concreto por aquele direito mais valoroso para assim prevalecer.

Todavia, há que se ter o cuidado quanto ao empregar a nomenclatura do instituto do Parto Discreto, se empregue corretamente o seu conceito, o seu objetivo e o seu fundamento social e jurídico, reiterando a sua necessidade por meio de dados científicos e teorias, para evitar comparações, equívocos, enganos ou erros, principalmente pela ausência de estudos por aqueles que tem a competência e o dever de legislar, sob pena de tratar-se de um ato permissivo que pode mitigar ou até desconstituir direitos, tendo por ato final os arquivos do legislativo como o instituto do Parto Anônimo.

Em um país que é assolado por inúmeros casos de abandono e exposição de recém-nascidos, de abortos clandestinos, infanticídios e adoções ilegais, ora retratados e nesse estudo

não apenas por reportagens veiculadas na mídia, mas por dados coletados nas plataformas administradas pelo governo e pela sociedade civil por meio das suas instituições, imprimem cientificidade e fidedignidade, à diversas realidades sociais que circundam as famílias e que não podem mais ser ignoradas ou politizadas.

Sendo assim, há que se ter uma inquietação em compreender o instituto do Parto Discreto, a partir do seu conteúdo originário do direito comparado, porém sob o viés da legislação brasileira e das realidades sociais, culturais e políticas que transladam ao tema.

Ao respeitar-se os valores e princípios constitucionais, é possível verificar a existência de um caminho para o justo, diante da análise de cada caso concreto que se apresente ao judiciário, na proteção de direitos da personalidade, na proteção da dignidade da pessoa humana, na isonomia, na solidariedade social, e na afetividade, e que o Parto Discreto pode ser um instrumento de política pública e social na proteção integral à mulher, à criança e também a família em seu pluralismo.

Como política pública, que em sua elaboração já possui o diagnóstico do problema, seja por meio de critérios, elementos, identificação de problemas e causas, dados quantitativa do problema, alinhamento de metas, estratégias, objeto, objetivos, fundamentação, público alvo, caracterização do público alvo, os beneficiários, meios e instrumentos para sua execução, arranjo institucionais, um modelo lógico, indicadores, impactos, monitoramento, controle e avaliação.

Enquanto política pública, há que cumprir aos parâmetros aos quais as leis devem obediência, para assim caminhar e construir um cenário de justiça, liberdade, igualdade e equidade, estando em total sintonia com a Constituição Federal brasileira de 1988, seja no aspecto formal no respeito as regras do processo legislativo (técnica legislativa), e ao aspecto material que é o conteúdo da norma (técnica jurídica), afinal vivemos na lei (Dworkin, 2007, p. 181), característica elementar das sociedades democráticas.

Nesses moldes, a presente tese, pretende contribuir não só na discussão relativa a incompatibilidade do instituto do Parto Anônimo na proteção dos direitos de personalidade, mas a compatibilidade do instituto do Parto Discreto com as normas jurídicas vigentes com capacidade para proteger o nascimento de uma criança rodeado de uma certa confidencialidade, bem como a identidade da mãe e o próprio fato do parto em permanecer discretos, sendo acessíveis ao filho em tempo oportuno e em determinadas condições.

E por fim, contribuir para a compreensão do referido instituto a fim de que em um tempo futuro possa ser objeto de uma nova proposta por meio de um projeto de lei com atenção voltada às técnicas legislativas e jurídicas necessárias, para a sua formulação e implantação, na

garantia do conhecimento da origem genética, na proteção do bem maior que é à vida, à saúde e à qualidade de vida, e todos os demais direitos que dela decorrem e que estão presentes no âmbito dos direitos fundamentais das famílias e de personalidade.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti – 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACIDIGITAL. **Acirrada polêmica sobre “Bebês de Proveta”**. 2015. Disponível em: <https://www.acidigital.com/vida/probeta.htm> Acesso em: 09 jan. 2022.

AGÊNCIA BRASIL. Instituto Brasileiro de Pesquisa de Geografia e Estatística – IBGE: **pelo menos uma doença crônica afetou 52% dos adultos em 2019**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-11/ibge-pelo-menos-uma-doenca-cronica-afetou-52-dos-adultos-em-2019> Acesso em: 02 nov. 2022.

AGÊNCIA BRASIL. **Política de três filhos é confirmada com nova lei chinesa**. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2021-08/politica-de-tres-filhos-e-confirmada-com-nova-lei-chinesa> Acesso em: 24 jan. 2023.

ALARCÓN, P. J. de. Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora Método, 2004. Disponível em: <https://www.significados.com.br/saude/> Acesso em: 31 out. 2022.

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

ALBUQUERQUE, F. S. O instituto do parto anônimo à luz dos princípios constitucionais. **Leituras Complementares de Direito Civil – Direitos das Famílias**. Em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade. Bahia: Editora Jus Podium, 2010.

ALBUQUERQUE, F. S. **O instituto do parto anônimo no direito brasileiro: avanços ou retrocessos**. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM: Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/64.pdf> Acesso em: 22 jan. 2022.

ALBUQUERQUE, F. S. **Veja dois pontos de Vistas profissional sobre a doação anônimo de bebês**. Disponível em: www.opovo.com.br/conteudoextra/771519.html Acesso em: 06 nov. 2022.

ALEX, R. **Teoria de los derechos fmdamentales**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEX, R. Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade. **Ratio Juris**. Vol. 16, n. 2, 2003. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/robert-alex-direitosfundamentais-balanceamento-e-razionalidadepdf.html> Acesso em: 06 nov. 2022.

ALEX, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã “*Theorie der Grundrechte*”. Ed. Malheiros, São Paulo. 2006.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vírgilio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

ALEXY, R. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316> Acesso em: 06 nov. 2022.

ALMEIDA, P. **Três vivas para a adoção! guia para adoção de crianças e adolescentes**. Rio de Janeiro: Mais Movimento de Ação e Inovação Social, 2018. 118 p. 2018. Disponível em: <267f52a9a15e50766a52e521a01c9522.pdf> (cnj.jus.br) Acesso em: 22 ago. 2022.

ALVES, C. M. A. **Direito Romano**. V.I. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

ALVES, J. L. **Código civil da república dos Estados Unidos do Brasil, promulgado pela lei no 3071, de 1 de janeiro de 1916, anotado pelo doutor João Luiz Alves**. Rio de Janeiro, F. Briguet e Cia. Editores-Livreiros, 1917, p. 24.

AMABIS, J. M.; MARTHO, G. R. **Biologia em Contexto**. 1. ed. São Paulo: Moderna, 2013.

AMBRAFRANCE. **La France au Brésil. Ambassade de France au Brésil**. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/> Acesso em: 23 ago. 2022.

ANA. Agência Nacional de Águas. **Catálogo de Metadados da ANA**. Disponível em: <https://metadados.snirh.gov.br/geonetwork/srv/api/records/5fdd2c95-0280-453d-9e25c3a291537126> Acesso em: 14 nov. 2022.

ANDRADE, V. R. P. de. **Soberania Patriarcal: O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra mulher**. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/560> Acesso em: 18 maio 2023.

ANGOTI, B. **Da solidão do ato à exposição judicial: uma abordagem antropológico-jurídica do infanticídio no Brasil: Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.**

ANTT. Arquivo Nacional da Torre do Tombo. 2013. **Instituições do Antigo Regime**. Disponível em: <https://antt.dglab.gov.pt/pesquisar-na-torre-do-tombo/> Acesso em: 18 jan. 2022.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **13º Relatório de produção de embriões. SisEmbrio, 2019**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojOTVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ItYTExYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWZjZjMtNGQzNS04MGM3LWl3MDg1ZjVIZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030> Acesso em: 18 ago. 2022.

AQUINO, T. **Suma Teológica**. Tradução de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. São Paulo: Loyola, 2004.

ARANTES, E. M. de M. Direitos da criança e do adolescente: um debate necessário. **Psicologia Clínica**, v. 24, p. 45-56, 2012.

ARAÚJO, D. C. de; COUTINHO, I. J. S. S. 80 anos do Código de Menores. Mello Mattos: a vida que se fez lei. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1673, 30 jan. 2008 Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10879>. Acesso em: 19 jan. 2022.

ARAÚJO, J. M. **A tendência de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e sua manifestação processual**. 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8181 Acesso em: 06 nov. 2022.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: Edunb, 1985.

ARISTÓTELES. **Da Alma (De Anima)**. Tradução de Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2001, II, 1, 412a, 10-20.

ASCENSÃO, J. de O. **Introdução à ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 3. ed. 2005.

ASCENSÃO, J. O. **Teoria Geral do Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

ASIMOV, I. **O Código Genético**. Tradução Luís Edmundo de Magalhães. Editora Cultrix, São Paulo, 1962.

ASINELLI-LUZ, A. A. da. **Educação e prevenção ao abuso de drogas: limites e possibilidades**. Tese de doutorado. Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2000.

ÁUSTRIA. **Oesterreich GV**. Anonyme Geburt. Última atualização: 17 de abril de 2023. Responsável pelo conteúdo: Ministério Federal da Fazenda. Disponível em: https://www.oesterreich.gv.at/themen/familie_und_partnerschaft/geburt/2/Seite.080020.html Acesso em: 21 maio 2023.

ÁVILA, H. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf> Acesso em: 06 nov. 2022.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. Malheiros Editores, 2004.

AULER, J. A. de. **Adoção e o direito à verdade sobre a própria origem**. Biblioteca do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 44ª ed. 2011. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/8467> Acesso em: 09 jan. 2022.

AZEVEDO, A. V. **Estatuto da família de fato: de acordo com o novo código civil**, Lei n. 10.406, de 10-1-2002. 2. ed.. São Paulo: Atlas, 2002, p. 186.

AZEVEDO A. V. Ética, direito e reprodução humana assistida. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 729, p. 44, jul. 1996, p. 44.

BANDEIRA, M. **Adoção na prática forense**. 1. ed. Ilhéus: Editus, 2001.

BARACHO, J. A. de. O. Teoria Geral da Bioética e do Biodireito. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **Biomédica: Direito e Medicina**. Belo Horizonte. Del Rey, 2000.

BARACHO, J. A. de O. **A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: bioética e direito**. 2020. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wpcontent/uploads/2020/07/identidadegenetica.pdf> Acesso em: 20 set. 2022.

BARBAS, S. M. de A. N. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almeida, 1999.

BARRETO, L. S. **10 Anos do Código Civil Aplicações, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**. EMERJ, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil.pdf> Acesso em: 04 ago. 2022.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, L. R. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista Administrativo**. Rio de Janeiro. Jan./Mar. 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/admin,+Colis%C3%A3o+entre+liberdade+de+express%C3%A3o+e+direitos+da+personalidade.+Crit%C3%A9rios+de+pondera%C3%A7%C3%A3o.+In+terpreta%C3%A7%C3%A3o+constitucionalment.pdf> Acesso em: 02 mar. 2023.

BASTOS, C. R. Os limites à liberdade de expressão na Constituição da República. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 96, v. 349, p. 43-51, jan.- fev.- mar. 2000.

BBC NEWS BRASIL. **‘Me apavorei e joguei minha bebê fora’**: A batalha jurídica em torno das mulheres que matam seus recém-nascidos. Escrita por Mônica Manir, São Paulo, 09 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53688554> Acesso em: 11 dez. 2022.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BELCHIOR, G. P. N. **Hermenêutica Jurídica Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BÉLGIQUE. Chambre des représentants de Belgique. **Propositio de Loi relative à l'accouchement dans la discrétion**. DOC 55 – 1631/001, de 09 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.senate.be/translate.goog> Acesso em: 17 mar. 2023.

BÉLGIQUE. Chambre des représentants de Belgique. **Propositio de Loi relative à l'accouchement dans la discrétion**. DOC 55 – 1631/002, de 15 de março de 2022. Disponível em: <https://www.senate.be/translate.goog> Acesso em: 17 mar. 2023.

BERTI, E. Il concetto di persona nella storia del pensiero filosofico. *In*: BERTI, Enrico et al. **Persona e personalismo**. Padova: Lanza, 1992.

BEVILAQUA, C. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Ed. Histórica: Rio de Janeiro, 1948.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, 18. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

BLACK, E. **A guerra contra os fracos**. Tradução T. Magalhães. São Paulo: A Girafa, 2003.

BLUM, A. S. “Abandonment, adoption and reproductive disruption: transitions in child circulation in Mexico City, 1880-1910”. **Childhood**. Vol.14, nº 3, p. 321-338, 2007.

BMFSFJ. Bundesanzeiger Verlag. **Bundesgesetzblatt-Archiv der von 1949 bis 2022 erschienenen Ausgaben**. Disponível

em: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl113s3458.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl113s3458.pdf%27%5D_1682965032655 Acesso em: 19 nov. 2022.

BOEIRA, D. A. Menoridade em pauta em tempos de ditadura: A CPI do Menor (Brasil, 1975-1976). **Revista Angelus Novus**, (8), p.179-198, 2014. Disponível em: <https://www.aacademica.org/danielboeira/4.pdf> Acesso em: 21 jan. 2022.

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev atual. ampl. São Paulo Malheiros, 1997.

BONZON, E. **O Código de Hammurabi**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

BORDALLO, G. A.C. Ação de adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente, aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOTTERO, J. **Mesopotamia. La escritura, la razón y los dioses**. Madrid, Cátedra, 2004.

BOURDIE, P. **Escritos de Educação**. Petrópolis: Vozes, 1998.

BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf> Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. Biblioteca Presidência da República. **Galeria de ex-presidentes. Biografias**. Disponível em <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br> Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Veja as audiências que já aconteceram**. Disponível em: https://edemocracia.camara.leg.br/audiencias/fechadas/?q=&initial_date=01%2F01%2F2022&end_date=05%2F12%2F2022 Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2285/2007**. Estatuto das Famílias. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01tp244c81p7f61st98yob7jql312462.node0?codteor=519935&filename=Avulso+-PL+2285/2007

Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.747, de 11 de fevereiro de 2008**.

Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=882740&filename

Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.834, de 19 de fevereiro de 2008**.

Cria mecanismos para coibir o abandono materno e dispõe sobre o instituto do parto anônimo e dá outras providências. Brasília: Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=882740&filename

Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4992/12**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>

Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1005/22**. Prioriza as famílias monoparentais no preenchimento de vagas da educação infantil nos municípios brasileiros.

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2320338> Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. Casa Civil. **SUS Completa 30 anos da criação**. Disponível em:

<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/sus-completa-30-anos-da-criacao> Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. Casa Civil. **Conectividade. 90% dos lares brasileiros já tem acesso à internet no Brasil, aponta pesquisa**. Disponível em:

<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/90-dos-lares-brasileiros-ja-tem-acesso-a-internet-no-brasil-aponta-pesquisa> Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. **Comunidade Solidária: uma Alternativa aos Fundos Sociais**. Disponível em:

https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2346/1/TD_725.pdf Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. **Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)**. Disponível em:

<https://www.gov.br/mma/pt-br/assuntos/biodiversidade/convencao-sobre-diversidade-biologica>

Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-17943-a-12-outubro-1927-501820-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 4.737 de 24 de setembro de 1942.** Dispõe sobre os reconhecimentos dos filhos naturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del4737.htm Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.860 de 20 de setembro de 1943.** Modifica o artigo 348 do Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/19371946/del5860.htm Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto Federal nº 2.519 de 16 de março de 1998.** Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogado pela Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 21 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 833 de 21 de outubro de 1949.** Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/l0883.htm Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.133 de 8 de maio de 1957.** Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3133.htm Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.655 de 2 de junho de 1965.** Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4655.htm Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.250 de 9 de fevereiro de 1967.** Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015 Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm Acesso realizado em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.69 de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm Acesso: 28 ago. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.841 de 17 de outubro de 1989.** Revoga o artigo 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7841.htm Acesso em: 18 set. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.** Que dispões sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes as ações e serviços de saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em: 31 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992.** Regula investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994.** Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996.** Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm Acesso em: 24 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 1997.** Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005.** Lei de Biossegurança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm Acesso em: 03 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.257/2016 de 08 de março de 2006.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006** – Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em: 14 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.004 de 29 de julho de 2009.** Altera a Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112004.htm Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.010 de 3 de agosto de 2009.** Dispõe sobre Adoção. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.257 de 08 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.509 de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2018/lei/113709.htm Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.853 de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2019/Lei/L13853.htm#art1 Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.138 de 16 de abril de 2021.** Acrescenta § 2º ao art. 2º-A da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, para permitir, em sede de ação de investigação de paternidade, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes do suposto pai, nos casos em que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14138.htm#art1 Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020.** Ano 14, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf> Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. **Infância e Parlamento: guia para formação de Frentes Parlamentares da Criança e do Adolescente** / [edição de texto Angélica Leal e Patrícia Andrade]. — Brasília: Senado Federal, Gabinete da Senadora Patrícia Saboya Gomes, 2005. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/183226/INFANCIA_E_PARLAMENT_O.pdf?sequence=3&isAllowed=y Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA.** Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2346/1/TD_725.pdf Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. **Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI).** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/reuni-sp-93318841> Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Entenda o Processo de Extradicação.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/entenda-o-processo-de-extradicao> Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Assuntos de Saúde.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude> Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. DATASUS. **Óbitos de mulheres em idade fértil e óbitos maternos no Brasil.** Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/mat10uf.def> Acesso em: 11 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **PNDS-2006. Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher.** Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/pnds_crianca_mulher.pdf Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. (2007a). **Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisa no Brasil.** Brasília. Recuperado em 8 de outubro de 2008. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/aborto_e_saude_publica_vs_preliminar.pdf Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Biblioteca Virtual em Saúde: Qualidade de Vida em cinco passos.** Publicado em julho de 2013. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/qualidade-de-vida-em-cinco-passos/> Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Projeto Promoção da Saúde. **As Cartas da Promoção da Saúde** / Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Projeto Promoção da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em:

https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolo Misoprostol**. Brasília, 2012. Disponível em:

https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolo_utilizacao_misoprostol_obstetricia.pdf Acesso em: 10 dez. 2022.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Audiências Públicas Realizadas**. Disponível em:

<http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/audiencias-publicas> Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. Participa + Brasil. **Consultas Públicas**. Disponível em:

<https://www.gov.br/participamaisbrasil/consultas-publicas> Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. Portal do Governo Brasileiro. **Biblioteca Presidente**. Disponível em:

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/itamar-franco/biografia> Acesso realizado em: 03 dez. de 2022.

BRASIL. Portal do Governo Brasileiro. **Biblioteca Presidente**. Disponível em:

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/fernando-henrique-cardoso/biografia> Acesso em: 03 dez. 2022.

BRASIL. Portal do Governo Brasileiro. **Biblioteca Presidente**. Disponível em:

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/luiz-inacio-lula-da-silva/biografia-periodo-presidencial> Acesso em: 03 dez. 2022

BRASIL. Senado Federal. e.Cidadania. **Proposições mais votadas no dia**. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/principalmateria> Acesso em: 05 dez. 2022.

BRAUDE, S. **Dictionnaire juridique**. Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles. Dictionnaire Du Droit Privé. Définition de Accouchement sous X. Disponível em:

<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/accouchement-sous-x.php> Acesso em: 24 fev. 2023.

BRITO, C. J. de; DICKOW, F. T. **A proteção à infância como pressuposto da cidadania: reflexões sobre a aprovação prática do parto anônimo**. 01, abr. 2009. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/496/IBDFAM+ACAD%c3%8aMICO+%20+A+prote%c3%a7%c3%a3o+%c3%a0+inf%c3%a2ncia+como+pressuposto+da+c%20idadania:+reflex%c3%b5es+sobre+a+aprova%c3%a7%c3%a3o+pr%c3%a1ti%20ca+do+Parto+An%c3%b4nimo> Acesso em: 17 nov. 2022.

BUCCI, M. P. D. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**, 2013.

BURNS, E. Mc. **História da Civilização Ocidental. Do Homem das Cavernas até a**

Bomba Atômica. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 2ª ed. Vol. 1. São Paulo, Ed. Globo, 1982. Disponível em:

<https://cesarmangolin.files.wordpress.com/2010/02/burns-historia-da-civilizacao-ocidental-vol1.pdf> Acesso em: 10 set. 2022.

BUTLER, J. **Marcos de Guerra. Las vidas lloradas.** Trad. Bernardo Moreno Carillo. Barcelona: Paidós, 2010.

CABRAL, E. de P. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado.** a.5, n. 19, jul./set., 2004. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/89805> Acesso em: 01 out. 2022.

CAHALI, Y.S. **Divórcio e Separação.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 1987.

CALDÉRON, R.L. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** In: Universidade Federal do Paraná, 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_d_e_familia Acesso em: 04 ago. 2022.

CAMPOS, L. de. A invenção do Direito Matrimonial. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.** Portugal, 1989.

CANARIS, C. W. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

CÂNDIDO, N. C.; OSÓRIO, L. M. T. O parto anônimo e a nova lei de adoção: um estudo da filiação à luz da dignidade da pessoa humana. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, São Paulo, novembro/2009, [Anais...]. p.5.521 a 5.523. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2694.pdf Acesso em: 10 jan. 2023

CANGUILHEM, G. **O normal e o patológico.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CANOTILI-IO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** [Reimpressão] Coimbra Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 2. ed. Coimbra, Almedina, 1998.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal 2 - parte especial.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPRA, F. **O ponto de mutação.** 26. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARLETTI, A. **Curso de Direito Romano.** São Paulo: Ed. Leud, 2002.

CARP, W. Adoption politics: **Bastard Nation and Ballot Initiative 58.** Lawrence: University Press of Kansas, 2004.

CARVALHO, D. M. de. **Direito Civil: Direito de Família.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, D. M. de. **Direito das sucessões: inventário e partilha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. Livro digital. (679 p.). ISBN 9786555591217. Disponível em: https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/marc/isulpar_01062020_2264721 Acesso em: 12 set. 2022.

CARVALHO, L. P. V. de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, M. do C. B. Trabalhando abrigos. **Cadernos de Ação nº 03**, São Paulo: IEE/CBIA, 1993.

CARVALHO, W. P. **A Roda dos Expostos**. Niterói: Clube de Literatura Cromos, 1994.

CARVALHO FILHO, M. P. de. Comentário ao art. 1.630. *In*: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 5. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011.

CEPH. Fondation Jean Dausset. **Centre d'Etude du Polymorphisme Humain Human Polymorphism Study Center**. Disponível em: <https://cephb.fr/en/> Acesso em: 03 set. 2022.

CERVINI, R; ADRIASOLA, G. **Responsabilidade Penal dos Profissionais Jurídicos: Os Limites entre a prática jurídico-notarial Lícita e a Participação**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CESARIO, M. D. **Embriologia**. Roteiros para aulas práticas. UNESP. Disponível em: https://www1.ibb.unesp.br/Home/Departamentos/Morfologia/roteiros_pratica_medicina.pdf Acesso em: 18 ago. 2022.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 1.358/92**. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358> Acesso em: 01 mar. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 1.957/10**. Apresentou modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum a Resolução de nº 1.358/92*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957> Acesso em: 01 mar. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.13/13**. Conselho Federal de Medicina. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013> Acesso em: 01 mar. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.168/17**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 2.121/15. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 01 mar. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.173/2017**. Define os critérios de Morte Encefálica. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf> Acesso em: 14 out. 2022.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.217/2018**. Código de Ética Médica. Disponível em: <https://cem.cfm.org.br/> Acesso em: 14 out. 2022.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.383/20**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 2.168/17. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 01 mar. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.294/21**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 2.383/20. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294> Acesso em: 01 mar. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução de nº 2.320/22**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 2.294/21. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320> Acesso em: 01 mar. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. São Paulo. **Pareceres. Consulta nº 24.292/00**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/SP/2000/24292_2000.pdf Acesso em: 14 out. 2022.

CHAMOUN, E. **Instituições de Direito Romano**. 4. ed. Rio de Janeiro, 1962.

CLUNE, W. H. Law and Public Policy: map of an area. **Review of Public Affairs**. University of Wisconsin-Madison, Working Paper No. 6. 1993.

CIARAMELLI, F. **Instituciones y normas**: Sociedad global y filosofía del derecho. Madrid: Trotta, 2009.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº16 de 17/02/2012**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1299> Acesso em: 22 set. 2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63 de 14/11/2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525> Acesso em: 01 set. 2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 83 de 14/08/2019.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975> Acesso em: 22 set. 2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Entenda as atribuições do Tribunal do Júri.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-entenda-as-atribuicoes-do-juiz-no-tribunal-do-juri/> Acesso em: 30 out. 2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Serviço: Benefícios da adoção legal e riscos da adoção ilegal.** Publicado em 10 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-beneficios-da-adocao-legal-e-riscos-da-adocao-ilegal/> Acesso em: 16 dez. 2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **O que são os crimes doloso contra a vida.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-crimes-dolosos-contra-a-vida/> Acesso em: 30 out. 2022.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Mais de 5 mil crianças estão disponíveis para adoção no Brasil.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/mais-de-5-mil-criancas-estao-disponiveis-para-adocao-no-brasil/> Acesso em: 10 jan. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Pretendentes poderão acessar informações e fotos de crianças aptas à adoção.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/prestadores-habilitados-poderao-acessar-informacoes-e-fotos-de-criancas-aptas-a-adocao/> Acesso em: 10 jan. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Transparência e Prestação de Contas. **Adoção.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/> Acesso em: 10 jan. 2023.

COFEN. Conselho Federal De Enfermagem. **Uma mulher morre a cada 2 dias por aborto inseguro, diz Ministério da Saúde.** Disponível em: http://www.cofen.gov.br/uma-mulher-morre-a-cada-2-dias-por-causa-do-aborto-inseguro-diz-ministerio-da-saude_64714.html Acesso em: 12 nov. 2022.

COLARES, S. C. dos S.; MARTINS, R. P. M. Maternidade: Uma Construção Social Além do Desejo. **Revista de Iniciação Científica da Universidade Vale do Rio Verde:** Três Corações, V.6, n.1, 2016, p. 42-47. Disponível em: <http://periodicos.unincor.br/index.php/iniciacaocientifica/article/view/2654> Acesso em: 09 fev. 2023.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. STJ: **Adoção póstuma é possível mesmo com a morte do adotante antes de iniciado processo de adoção.** Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2017/09/14/stj> Acesso em: 28 ago. 2022.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **Provimento nº100/2020.** Institui no Brasil a realização de atos notariais de forma online, por meio da plataforma e-Notariado, oferecendo segurança jurídica e os meios efeitos dos atos notariais presenciais. Disponível em: <https://www.notariado.org.br/e-notariado/> Acesso em: 20 ago. 2022.

COLEMAN, P. K.; GARRAT, D. From Birth Mothers to First Mothers: Toward a Compassionate Understanding. **Law & Medicine**, v. 31, n. 2, 2016. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/29108173/> Acesso em: 18 jan. 2022.

COMISSÃO INTERNACIONAL DO ESTADO CIVIL. CIEC. **Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial**. Disponível em: <https://www.redecivil.csm.org.pt/ciec/> Acesso em: 20 set. 2022.

CONCEITO. De. Bastardo. Disponível em: <https://conceito.de/bastardo> Acesso em: 18 set. 2022.

CONKLIN, J. A taxonomy for learning, teaching and assessing: a revision of Blooms's taxonomy of educational objectives. **Educational Horizons**, v. 83, n. 3, p. 153-159, 2005.

CORNU, G. **La Renovation du Code Civil**. Edição Francesa. Editora Pantheon Assas, 2017.
CORRÊA, M. V. **Novas tecnologias reprodutivas limites da biologia ou biologia sem limites?** Rio de Janeiro: Editora UERJ, 2001.

CORREIA, A. **Manual de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva, 1957.

CORREIO BRASILIENSE. Minas Gerais. **Recém-nascida é encontrada dentro de caixa de papelão em Ipatinga**. Postado por Bel Ferraz em 15/09/22. Criança ainda estava com o cordão umbilical, dentro de um saco preto. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2022/09/5036983-recem-nascida-e-encontrada-dentro-de-caixa-de-papelao-em-ipatinga.html> Acesso em: 13 nov. 2022.

CORTÊS, I. R. **A trilha legislativa da mulher**. Obra Nova História das Mulheres no Brasil. Coordenadas: PINSKY, Carla B.; Pedro, Joana M. São Paulo: Contexto, 2012.

CORTIANO JÚNIOR, E. **Direitos da personalidade**: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. Curitiba, 1993. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

CORTINA, A. **Ética mínima**: introducción a la filosofía práctica, Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

CORTINA, A. **Ética de la razón cordial. Educar en la ciudadanía en el siglo XXI**. Madrid, Ediciones Nobel, 2009.

COSTA, Á. M. da. **Criminologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COUNCIL OF EUROPE. **Conselho da Europa**. Disponível em: <https://www.coe.int/pt/web/about-us/founding-fathers> Acesso em: 20 set. 2022.

CONSEIL DE EUROPE. **Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**. Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_fra.pdf Acesso em: 19 nov. 2022.

CONSEIL DE EUROPE. **Principes Enonces Dans Le Rapport Du Comite Ad Hoc D'Experts Sur Les Progres De Sciences Biomedicales**. Disponível em: <https://rm.coe.int/16803113e5> Acesso em: 19 nov. 2022.

CREMESP. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Resolução nº 1.995 de 09 de agosto de 2021.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao>
Acesso em: 01 out. 2022.

CRUZ, S. D. da. **A frustração do reabandono:** uma nova ótica acerca da devolução em processos de adoção. 2014. Artigo Científico (Curso de Pós Graduação) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.emerj.tjtj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/SabrinaDAviladaCruz.pdf Acesso em: 10 jan. 2022.

CRUZADA PRÓ INFÂNCIA. **Educação, Respeito, Cidadania, Saúde, Solidariedade e Qualidade.** Disponível em: <https://www.cruzadaproinfancia.org.br/> Acesso em: 18 ago. 2022.

CUNHA, A. S. dos. **A normatividade da pessoa humana:** o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, FGV, 2008.

CURY, M. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** Comentários Jurídicos e Sociais. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

D'ARAUJO, M. C. Como a História Oral chegou ao Brasil: Entrevista com Aspásia Camargo a Maria Celina D'Araujo. **Revista História Oral**, n. 2, 1999.

DA CUNHA PEREIRA, R. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DA SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 44 ed. Malheiros, São Paulo, 2022.

DE CUPIS, A. **Os direitos da personalidade.** Campinas: Romana, 2004.

DE MOURA, M. D.; SOUZA, M. D. C. B. DE; SCHEFFER, B. B. Reprodução assistida. Um pouco de história. **Rev. SBPH** v.12 n.2 Rio de Janeiro dez. 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004
Acesso em: 18 ago. 2022.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ. **Conheça os tipos de adoção permitidos pela legislação brasileira.** Disponível em: <https://www.defensoria.ce.def.br/noticia/conheca-os-tipos-de-adocao-permitidos-pela-legislacao-brasileira/> Acesso em: 14 dez. 2022.

DEUTATIS. **Destatis Statistisches Bundesamt.** Departamento de Estatística da Alemanha. Disponível em: <https://www.destatis.de/EN/Themes/SocietyEnvironment/Health/Abortions/Tables/legal-statement.html> Acesso em: 19 nov. 2022.

DEUTSCHLAND. **Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt.** Avaliação dos efeitos da lei na ampliação do atendimento à gestante e na regulamentação do parto sigiloso. Disponível em: https://www-bmfsfj-de.translate.googleusercontent.com/publication/evaluation-zu-den-auswirkungen-des-gesetzes-zum-ausbau-der-hilfen-fuer-schwangere-und-zur-regelung-der-vertraulichen-geburt-117410?x_tr_sl=de&x_tr_tl=pt&x_tr_hl=pt-BR&x_tr_pto=sc Acesso em: 19 nov. 2022.

DEUTSCHLAND. **Entwurf eines Gesetzes zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.** Disponível em: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/117408/70d676e2e2f41d0501a9a83f2cb2f9ef/evaluation-hilfsangebote-vertrauliche-geburt-data.pdf> Acesso em: 19 nov. 2022.

DEUTSCHLAND. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend/ Ministério Federal da Família. **Was ist eine vertrauliche Geburt?** Tradução Nossa: O que é Parto Confidencial? Disponível em: <https://www.geburt-vertraulich.de/vertrauliche-geburt/> Acesso em: 19 nov. 2022.

DEUTSCHE WELLE. TV ao Vivo. Made for minds. **Parto Confidencial, uma saída para gestações indesejadas.** Publicado em 24/07/2017. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/parto-confidencial-uma-sa%C3%ADda-para-gesta%C3%A7%C3%B5es-indesejadas/a-39813849> Acesso em: 19 nov. 2022.

DGCS. **Organisation de la direction générale de la cohésion sociale.** Ministère des Solidarités de L'autonomie et des personnes handicapées. Disponível em: <https://solidaritessante.gouv.fr/spip.php?page=recherche&recherche=Parentalit%C3%A8> Acesso em: 26 set. 2022.

DI FIORE, B. **Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica.** 2012. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br Acesso em: 16 abr. 2014.

DIAS, J. B. S. Análise Crítica da Teoria da Ponderação de Princípios de Robert Alexy e da sua Eficácia para Harmonização de Decisões Judiciais. **Atuação: Rev. Jur. do Min. Públ. Catarin.**, Florianópolis, v. 14, n. 31, p. 52-75, dez. 2019. Disponível em: <https://seer.mpsc.mp.br/index.php/atuacao/article/view/89/43> Acesso em: 15 set. 2023.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 4. ed. 2007.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, M. B. **Manual de direito das Famílias.** 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2016.

DIAS, M. O. Resistir e Sobreviver. *In*: PINSKY, Carla B.; PEDRO, Joana M. (Coords.) **Nova História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2017.

DIBRARQ. Arquivo Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil. Serviço de Assistência a Menores (SAM). **Decreto-Lei nº 3779 de 1941**. Disponível em: <http://dibrarq.arquivonacional.gov.br/index.php/servico-de-assistencia-a-menores-1941-1964> Acesso em: 21 jan. 2022.

DICIO. **Dicionário Online de Português. Sempiterna**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sempiterna/> Acesso em: 04 ago. 2022.

DICIONÁRIO ONLINE. **Sinônimos**. Entrega. Disponível em: <https://www.sinonimos.com.br/entrega/> Acesso em: 11 nov. 2022.

DICIONÁRIO PROBERIAM. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Abandono. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/abandono> Acesso em: 18 set. 2022.

DICIONÁRIO PRIBERAM. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Deflorar. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/deflorar> Acesso em: 18 set. 2022.

DICIONÁRIO PRIBERAM. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Gerar. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/gerares> Acesso em: 18 ago. 2022.

DICTIONNAIRE DU DROIT PRIVÉ. Dictionnaire juridique de Serge Braude. Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Versailles. Dictionnaire Du Droit Privé. **Définition de Accouchement sous X**. Disponível em: <https://www.dictionnairejuridique.com/definition/accouchement-sous-x.php> Acesso em: 24 fev. 2023.

DIGIÁCOMO, M. J.; DIGIÁCOMO, I.A. de. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado e Interpretado**. Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990. Atualizado até a Lei nº 13.869 de 05 de setembro de 2019. 8ª ed. revisada e ampliada, Curitiba, 2020. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/ecaanotado20208edmppr.pdf> Acesso em: 16 dez. 2022.

DROITS DE L'EFANT. **Le Délégué Général. Tradução livre do Avis du Delege Generalaux Droits de l'Enfant, sobre o Accouchement dans la Discretion do ano de 2013**. Disponível em: Disponível em <http://www.dgde.cfwb.be/index.php?id=4425> Acesso em: 10 maio 2023.

DROITS DE L'EFANT. **Le Délégué Général. Tradução livre do Avis du Delege Generalaux Droits de l'Enfant, sobre o Accouchement dans la Discretion do ano de 2013**. Disponível em: Disponível em: <https://www.senate.be/www/?Mival=/publications/viewPubDoc&TID=83886325&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

DONIZETTI, L. **Filiação Socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DRUMOND, J.G. F. de. Ética e inovação tecnológica em medicina. **Bioethikos**. Centro Universitário São Camilo. São Paulo. 2007. Disponível em: http://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/54/Etica_e_inovacao Acesso em: 02 nov. 2022.

DYE, T. R. **Understanding public policy** [by] Thomas R. Dye. [S.l.: s.n.], 1995.

DWORKIN, R. **Domínio da vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, R. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EBIOGRAFIA. **Maria I de Portugal**. 2020. Disponível em:

https://www.ebiografia.com/d_maria_i_de_portugal/. Acesso em: 18 jan. 2022.

EBIOGRAFIA. **Moisés Líder Religioso**. Disponível em: <https://www.ebiografia.com/moises/> Acesso em: 22 jan. 2022.

ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. **United States Holocaust Memorial Museum**. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/introduction-to-the-holocaust> Acesso em: 20 set. 2022.

ENDLICH, K. M. M. **Direito à proteção do patrimônio genético humano e à investigação científica**: aspectos conceituais e situações de conflito. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Maringá. Maringá, 2005.

ERNAUX, A. *Écrire la vie*. Paris: Gallimard, 2011.

ESCOCARD, G. **A Roda dos Expostos: no passado, crianças eram abandonadas em roleta na Santa Casa de Campos**. 2020. Disponível em: <https://www.jornalterceiravia.com.br/2020/07/20/a-roda-dos-expostos-no-passado-criancas-eram-abandonadas-em-roleta-na-santa-casa-de-campos/> Acesso em: 17 jan. 2022.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Press release issued by the registrar. Grande Chamber Judgment in the case of Odièvre v. France. 13.2.2003**. *The European Court of Human Rights has delivered at a public hearing today a judgment1 in the case of Odièvre v. France (application no. 42326/98)*. Disponível: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/003-698999-707368.pdf> Acesso em: 19 nov. 2022.

FABRIZ, D. C. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FACHIN, L. E. **Curso de direito civil**: direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, R. O diagnóstico de morte: morte cerebral. In: ARCHER Luis; BISCAIA Biscaia; OSSWALD, Walter, eds. **Bioética**. Lisboa: Editorial Verbo; 1996.

FARIAS, C. C. DE; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil. Famílias**. 11ª ed. Editora JusPodivm, 2021.

FARIAS, C. C. DE; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil. Famílias**. 9ª ed. Editora JusPodivm, 2013.

FELICIO, J.L.; PESSINI, L. Bioética da Proteção: vulnerabilidade e autonomia dos pacientes com transtornos mentais. São Paulo. **Revista Bioética** 2009 17 (2): 203 – 220.

FERNANDES, S. C. da. **As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Necessidade de sua Regulamentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, A. P. do C. M.; BELHOT, R. V. Taxonomia de Bloom: revisão teórica e apresentação das adequações do instrumento para definição de objetivos instrucionais. **Gest. Prod.**, São Carlos, v. 17, n. 2, p. 421-431, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, R, T. S. **Estudos de filosofia do direito**. São Paulo. Atlas. 2002.

FERRAZ JÚNIOR, T.S. **Sigilo de Dados: O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/67231-Texto%20do%20artigo-88644-1-10-20131125-1.pdf> Acesso em: 28 mar. 2023.

FERREIRA, A. B. H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2.^a edição. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1986.

FERREIRA, N. B. B. **Parto anônimo e os direitos fundamentais**. Minas Gerais, 2010. Disponível em: <https://www.oabuberaba.org.br/uploads/1/articlesfiles/artigo5.pdf> Acesso em: 16 nov. 2022.

FIGUEIRÊDO, L. C. B. de. A uniformização e extensão dos serviços jurisdicionais de assistência a mulheres que manifestem a intenção de entregar sua criança à adoção. **Revista Acolher**. Revista da Coordenadoria da Infância e Juventude Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Maio de 2012. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/1308007/1473903/Revista+Acolher/312197fd-f97d-414f-83ed-4cf9d91c8a75> Acesso em: 18 maio 2023.

FIO CRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. **Pense + SUS. Direito à Saúde**. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/direito-a-saude> Acesso em: 01 set. 2022.

FIO CRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. **Vacina Covid-19 (recombinante)**. Publicado em 27 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/produtos/vacinas/covid-19-recombinante> Acesso em: 02 nov. 2022.

FIO CRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. **Novos caminhos para tratamento de Alzheimer, Parkinson e depressão**. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ioc/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=2084&query=simple&search%5Fby%5Fauthorname=all&search%5Fby%5Ffield=tax&search%5Fby%5Fkeywords=any&search%5Fby%5Fpriority=all&search%5Fby%5Fsection=all&search%5Fby%5Fstate=all&search%5Ftext%5Foptions=all&sid=32&site=fio&text=doen%E7as+degenerativas> Acesso em: 02 nov. 2022.

FIO CRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. **Pense + SUS. Reforma Sanitária.** Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/reforma-sanitaria> Acesso em: 30 nov. 2022.

FIO CRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. **Ciências Políticas.** Disponível em: <http://www.juventudect.fiocruz.br/categoria-ciencia/ciencias-humanas/ciencias-politicas> Acesso em: 30 nov. 2022.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. FIOCRUZ. **Saúde pública, cidadania e democracia: COC lembra o legado de Hesio Cordeiro.** Publicado em: 12/11/2020. Disponível em: <https://www.coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1887-pensador-ousado-e-comprometido-com-a-democracia-hesio-cordeiro-deixa-sua-marca-na-historia-da-saude-publica-brasileira.html?tmpl=component&print=1&page> Acesso em: 03 dez. 2022.

FITZGERALD, S. **Crack-up.** Porto Alegre: L&PM, 2007.

FLORES, M. Organização da Casa da Roda dos Expostos. *In.* Centro Histórico-cultural Santa Casa. **Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre: histórias reveladas.** Porto Alegre: Ed da ISCMPA, 2009.

FONSECA, C. Abandono, adoção e anonimato: questões de moralidade materna suscitadas pelas propostas legais de “parto anônimo”. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, n.1, 2009, p. 30-62. Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos Rio de Janeiro, Bras. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/30/116> Acesso em: 19 jan. 2022.

FONSECA, L. Insulina recombinante: Como afetou a vida dos pacientes? *Biologia Molecular, Biotecnologia, Ciência, Históricos*, V.2, 2017. **Profissão Biotec.** Disponível em: <https://profissaobiotec.com.br/> Acesso em: 02 nov. 2022.

FORST, R. **Contextos da justiça:** filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo / tradução: Denilson Luís Werle. Imprensa: São Paulo, Boitempo Editorial, 2010.

FORTES, P. A. C. Reflexões sobre a procriação artificial e os direitos das crianças. **Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano**, III(2), 79-85, 1993.

FRANCO, A. S. Genética Humana e Direito. **Revista Bioética**. V.4, 1996. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/393 Acesso em: 18 ago. 2022.

FREIRE, P. **A importância do ato de ler:** em três artigos que se completam. São Paulo: Autores Associados. Cortez, 1989.

FREIRE, G. B.; NUCCI, G. de S. **Manual do Direito da Criança e do Adolescente.** Belo Horizonte. CEI. 2020.

FREITAS, M; SIQUEIRA, A; SEGRE, C. Avanços em reprodução assistida. **Journal of Human Growth and Development**, v. 18, n. 1, p. 93-97, 2008. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010412822008000100012 Acesso em: 02 dez. 2018.

FREITAS, L. C. de. **Institucionalização do Parto Anônimo no ordenamento jurídico brasileiro como forma de efetivar princípios constitucionais**. Universidade Federal de Juiz de Fora, Minas Gerais, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/5181/1/luizacerejadefreitas.pdf> Acesso em: 21 fev. 2023.

FREYRE, G. **Sobrados e Mocambos**. 3. ed. Rio de Janeiro, José Olympio, 1961.

FUJITA, J. S. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FULLER, P. H. A. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. **Decreto do Presidente de 03 de novembro de 2000, nº 392**. Regulamento e revisão simplificada do registro civil. Disponível em: https://www-gazzettaufficiale.it.translate.google/eli/id/2000/12/30/000G0442/sg?x_tr_sl=it&x_tr_tl=pt&x_tr_hl=pt-BR&x_tr_pto=sc Acesso em: 19 nov. 2022.

GAZZETTA UFFICIALE DELLA REPUBBLICA ITALIANA. Decreto do Presidente de 03 de novembro de 2000, nº 392. **Artigo 30, nº2**. Regulamento e revisão simplificada do registro civil. Artigo 30, nº2. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/20001230_303_SO_223.pdf Acesso em: 19 nov. 2022.

GARCIA, M. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GEDIEL, J. A. P. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GENETICS GENERATION. **Education is Our Motivation. Introduction Eugenics**. 2015. Disponível em: <http://knowgenetics.org/history-of-eugenics/> Acesso em: 02 nov. 2022.

GENETICS HOME. **Condition Color Vision Deficiency**. Junho, 2015. Disponível em: <http://ghr.nlm.nih.gov> Acesso em: 20 set. 2022.

GERAÇÕES HISPÂNICAS. **Cultura, história e pensamentos ibéricos e ibero-americanos. Adela Cortina**. Publicado em 2 de setembro de 2020. Disponível em: <http://fabricadesites.fcsh.unl.pt/ghispanicas/2020/09/02/adela-cortina/> Acesso em: 30 out. 2022.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GLUCKMAN, E. **History of cord blood transplantation. Bone Marrow Transplant**. 44(10): 621-6. 2009.

GNTECH. **Glossário de Genética**. Disponível em: <https://gntech.med.br/blog/post/glossario-genetica> Acesso em: 18 ago. 2022.

GOES, A. C. de S.; OLIVEIRA, B. V. X. de. Projeto Genoma Humano: um retrato da construção do conhecimento científico sob a ótica da revista Ciência Hoje. **Ciência & Educação**. Bauru, v. 20, n. 3, p. 561-577, set. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S15163132014000300561&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 set. 2022.

GOLDIM, J. R. **Entrevista a Louise Garcia Spencer**. Porto Alegre: Hospital de Clínicas de Porto Alegre, 20 out. 2011.

GOMES, L. F. Professor discute excesso de normas jurídicas no país. Publicado em **Consultor Jurídico**, 15 de abril de 2002. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-abr-15/existe_turbilhao_leis_mal_elaboradas_desconexas Acesso em: 26 fev. 2023.

GOMES, O. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro. Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2022.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2022.

GONÇALVES, V. E. R. **Curso de direito penal - parte especial - Arts 121 a 183**. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. **Proporcionalidade y derechos fimdamentales en el proceso penal**. Madrid Colex, 1990.

GOOGLE TRADUTOR. Tradução Livre do Texto de *Le Goof* do Latim para Português. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=Tradu%C3%A7%C3%A3o+do+texto++Omni> Acesso em: 12 out. 2022.

GOOGLE TRADUTOR. **Escritório Digital Áustria**. Nascimento Anônimo. Disponível em: <https://www-oesterreich-gv-at.translate.goog/public.html> Acesso em: 21 maio 2023.

GUALBERTO, A. **Um pouco de história: A Roda dos Enjeitados e a escravidão**. 2019. Disponível em: <https://kn.org.br/oq/2019/02/27/um-pouco-de-historia-a-roda-dos-enjeitados-e-a-escravidao/> Acesso em: 17 jan. 2022.

GUASTINI, R. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUSMÃO, P. D. de. **Introdução ao estudo do Direito**. 18ª ed. Rio de Janeiro, 1995.

GUSTIN, M. B. de S.; DIAS, M. T. F.; NICÁCIO, C. S. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Imprensa: São Paulo, Almedina, 2020.

GRIFFITHS, A. J. F. et al. **Introdução à genética**. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

G1. Klara Castanho no ‘Altas Horas’: ‘Fui forçada a trazer a público a coisa mais difícil da minha vida’. **Pop & Art**. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2023/03/04/klara-castanho-fui-forcada-a-trazer-a-publico-a-coisa-mais-dificil-da-minha-vida.ghml> Acesso em: 09 nov. 2022.

HCCH. **Hangue Conference on Private Internacional Law Conférence de La Haye de droit international privé**. Disponível em: <https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=69> Acesso em: 19 nov. 2022.

HEGENBERG, L. **Saber de e saber que**: alicerces da racionalidade. Petrópolis: Vozes, 2002. HIROMOTO, C. M.; FERREIRA, E. D. S. (2022). *In*: Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. **Convenções sobre Direitos das Crianças**. Tomo Direitos Humanos, Edição 1, Março de 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/517/edicao-1/convencoes-de-direitos-humanos-sobre-direitos-das-criancas> Acesso em: 26 jan. 2023.

HOGEMANN, E. R. Reflexões sobre o Direito Personalíssimo à relação familiar à luz do princípio da afetividade. *In*: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; PINTO, Nelson Luiz. (Orgs.). **Relações privadas e democracia** [Recurso eletrônico on-line]. 1 ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

HORKHEIMER, M. **Eclipse da razão**. Tradução de Carlos Henrique Pissardo. São Paulo, Ed. Unesp, 1. ed. 2016.

HOWLETT, M.; RAMESH, M.; PERL, A. **Studying public policy**: Policy cycles and policy subsystems. [S.l.]: Oxford University Press Oxford, 2009. v. 3.

HUANG L. Gene therapy progress and prospects: non-viral gene therapy by systematic delivery. **Gene Ther.** 2006; 13: 1313-9.

HUARD, J.; LI, Y.; PENG H.; FU, F. Gene therapy and tissue engineering for sports medicine. **J Gene Med.**, v. 5, p.93-108, 2005.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Vol. 6. São Paulo: Forense, 1980.

HUNTINGTON PRÓ-CRIAR. **Conheça a história de Louise Brown, o primeiro bebê gerado pela fertilização in vitro**. Disponível em: <https://www.procriar.com.br/blogprocriar/conheca-a-historia-de-louise-brown-o-primeiro-bebe-gerado-pela-fertilizacao-in-vitro/> Acesso em: 09 jan. 2023.

INFOPÉDIA. **Dicionários Porto Editora**. Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/vida> Acesso em: 26 out. 2022.

INSTITUTO BIXIGA PESQUISA E FORMAÇÃO. **Roda dos Expostos**: 200 anos de “assistência” à infância pobre e dita abandonada no Brasil. 2021. Disponível em: <https://institutobixiga.com.br/roda-dos-expostos-a-instituicao-mais-duradoura-destinada-a-infancia-pobre-e-dita-abandonada-no-brasil/> Acesso em: 17 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Repertório Estatístico do Brasil**: quadros retrospectivos. Nº1. IBGE: Rio de Janeiro, 1941. IBGE. 1940. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/10020211-1.pdf> Acesso em: 14 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Educa IBGE Criança**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/nosso-povo/20825-como-sao-os-domicilios-dos-brasileiros.html> Acesso em: 14 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Censo 2010**. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/> Acesso em: 14 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Agência de Notícias**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/19061-as-novas-caras-das-familias> Acesso em: 14 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Sistema IBGE de Recuperação Automática – SIDRA**. Tabela 5936 – Divórcios concedidos em 1ª instância a casais com filhos menores de idade, e número de filhos menores de idade dos casais envolvidos, por número de filhos menores de idade, responsáveis pela guarda dos filhos e lugar da ação do processo. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5936#resultado> Acesso em: 20 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. Agência de Notícias. **Retratos. A Revista do IBGE**. AS NOVAS CARAS DOS Arranjos Familiares Brasileiros, nº6, 2017. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/3ee63778c4cfdcbbe4684937273d15e2.pdf Acesso em: 14 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf> Acesso em: 18 set. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **População do Brasil**. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php Acesso em: 05 dez. 2022.

INSTITUTO BUTANTAN. **A serviço da Vida. Qual a diferença entre SARS CoV2 e Covid 19. Prevalência e incidência são a mesma coisa? E mortalidade e letalidade?** Disponível em: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/qual-a-diferenca-entre-sars-cov-2-e-covid-19-prevalencia-e-incidencia-sao-a-mesma-coisa-e-mortalidade-e-letalidade> Acesso em: 14 out. 2022.

INSTITUTO BUTANTAN. Portal do Butantan. **Não vacinados representam 75% das mortes por Covid-19, diz estudo brasileiro**. Disponível em: <https://butantan.gov.br/noticias/nao-vacinados-representam-75-das-mortes-por-covid-19-diz-estudo-brasileiro> Acesso em: 02 nov. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER. INCA. **Transplante de Medula Óssea**. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/tratamento/transplante-de-medula-ossea> Acesso em: 20 set. 2022.

ISHIDA, V. K. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 21. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Juspodvim, 2021.

JOHNSON, P. **História dos judeus**. Trad. Trad. Carlos Alberto Pavanelli. 3. ed. Rio de Janeiro, 1989.

JORNAL DA USP. **O reconhecimento às “autossociobiografias” de Annie Ernaux**. Publicado em 14 de out. 22. Disponível em: <https://jornal.usp.br/cultura/o-reconhecimento-as-autossociobiografias-de-annie-ernaux/> Acesso em: 10 dez. 2022.

JUSBRASIL. **Mulher terá nome de dois pais em Certidão de nascimento**. Publicado por COAD em 2015. Disponível em: <https://coad.jusbrasil.com.br/noticias/211858154/mulher-tera-nome-de-dois-pais-em-certidao-de-nascimento> Acesso em: 26 set. 2022.

KARTHIKEYAN, B.V.; PRADEEP A.R. Gene therapy in periodontics: a review and future implications. **J Contemp Dent Pract**. v.7, p.83-91, 2006.

KERSHAW, I. **O fim do Terceiro Reich: a destruição da Alemanha de Hitler, 1944-1945**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

KITCHEN, M. **Um mundo em chamas: uma breve história da Segunda Guerra Mundial na Europa e na Ásia, 1939 – 1945**; Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

KOONS, R. C.; PICKAVANCE, T. H. **Metaphysics: the fundamentals**. UK: Willey Blackwell, 2015.

KREUZ, S. L. **Direito à Convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios Constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012.

KREUZER, H.; MASSEY, A. **Engenharia Genética e Biotecnologia**. Artmed. 2. ed. 2002.

KORKES, A. H. Pré-eclâmpsia ainda é a principal causa da morte materna no Brasil. **Jornal da PUC-SP**. 07/05/2020. Disponível em: <https://j.pucsp.br/noticia/pre-eclampsia-ainda-e-principal-cao-de-morte-materna-no-brasil> Acesso em: 02 nov. 2022.

KUNH, T. **The road since structure: philosophical essays, 1970-1993, with an autobiographical interview** Chicago: University of Chicago Press, 2000.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados**. São Paulo: Atlas, 2011.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LE BOURSICOT, M. C. **Acessando suas origens pessoais. O papel do Conselho Nacional de Acesso às Origens Pessoais, Informações Sociais**, 2008/2 (n.º 146), p. 78-83. DOI: 10.3917 / inso.146.0078.

LE GOFF, J. **Uma Longa Idade Média**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

LEITE, E. de O. **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro, 2004.

LEITE, M. L. M. A Roda de Expostos. O Óbvio e o Contraditório da Instituição. **Resgate: Revista Interdisciplinar de Cultura**, Campinas, SP, v. 2, n. 2, p. 66–75, 2006. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/resgate/article/view/8645483>. Acesso em: 17 jan. 2022.

LEITE JÚNIOR, A. D. **Desenvolvimento e mudanças no estado brasileiro**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/ UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009.

LIA BATISTA PSY. Caso clínico bebê nascido parto sob X. **Grupos de estudo sobre psicanálise com bebês. Paris, França**. Instagram: @liabatista.psy. Disponível em: <https://instagram.com/liabatista.psy?igshid=MzRIODBiNWFlZA> Acesso em: 21 maio 2023.

LIMA, R. M. de; POLI, L. M.; JOSÉ, F. S. Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. **Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)**, Brasília, v. 7, nº 2, p. 313-32, 2017.

LIPOVETSKY, G., **A Era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**, São Paulo, Manole, 2005.

LÔBO, P. **Direito Civil Famílias e Sucessões**. 12ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva. 2022.

LÔBO, P. **Direito civil**. Volume 5: famílias. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOBO, P. L.N. Princípios sociais dos contratos do CDC. **Revista Jurídica da Unirondon**. n. 3, 2002.

LOBO, P. L. N. Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem genética: Uma distinção necessária. **Revista de Direito de Família**, n.19, Porto Alegre, Síntese ago./set./2000.

LOPES, J. R. L. de; QUEIROZ, R. M. R.; ACCA, T. S. dos. **Curso de História do Direito**, São Paulo: Método, 2006.

LUCCA, M. **Diritto di accesso all'identità del figlio adottato**. Articolo Pubblicato il 14 Ottobre, 2018. Disponível em: https://www-mauriziolucca-com.translate.google.com/translate/diritto-di-accesso-allidentita-del-figlio-adottato/?_x_tr_sl=it&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 03 set. 2022.

LUXNER, B. **Team at NIH Honored for Advancing Research into Genetic Diseases**. April. 2018. Disponível em: <https://smanewstoday.com/2018/04/24/human-genome-project-team-at-nih-honored-for--advancing-research-into-genetic-diseases> Acesso em: 03 set. 2022.

MACÊDO, Gabriela. Mulher que alegou ter achado bebê dentro de saco de lixo é a mãe da criança, diz polícia. Publicado em 08/09/22, **G1 Goiás TV** Anhanguera.. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2022/09/08/mulher-que-alegou-ter-achado-recem-nascido-em-lote-e-amae-da-crianca-diz-policia.ghtml> Acesso em: 13 nov. 2022.

MACHADO, M. de. T. **A proteção constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**, 1. ed. Manole. Barueri - SP, 2003.

MADALENO, R. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MAEDER, M.; GERSBACH, C. Genome-editing technology for gene and cell therapy. **Journals & Books. Molecular Therapy**, 24(3), 430-446, Science Direct, 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1525001616309613> Acesso em: 03 set. 2022.

MAHFOUD, M.; SAVIAN FILHO, J. **Diálogos com Edith Stein**: filosofia, psicologia, educação. São Paulo: Paulus, 2017.

MALUF, A. C. do R. F. D. Direito da personalidade no novo código civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2003.

MALUF, C. A. D.; MALUF, A. do R. F. D. **Curso de direito de família**. São Paulo, Saraiva, 2018.

MARANHÃO, O. R. **Curso básico de medicina legal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MARRARA, T. Direito Administrativo brasileiro: Transformações e Tendências. In: MARRARA, Thiago (org). **Direito Administrativo Transformações e Tendências**. São Paulo: Almeida, 2014.

MARTINS, A. D.; SEBASTIÃO DE OLIVEIRA, J. A Prova na Investigação de Paternidade e a Súmula n. 301 do STJ. **Revista Jurídica Cesumar**, v.6, n.1, 2006. P. 310-338. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/316-Texto%20do%20artigo%20-%20Arquivo%20Original-1016-1-10-20070802-1.pdf> Acesso em: 12 nov. 2022.

MANUAL MSD. **Versão para Profissionais de Saúde**. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com/pt-br/profissional> Acesso em: 12 nov. 2022.

MANUAL MSG. Versão Saúde para a Família. **Considerações Gerais sobre Anomalias Cromossômicas e Genéticas**. Disponível em: <https://www.msdmanuals.com> Acesso em: 21 set. 2022.

MARCÍLIO, M. L. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil, 1726-1950. In: FREITAS, Marcos Cezar de. **História social da infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

MARCÍLIO, M. L. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998.

MARCÍLIO, M. L. **História Social da Criança Abandonada**. São Paulo: Hucitec, 2006.

MARCÍLIO, M. L. “A criança abandonada na história de Portugal e no Brasil”. *In*: Venâncio, Renato Pinto (org). **Uma história social do abandono de crianças**: de Portugal ao Brasil: séculos XVIII-XIX. São Paulo: Alameda / Editora PUC Minas, 2010.

MARINHO, P. H. C. Gestação por substituição x barriga de aluguel. **Jusbrasil**, 2020. Disponível em: <https://phcmarinho.jusbrasil.com.br/artigos/809699757/gestacao-por-substituicao-x-barriga-de-aluguel?ref=serp> Acesso em: 03 mar. 2023.

MARROU, H. I. **Sobre o Conhecimento histórico**. Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 1978.

MARTIN, C. **La parentalité en questions. Perspectives sociologiques, Rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille**, Paris, 2003.

MATHIEU, B. La vie en Droit Constitutionnel Comparé. Éléments de réflexions sur un droit incertain. **Revue Internationale de Droit Comparé**, 50-4, 1998.

MAX, H. **Eclipse da Razão**. 7ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo, Centauro Editora, 2013.

MEIRELLES, J. M. L. de; TEIXEIRA, E. D. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. *In*: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Organizadora). **Diálogos sobre direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MEIRELLES, H. L. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 18ª ed. (atualizada por Arnaldo Wald). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENDONÇA, N. D. **Uma questão de interdisciplinaridade. O Usos dos Conceitos**. Ed. Vozes. 2. ed. Curitiba, 1985.

MERÊA, M. P. **Estudos de Filosofia Jurídica e de História das Doutrinas Políticas**. Prefácio de Mário Júlio de Almeida Costa; Nota Introdutória de José Manuel Merêa Pizarro Beleza. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.

MESQUITA FILHO, M.; Bioética e Epidemiologia: Interfaces na Saúde Pública e na Pesquisa. *In*: José Vítor da Silva. (Org.). **Bioética**: Meio Ambiente, Saúde e Pesquisa. 1 ed. São Paulo: Átria, 2006, v. 1.

MIRANDA, P. de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOLINARI, F. **Parto Anônimo**: uma origem na obscuridade frente aos direitos fundamentais da criança. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, M. C. B 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.

MOREIRA, H; CALEFFE, L. G. **Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador**. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008.

MORENO, A. Z. “Na roda da vida: os filhos de criação em São Paulo colonial”. *In*: VENÂNCIO, Renato Pinto (org.). **Uma história social do abandono de crianças: de Portugal ao Brasil: séculos XVIII-XIX**. São Paulo: Alameda / Editora PUC Minas, 2010.

MOSER, A. **Biotecnologia e Bioética. Para onde vamos?** 3ª ed.. Editora Vozes. Petrópolis, 2005.

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

MOURA, M. D.; SOUZA, M. C. B.; SCHEFFER, B.B. Reprodução assistida: Um pouco de História. **Revista da SBPH**. V. 12, n. 2. Rio de Janeiro, dez. 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004 Acesso em: 18 ago. 2022.

MOUSNIER, C.A. A Nova Família à Luz da Constituição Federal, da Legislação e do Novo Código Civil. **Revista da EMERJ**. v.5, n.20, 2002.

MULLER, C. M. **Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 14, n. 89, 2011.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **A Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas> Acesso em: 20 set. 2022.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 06 dez. 2022.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Artigo 12: Direito à privacidade**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/81736-artigo-12-direito-%C3%A0-privacidade> Acesso em: 06 dez. 2022.

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

NASCIMENTO, A. C. do. **A sorte dos enjeitados: o combate ao infanticídio e a institucionalização da assistência às crianças abandonadas no Recife (1789-1832)**. São Paulo: Annablume: FINEP, 2008.

NATURE. **Revista Nature**. Disponível em: <https://www.nature.com/> Acesso em: 03 set. 2022.

NEGRÃO, A. M. M. **Revitalização da Roda de Expostos**. IHGG Campinas. 2020. Disponível em: <https://ihggcampinas.org/2020/05/11/revitalizacao-da-roda-de-expostos/> Acesso em: 13 nov. 2022.

NEGRÃO, A. M. M. **Infância, educação e direitos sociais: asilo de orfãs (1870-1960)**. Tese (doutorado) – Faculdade de Educação, UNICAMP, Campinas, SP, 2002, 334p. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/253494>. Acesso em: 13 nov. 2022.

NEGRI, A. **O Poder Constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEME, R. R. **Reflexos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

NEVES, M. Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. n. 88, junho, 2015.

NEVES, M. C. PATRÃO. **Bioética Simples**. Lisboa: Ed. Verbo, 2007.

NIH. **Nacional Human Genome Research Institute**. Disponível em: <https://www.genome.gov/> Acesso em: 03 set. 2022.

NOGUEIRA, J. F. N. A Filiação que se constrói: **O Reconhecimento do Afeto como Valor Jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

NOGUEIRA, P. L. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NOSTRE, G. A. de M. **Bioética e biodireito: aspectos jurídico-penais da manipulação de embriões, do aborto e da eutanásia**. 2001. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

NUCCI, G. de S. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, 4. ed. revista e atualizada.

OLIVEIRA, A. R.; SILVA, S. O. F. Da. O parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro: análise a partir dos projetos de lei. **Revista de Direito da Unigranrio**. Duque de Caxias, RJ, v. 8, n.2, p.1-17, nov.2018.

OLIVEIRA, H. F. **Adoção. Aspectos Jurídicos Práticos e Efetivos**. 3. ed. São Paulo: Ed. Mundo Jurídico, 2020.

OLIVEIRA, J. O. de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, O. M. P. **O Parto Anônimo – À Luz do Constitucionalismo Brasileiro**. São Paulo: Editora Juruá, 2011.

OLIVEIRA LEITE, E. Procriações Artificiais e o Direito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1995.

ONU. Organização das Nações Unidas. ONU. Nações Unidas do Brasil. **A Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas> Acesso em: 23 ago. 2022.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Histórico da Pandemia do Covid-19**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19> Acesso em: 14 out. 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB. Resolução nº 02/2015 – **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf> Acesso em: 12 out. 2022.

PADOLECCHIA, I. *Culla per la vita: se non puoi tenere il tuo bambino, un'alternativa c'è!* **Revista web do Hospital Universitário "Federico II"** - Diretora responsável: Dra. Alessandra Dionisio. Editora: Hospital Universitário Federico II. Manchete jornalística registrada no Tribunal de Nápoles n.02/2017 de 15/03/2017. Disponível em: https://areacomunicazione-policlinico-unina-it.translate.google.com/25992-culla-per-la-vita-se-non-puoi-tenere-il-tuo-bambino-unalternativa-ce/?_x_tr_sch=http&_x_tr_sl=it&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 13 nov. 2022.

PAIANO, D. B; ROCHA, M. S. da. Biodireito e início da vida: crise de paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Intertemas da Toledo**, n. 12, p. 126, 2009.

PAIVA, Nayara. Bebê recém-nascida é encontrada em sacola de feira dentro de lata de lixo na zona sul de São Paulo. Publicada em 27 de out. de 2022. **R7. Agência Record**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/bebe-recem-nascida-e-encontrada-em-sacola-de-feira-dentro-de-lata-de-lixo-na-zona-sul-de-sao-paulo-27102022> Acesso em: 13 nov. 2022.

PAIVA, R. **Novas Formas de Comunitarismo no Cenário da Visibilidade Total: A comunidade do afeto**. São Paulo, Matrizes, Ano 6, nº 1 jul / dez. 2012, pp.63-75.

PALMER, R. E. **Hermenêutica**. Maria Luísa Ribeiro Ferreira (Trad.). Lisboa: Edições 70, 1969.

PEDROSA, I. L.; GARCIA, T. R. "Não vou esquecer nunca!": a experiência feminina com o abortamento induzido. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, 8 (6), 50-58, 2000.

PENALVA, L. D. Parto Anônimo e Direitos da Personalidade. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, v.9; n.52, p.88, fev./mar. 2008.

PEREIRA, C. M. S. da. **Instituições de Direito Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

PEREIRA DOS ANJOS, E. Quando a proteção integral é invocada para agravar a situação da criança. **CONJUR**. Tribuna da Defensoria. 6 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-06/tribuna-defensoria-quando-protecao-integral-invocada-agravar-situacao-crianca#_ftn1 Acesso em: 05 maio 2023.

PEREIRA, R. C da. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, R. C. da. **Direito de família**: uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, T. S. da. **O Direito da Criança e do Adolescente - uma proposta interdisciplinar**. São Paulo: Renovar, 2008.

PEREIRA, C. M, da S. **Instituições de direito civil - direito de família**. 13. ed. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREZ, J. R. R.; PASSIONE, E. F. Políticas Sociais e de Atendimento às Crianças e aos Adolescentes no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**. Campinas, v.40. n. 140, p.649-673. maio/ago, 2010.

PESSOA, M. O casamento no direito civil constitucional. *In*: VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

PERLINGIERI, P. **O direito civil na realidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEQUIM. **Declaração de Beijing**. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf Acesso em: 21 maio 2023.

PINHEIRO, V. L. O infanticídio como expressão da violência e negação do mito do amor materno. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 26, n. 1, e41476, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/7h7dYGR8gRnvx8RZJv4QN7g/?lang=pt> Acesso em: 26 set. 2022.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012a.

PLANEJAMENTO familiar não é responsabilidade apenas da mulher. Publicado em 30 de ago. de 2021 **HAJA**. Disponível: <https://www.haja.org.br/post/planejamento-familiar-n%C3%A3o-%C3%A9-responsabilidade-apenas-da-mulher> Acesso em: 19 nov. 2022.

PONS. **Hallo Welt. Babyklappe**. Dicionário Tradução livre alemão para o português. Disponível em <https://pt.pons.com/tradu%C3%A7%C3%A3o/alem%C3%A3o-portugu%C3%AAs/Babyklappe> Acesso em: 19 nov. 2022.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. 3ªed, reimpressão. Rio de Janeiro, Editor Borsoi: 1971.

PONTES DE MIRANDA, F.C. de. **Tratado de Direito Privado. v. VII.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Agência Nacional do Brasil. Portal da Transparência.** Pais ausentes. Disponível em: <https://transparencia.registrocivil.org.br/painel-registral/pais-ausentes> Acesso em: 26 set. 2022.

POTTER, V. R. **Bioethics: bridge to the future.** New Jersey: Prentice-Hall, 1971.

PRATA, H. M. 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.

PRAY, L. A. **Discovery of DNA structure and function:** Watson and Crick. Nature Education, 1(1), 100. 2008. Disponível em: <http://www.nature.com/scitable/topicpage/discovery-of-dna-structure-and-function-watson-397> Acesso em: 03 set. 2022.

PRIORE, M. D. **Ao sul do corpo, condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia.** Rio de Janeiro: Olympio, 1993.

QUEIROZ, P. E. A. **Curso de Direito Penal:** parte especial. Salvador: Jus Podivm, 2014.

QUEIROGA, A. E. **Curso de Direito Civil – Direito de família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, F. P. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: DEL PRIOR, Mary (org). **História das crianças no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Contexto, 2013.

RANGEL, T. L.V. Biodireito e tutela jurídica do patrimônio genético. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3847, 12 jan.2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos> Acesso em: 03 set. 2022.

RDCTV. Rede Digital de Comunicação. **Corpo de bebê recém-nascido é encontrado no lixo em Viamão.** Disponível em: <https://rdctv.com.br/noticias/corpo-de-bebe-recem-nascido-e-encontrado-no-lixo-em-viamao/> Acesso em: 13 nov. 2022.

REALE, M. **Filosofia do Direito.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p.60. REDE CIVIL CMS. Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial. Ponto de Contato de Portugal. **Comissão Internacional do Estado Civil.** Disponível em: <https://www.redecivil.csm.org.pt/ciec/> Acesso em: 20 set. 2022.

RECÉM-NASCIDO é abandonado na calçada de casa, em Planaltina no DF. **G1. Distrito Federal.** Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distritofederal/noticia/2022/11/07/recem-nascido-e-abandonado-na-calçada-de-casa-em-planaltina-no-df.ghtml> Acesso em: 13 nov. 2022.

REIS, R. L. V. e. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra, 2008.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Conseil national pour l'accès aux origines personnelles**. CNAOP. Disponível em: <https://www.cnaop.gouv.fr/> Acesso em: 19 nov. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Décret n°53-1186 du 29 novembre 1953 Pupilles De L'etat**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000507984> Acesso em: 17 nov. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Décret n°59-101 du 7 janvier 1959 Modifiant Et Completant Le Code De La Famille Et De L'aide Sociale En Ce Qui Concerne La Protection De L'enfance**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000306925> Acesso em: 17 nov. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Légifrance. **Le servisse public de la diffusion du droit**. Lei Nacional Aplicável. Código Civil Vigente. Disponível em: https://www.egifrancegouvfr.translate.google/codes/article_lc/LEGIARTI0000006425119?_x_tr_sl=fr&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 19 nov. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇOISE. **Lei n° 2002-93 de janeiro de 2002 sobre o acesso às origens de pessoas adotadas e tuteladas do Estado** – Tradução Nossa. *Loi n° 2002-93 du janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnnnes adoptées et pupiles de l'Etat*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000593077> Acesso em: 17 nov. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère Des Solidarités Et De La Santé. Liberté. Égalité. Fraternité. **Conseil National pour l'Accès aux Origines personnelles**. Juillet, 2020. Disponível em: https://www.cnaop.gouv.fr/IMG/pdf/18-ra_2019_version_finale.pdf Acesso em: 19 nov. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Rappaort d'activité 2021**. CNAOP. Consei National pour l'accès auz Orgines personnelles. Disponível em: https://www.cnaop.gouv.fr/IMG/pdf/rappport_activite_2021_vf-compressé.pdf Acesso em: 19 nov. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Service-Public.fr. Le site officiel de l'adminsitracion fraçaise. **Accouchement sous X**. Vérifié le 11 février 2022 - Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre) Disponível em: <https://www.servicepublic.fr/particuliers/vosdroits/F3136> Acesso em: 24 fev. 2023.

REUSING, L. **Biotechnologia & direito fundamental à vida: uma perspectiva da ciência tecnológica e sociedade**. Curitiba: Gedai, UFPR, 2020.

REUSING, L.; SZANIAWSKI, E. Das Interfaces entre a Dogmática Jurídica de Hans Kelsen e a Sociologia Compreensiva de Max Weber. In: SOUZA, Ednilson Sérgio Ramalho de, (Editor). **Temas de Ciências Sociais Aplicadas**. Vol. 1. ed. 1. Belém, Home, Editora, 2022. É obra coletiva.

REVERSO CONTEXT. **Tradutor Italiano x Português**. *Riservatezza*. Disponível em: <https://context.reverso.net/traducao/italiano-portugues/riservatezza> Acesso em: 11 out. 2022

REVERSO CONTEXT. **Tradutor Italiano x Português. Segretezza.** Disponível em: <https://context.reverso.net/traducao/italiano-portugues/segretezza> Acesso em: 11 out. 2022.

REVISTA ALTERNATIVA. Roda dos expostos completa 15 anos no Japão com 159 bebês abandonados. **As principais notícias do Japão.** Publicado em 10 maio de 2022. Disponível em: <https://www.alternativa.co.jp/Noticia/View/95221/Roda-dos-expostos-completa-15-anos-no-Japao-com-159-bebes-abandonados> Acesso em: 30 jan. 2023.

RIBEIRO, Fran. Recém-nascida é encontrada ainda com cordão umbilical em caixa de papelão em Ipatinga. Publicado em 14 de setembro de 2022. **G1 – Vale de Minas Gerais. Inter TV.** Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/vales-mg/noticia/2022/09/14/recem-nascida-e-encontrada-ainda-com-o-cordao-umbilical-em-caixa-de-papelao-em-ipatinga.ghtml> Acesso em: 13 nov. 2022.

RIBEIRO, G. E. A Roda dos Expostos: Romance Histórico Revelador da Memória do Assistencialismo Infantil Praticado pela Santa Casa de Misericórdia de Campos. RJ (1843-1864). **Revista Enletrante**, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/AppData/Local/Temp/2037-Texto%20do%20artigo-5357-1-10-20120216.pdf> Acesso em: 17 jan. 2022.

RIZZINI, I. **O século Perdido: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil.** Rio de Janeiro: Cortez, 1997.

RODRIGUES, A. M. **Direito Penal Económico: Uma política criminal na era compliance.** Coimbra: Edições Almedina, 2019.

RODRIGUES, G. de. C. **Planejamento familiar.** Série Princípios. São Paulo: Ática, 1990.

RODRIGUES, M. R. J. B. **Biodireito: alimentos transgênicos.** São Paulo: Lemos & Cruz, 2002.

RODRIGUES, S. **Direito civil: direito de família.** Atualizado por Francisco José Cahali. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JÚNIOR, O. L. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do Século XX. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, v. 938, p. 79-155, dez. 2013.

ROGER, C.; STIG, F.; BERND, G. **A World at Total War: Global Conflict and the Politics of Destruction, 1937-1945.** Cambridge University Press, 2005. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=evVPoSwqrG4C&redir_esc=y&hl=pt-BR Acesso em: 21 jul. 2022.

ROSENVALD, N.; DE FARIAS, C. C. **Curso de Direito Civil – Famílias.** São Paulo: Editora Juspodivm, 2017.

ROUDINESCO, E. **A Família em Desordem.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
ROTARY. **Quem somos?** Disponível em: <https://www.rotary.org/pt/about-rotary> Acesso em: 04 mar. 2023.

RULLI NETO, A. **Leis de Manu**. 1. ed. São Paulo: Fiuza, 2002.

RUSSELL, B. **A conquista da felicidade**. Trad. Luiz Guerra. Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.
 RUSSO, L. **Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PAIVA, Nayara. Bebê recém-nascida é encontrada em sacola de feira dentro de lata de lixo na zona sul de São Paulo. Publicada em 27 de out. de 2022. **R7. Agência Record**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/sao-paulo/bebe-recem-nascida-e-encontrada-em-sacola-de-feira-dentro-de-lata-de-lixo-na-zona-sul-de-sao-paulo-27102022> Acesso em: 13 nov. 2022.

SÁ, M. de F. F.; NAVES, B.T.O.de. **Manual de Biodireito**. Imprensa: Belo Horizonte, Del Rey, 2011.

SÁ, M. de F. F. **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAFFIOTI, H. I. B. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. São Paulo: Quatro Artes-INL, 1969.

SAHA, S. K. et al. Programmable molecular scissors: Applications of a new tool for genome editing in biotech. **Molecular Therapy - Nucleic Acids**, [s. l.], v. 14, n. March, p. 212–238, 2018. Disponível em: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S2162253118303123> Acesso em: 02 nov. 2022.

SAMUELS, E. “The idea of adoption: an inquiry into the history of adult adoptee access to birth records”. **Rutgers Law Review**. Vol. 53, p. 367-437, 2001.

SANTOS, Fernanda. Bebê é abandonado aos pés de um morador de rua na Santa Cecília, Centro de SP. **G1. São Paulo**. Publicada em 01/08/22, Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/08/01/bebe-e-abandonado-aos-pes-de-um-morador-de-rua-na-santa-cecilia-centro-de-sp.ghtml> Acesso em: 13 nov. 2022.

SANTOS, W. G. dos. **Cidadania e Justiça: política social na ordem brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARLET, I. W. (Org.). **Dimensões da dignidade – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, D. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, D. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, I. P. de M. **O Engeitado**. (Chaves *22.11. 1807 / Chaves +17.05.1870). 1846.

SCC10. **Mãe joga recém-nascido em rio e foge.** A suspeita foi presa em Bragança Paulista, no estado de São Paulo. Publicado em 05/04/2022. Disponível em: <https://scc10.com.br/seguranca/mae-joga-recem-nascido-em-rio-e-foge/> Acesso em: 09 dez. 2022.

SCHNECK, C. **L'incroyable monsieur Schneck.** Paris: Point, 2007.

SEABRA, G. C. **Manual de Direito da Criança e do Adolescente.** 2. ed. São Paulo: Editora CEI, 2021.

SECCHI, L. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. / v. 2 n. 2 (2017): **Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais – RPPI.** São Paulo, 2017.

SECCHI, L. **Políticas Públicas:** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SENAT DE BELGIQUE: **Question écrite n° 6-1646. Á la ministre des Affaires sociales et de la Santé publique.** Disponível em: https://www.senate.be/www/?MIval=index_senate&MENUID=54000&LANG=fr Acesso em: 19 nov. 2022.

SENAT DE BELGIQUE. Session extraordinaire de 2010. 2 septembre 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret.** Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886187&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

SENAT DE BELGIQUE. Session extraordinaire de 2010. 8 octobre de 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret.** Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886325&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

SENAT DE BELGIQUE. Session extraordinaire de 2010. 15 octobre de 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret.** Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886454&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

SENAT DE BELGIQUE. Session extraordinaire de 2010. 18 novembre de 2010. **Proposition de loi modifiant le code civil en ce qui concerne l'accouchement discret.** Disponível em: <https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPubDoc&TID=83886747&LANG=fr> Acesso em: 10 maio 2023.

SES-SP. Secretaria de Estado de São Paulo. Centro de Vigilância Epidemiológica “Prof. Alexandre Vranjac”. Coordenadoria de Controle de Doenças. Vacina contra Hepatite B. **Revista Saúde Pública,** 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/TgR5F8dg5Lqm7mb9rSGJ8jp/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 02 nov. 2022.

SBD. Sociedade Brasileira de Diabetes. **Diretrizes 2019-2020.** Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Diretrizes-Sociedade-Brasileira-de-Diabetes-2019-2020.pdf> Acesso em: 02 nov. 2022.

SIGNIFICADOS. **Significado de Saúde**. Disponível em: <https://www.significados.com.br/saude/> Acesso em: 31 out. 2022.

SILVA, A. F. do A. “Proteção” – Pretexto para controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da doutrina da situação irregular. **Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis, v. 25, n. 87, jul/set. 1999.

SILVA, C. V. do C. e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Ajuris, v. 14, n.40, p. 128-149. jul./1987.

SILVA, G. M. de. Adolescente em conflito com a lei no Brasil, **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, vol. 03, nº 5, julho de 2011.

SILVA, J. A. Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 44. ed. São Paulo: Coedição Malheiros, 2022.

SILVA, L. F. da; CASTILHO, M.A. de. Brasil Colonial: as mulheres e o imaginário social. **Cordis: Revista Eletrônica de História Social da Cidade**. PUC- São Paulo, n.12, jan./jun 2014. p.257-279. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/cordis/article/view/21942/16123> Acesso em: 02 nov. 2022.

SILVA, M. O. da S. e; YAZBEK, M. C.; GIOVANNI G. 6ª ed. **A Política Social Brasileira no Século XXI**: a prevalência dos programas de transferência de renda. São Paulo: Cortez, 2012.

SILVA, V. A. da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798. 2002. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile> Acesso em: 06 nov. 2022.

SILVEIRA, D. M. de. **O conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente de Florianópolis**: os (des)caminhos entre as expectativas políticas e as práticas vigentes. 2003. 164f. Dissertação da Universidade Católica de São Paulo em Serviço Social. Florianópolis, 2003.

SMITH, K.W.; AVIS, N.E, ASSMANN, S.F. Distinguishing between quality of life and health status in quality of life research. **Qual Life Res** 1999; 8:447-59.

SNYDER, T. **Terras de Sangue. A Europa entre Hitler e Stalin**. Rio de Janeiro, Record, 2012.

SOARES, J.N.; SIMIONI, R.L. Direitos Fundamentais, democracia e o Projeto Genoma Humano: bioética e biopolítica. **Revista Bioética**. Conselho Federal de Medicina, Brasília, v.26, n. 4, 2018.

SOUZA, H. J. **Como se faz análise de conjuntura**. 11a ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

SOUZA, C. Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, 2006.

SPAREMBERGER, R.F. L.; THIESEN, A. B. O Direito de saber nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 7, n. 7, (jan./jun.2010), p. 33-65). Disponível em: <https://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/2479/O%20direito%20de%20saber%20a%20nos%20hist%c3%b3ria%20%20Identidade%20gen%c3%a9tica%20e%20dignidade%20human%20na%20concep%c3%a7%c3%a3o%20da%20Bioconstitui%c3%a7%c3%a3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 27 mar. 2023.

SPLITZCONVSKY, C. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. **Bonijuris**. Curitiba: Bonijuris, n. 505, ano XVII, p. 8-14, dez. 2005.

STAUT JÚNIOR, S. S. Legisladores, Juristas e os Princípios Jurídicos: Quem tem o poder de direito em sociedade. **Revista RJLB**, ano 1, nº 5, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/40941927/Legisladores_juristas_e_os_princ%C3%ADpios_jur%C3%ADdicos_quem_tem_o_poder_de_dizer_o_direito_em_sociedade?auto=download&email_work_card=download-paper Acesso em: 09 out. 2022.

STEINMETZ, W. A. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Imprensa: Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

STJ. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Recurso Especial nº 1.328.380 / MG**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Art.+1597+do+C%C3%B3digo+Civil> Acesso em: 20 ago. 2022.

STJ. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação nº 1.0105.14.014460-8/001** Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos Acesso em: 18 ago. 2022.

STJ. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação nº XXXXX. 07.2020. 8.13.0040**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1500170738/inteiro-teor-1500170869> Acesso em: 26 set. 2022.

STJ. Superior Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ementa Acórdão. **Recurso Especial nº 7.631 / STJ**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594294/recurso-especial-resp-7631-rj-1991-0001284-0> Acesso em: 18 ago. 2022.

STJ. Superior Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Recurso Especial nº 1.887.697-RJ**. Disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=136048530&tipo=5&nreg=201902906798&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210923&formato=PDF&salvar=false> Acesso em: 21 maio 2023.

STJ. Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Especial nº 833.712**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8930079/inteiro-teor-14096683> Acesso em: 17 out. 2022.

STJ. Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Especial nº 1.217.415 – STJ / RG-** Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/22271> Acesso em: 18 set. 2022.

STJ. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70047263785 / RG**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=70047263785>
Acesso em: 20 ago. 2022.

STJ. Superior Tribunal de Justiça de São Paulo— **Recurso Especial: nº 1.159.242**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/865731390/inteiro-teor-865731399>
Acesso em: 21 fev. 2023.

STJ. Superior Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso Especial nº 14318607**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14318607/recurso-especial-resp-1000356-sp-2007-0252697-5/inteiro-teor-14318608> Acesso em: 18 ago. 2022.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, a. 3, (27): 245-510, novembro 1991. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/RevSTJ/article/viewFile/9628/9765>
Acesso em: 18 ago. 2022.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 364**. Disponível em:
https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas/2012_32_capSumula364.pdf Acesso em: 14 ago. 2022.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 2.040-1 Distrito Federal. Relatoria: Ministro Néri da Silveira**. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540> Acesso em: 07 nov. 2022.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número de origem 442**. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865> Acesso em: 10 dez. 2022.

STUPPIELLO, C. **Bebê é abandonada em ‘roda dos enjeitados moderna’**. Publicado em 14 de abril de 2018. Disponível em: <https://bebemamae.com/bebe/bebe-e-abandonada-em-roda-dos-enjeitados-moderna> Acesso em: 04 abr. 2023.

SZANIAWSKI, E. **Limites e possibilidades de direito de redesignação do estado sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SZANIAWSKI, E. O ECA na Era do Direito ao Conhecimento da Origem Genética. Revista de Direito da Infância e da Juventude: **RDIJ**, v. 2, n. 4, jul/dez.2014.

SZANIAWSKI, E. **Diálogos com o direito de filiação brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SZANIAWSKI, E. Canal de Comunicação do Mestrado e Doutorado. Unicesumar com a Comunidade. **Reflexões sobre o Parto Anônimo e sobre o Parto Discreto**. Palestrante: Prof. Dr. Elimar Szaniawski. PPGCJ UNICESUMAR, em 25 de novembro de 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=f-lj5x4n_B0 Acesso em: 17 nov. 2022.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**. Imprensa: São Paulo, Método, 2015.

TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das sucessões. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v.6, 2015.

TELLES JUNIOR, G. **Direito Subjetivo**. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, n.28, 1977-1982.

TELLES, V. S. Direitos sociais: afinal, do que se trata? **Revista de Direito Social**. Porto Alegre - RS, 1999.

TERÊNCIO, P. **Comédias I**. Tradução de Aires Pereira do Couto. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2006. 571p. (Biblioteca de Autores Clássicos) Texto latino disponível on line pela Universidade de Chicago. *Ego Lar sum familiaris ex hac familia / unde exeuntem me aspexistis. Hanc domum / iam multos annos est cum possideo et colo / patri avoque iam huius qui nunc hic habet.*

TJ. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão TJ/DF nº 00032002320178070010**. Direito ao conhecimento da própria ascendência. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-detahes/familia-e-sucessao/multiparentalidade> Acesso em: 02 set. 2022.

TJ. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Acórdão - TJ/MG**. Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos Acesso em: 18 ago. 2022.

TJ. Tribunal de Justiça do Paraná. TJ/PR. **Agravo de Instrumento nº 776.351-1**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/21417814/inteiro-teor-21417815> Acesso em: 26 set. 2022.

TJ. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento TJ/RJ nº 0030906-75.2017.8.19.0000**. Inseminação Artificial. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046273D3FF41F5232BAEB379B2656F2487C507441B1F41> Acesso em: 20 ago. 2022.

TJ. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 2-15.010278-8**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/944126571/inteiro-teor-944126686> Acesso em: 10 dez. 2022.

TJ. Tribunal de Justiça de São Paulo – TJ/SP. **Recurso Especial nº 1.194.059 / SP**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Art.+1597+do+C%C3%B3digo+Civil> Acesso em: 18 ago. 2022.

TJ. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Revista Eletrônica de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**: RT 507:104, TJSP. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Biblioteca/RevistaJurisprudencia/Revistas> Acesso em: 21 fev. 2023.

TORRES, L. H. A casa da roda dos expostos na cidade do rio grande. **BIBLOS - Revista do Instituto de Ciências Humanas e da Informação**, v. 20, p. 103-116, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/23362>. Acesso em: 17 jan. 2022.

TORTELLI, E.; ORLANDO, E. A. de. A Liga das Senhoras Católicas de Curitiba: **Notandum**, ano 23, n. 53, p.129-151, maio/ago.2020. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/notandum/article/view/52046/751375149994> Acesso em: 21 jan. 2021.

TRAVASSOS-RODRIGUEZ, F.; FERES-CARNEIRO, T. Maternidade tardia e ambivalência: algumas reflexões. **Tempo psicanalítico**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, p. 111-121, jun.2013. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tpsi/v45n1/v45n1a08.pdf> Acesso em: 10 dez. 2022.

UFSC. Laboratório de Genética do Comportamento. **Estrutura do DNA**. Última atualização do site foi em 21 de outubro 2022. Disponível em: <https://geneticacomportamento.ufsc.br/biologiamolecular/estrutura-do-dna/> Acesso em: 02 nov. 2022.

UFRGS. **Projeto Genoma Humano (HUGO)**. Texto incluído em setembro de 1997 e atualizado em 04/08/2000 (C)Goldim/1997-200.0 Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/genoma.htm> Acesso em: 21 set. 2022.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**: da teoria à prática. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990> Acesso em: 03 set. 2022.

UNESP. Universidade Estadual Paulista. Instituto de Biociências. Departamento de Morfologia. **Embriologia. Roteiros para Aulas Práticas**. Profa. Dra. Maria Dalva Cesário, 2008. Disponível em: https://www1.ibb.unesp.br/Home/Departamentos/Morfologia/roteiros_pratica_medicina.pdf Acesso em: 18 ago. 2022.

UNICEF. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em: 19 nov. 2022.

UNICEF. **O que são direitos humanos? Os direitos humanos pertencem a todos e todas e a cada um de nós igualmente**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/o-que-sao-direitos-humanos> Acesso em: 08 dez. 2022.

UNICEF. **Um mundo para as crianças**: relatório da sessão especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a criança: as metas das Nações Unidas para o milênio. [S.l.] Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 28 ago. 2022.

UNICEF. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 20 set. 2022.

UNIVERSITÀ DI TRENTO. **Bio Diritto. Corte costituzionale - sent. n. 278/2013: accesso dell'adottato alle informazioni sull'identità della madre biológica.** Disponível em: <https://www.biodiritto.org/Biolaw-pedia/Giurisprudenza/Corte-costituzionale-sent.-n.-278-2013-accesso-dell-adottato-alle-informazioni-sull-identita-della-madre-biologica> Acesso em: 19 nov. 2022.

VALDEZ, D. **“Inocentes Expostos”**: O abandono de crianças na província de Goiás no século XIX, 2004. Disponível em: <http://www.revistas.ufg.br/index.php/interacao/article/view/1334/1370> Acesso em: 21 jan. 2022.

VARELA, A. A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, nº 15. Rio de Janeiro: 1993.

VAZ, P. A. B. Tutelas de urgência e o princípio da fungibilidade: § 7º, do art. 273 do CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 32, n. 144, p. 23-37, fev. 2002.

VELLOSO, A. P. Mutações paradigmáticas da Codificação do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]**, Porto Alegre. Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2004. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201707/06143927-rpge57livro.pdf> Acesso em: 21 jan. 2022.

VENÂNCIO, R.P. Famílias abandonadas: **Assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – Séculos XVIII e XIX**. Campinas, SO: Papirus, 1999.

VENÂNCIO, R. P. Entregues à própria sorte. **Nossa História**, São Paulo: Vera Cruz, n. 9, p. 44, jul. 2004.

VENOSA, S. de. S. Direito Civil. **Imprensa**: São Paulo, Atlas, 2007.

VENTURA, M. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3. ed. Brasília – DF, 2009.

VIANA, A. L. D. et al. **Saúde, desenvolvimento e inovação tecnológica**: nova perspectiva de abordagem e de investigação. *Lua Nova*, v. 83, p.41-77, 2011.

VÍDEO: ex-médico dá descarga em feto durante flagrante de aborto. **Direito News**. Publicada em: 10 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.direitonews.com.br/2023/02/video-medico-descarga-feto-durante-flagrante-aborto.html> Acesso em: 13 fev. 2023.

VILLANUEVA, L. F. A. **Problemas Públicos y Agenda de Gobierno**. 1. ed. México: Miguel Angel Porrúa Grupo Editorial, 1993.

VILLELA, J. B. Liberdade e família. Belo Horizonte: **Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, 1980.

WACHOWICZ, M.; REUSING, L. Proteção de Dados Pessoais e seu Tratamento no Direito Comparado. **Os Elementos de Conexão nas Relações Jurídicas Consumeristas e Contratuais**: Análise de sua aplicação na LGPD e no RGPD. Curitiba, GEDAI, UFPR, 2019. Disponível em: https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2020/11/Protecao-de-dados-pessoais-em-perspectiva_ebook.pdf Acesso em: 22 set. 2022.

WALLON, H. O papel do outro na consciência do eu. *In*: WEREBE, M. J., NADELBRUFERT, J. **Henri Wallon**. São Paulo, SP: Ática, 1986.

WATKINS, F. M. **A idade da ideologia**: o pensamento político, de 1750 até o presente. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1966.

WEBER, Jéssica Rebeca. Histórias de Abandono. Como funcionava a Roda dos Expostos, onde quase 3 mil crianças foram entregues para a adoção na Santa Casa de Porto Alegre. **GZH**. Porto Alegre. Publicado em 14/10/22. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2022/10/como-funcionava-a-roda-dos-expostos-onde-quase-3-mil-criancas-foram-entregues-para-adocao-na-santa-casa-de-porto-alegre197qlwiv00ka_013plw6o6711.html Acesso em: 16 nov. 2022.

WEBER, M. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva - volume 2. 4. ed. ed. Brasília: UnB, 2012.

WEBER, M. **Max Weber, A Biography**. E-book. Routledge, Nova Iorque, 2017. Disponível em: https://www-taylorfranciscom.translate.goog/books/mono/10.4324/9780203786109/max-weber-marianne-weber?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 06 jan. 2022.

WORLD PRISON BRIEF. **World Female Imprisonment List (fourth edition)**. 09 nov. 2017. Disponível em: https://www-prisonstudies-org.translate.goog/news/world-female-imprisonment-list-fourth-edition?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc Acesso em: 11 dez. 2022.

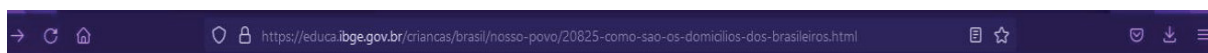
WORLD PRISON BRIEF. W.P.D. **World Female Imprisonment List (fourth edition)**. 09 nov 2017. The report can be found. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf Acesso em: 11 dez. 2022.

ZITTOUN, P. **The Political Process of Policy Making**. London: Palgrave Macmillan, 2014.

ZITTOUN, P. **Contemporary Approaches to Public Policy**: theories, controversies and perspectives. London: Palgrave Macmillan, 2016.

ANEXO 1

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Educa IBGE Criança**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/nosso-povo/20825-como-sao-os-domicilios-dos-brasileiros.html> Acesso realizado em: 14 ago. de 2022.



Paulinho e Matheus já desenharam suas famílias. Envie você também um desenho da sua casa e da sua família para o **nosso mural**!



IBGE

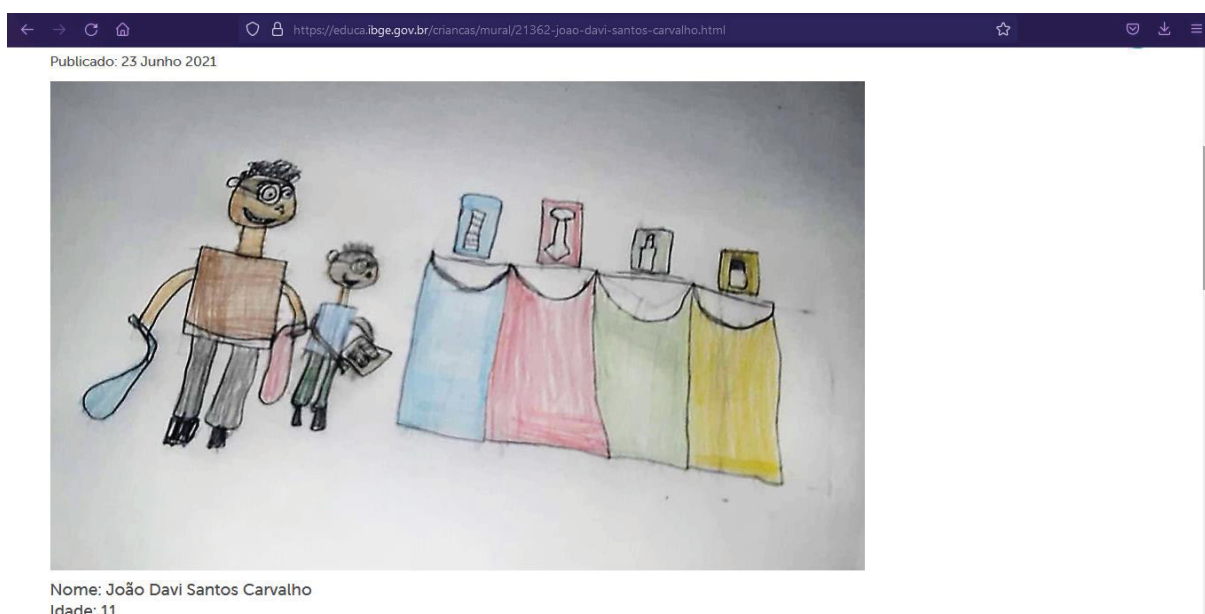
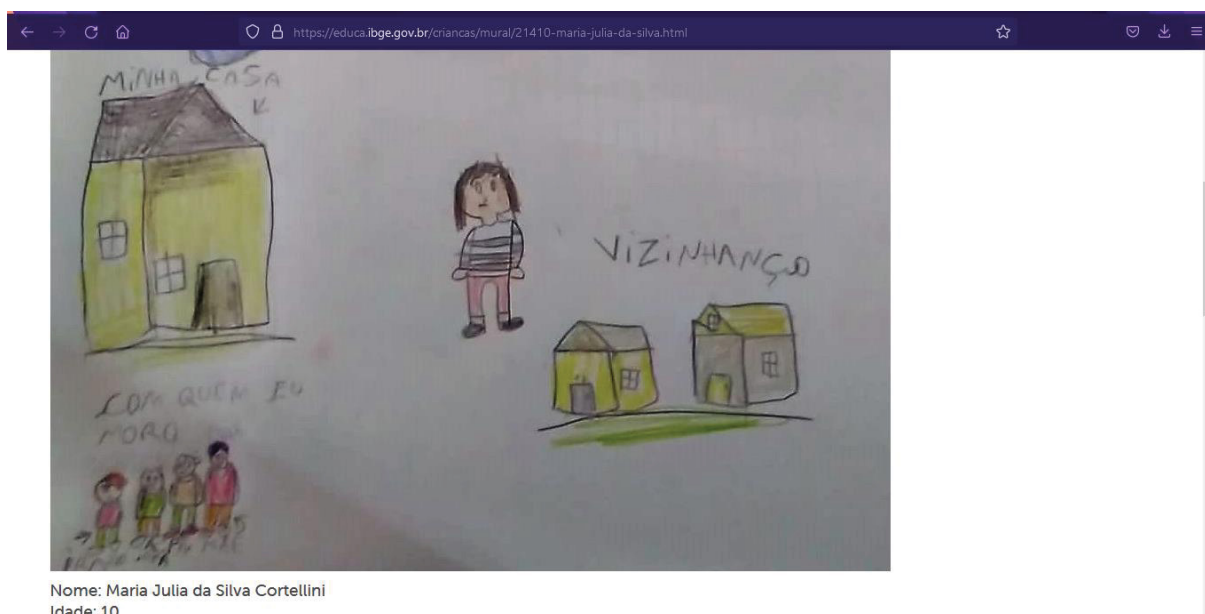


O que é o IBGEeduca?
ibge.educa@ibge.gov.br
Sobre o IBGE

Publicado: 07 Junho 2022



Nome: Luiza Ferri Rios
Idade: 10



O referido anexo tem por objetivo demonstrar a partir da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua realizada pelo IBGE, como as crianças percebem e retratam a moradia e os membros da sua família por meio de desenho. O que corrobora para reiterar a existência dos arranjos familiares no Brasil de um total de 74 milhões de domicílios existentes

ANEXO 2

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5> Acesso realizado em: 13 nov. de 2022. Apresentação Tabela 35 – Registros criminais de abandono de incapaz (art. 133 CP). p. 194-196.

P.194: Contempla 0-4 anos e 5-9 anos

Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022

TABELA 35

Registros criminais de abandono de incapaz (art. 133, CP)
Brasil e Unidades da Federação – 2020-2021

Brasil e Unidades da Federação	0 - 4 anos					5-9 anos				
	N.s abs.		Taxa ⁽¹⁾		Variação (%)	N.s abs.		Taxa ⁽¹⁾		Variação (%)
	2020	2021	2020	2021		2020	2021	2020	2021	
Brasil	2.137	2.296	14,6	15,7	7,6	2.539	2.863	17,4	19,6	12,5
Acre ⁽²⁾	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Alagoas	22	26	8,7	10,4	18,6	21	20	8,0	7,8	-3,2
Amapá	31	41	38,7	51,4	33,0	47	40	58,3	49,4	-15,3
Amazonas	52	34	12,9	8,4	-34,6	52	28	12,8	6,9	-46,3
Bahia	30	56	2,9	5,5	87,3	39	79	3,8	7,7	104,3
Ceará	14	14	2,1	2,1	0,3	14	11	2,2	1,7	-21,6
Distrito Federal	67	45	32,5	21,8	-32,9	65	60	34,4	31,4	-8,7
Espírito Santo	25	14	8,7	4,9	-44,2	21	21	7,4	7,3	-0,8
Goiás	63	97	12,2	18,8	53,6	70	91	13,5	17,3	28,6
Maranhão	15	19	2,6	3,2	26,8	16	17	2,7	2,9	7,7
Mato Grosso	138	166	48,7	58,4	19,8	155	184	57,5	67,0	16,5
Mato Grosso do Sul	86	82	39,2	37,4	-4,7	95	129	44,0	59,2	34,6
Minas Gerais	353	356	26,6	26,8	0,9	475	444	35,9	33,5	-6,7
Pará	8	17	1,1	2,4	112,3	10	20	1,4	2,8	101,9
Paraná	5	10	1,7	3,5	100,3	-	9	-	3,3	-
Pernambuco	87	99	11,0	12,6	13,9	137	133	17,8	17,1	-3,8
Piauí	116	131	16,9	19,2	13,2	104	159	14,7	22,6	53,9
Pernambuco	116	131	16,9	19,2	13,2	104	159	14,7	22,6	53,9
Piauí	17	39	7,2	16,5	130,2	18	43	7,6	18,3	141,1
Rio de Janeiro	87	87	7,7	7,8	0,1	96	147	8,7	13,2	51,7
Rio Grande do Norte	14	25	5,9	10,5	79,1	20	33	8,2	13,6	65,9
Rio Grande do Sul	43	88	6,1	12,5	106,3	84	109	12,1	15,5	28,0
Rondônia	50	69	35,7	49,1	37,5	54	67	39,7	48,9	23,0
Roraima	27	31	45,4	50,9	12,0	40	31	72,1	55,0	-23,6
Santa Catarina	136	157	27,9	32,2	15,3	204	251	43,9	53,1	20,8
São Paulo	585	537	19,3	17,8	-7,7	635	664	20,9	21,7	4,0
Sergipe	40	26	23,6	15,3	-35,1	46	41	26,9	24,1	-10,3
Tocantins	26	30	20,7	23,7	14,5	21	32	16,7	25,7	53,6

Continua

P.195: Contempla 10-14 anos e 15-17 anos

Brasil e Unidades da Federação	10-14 anos					15-17 anos				
	N.s abs.		Taxa ⁽¹⁾		Variação (%)	N.s abs.		Taxa ⁽¹⁾		Variação (%)
	2020	2021	2020	2021		2020	2021	2020	2021	
Brasil	1.961	2.185	13,3	15,0	12,6	508	564	5,5	6,1	12,0
Acre ⁽²⁾	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Alagoas	13	15	4,6	5,5	18,0	3	4	1,7	2,3	36,4
Amapá	29	49	35,8	60,3	68,4	8	10	16,1	20,5	27,1
Amazonas	37	21	9,3	5,3	-43,2	5	2	2,2	0,9	-60,4
Bahia	26	43	2,3	3,9	68,6	8	16	1,1	2,3	104,5
Ceará	18	13	2,7	2,0	-26,5	-	7	-	1,7	-
Distrito Federal	41	27	19,8	13,5	-32,0	6	5	4,3	3,6	-16,4
Espírito Santo	16	17	5,9	6,2	6,0	6	6	3,5	3,5	1,3
Goiás	47	73	9,5	14,7	54,4	13	14	4,2	4,6	8,5
Maranhão	15	22	2,3	3,5	51,1	1	9	0,2	2,2	796,5
Mato Grosso	103	124	38,5	47,2	22,6	30	28	18,4	16,9	-8,2
Mato Grosso do Sul	91	99	44,8	48,5	8,3	18	25	14,4	20,0	39,1
Minas Gerais	391	384	29,1	29,0	-0,4	103	107	11,8	12,5	5,8
Pará	8	11	1,0	1,4	40,1	2	5	0,4	1,0	150,5
Paraíba	2	3	0,7	1,0	54,2	2	2	1,0	1,0	0,9
Paraná	129	124	17,1	16,6	-3,1	27	29	5,7	6,2	8,3
Pernambuco	93	107	12,7	14,8	16,8	25	19	5,4	4,2	-23,3
Piauí	20	29	7,8	11,6	49,0	3	13	1,8	7,9	336,6
Rio de Janeiro	61	101	5,8	9,6	65,9	16	25	2,4	3,8	58,8
Rio Grande do Norte	12	22	4,7	8,7	86,5	7	10	4,3	6,2	43,0
Rio Grande do Norte	12	22	4,7	8,7	86,5	7	10	4,3	6,2	43,0
Rio Grande do Sul	70	105	10,4	15,8	52,2	36	30	8,1	6,9	-15,3
Rondônia	52	42	37,9	31,1	-18,0	9	11	10,3	12,8	23,6
Roraima	11	27	20,5	49,5	140,7	4	6	12,6	18,9	50,5
Santa Catarina	165	232	37,0	52,0	40,5	44	51	15,9	18,4	15,5
São Paulo	474	434	16,0	14,7	-8,3	118	115	6,4	6,3	-1,9
Sergipe	20	34	11,2	19,2	72,3	7	10	6,4	9,1	42,7
Tocantins	17	27	12,9	20,8	61,7	7	5	8,5	6,1	-28,7

Continua

P.196: Contempla 18-19 anos

Brasil e Unidades da Federação	18-19 anos					Total crianças e adolescentes (0-17 anos)				
	N.s abs.		Taxa ⁽¹⁾		Variação (%)	N.s abs.		Taxa ⁽¹⁾		Variação (%)
	2020	2021	2020	2021		2020	2021	2020	2021	
Brasil	45	54	0,7	0,9	23,5	7.145	7.908	13,4	14,9	11,1
Acre ⁽²⁾	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Alagoas	2	2	1,6	1,6	2,1	59	65	6,1	6,8	11,9
Amapá	1	-	2,9	-	-100,0	115	140	39,5	48,1	22,0
Amazonas	-	-	-	-	-	146	85	10,1	5,9	-41,9
Bahia	1	4	0,2	0,8	306,8	103	194	2,7	5,1	90,8
Ceará	1	-	0,3	-	-100,0	46	45	1,9	1,9	-1,5
Distrito Federal	-	2	-	2,0	-	179	137	24,1	18,6	-23,0
Espírito Santo	2	2	1,7	1,7	2,2	68	58	6,7	5,7	-14,8
Goiás	1	3	0,5	1,4	199,4	193	275	10,5	14,9	41,9
Maranhão	3	4	1,2	1,6	31,8	47	67	2,1	3,0	44,2
Mato Grosso	4	2	3,8	1,9	-49,6	426	502	43,4	50,9	17,4
Mato Grosso do Sul	1	1	1,2	1,2	0,8	290	335	38,0	43,7	15,1
Minas Gerais	2	7	0,3	1,2	262,9	1.322	1.291	27,2	26,7	-1,7
Pará	-	1	-	0,3	-	28	53	1,0	2,0	90,8
Paraíba	-	-	-	-	-	9	24	0,9	2,3	169,0
Paraná	5	5	1,5	1,5	4,7	380	385	13,7	13,9	1,5
Pernambuco	6	4	1,9	1,3	-31,5	338	416	13,1	16,2	24,1
Piauí	-	1	-	0,9	-	58	124	6,5	14,0	116,5
Rio de Janeiro	2	1	0,4	0,2	-48,1	260	360	6,6	9,1	38,6
Rio Grande do Norte	...	...	...	...	-	53	90	5,9	10,1	71,1
Rio Grande do Sul	3	4	0,9	1,3	41,0	233	332	9,2	13,2	43,2
Rondônia	-	1	-	1,7	-	165	189	33,0	37,9	14,9
Roraima	-	-	-	-	-	82	95	41,0	46,7	14,0
Santa Catarina	3	3	1,5	1,6	3,6	549	691	32,8	41,0	25,1
São Paulo	6	5	0,5	0,4	-13,7	1.812	1.750	16,7	16,1	-3,3
Sergipe	1	2	1,3	2,7	107,6	113	111	17,9	17,7	-1,3
Tocantins	1	-	1,8	-	-100,0	71	94	15,3	20,3	33,0

Fonte: Secretarias de Segurança Pública e/ou Defesa Social; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - Projeção da população por sexo e idades simples, em 1º de julho - 2010/2060; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

(...) Informação não disponível

(-) Fenômeno inexistente

(1) Taxa por 100 mil pessoas da respectiva faixa etária.

(2) O Acre informou os totais de registros de abandono de incapaz por ano. Em 2020 foram 50 casos e em 2021 foram 89 casos.

O referido anexo tem por objetivo demonstrar a partir dos dados apresentados no ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022, trazer a baila o número de abandono de incapaz capitulado como crime no art.113 do Código Penal, realizados e registrados em todos os Estados da Federação Brasileira, daqueles que são considerados vulneráveis, absolutamente ou relativamente incapazes pelo Direito.

ANEXO 3

DATASUS - Ministério da Saúde. Óbitos de mulheres em idade fértil e óbitos maternos – Brasil Disponível em: <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sim/cnv/mat10uf.def> Acesso realizado em: 11 de. 2022.

Óbito na faixa etária de 10 a 14 anos.

DATASUS

» ÓBITOS DE MULHERES EM IDADE FÉRTIL E ÓBITOS MATERNOS - BRASIL

Óbitos mulheres idade fértil segundo Região

Faixa Etária: 10 a 14 anos

Período: 2020

Região	Óbitos mulheres idade fértil
TOTAL	1.560
1 Região Norte	253
2 Região Nordeste	503
3 Região Sudeste	502
4 Região Sul	181
5 Região Centro-Oeste	121

Fonte: MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM

Notas:

1. Todas as informações são por local de residência da falecida.
2. Para definição de óbitos de mulheres em idade fértil, óbitos maternos e óbitos maternos tardios, veja as Notas Técnicas.
3. Nos casos de inconsistência entre a causa materna declarada e o momento da morte (durante a gravidez, parto ou aborto, durante o puerpério até 42 dias, durante o puerpério, de 43 dias a 1 ano ou fora destes períodos), para efeito de determinação se óbito materno ou não, foi priorizada a informação sobre a causa.
4. Os campos referentes ao momento da morte (43 e 44), apesar de estarem tendo sua qualidade de preenchimento melhorada, apresentam ainda elevado percentual de inconsistências ou não preenchimento.
5. Em 2011, houve uma mudança no conteúdo da Declaração de Óbito, com maior detalhamento das informações coletadas. Para este ano, foram utilizados simultaneamente os dois formulários. Para mais detalhes sobre as mudanças ocorridas e os seus efeitos, veja o documento "Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. Consolidação da base de dados de 2011".
6. No dia 01/04/2020, os arquivos do SIM referentes ao ano de notificação 2019 foram atualizados, com alteração das causas básicas de 4 registros e exclusão de 1 registro.

Óbito na faixa etária de 15 a 19 anos.

DATASUS

ÓBITOS DE MULHERES EM IDADE FÉRTIL E ÓBITOS MATERNOS - BRASIL

Óbitos mulheres idade fértil segundo Região

Faixa Etária: 15 a 19 anos

Período: 2020

Região	Óbitos mulheres idade fértil
TOTAL	3.465
1 Região Norte	460
2 Região Nordeste	1.128
3 Região Sudeste	1.234
4 Região Sul	359
5 Região Centro-Oeste	284

Fonte: MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM

Notas:

1. Todas as informações são por local de residência da falecida.
2. Para definição de óbitos de mulheres em idade fértil, óbitos maternos e óbitos maternos tardios, veja as [Notas Técnicas](#).
3. Nos casos de inconsistência entre a causa materna declarada e o momento da morte (durante a gravidez, parto ou aborto, durante o puerpério até 42 dias, durante o puerpério, de 43 dias a 1 ano ou fora destes períodos), para efeito de determinação se óbito materno ou não, foi priorizada a informação sobre a causa.
4. Os campos referentes ao momento da morte (43 e 44), apesar de estarem tendo sua qualidade de preenchimento melhorada, apresentam ainda elevado percentual de inconsistências ou não preenchimento.
5. Em 2011, houve uma mudança no conteúdo da Declaração de Óbito, com maior detalhamento das informações coletadas. Para este ano, foram utilizados simultaneamente os dois formulários. Para mais detalhes sobre as mudanças ocorridas e os seus efeitos, veja o documento "[Sistema de Informações sobre Mortalidade - SIM. Consolidação da base de dados de 2011](#)".
6. No dia 01/04/2020, os arquivos do SIM referentes ao ano de notificação 2019 foram atualizados, com alteração das causas básicas de 4 registros e exclusão de 1 registro.

O referido anexo tem por objetivo demonstrar a partir dos dados apresentados pelo DATASUS - Ministério da Saúde o número de óbitos de mulheres em idade fértil e óbitos maternos, sob a perspectiva de que tais números podem estar relacionados a prática do aborto capitulado como crime nos arts.124 a 126 do Código Penal, em razão dos procedimentos realizados como a curetagem, procedimento que consiste em raspar a cavidade uterina (endométrio) para retirar resíduos ou tecidos que se formaram e que o organismo não conseguiu expelir sozinho.

ANEXO 4

DOC 55 1631/001 DOC 55 1631/001 - 9 novembre 2020

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE

PROPOSITION DE LOI relative à l'accouchement dans la discrétion

(déposée par Mme Vanessa Matz et consorts)

**CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE**

9 novembre 2020

PROPOSITION DE LOI**relative à l'accouchement dans la discrétion**

(déposée par Mme Vanessa Matz et consorts)

**BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS**

9 november 2020

WETSVOORSTEL**betreffende het discreet bevallen**

(ingediend door mevrouw Vanessa Matz et c.s)

RÉSUMÉ

Concernant les problématiques de l'accouchement dans l'anonymat et de l'accouchement dans la discrétion, la proposition de loi vise à dégager une solution qui permette de protéger conjointement la mère et l'enfant en prévoyant la possibilité pour la mère d'accoucher dans la discrétion tout en préservant la possibilité pour l'enfant de naître dans de bonnes conditions et de pouvoir retrouver ses racines.

SAMENVATTING

Dit wetsvoorstel behelst het vraagstuk van het anoniem bevallen en dat van het discreet bevallen. Concreet strekt het ertoe tot een oplossing te komen waardoor zowel de moeder als het kind worden beschermd, met de mogelijkheid voor de moeder om discreet te bevallen, terwijl het voor het kind mogelijk blijft in goede omstandigheden geboren te worden en zijn wortels terug te vinden.

N-VA	: Nieuw-Vlaamse Alliantie
Ecolo-Groen	: Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
PS	: Parti Socialiste
VB	: Vlaams Belang
MR	: Mouvement Réformateur
CD&V	: Christen-Democratisch en Vlaams
PVDA-PTB	: Partij van de Arbeid van België – Parti du Travail de Belgique
Open Vld	: Open Vlaamse liberalen en democraten
sp.a	: socialistische partij anders
cdH	: centre démocrate Humaniste
DéFI	: Démocrate Fédéraliste Indépendant
INDEP-ONAFH	: Indépendant - Onafhankelijk

Abréviations dans la numérotation des publications:		Afkorting bij de numering van de publicaties:	
DOC 55 0000/000	Document de la 55 ^e législature, suivi du numéro de base et numéro de suivi	DOC 55 0000/000	Parlementair document van de 55 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA	Questions et Réponses écrites	QRVA	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV	Version provisoire du Compte Rendu Intégral	CRIV	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV	Compte Rendu Analytique	CRABV	Beknopt Verslag
CRIV	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)	CRIV	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)
PLEN	Séance plénière	PLEN	Plenum
COM	Réunion de commission	COM	Commissievergadering
MOT	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)	MOT	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

DÉVELOPPEMENTS

MESDAMES, MESSIEURS,

1. Introduction

Les auteurs de la proposition de loi distinguent:

— d’une part, l’accouchement dans l’anonymat (ou accouchement “sous X”) qui est défini comme l’accouchement pour lequel la loi autorise la femme à ne révéler son identité à personne; ni à l’institution de soins où elle accouchera ni aux personnes qui l’assisteront ou la soigneront ni à l’officier de l’état civil qui recevra la déclaration de naissance; dans cette situation, l’enfant n’aura jamais accès aux données concernant ses parents biologiques;

— d’autre part, l’accouchement dans la discrétion qui est défini comme l’accouchement d’un enfant entouré d’une certaine confidentialité; l’identité de la mère et le fait même de l’accouchement peuvent demeurer discrets mais les données relatives à la mère (et au père, ou à la coparente si elles sont disponibles) doivent être conservées par le tribunal compétent en matière de filiation et ne sont accessibles qu’à l’enfant et dans certaines conditions.

À l’heure actuelle, l’accouchement sous X et l’accouchement dans la discrétion sont interdits en Belgique dans la mesure où le nom de la mère doit être mentionné dans l’acte de naissance de l’enfant.

Or, certaines femmes confrontées à une situation de grande détresse souhaiteraient que leur identité et le fait même de leur accouchement soient gardés secrets. Pour cela, elles n’ont d’autre choix que d’accoucher clandestinement et d’abandonner leur enfant (ce qui met en péril non seulement la vie de l’enfant mais également la santé de la mère) ou de se rendre à l’étranger pour accoucher dans l’anonymat.

La proposition de loi vise à dégager une solution qui permette de protéger conjointement la mère et l’enfant en prévoyant la possibilité pour la mère d’accoucher dans la discrétion tout en préservant la possibilité pour l’enfant de naître dans de bonnes conditions et de pouvoir retrouver ses racines.

Les auteurs de la proposition de loi refusent donc l’accouchement anonyme dans la mesure où ce mécanisme rend la divulgation du nom de la mère impossible parce que les données à ce sujet n’ont pas été recueillies.

TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

1. Inleiding

De indieners van het wetsvoorstel maken een onderscheid tussen:

— enerzijds anoniem bevallen (in het Frans ook *accouchement “sous X”*), wat gedefinieerd wordt als de bevalling waarvoor de wet de vrouw toestaat dat zij haar identiteit aan niemand bekendmaakt, noch aan de zorginstelling waar ze zal bevallen, noch aan de personen die haar zullen bijstaan of verzorgen, noch aan de ambtenaar van de burgerlijke stand bij wie van de geboorte aangifte wordt gedaan; in die omstandigheid zal het kind nooit toegang krijgen tot de gegevens van zijn biologische ouders;

— anderzijds discreet bevallen, wat gedefinieerd wordt als het bevallen van een kind zonder dat dit openbaar wordt gemaakt; de identiteit van de moeder en de bevalling zelf kunnen verzwegen blijven, maar de gegevens van de moeder (en van de vader of de meemoeder, indien ze beschikbaar zijn) moeten bewaard worden door de rechtbank bevoegd voor afstamming en zijn alleen toegankelijk voor het kind en onder bepaalde voorwaarden.

Momenteel zijn anoniem en discreet bevallen in België verboden, aangezien de naam van de moeder vermeld moet worden in de geboorteakte van het kind.

Er zijn echter vrouwen die zich met een ernstige noodsituatie geconfronteerd zien en die willen dat hun identiteit en hun bevalling zelf geheim worden gehouden. Om dat te bereiken, hebben zij geen andere keuze dan clandestien te bevallen en hun kind achter te laten (wat niet alleen het leven van het kind in gevaar brengt, maar ook de gezondheid van de moeder) dan wel naar het buitenland te gaan om anoniem te bevallen.

Dit wetsvoorstel strekt ertoe een oplossing aan te reiken waardoor zowel de moeder als het kind worden beschermd, met de mogelijkheid voor de moeder om discreet te bevallen, terwijl het voor het kind mogelijk blijft in goede omstandigheden geboren te worden en zijn wortels terug te vinden.

De indieners van het wetsvoorstel verwerpen dus de anonieme bevalling, omdat dat mechanisme de bekendmaking van de naam van de moeder onmogelijk maakt, aangezien de gegevens ter zake niet werden

Ce système qui existe en France est remis en question depuis plusieurs années, notamment par des associations réunissant des enfants nés sous X. Les auteurs de la proposition de loi sont plutôt en faveur d'un accouchement dans la discrétion, où les données relatives à la mère (et éventuellement au père ou à la coparente) sont conservées et tenues secrètes mais sont toutefois accessibles à l'enfant dans certaines conditions.

2. Objectifs de la présente proposition de loi

2.1. *Équilibre entre les droits de la femme et ceux de l'enfant à naître*

La possibilité d'accoucher dans la discrétion permet d'assurer un équilibre entre les droits et les intérêts des personnes concernées.

2.1.a. *Respect des droits de la femme*

Le droit de la femme, souvent en détresse physique, psychique ou économique, d'être entendue et accompagnée et de voir sa vie privée respectée doit être pris en compte.

L'accouchement dans la discrétion permet à la femme d'accoucher dans de bonnes conditions, notamment sur le plan médical, et de bénéficier d'un accompagnement de qualité, qui comporte notamment la transmission d'informations sur les possibilités de choix au sujet de la grossesse, sur les aides dont elle pourrait bénéficier, pour lui permettre d'envisager toutes les alternatives possibles et de faire un choix éclairé.

2.1.b. *Respect des droits de l'enfant à naître*

Le droit de l'enfant à naître, à vivre et à être élevé dans de bonnes conditions et le droit d'avoir accès à ses origines est également essentiel.

L'accouchement dans la discrétion permet à l'enfant de naître dans de bonnes conditions sur le plan médical. Il permet également à l'enfant non seulement de connaître l'identité de ses parents biologiques, élément essentiel dans la construction de sa personnalité mais également de connaître les éléments médicaux et génétiques qui peuvent être importants dans l'évolution de son état de santé.

ingezameld. Dat systeem, dat in Frankrijk bestaat, wordt al jarenlang op losse schroeven gezet door verenigingen van kinderen geboren uit een anonieme bevalling. De indieners van dit wetsvoorstel zijn veeleer voorstander van de discrete bevalling, waarbij de gegevens over de moeder (en eventueel over de vader of de meemoeder) bewaard worden en geheim blijven, maar onder bepaalde voorwaarden toegankelijk zijn voor het kind.

2. Doelstellingen van dit wetsvoorstel

2.1. *Evenwicht tussen de rechten van de vrouw en die van het ongeboren kind*

Discreet bevallen is een formule die het mogelijk maakt een evenwicht te waarborgen tussen de rechten en belangen van de betrokkenen.

2.1.a. *Eerbiediging van de rechten van de vrouw*

Er dient rekening te worden gehouden met het recht van de vrouw – die zich vaak in een lichamelijke, psychische of economische noodsituatie bevindt – om te worden gehoord en begeleid en haar privacy geëerbiedigd te zien.

Dankzij de discrete bevalling kan de vrouw in goede medische omstandigheden bevallen en degelijk worden begeleid, met onder andere informatie over de keuzemogelijkheden rond de zwangerschap en de hulp die ze kan krijgen, zodat ze alle mogelijke alternatieven kan overwegen en een weloverwogen keuze kan maken.

2.1.b. *Eerbiediging van de rechten van het ongeboren kind*

Het recht van het kind om in goede omstandigheden geboren te worden, te leven en opgevoed te worden, alsook het recht om toegang te hebben tot zijn afkomst, zijn evenzeer van essentieel belang.

Dankzij de discrete bevalling kan het kind in goede medische omstandigheden geboren worden. Tevens heeft het kind aldus de mogelijkheid de identiteit van zijn biologische ouders te kennen (wat een essentieel gegeven is in de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid), alsook de geneeskundige en genetische gegevens te achterhalen die belangrijk kunnen zijn in de ontwikkeling van zijn gezondheid.

2.2. Protection du droit de la mère à accoucher dans la discrétion

Même si, dans la plupart des cas, le père biologique ou la coparente ne seront pas présents lors de l'accouchement ou n'en auront pas connaissance, il est possible que dans certains cas ils souhaitent établir des liens de filiation avec leur enfant.

Il est alors essentiel que cette volonté du père ou de la coparente ne mette pas à mal la volonté de la femme d'accoucher dans la discrétion.

Le père biologique ou la coparente peut donc établir un lien de filiation via la procédure de reconnaissance mais il ne peut pas s'opposer à l'accouchement dans la discrétion.

2.3. Permettre la mise en œuvre de mesures préventives et éducatives

L'adoption d'une législation relative à l'accouchement dans la discrétion a pour objectif de mettre en œuvre des mesures préventives et éducatives pour encadrer les accouchements dans la discrétion et non d'encourager cette pratique. Selon l'avis du Conseil supérieur de l'adoption (COSA)¹, on "constaterait en Belgique une recrudescence de grossesses non désirées de mineures. Les accouchements sous X, en France, ou les accouchements en cachette en Belgique, résulteraient le plus souvent d'une absence de contraception ou d'une contraception mal gérée. Elles ne procéderaient qu'exceptionnellement d'un désir conscient d'enfants, malgré les risques. Les pouvoirs législatifs et gouvernementaux devraient veiller à promouvoir effectivement la prévention et l'éducation pour éviter d'en arriver à la solution ultime de l'accouchement dans la discrétion ou sous X".

Il y a lieu, en cas d'accouchement dans la discrétion, d'assurer un accompagnement et une assistance à la femme et à l'enfant tant au moment de la naissance qu'à celui où l'enfant demandera de connaître ses origines.

Les auteurs jugent essentiel de mettre l'accent sur la prévention et le soutien aux mères en détresse. À cet effet, dès qu'une femme fait part de son souhait d'accoucher dans la discrétion, une prise en charge adéquate et gratuite doit systématiquement être proposée par une équipe pluridisciplinaire.

La femme qui souhaite accoucher dans la discrétion peut s'adresser aux services sociaux qui éclaireront l'intéressée sur les démarches à suivre et lui prêteront

¹ Avis du Conseil supérieur de l'adoption du 24 mai 2008; p. 4.

2.2. Bescherming van het recht van de moeder om discreet te bevallen

Ook al zullen de biologische vader of de meemoeder in de meeste gevallen niet bij de bevalling aanwezig zijn of er geen weet van hebben, is het mogelijk dat zij in bepaalde gevallen een band van afstamming met hun kind tot stand willen brengen.

Het is dan essentieel dat die wil van de vader of van de meemoeder de wil van de vrouw om discreet te bevallen, niet in het gedrang brengt.

De biologische vader of de meemoeder kan dus een afstammingsband tot stand brengen via de procedure van erkenning, maar de betrokkene kan zich niet verzetten tegen de discrete bevalling.

2.3. Het nemen van preventieve en voorlichtingsmaatregelen mogelijk maken

Met de aanneming van wetgeving betreffende discreet bevallen wordt beoogd preventie- en voorlichtingsmaatregelen ter flankering van discreet bevallen uit te werken, en niet die praktijk aan te moedigen. Volgens de *Conseil supérieur de l'adoption* (COSA – Franse Gemeenschap)¹ is in België sprake van "een toename van de ongewenste zwangerschappen bij minderjarigen. De anonieme bevallingen, in Frankrijk, of de clandestiene bevallingen in België, zouden meestal het resultaat zijn van het ontbreken van contraceptie of van een verkeerd gebruik van contraceptie. Slechts uitzonderlijk zouden ze voortvloeien uit een bewuste kinderwens, ondanks de risico's. De wetgevende macht en de regering moeten preventie en voorlichting effectief bevorderen, om te voorkomen dat men als ultieme oplossing zijn toevlucht neemt tot discreet of anoniem bevallen".

Bij discreet bevallen moet men zorgen voor begeleiding en bijstand van de vrouw en het kind, zowel bij de geboorte als op het moment waarop het kind naar zijn afkomst vraagt.

De indieners achten het essentieel dat de klemtoon wordt gelegd op preventie en op ondersteuning van de moeders in nood. Daartoe moet, zodra een vrouw te kennen geeft dat ze discreet wil bevallen, systematisch aangepaste en kosteloze hulp van een pluridisciplinair team worden geboden.

De vrouw die discreet wenst te bevallen, kan zich tot de sociale diensten wenden, die haar zullen voorlichten over wat ze moet doen en haar zullen bijstaan. De

¹ Advies van de *Conseil supérieur de l'adoption* van 24 september 2008, blz. 4.

assistance. Les équipes hospitalières qui accompagnent un accouchement dans la discrétion peuvent se sentir mal à l'aise à cause de cette situation. Il est donc essentiel que ces équipes bénéficient d'une formation adéquate en vue d'accueillir au mieux la femme en détresse et de répondre à sa demande. Il est essentiel que ces équipes puissent faire appel à des personnes ressources spécialisées dans l'accompagnement de ces femmes.

3. Mesures prévues dans la proposition de loi

3.1. Possibilité d'accoucher dans la discrétion

La proposition de loi prévoit la possibilité pour toute femme d'accoucher dans la discrétion.

Après l'accouchement, la mère biologique dispose d'un délai de réflexion de deux mois durant lequel elle peut se rétracter et établir un lien de filiation avec l'enfant. En effet, il peut arriver que les propos, souhaits et volontés d'une femme avant son accouchement ne correspondent pas nécessairement à ce qu'elle pensera et désirera après avoir donné naissance à son enfant. Durant cette période, le statut de l'enfant doit être déterminé.

Lorsque la mère biologique ne s'est pas rétractée, l'enfant devient adoptable. La procédure d'adoption sera assurée de manière discrète par le parquet et l'organisme agréé pour l'adoption concerné, qui agiront en étroite collaboration.

Les auteurs de la proposition de loi prévoient que le fait d'accoucher dans la discrétion et de ne pas revenir sur cette décision signifie un consentement présumé et définitif de la mère biologique à l'adoption de l'enfant.

En cas de rétractation de la mère, la filiation (à tout le moins maternelle) sera établie et l'acte de naissance remplacé. Cependant, l'enfant, durant ces deux mois et jusqu'à une adoption, doit être considéré comme belge et bénéficier de toutes les protections sociales accordées aux citoyens belges.

3.2. Équilibre entre les Droits du père biologique ou de la coparente et ceux de la mère qui souhaite accoucher dans la discrétion

Les droits du père biologique ou de la coparente ne peuvent pas être anéantis par la décision de la mère biologique d'accoucher dans la discrétion. Mais il faut également éviter que le désir du père biologique ou de la coparente d'assumer une paternité ou une comaternité légale empêche la mère d'accoucher dans la discrétion.

ziekenhuisteamen die een dergelijke bevalling begeleiden, kunnen zich ongemakkelijk voelen bij die situatie. Het is dus van wezenlijk belang dat die teams een aangepaste opleiding krijgen om de vrouw in nood met haar verzoek zo goed mogelijk op te vangen. Het is zeer belangrijk dat die teams een beroep kunnen doen op mensen die gespecialiseerd zijn in de begeleiding van die vrouwen.

3. In dit wetsvoorstel vervatte maatregelen

3.1. Mogelijkheid om discreet te bevallen

Het wetsvoorstel schept de mogelijkheid voor elke vrouw om discreet te bevallen.

Na de bevalling krijgt de biologische moeder een bedenktijd van twee maanden, waarin ze haar beslissing kan herroepen en een afstammingsband met het kind tot stand kan brengen. Het kan immers gebeuren dat de voornemens, wensen en wil van een vrouw vóór haar bevalling niet noodzakelijk stroken met wat ze denkt en verlangt nadat ze haar kind heeft gebaard. In die periode moet de status van het kind worden vastgelegd.

Wanneer de biologische moeder haar beslissing niet herroepen heeft, komt het kind in aanmerking voor adoptie. De adoptieprocedure zal op discrete wijze worden geregeld door het parket en door de voor de adoptie erkende instelling, die daarbij nauw moeten samenwerken.

De indieners geven aan dat op grond van het feit dat de biologische moeder discreet bevalt en niet op haar beslissing terugkomt, het vermoeden geldt dat zij definitief instemt met de adoptie van het kind.

Wanneer de moeder haar beslissing herroept, zal de afstamming – minstens aan moederskant – worden vastgesteld en zal de geboorteakte worden vervangen. Gedurende die twee maanden en tot een adoptie plaatsvindt, moet het kind evenwel als Belg worden beschouwd en moet het alle navenante sociale bescherming genieten.

3.2. Evenwicht tussen de rechten van de biologische vader of van de meemoeder en die van de moeder die discreet wil bevallen

De rechten van de biologische vader of van de meemoeder mogen niet worden tenietgedaan door de beslissing van de biologische moeder om discreet te bevallen. Men moet echter ook voorkomen dat het verlangen van de biologische vader of van de meemoeder om het wettelijke vaderschap of meemoederschap op zich te nemen, belet dat de moeder discreet kan bevallen.

Les auteurs prévoient donc un système dans le cadre duquel le père biologique ou la coparente peuvent introduire une demande de filiation à l'égard de l'enfant via le mécanisme de reconnaissance paternelle ou comaternelle mais qui empêche cependant ces derniers de former opposition à l'accouchement dans la discrétion.

Cette reconnaissance devra être effectuée dans un délai de deux mois après la naissance de l'enfant.

3.3. *Registre et rôle du tribunal de la famille*

Les données concernant l'accouchement sont conservées dans un registre, de manière sécurisée. Ces données concernent la naissance de l'enfant, les données identifiantes de la mère et éventuellement du père ou de la coparente ainsi que des données non identifiantes (avec au minimum les données nécessaires au suivi de l'état de santé, des antécédents médicaux de l'enfant et de sa famille) ainsi que toute donnée que la mère ou éventuellement le père ou la coparente estiment utile de communiquer à l'enfant.

Le registre est tenu auprès du tribunal de la famille. Celui-ci a pour mission de conserver les informations relatives à la mère (et éventuellement au père ou la coparente) biologique(s) et de préserver la confidentialité de ces informations.

Le tribunal de la famille est compétent dans cette matière.

Les autorités compétentes en matière d'adoption ont, quant à elles, pour mission:

- d'accompagner (aux niveaux informatif, psychologique, juridique, ...) les femmes qui envisagent d'accoucher dans la discrétion, les femmes qui ont accouché dans la discrétion par le passé et les enfants nés dans la discrétion qui font la demande d'une aide psychologique;

- d'être un espace de conciliation dans le cadre des démarches liées à la recherche des origines;

- de gérer les demandes d'accès aux informations formulées par des enfants nés d'un accouchement dans la discrétion.

3.4. *Accès accordé à l'enfant aux données relatives à ses parents biologiques*

Un système d'accouchement dans la discrétion n'est acceptable qu'à la condition de créer, non seulement

De indieners stellen derhalve een regeling voor waarbij de biologische vader of de meemoeder een verzoek tot erkenning van de afstammingsband ten opzichte van het kind kan indienen via de regeling inzake de erkenning van het vaderschap of van het meemoederschap, maar waarbij de betrokkenen geen verzet kunnen aantekenen tegen de beslissing van de moeder om discreet te bevallen.

Die erkenning moet plaatsvinden binnen een termijn van twee maanden na de geboorte van het kind.

3.3. *Register en rol van de familierechtbank*

De gegevens over de bevalling worden in een register bewaard en zijn beveiligd. Die gegevens behelzen de geboorte van het kind, de identificatiegegevens van de moeder en eventueel van de vader of van de meemoeder, alsook andere gegevens (met minstens de vereiste gegevens voor de follow-up van de gezondheid, over de medische antecedenten van het kind en zijn familie), alsook elk gegeven over de moeder of eventueel over de vader of de meemoeder dat nuttig wordt geacht om aan het kind te worden meegedeeld.

Het register wordt bij de familierechtbank bijgehouden. Die heeft tot taak de gegevens over de biologische moeder (en eventueel over de vader of de meemoeder) te bewaren en staat borg voor de vertrouwelijkheid van die gegevens.

De familierechtbank is ter zake bevoegd.

De voor adoptie bevoegde autoriteiten hebben dan weer de volgende opdrachten:

- begeleiding (informatief, psychologisch, juridisch enzovoort) bieden aan de vrouwen die overwegen discreet te bevallen, aan de vrouwen die in het verleden discreet zijn bevallen, alsook aan de kinderen die zijn geboren uit een dergelijke bevalling en die om psychologische hulp verzoeken;

- ruimte bieden voor bemiddeling aan wie op zoek is naar zijn afkomst;

- de verzoeken om informatie verwerken vanwege kinderen van moeders die discreet zijn bevallen.

3.4. *Toegang voor het kind tot de gegevens van zijn biologische ouders*

Een regeling rond discreet bevallen is slechts aanvaardbaar op voorwaarde dat, niet alleen in de wet maar

dans la loi mais aussi dans les faits, des possibilités réelles pour l'enfant, à un certain moment, d'avoir accès aux données relatives à l'histoire de sa naissance. Les auteurs de la proposition de loi refusent tout système d'accouchement anonyme déguisé qui conditionnerait l'accès par l'enfant aux données concernant sa naissance au consentement de la mère biologique.

Le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines est en effet garanti par les conventions et instruments internationaux suivants:

— l'article 9 de la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations unies du 3 décembre 1986 sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international;

— les articles 7,1 et 8 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant conclue à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la Belgique en vertu de la loi du 25 novembre 1991²;

— l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950 et approuvée par la loi du 13 mai 1955³;

— l'article 8, point 10, de la résolution du Parlement européen sur une Charte européenne des droits de l'enfant⁴;

— l'article 30 de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, signée à La Haye le 29 mai 1993 et approuvée par la loi belge du 24 juin 1994⁵.

Sur le plan psychologique et identitaire, "si tout être humain a besoin de savoir où il va, il lui est surtout nécessaire de savoir qui il est, d'où il vient et à qui il est lié. Sans le paramètre de base que constitue son passé, il ne lui est pas possible de se construire une image de soi, une identité. Et, pour ancrer cette identité, il a besoin d'appartenir à une histoire qui "explique" son

ook feitelijk, de reële mogelijkheid voor het kind wordt geschapen om op een bepaald ogenblik toegang te krijgen tot de geschiedenis van zijn geboorte. De indieners van het wetsvoorstel verwerpen elke regeling van een zogezegde anonieme bevalling die de toegang van het kind tot de gegevens over zijn geboorte afhankelijk maakt van de toestemming van de biologische moeder.

Het recht van het kind om zijn afkomst te kennen, wordt gewaarborgd door de volgende internationale verdragen en instrumenten:

— artikel 9 van de Resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties van 3 december 1986 inzake sociale en juridische beginselen betreffende de bescherming en het welzijn van kinderen, in het bijzonder met betrekking tot plaatsing in een pleeggezin en adoptie, zowel nationaal als internationaal;

— de artikelen 7,1 en 8 van het Verdrag van de Verenigde Naties inzake de rechten van het kind dat op 20 november 1989 in New York gesloten werd en dat door België krachtens de wet van 25 november 1991 werd goedgekeurd²;

— artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, op 4 november 1950 in Rome ondertekend en goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955³;

— artikel 8, punt 10 van het Europees Handvest van de rechten van het kind⁴;

— artikel 30 van het Verdrag van Den Haag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie, op 29 mei 1993 in Den Haag ondertekend en goedgekeurd bij de Belgische wet van 24 juni 1994⁵.

Psychologisch en voor zijn identiteit "heeft de mens er weliswaar behoefte aan te weten waar hij naartoe gaat, maar is het vooral noodzakelijk dat hij weet wie hij is, waar hij vandaan komt en met wie hij verbonden is. Zonder de basisparameter die zijn verleden is, kan hij onmogelijk een zelfbeeld, een identiteit vormen. En om die identiteit te verankeren heeft hij er behoefte aan

² Déclaration Nations unies: http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/85; loi belge 25 novembre 1991, *Moniteur belge* du 17 janvier 1992.

³ *Moniteur belge* du 19 août 1955.

⁴ Résolution A3_0172/92 du Parlement européen du 8 juillet 1992, *JOCE*, 21 septembre 1992, C241/67-73.

⁵ *Moniteur belge* du 6 juin 2005.

² Resolutie Verenigde Naties: http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/41/85; Belgische wet van 25 november 1991, *Belgisch Staatsblad* van 17 januari 1992.

³ *Belgisch Staatsblad* van 19 augustus 1955.

⁴ Resolutie A3_0172/92 van het Europees Parlement van 8 juli 1992, *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, 21 september 1992, C241/67-73.

⁵ *Belgisch Staatsblad* van 6 juni 2005.

existence. C'est là une nécessité à la fois biologique, psychique et sociale"⁶.

Les experts sont unanimes sur ce point: "le secret de la naissance des enfants nés sous X est une véritable torture pour eux: coupant court à toute information, la naissance sous X sonne comme une réelle condamnation⁷." Philippe Béague, président de la Fondation Dolto, est cité dans l'avis de la CODE (Coordination des ONG pour les droits de l'enfant): "Le droit à connaître ses origines est donc tout simplement constitutif de l'être humain. C'est une donnée essentielle, vitale. De fait, ne pas permettre à un individu de savoir qui était ses parents biologiques et/ou éventuellement de qui il dépendait à la naissance, c'est l'amputer symboliquement⁸."

En pratique, l'expérience des organismes agréés d'adoption de la Communauté française montre que:

"lorsqu'on parvient à retrouver les mères après un certain nombre d'années, leur première réaction est de refuser tout contact. Toutefois, si l'on est en mesure de les rencontrer régulièrement et de dialoguer avec elles, après un certain temps, il y a souvent un revirement de leur part, voire un soulagement. Pour atteindre ce résultat, il est indispensable que ces femmes soient accompagnées par des professionnels"⁹.

L'éventail des possibilités pour chaque enfant de connaître ses origines biologiques doit être suffisamment large afin que chaque enfant puisse trouver la réponse qui convient à sa situation particulière; ainsi, le droit de connaître ses origines peut simplement se matérialiser, pour l'enfant, par le fait d'avoir accès à certaines informations concernant ses parents biologiques sans qu'il doive toujours y avoir, nécessairement, une rencontre physique entre l'enfant et sa mère et/ou son père biologique(s).

Les auteurs sont favorables à un système dans lequel l'enfant né dans la discrétion pourra avoir accès aux informations sur ses origines biologiques, en ce compris l'identité de sa mère (et, si possible, de son père ou de sa coparente) lorsqu'il atteint l'âge de douze ans. L'enfant fait part de sa demande d'accès aux données concernant sa naissance aux autorités compétentes en matière d'adoption qui notifie aux parents biologiques, dans les quinze jours, la demande de l'enfant.

⁶ Avis de février 2009 de la CODE, Coordination des ONG pour les droits de l'enfant sur la proposition de loi du 21 janvier 2009 relative à l'accouchement discret no 4-1138/1 — 2008/2009, p. 3.

⁷ Diane Drory citée dans l'avis de la CODE, *op. cit.*, p. 3.

⁸ *Op. cit.*, p. 3.

⁹ Avis du Conseil supérieur de l'adoption, *op. cit.*, p. 9.

deel uit te maken van een geschiedenis die zijn bestaan "uitlegt". Het gaat om een behoefte die zowel biologisch, psychisch als sociaal is"⁶ (vertaling).

De deskundigen zijn eensluidend wat dat betreft: "Het geheim van de geboorte van de kinderen uit een anonieme bevalling is een ware marteling voor hen: de anonieme geboorte maakte elke informatie onmogelijk en klinkt als een echte veroordeling"⁷ (vertaling). Philippe Béague, voorzitter van de Fondation Dolto, wordt in het advies van de CODE (*Coordination des ONG pour les droits de l'enfant*) geciteerd: "Het recht om zijn afkomst te kennen is dus zonder meer wezenlijk voor de mens. Het is een essentieel, vitaal gegeven. Indien men niet toestaat dat een individu weet wie zijn biologische ouders waren en/of van wie hij bij de geboorte afhankelijk was, amputeert men het symbolisch"⁸ (vertaling).

In de praktijk blijkt uit de ervaring van de erkende adoptie-instellingen van de Franse Gemeenschap dat:

"wanneer men er na een aantal jaren in slaagt de moeders terug te vinden, ze in een eerste reactie elk contact weigeren. Maar wanneer men erin slaagt hen regelmatig te ontmoeten en een dialoog met hen aan te gaan, dan gaan ze na enige tijd vaak overstag en zijn ze zelfs opgelucht. Om dat resultaat te bereiken, is het noodzakelijk dat die vrouwen door professionals begeleid worden"⁹.

Het scala aan mogelijkheden voor elk kind om zijn biologische afkomst te kennen, moet voldoende breed zijn en aanpasbaar aan elke specifieke situatie; aldus kan het recht om zijn afkomst te kennen, gewoonweg betekenen dat het kind toegang heeft tot informatie over zijn biologische ouders en hoeft het niet altijd te betekenen dat er een lijfelijke ontmoeting komt tussen het kind en zijn biologische vader en/of moeder.

De indieners zijn voorstander van een systeem waarin een kind van een moeder die discreet bevallen is, toegang kan krijgen tot de informatie over zijn biologische afkomst, met daarbij de identiteit van zijn moeder (en indien mogelijk van zijn vader of zijn meemoeder) wanneer het de leeftijd van twaalf jaar bereikt heeft. Het kind deelt zijn verzoek om toegang te krijgen tot de gegevens over zijn geboorte mee aan de bevoegde autoriteiten inzake adoptie, die de biologische ouders binnen vijftien

⁶ Advies van februari 2009 van de CODE (*Coordination des ONG pour les droits de l'enfant*), inzake het wetsvoorstel van 21 januari 2009 betreffende de discrete bevalling nr. 4-1138/1 — 2008/2009, blz. 3.

⁷ Diane Drory, citaat in het advies van de CODE, *op. cit.*, blz. 3.

⁸ *Op. cit.*, blz. 3.

⁹ Advies van de *Conseil supérieur de l'adoption*, *op. cit.*, blz. 9.

Le consentement des parents biologiques n'est pas nécessaire mais ceux-ci sont informés de la demande d'accès aux données par l'enfant. Ils ont la possibilité de s'opposer à la divulgation de l'information relative à leur identité dans un délai d'un mois, à partir de la notification de la demande, auprès du tribunal de la famille. Dans ce cas, le juge statuera sur la base des intérêts en présence et pourra déterminer si des données sont transmises à l'enfant et, le cas échéant, lesquelles. Passé le délai d'un mois, les autorités compétentes en matière d'adoption pourront divulguer les informations à l'enfant.

L'enfant et les parents biologiques doivent être respectivement accompagnés par une équipe pluridisciplinaire lorsqu'une demande d'accès aux informations est introduite auprès de l'autorité compétente; cela, tout au long de ce cheminement.

L'accès par l'enfant aux informations relatives à sa naissance ne doit pas être subordonné au consentement de ses représentants légaux. La recherche sur les origines est une démarche personnelle que le jeune doit pouvoir entreprendre lui-même.

La communication des données à l'enfant pourra avoir lieu également après le décès de la mère biologique et, éventuellement, du père. Les autorités concernées garantissent l'accès aux informations, en fournissant l'encadrement approprié.

3.5. Frais médicaux liés à l'accouchement et couverture sociale de l'enfant

La proposition de loi prévoit que le Roi fixe les modalités de remboursement à l'établissement de soins pour les prestations liées à l'accouchement dans la discrétion et pour les prestations liées à la prise en charge de l'enfant né dans la discrétion tant qu'il n'a pas de droit ouvert par la législation relative à l'assurance maladie-invalidité.

L'enfant doit pouvoir bénéficier de toute la couverture sociale reconnue aux citoyens belges durant le délai de rétractation de sa mère, qui est un délai d'attente pour une éventuelle adoption.

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Art. 2

Cet article prévoit la possibilité pour toute femme d'accoucher dans la discrétion. Il est précisé que les nom,

dagen kennisgeven van het verzoek van het kind. De instemming van de biologische ouders is niet vereist, maar zij worden geïnformeerd over het verzoek van het kind om toegang te krijgen tot de gegevens. Vanaf de kennisgeving van het verzoek kunnen ze zich binnen een termijn van een maand bij de rechtbank van eerste aanleg verzetten tegen de bekendmaking van de informatie inzake hun identiteit. In dat geval zal de rechter een uitspraak doen op grond van de belangen van de partijen en bepalen of er gegevens aan het kind worden meegedeeld en zo ja, welke. Zodra de termijn van een maand voorbij is, kunnen de bevoegde autoriteiten inzake adoptie de informatie aan het kind meedelen.

Wanneer bij de bevoegde autoriteit een verzoek om toegang tot de informatie wordt ingediend, moeten zowel het kind als de biologische ouders gedurende de hele voortgang van die procedure worden begeleid door een multidisciplinair team.

De toegang van het kind tot de informatie over zijn geboorte mag niet afhankelijk zijn van de instemming van zijn wettelijke vertegenwoordigers. Het zoeken naar zijn afkomst is een persoonlijk initiatief dat de jongere zelf moet kunnen nemen.

De gegevens kunnen ook aan het kind worden meegedeeld na het overlijden van de biologische moeder en eventueel van de vader. De betrokken autoriteiten garanderen de toegang tot de informatie door voor passende begeleiding te zorgen.

3.5. Geneeskundige kosten in verband met de bevalling en sociale zekerheid voor het kind

Het wetsvoorstel strekt ertoe te bepalen dat de Koning de nadere regels vastlegt voor de terugbetaling aan de zorginstelling van de prestaties die verband houden met discreet bevallen, alsook van de prestaties voor de verzorging van het kind dat zo geboren werd, zolang dat kind geen rechten geniet krachtens de wetgeving op de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Het kind moet zoals elke andere Belgische burger volledige sociale bescherming genieten gedurende de bedenktijd van zijn moeder, zijnde de periode waarin wordt gewacht op een eventuele adoptie.

TOELICHTING BIJ DE ARTIKELEN

Art. 2

Dit artikel strekt ertoe elke vrouw de mogelijkheid te bieden discreet te bevallen. Het bepaalt dat de naam,

prénoms et domicile de la mère et, éventuellement, du père ou de la coparente ne sont pas mentionnés dans l'acte de naissance lorsque la mère décide d'accoucher dans la discrétion.

Cet article prévoit également la possibilité, pour la femme, de renoncer à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance; dans ce cas, l'officier de l'état civil établit un nouvel acte de naissance.

Art. 3

Cet article contient les dispositions relatives:

— à la communication de la décision de la mère d'accoucher dans la discrétion aux autorités compétentes en matière d'adoption;

— à la notification de l'accouchement aux autorités compétentes en matière d'adoption et à l'officier de l'état civil;

— à la déclaration de la naissance de l'enfant en cas d'accouchement dans la discrétion.

Art. 4

Cet article précise les données qui doivent être contenues dans le registre des accouchements dans la discrétion. Il précise également que l'autorité qui garantit l'accès à ces données fournit l'encadrement approprié.

Cet article détermine les conditions dans lesquelles l'enfant né dans la discrétion peut accéder à ces données.

Il précise également que les données conservées par le tribunal de la famille ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été conservées.

Art. 5

Cet article prévoit que la reconnaissance maternelle n'est pas recevable si la mère a accouché dans la discrétion et qu'elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

de voornamen en de woonplaats van de moeder en in voorkomend geval van de vader of de meemoeder niet in de geboorteakte worden vermeld wanneer de moeder beslist discreet te bevallen.

Dit artikel geeft de vrouw ook de mogelijkheid om binnen twee maanden na de bevalling op deze beslissing terug te komen. In dit geval maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand een nieuwe geboorteakte op.

Art. 3

Dit artikel bevat bepalingen betreffende:

— de kennisgeving aan de voor adoptie bevoegde diensten van de beslissing van de moeder dat zij discreet wil bevallen;

— de kennisgeving van de bevalling aan de bevoegde autoriteiten inzake adoptie en aan de ambtenaar van de burgerlijke stand;

— de geboorteaangifte van het kind in geval van discrete bevalling.

Art. 4

Dit artikel strekt ertoe te bepalen welke gegevens moeten worden opgenomen in het register van de discrete bevallingen, alsook dat de overheid die de toegang tot deze gegevens waarborgt, in gepaste regelgeving moet voorzien.

Het artikel strekt tot vaststelling van de voorwaarden waaronder het discreet geboren kind toegang kan krijgen tot deze gegevens.

Het beoogt tevens te bepalen ook dat de door de familierechtbank bewaarde gegevens niet voor andere doeleinden mogen worden gebruikt dan die waarvoor zij bewaard zijn.

Art. 5

Dit artikel strekt ertoe te bepalen dat een erkenning door de moeder niet ontvankelijk is wanneer zij discreet is bevallen en niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing.

Art. 6

Cet article prévoit que l'action en recherche de paternité n'est pas recevable lorsque la mère a accouché dans la discrétion et qu'elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

Art. 7

Cet article prévoit que la reconnaissance de la coparente n'est pas recevable lorsque la mère a accouché dans la discrétion et qu'elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

Art. 8

Cette action prévoit que l'action en recherche de comaternité n'est pas recevable lorsque la mère a accouché dans la discrétion et qu'elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

Art. 9

Cet article prévoit que la reconnaissance peut être faite à l'égard d'un enfant né dans le cadre de l'article 43/1, § 1^{er}.

Art. 10

Cet article prévoit que le consentement de la mère à l'adoption est présumé et définitif lorsque la femme a accouché dans la discrétion et qu'elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

Art. 11

Cet article prévoit que le Roi fixe les modalités de remboursement à l'établissement de soins pour les prestations liées à l'accouchement dans la discrétion et les prestations liées à la prise en charge de l'enfant né dans la discrétion tant qu'il n'a pas de droit ouvert par la législation relative à l'assurance maladie-invalidité.

Art. 12

Cet article prévoit l'attribution de la nationalité belge à l'enfant dans l'attente d'une éventuelle renonciation de la mère à l'accouchement dans la discrétion, d'une

Art. 6

Dit artikel strekt ertoe te bepalen dat de vordering tot onderzoek naar het moederschap niet ontvankelijk is wanneer de moeder discreet is bevallen en niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing.

Art. 7

Dit artikel strekt ertoe te bepalen dat de erkenning door de meemoeder niet ontvankelijk is wanneer de moeder discreet is bevallen en niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing.

Art. 8

Dit artikel strekt ertoe te bepalen dat de vordering tot onderzoek naar het meemoederschap niet ontvankelijk is wanneer de moeder discreet is bevallen en niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing.

Art. 9

Dit artikel strekt ertoe te bepalen dat de erkenning kan geschieden voor een kind dat geboren is overeenkomstig artikel 43/1, § 1.

Art. 10

Dit artikel strekt ertoe te bepalen dat de toestemming tot adoptie van de moeder vermoed wordt en definitief is wanneer zij discreet is bevallen en niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing.

Art. 11

Dit artikel strekt ertoe te bepalen dat de Koning de nadere regels vaststelt voor de terugbetaling aan de zorginstelling van de kosten van de discrete bevalling, alsook van de kosten van de opvang van het discreet geboren kind, zolang het geen recht geniet krachtens de wetgeving op de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Art. 12

Dit artikel strekt ertoe het kind de Belgische nationaliteit toe te kennen zolang de moeder binnen twee maanden na de bevalling niet afziet van de discrete bevalling, en

adoption qui confirmerait la nationalité belge ou lui en attribuerait une différente.

Art. 13

Cet article ne nécessite pas de commentaire particulier.

Vanessa MATZ (cdH)
Catherine FONCK (cdH)
Georges DALLEMAGNE (cdH)

in afwachting van een adoptie die zijn Belgische nationaliteit bevestigt of het een andere nationaliteit toekent.

Art. 13

Dit artikel behoeft geen toelichting.

PROPOSITION DE LOI

Article 1^{er}

La présente loi règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution.

Art. 2

Dans le Code civil est inséré un article 43/1, rédigé comme suit:

“Art. 43/1. § 1^{er}. Toute femme peut décider d'accoucher dans la discrétion. Elle peut renoncer à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

§ 2. Par dérogation à l'article 43, les nom, prénoms et domicile de la mère et éventuellement du père ou de la coparente ne sont pas mentionnés dans l'acte de naissance lorsque la mère décide d'accoucher dans la discrétion.

§ 3. En cas de renonciation par la mère à accoucher dans la discrétion dans les deux mois qui suivent la naissance, l'officier de l'état civil établit un nouvel acte de naissance conforme à l'article 43 du Code civil.”

Art. 3

Dans le même Code, il est inséré un article 43/2, rédigé comme suit:

“Art. 43/2. § 1^{er}. En cas d'accouchement dans la discrétion dans un établissement de soins, la personne qui assure la direction de l'établissement ou son délégué notifie l'accouchement aux autorités compétentes en matière d'adoption et à l'officier de l'état civil de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant est né, au plus tard le lendemain de la naissance. Dans les autres cas, cette notification aux autorités compétentes en matière d'adoption et à l'officier de l'état civil est effectuée par la mère, le père ou la coparente ou les médecins, les sages-femmes ou les autres personnes qui ont assisté à l'accouchement ou par la personne chez qui l'accouchement a eu lieu, au plus tard le lendemain de la naissance.

§ 2. En cas d'accouchement dans la discrétion, la déclaration de la naissance de l'enfant est faite par les autorités compétentes en matière d'adoption à l'officier de l'état civil de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant est né, sans mentionner les données identifiantes

WETSVOORSTEL

Artikel 1

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet.

Art. 2

In het Burgerlijk Wetboek wordt een artikel 43/1 ingevoegd, luidende:

“Art. 43/1. § 1. Iedere vrouw kan beslissen discreet te bevallen. Zij kan binnen twee maanden na de geboorte afzien van deze beslissing.

§ 2. In afwijking van artikel 43 worden de naam, de voornamen en de woonplaats van de moeder en eventueel van de vader of de meemoeder niet vermeld in de geboorteakte wanneer de moeder beslist discreet te bevallen.

§ 3. Indien de moeder binnen twee maanden na de geboorte afziet van haar beslissing discreet te bevallen, stelt de ambtenaar van de burgerlijke stand een nieuwe geboorteakte op overeenkomstig artikel 43 van het Burgerlijk Wetboek.”

Art. 3

In hetzelfde Wetboek wordt een artikel 43/2 ingevoegd, luidende:

“Art. 43/2. § 1. Bij een discrete bevalling in een zorginstelling meldt de directeur van de instelling of zijn gemachtigde uiterlijk één dag na de geboorte de bevalling aan de inzake adoptie bevoegde autoriteit en aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar het kind geboren is. In de andere gevallen wordt de bevalling uiterlijk één dag na de geboorte door de moeder, de vader of de meemoeder, de artsen, de vroedvrouwen of de andere personen die de bevalling hebben bijgewoond, dan wel door de persoon bij wie de bevalling heeft plaatsgevonden, gemeld aan de inzake adoptie bevoegde autoriteit en aan de ambtenaar van de burgerlijke stand.

§ 2. Bij een discrete bevalling doet de inzake adoptie bevoegde autoriteit aangifte van de geboorte van het kind bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar het kind geboren is, zonder de identiteitsgegevens van de biologische ouders te vermelden. De

des parents biologiques. L'officier de l'état civil dresse l'acte de naissance, sans mentionner les données relatives à la filiation. La déclaration est faite dans les quinze jours de la naissance."

Art. 4

Dans le même Code, il est inséré un article 43/3 rédigé comme suit:

"Art. 43/3. § 1^{er}. Le tribunal de la famille conserve dans un registre créé à cette fin les informations sur l'origine de l'enfant né dans la discrétion qui sont en sa possession.

Ce registre contient:

a) l'année, le jour, le lieu de naissance, le sexe et éventuellement le prénom de l'enfant;

b) le nom, les prénoms, le domicile ainsi que l'année, le jour, le lieu de naissance de la mère et éventuellement du père ou de la coparente;

c) des données non identifiantes, à savoir au minimum les données nécessaires au suivi de l'état de santé, des antécédents médicaux de l'enfant et de sa famille;

d) toute donnée que la mère ou éventuellement le père ou la coparente estime utile de communiquer à l'enfant.

§ 2. Les autorités compétentes en matière d'adoption garantissent à l'enfant l'accès à ces informations en fournissant l'encadrement psycho-social approprié et moyennant le respect des conditions suivantes:

a) l'enfant doit avoir atteint l'âge de douze ans;

b) les autorités doivent avoir informé la mère et éventuellement le père ou la coparente, de la demande de l'enfant d'accéder aux données le concernant par courrier recommandé à la poste avec accusé de réception au domicile de chacun d'entre eux;

c) la mère et éventuellement le père ou la coparente peut s'opposer à cette demande par l'introduction d'une requête auprès du tribunal de la famille dans le mois de la notification par les autorités.

ambtenaar van de burgerlijke stand stelt de geboorteakte op zonder de afstammingsgegevens te vermelden. De aangifte wordt binnen vijftien dagen na de geboorte gedaan."

Art. 4

In hetzelfde Wetboek wordt een artikel 43/3 ingevoegd, luidende:

"Art. 43/3. § 1. De familierechtbank bewaart in een daartoe aangelegd register de in haar bezit zijnde gegevens omtrent de herkomst van het discreet geboren kind.

Dit register bevat:

a) het jaar, de geboortedatum en -plaats, het geslacht, en in voorkomend geval de voornaam van het kind;

b) de naam, de voornamen, de woonplaats alsook het jaar, de geboortedatum en -plaats van de moeder en in voorkomend geval van de vader of van de meemoeder;

c) gegevens die niet tot identificatie leiden, met name minstens de gegevens die nodig zijn voor het opvolgen van de gezondheidstoestand van het kind, en betreffende de medische antecedenten van het kind en zijn familie;

d) ieder gegeven dat de moeder of eventueel de vader of de meemoeder nuttig acht om aan het kind mee te delen.

§ 2. De inzake adoptie bevoegde autoriteit waarborgt dat het kind onder passende psychosociale begeleiding toegang krijgt tot deze gegevens, met inachtneming van de volgende voorwaarden:

a) het kind moet de leeftijd van twaalf jaar hebben bereikt;

b) de autoriteit moet de moeder en eventueel de vader of de meemoeder, bij ter post aangetekende brief met ontvangstbevestiging op de woonplaats van elk van hen, op de hoogte hebben gebracht van het verzoek van het kind om toegang te krijgen tot de gegevens die het betreffen;

c) de moeder en eventueel de vader of de meemoeder kunnen zich tegen dit verzoek verzetten door binnen de maand die volgt op de kennisgeving door de autoriteit, een verzoekschrift in te dienen bij de familierechtbank.

Le juge peut, dans des circonstances exceptionnelles, déterminer si des données ne sont pas transmises à l'enfant et le cas échéant lesquelles.

À défaut d'opposition dans le mois de la notification, les autorités délivrent les informations à l'enfant.

L'accès aux données est garanti après le décès de la mère biologique, et éventuellement du père biologique ou de la coparente de la mère, sans que les ayants-droit puissent s'y opposer.

§ 3. Les données personnelles conservées par le tribunal ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été conservées."

Art. 5

L'article 313, § 2, du même Code, remplacé par la loi du 31 juillet 1987 et modifié par la loi du 1^{er} juillet 2006, modifié en dernier lieu par la loi du 21 décembre 2018 est complété par l'alinéa suivant:

"La reconnaissance n'est pas non plus recevable si la mère a accouché dans la discrétion et si elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance, conformément à l'article 43/1."

Art. 6

Dans l'article 314 du même Code, modifié en dernier lieu par la loi du 21 décembre 2018, un alinéa, rédigé comme suit, est inséré entre les alinéas 2 et 3:

"L'action n'est pas non plus recevable lorsque la mère a accouché dans la discrétion et si elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance, conformément à l'article 43/1."

Art. 7

L'article 325/4 du même Code, inséré par la loi du 5 mai 2014, est complété par l'alinéa suivant:

"La reconnaissance n'est pas non plus recevable si la mère a accouché dans la discrétion et si elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance, conformément à l'article 43/1."

In uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter nagaan of bepaalde gegevens niet toegankelijk moeten worden gesteld voor het kind, en, zo ja, dewelke.

Bij gebrek aan verzet binnen één maand na de kennisgeving verstrekt de autoriteit de gegevens aan het kind.

De toegang tot de gegevens blijft gewaarborgd na het overlijden van de biologische moeder, en eventueel van de biologische vader of van de meemoeder van de moeder, zonder dat de rechthebbenden zich ertegen kunnen verzetten.

§ 3. De door de rechtbank bewaarde persoonsgegevens mogen niet voor andere doeleinden worden gebruikt dan die waarvoor zij bewaard zijn."

Art. 5

Artikel 313, § 2, van hetzelfde Wetboek, vervangen bij de wet van 31 juli 1987 en gewijzigd bij de wet van 1 juli 2006, het laatst gewijzigd bij de wet van 21 december 2018, wordt aangevuld met een lid, luidende:

"De erkenning is evenmin ontvankelijk indien de moeder discreet is bevallen en zij overeenkomstig artikel 43/1 niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing."

Art. 6

In artikel 314 van hetzelfde Wetboek, het laatst gewijzigd bij de wet van 21 december 2018, wordt tussen het tweede en het derde lid een lid ingevoegd, luidende:

"De vordering is evenmin ontvankelijk indien de moeder discreet is bevallen en zij overeenkomstig artikel 43/1 niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing."

Art. 7

Artikel 325/4 van hetzelfde Wetboek, ingevoegd bij de wet van 5 mei 2014, wordt aangevuld met een lid, luidende:

"De erkenning is evenmin ontvankelijk indien de moeder discreet is bevallen en zij overeenkomstig artikel 43/1 niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing."

Art. 8

Dans l'article 325/8 du même Code, inséré par la loi du 5 mai 2014, un alinéa est inséré entre l'alinéa 1^{er} et l'alinéa 2, rédigé comme suit:

“L'action n'est pas recevable lorsque la mère a accouché dans la discrétion et si elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance, conformément à l'article 43/1.”

Art. 9

Dans l'article 328 du même code, modifiée en dernier lieu par la loi du 21 décembre 2018, le paragraphe 1^{er} est complété par l'alinéa suivant:

“La reconnaissance peut être faite à l'égard d'un enfant né dans le cadre de l'article 43/1, § 1^{er}. La demande est recevable dans le même délai que celui fixé à l'article 43/1, § 1^{er}.”

Art. 10

L'article 348-4 du même Code, modifié en dernier lieu par la loi du 30 juillet 2013, est complété par l'alinéa suivant:

“Lorsque la mère a accouché conformément à l'article 43/1 et qu'elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance, son consentement à l'adoption est présumé et définitif.”

Art. 11

Le Roi fixe les modalités de remboursement à l'établissement de soins pour les prestations liées à l'accouchement dans la discrétion et les prestations liées à la prise en charge de l'enfant né dans la discrétion tant qu'il n'a pas de droit ouvert par la législation relative à l'assurance maladie-invalidité.

Art. 12

Dans l'article 11 du Code de la nationalité, modifié en dernier lieu par la loi du 18 juin 2018, l'alinéa 1^{er} est complété par un 3^o, rédigé comme suit:

“3^o L'enfant né en Belgique dans les circonstances énoncées à l'article 43/1 du Code Civil, sous réserve de la renonciation de sa décision par la mère dans les

Art. 8

In artikel 325/8 van hetzelfde Wetboek, ingevoegd bij de wet van 5 mei 2014, wordt tussen het eerste en het tweede lid een lid ingevoegd, luidende:

“De vordering is evenmin ontvankelijk indien de moeder discreet is bevallen en zij overeenkomstig artikel 43/1 niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing.”.

Art. 9

In artikel 328 van hetzelfde Wetboek, het laatst gewijzigd bij de wet van 21 december 2018, wordt § 1 aangevuld met een lid, luidende:

“De erkenning kan geschieden voor een kind dat geboren is overeenkomstig artikel 43/1, § 1. Het verzoek is ontvankelijk binnen dezelfde termijn als bepaald in artikel 43/1, § 1.”.

Art. 10

Artikel 348/4 van hetzelfde Wetboek, het laatst gewijzigd bij de wet van 30 juli 2013, wordt aangevuld met een lid, luidende:

“Indien de moeder is bevallen overeenkomstig artikel 43/1 en zij niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing, wordt haar toestemming in de adoptie vermoed en definitief.”.

Art. 11

De Koning bepaalt de nadere regels voor de terugbetaling aan de zorginstelling van de kosten van de discrete bevalling en van de kosten van de opvang van het discreet geboren kind zolang het geen recht geniet krachtens de wetgeving op de ziekte- en invaliditeitsverzekering.

Art. 12

Artikel 11, eerste lid, van het Wetboek van de Belgische nationaliteit, het laatst gewijzigd bij de wet van 18 juni 2018, wordt aangevuld met een bepaling onder 3^o, luidende:

“3^o het kind dat in België is geboren in de in artikel 43/1 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde omstandigheden, op voorwaarde dat de moeder niet binnen twee maanden

deux mois qui suivent la naissance et jusqu'à l'application éventuelle du 2^o du présent article ou l'attribution d'une autre nationalité."

Art. 13

La présente loi entre en vigueur le premier jour du sixième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge*.

18 septembre 2020

Vanessa MATZ (cdH)
Catherine FONCK (cdH)
Georges DALLEMAGNE (cdH)

na de geboorte heeft afgezien van haar beslissing, en tot de eventuele toepassing van het bepaalde onder 2^o van dit artikel of tot de toekenning van een andere nationaliteit."

Art. 13

Deze wet treedt in werking op de eerste dag van de zesde maand die volgt op de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*.

18 september 2020

ANEXO 5

DOC 55 1631/002 DOC 55 1631/002 – 15 mars 2022

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE

PROPOSITION DE LOI - relative à l'accouchement dans la discrétion

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

15 mars 2022

PROPOSITION DE LOI

relative à l'accouchement dans la discrétion

**AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT
N° 69.870/AG DU 7 MARS 2022**

Voir:

Doc 55 **1631/ (2020/2021)**:
001: Proposition de loi de Mme Matz et consorts.

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

15 maart 2022

WETSVOORSTEL

betreffende het discreet bevallen

**ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE
NR. 69.870/AV VAN 7 MAART 2022**

Zie:

Doc 55 **1631/ (2020/2021)**:
001: Wetsvoorstel van mevrouw Matz c.s.

06587

N-VA	: Nieuw-Vlaamse Alliantie
Ecolo-Groen	: Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
PS	: Parti Socialiste
VB	: Vlaams Belang
MR	: Mouvement Réformateur
CD&V	: Christen-Democratisch en Vlaams
PVDA-PTB	: Partij van de Arbeid van België – Parti du Travail de Belgique
Open Vld	: Open Vlaamse liberalen en democraten
Vooruit	: Vooruit
Les Engagés	: Les Engagés
DéFI	: Démocrate Fédéraliste Indépendant
INDEP-ONAFH	: Indépendant - Onafhankelijk

Abréviations dans la numérotation des publications:		Afkorting bij de numering van de publicaties:	
DOC 55 0000/000	Document de la 55 ^e législature, suivi du numéro de base et numéro de suivi	DOC 55 0000/000	Parlementair document van de 55 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA	Questions et Réponses écrites	QRVA	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV	Version provisoire du Compte Rendu Intégral	CRIV	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV	Compte Rendu Analytique	CRABV	Beknopt Verslag
CRIV	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)	CRIV	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)
PLEN	Séance plénière	PLEN	Plenum
COM	Réunion de commission	COM	Commissievergadering
MOT	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)	MOT	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

Le 9 juillet 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarantecinq* jours, sur une proposition de loi 'relative à l'accouchement dans la discrétion', déposée par Mme Vanessa Matz et consorts (Doc. Parl., Chambre, 20202021, n° 551631/001).

La proposition a été examinée par l'assemblée générale le 20 janvier 2022. L'assemblée générale était composée de Marnix Van Damme, président de chambre, président, Pierre Vandernoot, Martine Baguet et Wilfried Van Vaerenbergh, présidents de chambre, Chantal Bamps, Jeroen Van Nieuwenhove, Luc Cambier, Bernard Blero, Wouter Pas, Koen Muylle, Patrick Ronvaux, Christine Horevoets et Inge Vos, conseillers d'État, Jan Velaers, Sébastien Van Drooghenbroeck, Christian Behrendt et Johan Put, assesseurs, et Gregory Delannay, greffier en chef.

Le rapport a été présenté par Xavier Delgrange, premier auditeur chef de section, et Frédéric Vanneste, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen Van Nieuwenhove.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 7 mars 2022.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur le fondement juridique de la proposition[†], la compétence de l'auteur de l'acte et l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

*

PORTÉE DE LA PROPOSITION

1. La proposition de loi vise à permettre un accouchement dit dans la discrétion, ce qui implique qu'une femme peut décider d'accoucher sans que ses nom, prénoms et domicile et éventuellement ceux du père ou de la coparente soient mentionnés dans l'acte de naissance. Elle peut renoncer à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance de l'enfant, auquel cas un nouvel acte de naissance est établi

* Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

† S'agissant d'une proposition de loi, on entend par "fondement juridique" la conformité aux normes supérieures.

Op is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen* een advies te verstrekken over een wetsvoorstel 'betreffende het discreet bevallen', ingediend door mevrouw Vanessa Matz et c.s (Parl.St., Kamer, 2020-2021, nr. 55-1631/001).

Het voorstel is door de algemene vergadering onderzocht op 20 januari 2022. De algemene vergadering was samengesteld uit Marnix Van Damme, kamervoorzitter, voorzitter, Pierre Vandernoot, Martine Baguet en Wilfried Van Vaerenbergh, kamervoorzitters, Chantal Bamps, Jeroen Van Nieuwenhove, Luc Cambier, Bernard Blero, Wouter Pas, Koen Muylle, Patrick Ronvaux, Christine Horevoets en Inge Vos, staatsraden, Jan Velaers, Sébastien Van Drooghenbroeck, Christian Behrendt en Johan Put, assessoren, Delannay, hoofdgriffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier Delgrange, eerste auditeur-afdelingshoofd, en Frédéric Vanneste, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen Van Nieuwenhove.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 maart 2022

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek toegespitst op de rechtsgrond van het voorontwerp[†], de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

*

STREKKING VAN HET VOORSTEL

1. Het wetsvoorstel strekt ertoe een zogenaamde discrete bevalling mogelijk te maken, wat inhoudt dat een vrouw kan beslissen om te bevallen zonder dat haar naam, voornamen en woonplaats en in voorkomend geval van de vader of de moeder worden opgenomen in de geboorteakte. Zij kan afzien van die beslissing binnen twee maanden na de geboorte van het kind, in welk geval een nieuwe geboorteakte wordt

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

† Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

(article 43/1, proposé, de l'ancien Code civil – article 2 de la proposition). Si le nom de la mère n'est pas mentionné dans l'acte de naissance, elle est réputée, dans les deux mois qui suivent la naissance de l'enfant, avoir donné son consentement à l'adoption de ce dernier si, à ce moment-là, elle n'a pas renoncé à sa décision d'accoucher dans la discrétion (article 384/4, alinéa 2, proposé, de l'ancien Code civil – article 10 de la proposition).

Le Roi est habilité à fixer les modalités de remboursement à l'établissement de soins concerné pour les prestations liées à l'accouchement dans la discrétion et à la prise en charge de l'enfant concerné tant que celui-ci n'a pas de droit ouvert en matière d'assurance maladie-invalidité (article 11 de la proposition).

L'enfant né en Belgique après un accouchement dans la discrétion a la nationalité belge tant que la mère ne renonce pas à sa décision d'accoucher dans la discrétion et dans l'attente de l'obtention éventuelle d'une autre nationalité ou de la nationalité belge par adoption (article 11, alinéa 1^{er}, 3^o, proposé, du Code de la nationalité belge – article 12 de la proposition).

La reconnaissance d'un enfant né après un accouchement dans la discrétion est possible, mais la demande doit être introduite dans les deux mois qui suivent la naissance (article 328, § 1^{er}, alinéa 2, proposé, de l'ancien Code civil – article 6 de la proposition). La reconnaissance par la mère et l'action de recherche en maternité ne sont plus possibles lorsque la mère n'a pas renoncé à la décision d'accoucher dans la discrétion dans les deux mois qui suivent la naissance de l'enfant (articles 313, § 2, et 314, alinéa 2, proposés, de l'ancien Code civil – articles 5 et 6 de la proposition). Il en va de même pour la reconnaissance par la coparente éventuelle et l'action en recherche de comaternité (articles 325/4, alinéa 3, et 325/8, alinéa 2, proposés, de l'ancien Code civil – articles 7 et 8 de la proposition).

Il est prévu une procédure selon laquelle les informations concernant l'enfant sont conservées au tribunal de la famille dans un registre créé à cette fin. L'enfant, moyennant un encadrement psychosocial approprié, peut accéder à ces informations à partir de l'âge de douze ans. La mère et éventuellement le père ou la coparente peuvent s'opposer à la demande de prise de connaissance des informations dans le mois qui suit la notification de la demande. Le juge détermine alors si certaines données ne doivent pas être rendues accessibles à l'enfant. L'accès aux données est maintenu en cas de décès de la mère biologique, et éventuellement du père biologique ou de la coparente (articles 43/2 et 43/3, proposés, de l'ancien Code civil – articles 3 et 4 de la proposition).

¹ Depuis l'entrée en vigueur de l'article 2, alinéa 2, de la loi du 13 avril 2019 'portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », les dispositions concernées par la proposition figurent dans l'« ancien Code civil ». La phrase introductive de l'article 2 de la proposition de loi doit être rédigée en conséquence.

opgesteld (voorgesteld artikel 43/1 van het Oud Burgerlijk Wetboek¹ – artikel 2 van het voorstel). Indien de naam van de moeder niet vermeld staat in de akte van geboorte wordt zij, twee maanden na de geboorte van het kind, geacht toestemming te hebben gegeven voor de adoptie van het kind, indien zij op dat moment niet heeft afgezien van haar beslissing tot discrete bevalling (voorgesteld artikel 384/4, tweede lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikel 10 van het voorstel).

De Koning wordt gemachtigd om de terugbetaling te regelen aan de betrokken zorginstelling van de kosten van de discrete bevalling en van de kosten van de opvang van het betrokken kind zolang het geen recht geniet in de ziekte- en invaliditeitsverzekering (artikel 11 van het voorstel).

Het kind dat in België wordt geboren na een discrete bevalling heeft de Belgische nationaliteit zolang de moeder niet afziet van haar beslissing tot discrete bevalling en in afwachting van de eventuele verkrijging van een andere nationaliteit of van de Belgische nationaliteit door adoptie (voorgesteld artikel 11, eerste lid, 3^o, van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit – artikel 12 van het voorstel).

De erkenning van een kind dat geboren is na een discrete bevalling is mogelijk, maar het verzoek moet worden ingediend binnen twee maanden na de geboorte (voorgesteld artikel 328, § 1, tweede lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikel 6 van het voorstel). De erkenning door de moeder en de vordering tot onderzoek naar het moederschap zijn niet meer mogelijk wanneer de moeder niet binnen twee maanden na de geboorte van het kind heeft afgezien van de beslissing tot discrete bevalling (voorgestelde artikelen 313, § 2, en 314, tweede lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikelen 5 en 6 van het voorstel). Dat geldt ook voor de erkenning door de eventuele meemoeder en de vordering tot onderzoek naar het meemoederschap (voorgestelde artikelen 325/4, derde lid, en 325/8, tweede lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikelen 7 en 8 van het voorstel).

Er wordt voorzien in een procedure waarbij de gegevens van het kind bewaard worden in een daartoe aangelegd register bij de familierechtbank. Het kind krijgt onder passende psychosociale begeleiding toegang tot deze gegevens vanaf de leeftijd van twaalf jaar. De moeder en eventueel de vader of meemoeder kunnen zich verzetten tegen het verzoek tot kennisname van de gegevens binnen de maand die volgt op de kennisgeving van het verzoek. De rechter gaat dan na of bepaalde gegevens niet toegankelijk moeten worden gesteld van het kind. Bij overlijden van de biologische moeder, en eventueel van de biologische vader of van de meemoeder blijft de toegang tot de gegevens toegankelijk (voorgestelde artikelen 43/2 en 43/3 van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikelen 3 en 4 van het voorstel).

¹ Sinds de inwerkingtreding van artikel 2, tweede lid, van de wet van 13 april 2019 'tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoering van boek 8 'Bewijs' in dat Wetboek' staan de bepalingen waarop het voorstel betrekking heeft, in het "Oud Burgerlijk Wetboek". De inleidende zin van artikel 2 van het voorstel van wet moet dienovereenkomstig worden geredigeerd.

La loi à adopter entre en vigueur le premier jour du sixième mois qui suit celui de sa publication au Moniteur belge (article 13 de la proposition).

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

2. Le 21 avril 2009, le Conseil d'État a donné l'avis 46 052/AG² sur une proposition de loi 'relative à l'accouchement discret'³ ayant une portée similaire à la proposition actuellement soumise pour avis⁴. On peut dès lors également faire référence à cet avis, qui est encore actuel, même s'il diffère sur certains points par rapport au dispositif à l'examen et s'il y a quelques nouveaux développements dans la jurisprudence pertinente, qui sont examinés de manière plus détaillée dans le présent avis.

FORMALITÉS

3. L'article 43/3, proposé, de l'ancien Code civil (article 4 de la proposition), notamment, règle le traitement de certaines données à caractère personnel.

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), le considérant 96 de ce règlement, ainsi qu'avec l'article 2, alinéa 2, de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

Il s'impose par conséquent de recueillir encore l'avis de l'Autorité de protection des données avant que la proposition puisse aboutir.

COMPÉTENCE

4. L'article 43/2, § 2, proposé, de l'ancien Code civil (article 3 de la proposition) dispose qu'en cas d'accouchement dans la discrétion, la déclaration de la naissance de l'enfant est faite par « les autorités compétentes en matière d'adoption » à l'officier de l'état civil de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant est né. Selon l'article 43/3, § 2, alinéa 1^{er},

² Avis C.E. 46 052/AG du 21 avril 2009, Doc. parl., Sénat, 2008-09, n° 4-1138/2.

³ Doc. parl., Sénat, 2008-09, n° 4-1138/1.

⁴ Au demeurant, il est également donné, le même jour que le présent avis, l'avis 70 158/AG sur une proposition de loi 'modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret', (Doc. parl., Chambre, 2019-20, n° 55841/001).

De aan te nemen wet treedt in werking op de eerste dag van de zesde maand die volgt op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 13 van het voorstel).

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Op 21 april 2009 heeft de Raad van State advies 46 052/AV² gegeven over een voorstel van wet 'betreffende de discrete bevalling'³ met een gelijkaardige strekking als het thans om advies voorgelegde voorstel.⁴ Er kan dan ook tevens worden verwezen naar dat advies, dat nog steeds actueel is, ook al zijn er een aantal verschilpunten met de thans voorgestelde regeling en zijn er een paar nieuwe ontwikkelingen in de relevante rechtspraak, waarop nader wordt ingegaan in het huidige advies.

VORMVEREISTEN

3. Onder meer in het voorgestelde artikel 43/3 van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel) wordt de verwerking van bepaalde persoonsgegevens geregeld.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)', gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), overweging 96 van die verordening en artikel 2, tweede lid, van de wet van 30 juli 2018 'betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens', voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 'tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit', te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet bijgevolg nog worden ingewonnen vooraleer het voorstel doorgang kan vinden.

BEVOEGDHEID

4. Het voorgestelde artikel 43/2, § 2, van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 3 van het voorstel) bepaalt dat bij een discrete bevalling "de inzake adoptie bevoegde autoriteit" aangifte doet van de geboorte van het kind bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar het kind geboren is. Volgens het voorgestelde artikel 43/3, § 2, eerste lid, van het

² Adv.RvS 46 052/AV van 21 april 2009, *Parl.St.* Senaat 2008-09, nr. 4-1138/2.

³ *Parl.St.* Senaat 2008-09, nr. 4-1138/1.

⁴ Overigens wordt op dezelfde dag als dit advies ook advies 70 158/AV gegeven over een voorstel van wet 'tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat betreft de discrete bevalling' (*Parl. St. Kamer* 2019-20, nr. 55841/001).

proposé, de l'ancien Code civil (article 4 de la proposition), "les autorités compétentes en matière d'adoption" garantissent à l'enfant, moyennant le respect de certaines conditions, l'accès aux informations contenues dans le registre conservé par le tribunal de la famille.

4.1. Sans doute les termes "les autorités compétentes en matière d'adoption" visent-ils l'autorité centrale fédérale mentionnée à l'article 360-1, 2°, de l'ancien Code civil. Il convient de le préciser dans le texte de la proposition.

4.2. Le dispositif soumis pour avis doit toutefois également tenir compte de l'accord de coopération du 12 décembre 2005 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune 'relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption'⁵, qui règle entre autres la collecte et certains aspects de la conservation d'informations, parmi lesquelles peuvent figurer des informations relatives aux origines de l'adopté. En revanche, cet accord de coopération ne règle pas la durée de conservation de ces informations, ni la manière dont l'adopté peut y avoir accès.

À ce propos, l'avis 64 505/2/VR⁶ mentionne ce qui suit :

Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel) waarborgt "[d]e inzake adoptie bevoegde autoriteit" onder bepaalde voorwaarden dat aan het kind toegang wordt verleend tot de gegevens die zijn opgenomen in het register bewaard door de familierechtbank.

4.1. Allicht wordt met "de inzake adoptie bevoegde autoriteit" de federale centrale autoriteit in artikel 360-1, 2°, van het Oud Burgerlijk Wetboek bedoeld. Dit moet worden verduidelijkt in de tekst van het voorstel.

4.2. De voorgelegde regeling moet evenwel ook rekening houden met het samenwerkingsakkoord van 12 december 2005 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie 'inzake de tenuitvoerlegging van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie'⁵, dat onder meer voorziet in een regeling inzake het verzamelen en inzake een aantal aspecten van de bewaring van gegevens, waaronder ook gegevens in verband met de herkomst van de geadopteerde kunnen vallen. In dat samenwerkingsakkoord wordt evenwel niet bepaald hoelang die gegevens bewaard moeten worden noch op welke wijze de geadopteerde toegang kan verkrijgen tot die gegevens.

In advies 64 505/2/VR⁶ wordt in dat verband het volgende uiteengezet:

⁵ Auquel il a été porté assentiment pour l'autorité fédérale par la loi du 19 avril 2006 'portant assentiment à l'accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption'.

⁶ Avis C.E. 64 505/2/VR du 13 décembre 2018 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 12 juin 2019 'modifiant le décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption', Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2018-19, n° 776/1, pp. 39-40 (observation 6).

⁵ Waarmee voor de federale overheid instemming is verleend bij de wet van 19 april 2006 'houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie inzake de tenuitvoerlegging van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie'.

⁶ Adv.RvS 64 505/2/VR van 13 december 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Franse Gemeenschap van 12 juni 2019 'modifiant le décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption', Parl.St. Parl.F.Gem. 201819, nr. 776/1, 39-40 (opmerking 6).

“Selon une jurisprudence constante ⁷, l'autorité fédérale est compétente pour déterminer les règles de droit civil relatives au statut des mineurs et de la famille, telles qu'elles sont établies par le Code civil et les lois qui le complètent (voir l'article 5, § 1^{er}, II, 6°, a), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'). Les dispositions de droit judiciaire qui se situent dans le prolongement des règles du Code civil en cette matière relèvent également de la compétence de l'autorité fédérale. Les communautés sont, quant à elles, compétentes pour l'accompagnement et l'assistance des personnes concernées par le processus d'adoption (candidats adoptants, adoptants, personnes faisant l'objet du projet d'adoption, adoptés).

Il appartient par conséquent au législateur fédéral d'énoncer les conditions d'admissibilité, d'octroi et de retrait de l'adoption, les règles de procédures y relatives et les conséquences de l'adoption sur le statut des mineurs et de la famille. Fait partie de ces règles la réglementation du principe du droit à la consultation des données liées aux origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille.

Les communautés peuvent, quant à elles, mener des politiques d'aide, d'accompagnement ou d'assistance des candidats adoptants et des adoptés concernés, dans le respect

“Selon une jurisprudence constante ⁷, l'autorité fédérale est compétente pour déterminer les règles de droit civil relatives au statut des mineurs et de la famille, telles qu'elles sont établies par le Code civil et les lois qui le complètent (voir l'article 5, § 1^{er}, II, 6°, a), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'). Les dispositions de droit judiciaire qui se situent dans le prolongement des règles du Code civil en cette matière relèvent également de la compétence de l'autorité fédérale. Les communautés sont, quant à elles, compétentes pour l'accompagnement et l'assistance des personnes concernées par le processus d'adoption (candidats adoptants, adoptants, personnes faisant l'objet du projet d'adoption, adoptés).

Il appartient par conséquent au législateur fédéral d'énoncer les conditions d'admissibilité, d'octroi et de retrait de l'adoption, les règles de procédures y relatives et les conséquences de l'adoption sur le statut des mineurs et de la famille. Fait partie de ces règles la réglementation du principe du droit à la consultation des données liées aux origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille.

Les communautés peuvent, quant à elles, mener des politiques d'aide, d'accompagnement ou d'assistance des candidats adoptants et des adoptés concernés, dans le respect

⁷ Note de bas de page n° 11 de l'avis cité : Avis n° 25 913/8 donné le 21 janvier 1997 sur un avant-projet devenu le décret du Conseil flamand du 15 juillet 1997 'relatif à l'adoption internationale' (Doc. parl., Parl. fl., 1996/1997, n° 677/001, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/25913.pdf>), n° 28 953/4 donné le 26 mai 1999 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'relatif à l'agrément des organismes d'adoption' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/28953.pdf>), n° 30 036/2 donné le 29 mai 2000 sur un avant-projet devenu la loi du 24 avril 2003 'réformant l'adoption' et la loi du 13 mars 2003 'modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'adoption' (Doc. parl., Chambre, 2000/2001, n° 1367/001, pp. 146 à 159, <http://www.raadvstconsetat.be/dbx/avis/30036.pdf>), n° 36 407/4 donné le 9 février 2004 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 31 mars 2004 'relatif à l'adoption' (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2003/2004, n° 509/001, pp. 38 à 45, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/36407.pdf>), n° 38 387/3 donné le 31 mai 2005 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 21 décembre 2005 'relatif à l'adoption' (Doc. parl., Parl. Comm. germ., 2004/2005, n° 42/001, pp. 16 à 21, <http://www.raadvstconsetat.be/dbx/avis/38387.pdf>), n° 38 962/42V donné le 26 septembre 2005 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 17 février 2006 'portant assentiment à l'accord de coopération du 12 décembre 2005 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption' (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2005/2006, n° 205/001, pp. 20 à 37, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/38962.pdf>), nos 49 091/VR et 49 092/VR donnés le 25 janvier 2011 sur une proposition de loi 'complétant l'article 346-2 du Code civil, concernant l'aptitude à l'adoption' (Doc. parl., Sénat, 2010, n° 167/002, pp. 1 à 6, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/49091.pdf>) et n° 53 516/4 donné le 8 juillet 2013 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 5 décembre 2013 'modifiant le décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption' (Doc. Parl., Parl. Comm. fr., 2013/2014, n° 556/001, pp. 51 à 65, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53516.pdf>).

⁷ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: Avis n° 25 913/8 donné le 21 janvier 1997 sur un avant-projet devenu le décret du Conseil flamand du 15 juillet 1997 'relatif à l'adoption internationale' (Doc. parl., Parl. fl., 1996/1997, n° 677/001, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/25913.pdf>), n° 28 953/4 donné le 26 mai 1999 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'relatif à l'agrément des organismes d'adoption' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/28953.pdf>), n° 30 036/2 donné le 29 mai 2000 sur un avant-projet devenu la loi du 24 avril 2003 'réformant l'adoption' et la loi du 13 mars 2003 'modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'adoption' (Doc. parl., Chambre, 2000/2001, n° 1367/001, pp. 146 à 159, <http://www.raadvstconsetat.be/dbx/avis/30036.pdf>), n° 36 407/4 donné le 9 février 2004 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 31 mars 2004 'relatif à l'adoption' (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2003/2004, n° 509/001, pp. 38 à 45, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/36407.pdf>), n° 38 387/3 donné le 31 mai 2005 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 21 décembre 2005 'relatif à l'adoption' (Doc. parl., Parl. Comm. germ., 2004/2005, n° 42/001, pp. 16 à 21, <http://www.raadvstconsetat.be/dbx/avis/38387.pdf>), n° 38 962/42V donné le 26 septembre 2005 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 17 février 2006 'portant assentiment à l'accord de coopération du 12 décembre 2005 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption' (Doc. parl., Parl. Comm. fr., 2005/2006, n° 205/001, pp. 20 à 37, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/38962.pdf>), nos 49 091/VR et 49 092/VR donnés le 25 janvier 2011 sur une proposition de loi 'complétant l'article 346-2 du Code civil, concernant l'aptitude à l'adoption' (Doc. parl., Sénat, 2010, n° 167/002, pp. 1 à 6, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/49091.pdf>) et n° 53 516/4 donné le 8 juillet 2013 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 5 décembre 2013 'modifiant le décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption' (Doc. Parl., Parl. Comm. fr., 2013/2014, n° 556/001, pp. 51 à 65, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53516.pdf>).

des règles de fond, de forme et de procédure qu'instaure la loi civile. C'est ainsi qu'à l'heure actuelle les communautés interviennent dans le cadre de la préparation des candidats adoptants et lors de la réalisation d'une enquête sociale relative à l'aptitude de ces derniers en cas d'adoption d'un mineur, lors de l'établissement de rapports concernant les enfants adoptables à destination des États d'accueil dans l'hypothèse d'une adoption internationale, lors de l'apparentement et lors du suivi postadoptif.

Lors d'une adoption, les autorités – tant fédérales que communautaires – qui interviennent dans son établissement ont accès à des informations concernant l'origine de l'adopté. Dans cette matière, l'ensemble de ces autorités est donc concerné par la collecte et la conservation de ces données. À cet égard, c'est le législateur fédéral qui est compétent pour imposer le principe de la collecte et de la conservation des données relatives aux origines des personnes adoptées et pour arrêter les conditions de fond essentielles relatives à l'accès et à la consultation de ces informations et c'est aux communautés qu'il revient de mettre ces principes en œuvre au regard des dossiers qu'elles détiennent et des autorités qui relèvent de leurs compétences, dans le respect des conditions de fond, de forme et de procédure qu'instaure la loi civile de source fédérale et les règles applicables en matière de protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ».

Il résulte de ce qui précède que l'autorité fédérale est compétente pour les dispositions proposées précitées.

Ainsi qu'il a déjà été exposé dans l'avis précité ⁸, il est souhaitable qu'en égard aux compétences des communautés en la matière, un accord de coopération soit conclu entre l'autorité fédérale et les communautés relatif à l'accès aux données concernées par les organes relevant de leurs compétences respectives. C'est uniquement de cette manière que les communautés, dans les limites de leurs compétences matérielles, pourront effectivement assurer l'accompagnement psychosocial mentionné à l'article 43/3, § 2, alinéa 1^{er}, proposé, pour garantir l'accès aux données conservées dans le registre tenu au tribunal de la famille.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. Pour apprécier la proposition de loi, il convient d'examiner successivement le principe même de l'accouchement dans la discrétion (B), la possibilité pour l'enfant de recevoir des informations concernant la mère (C), les droits du père ou de la coparente (D) et le droit de la mère ayant accouché dans la discrétion de faire établir ultérieurement sa filiation à l'égard de l'enfant (E). Auparavant, il convient cependant de préciser à nouveau le cadre juridique dans lequel s'inscrivent ces questions (A).

⁸ *Ibid.*, 42 (observations 8 et 9).

des règles de fond, de forme et de procédure qu'instaure la loi civile. C'est ainsi qu'à l'heure actuelle les communautés interviennent dans le cadre de la préparation des candidats adoptants et lors de la réalisation d'une enquête sociale relative à l'aptitude de ces derniers en cas d'adoption d'un mineur, lors de l'établissement de rapports concernant les enfants adoptables à destination des États d'accueil dans l'hypothèse d'une adoption internationale, lors de l'apparentement et lors du suivi postadoptif.

Lors d'une adoption, les autorités – tant fédérales que communautaires – qui interviennent dans son établissement ont accès à des informations concernant l'origine de l'adopté. Dans cette matière, l'ensemble de ces autorités est donc concerné par la collecte et la conservation de ces données. À cet égard, c'est le législateur fédéral qui est compétent pour imposer le principe de la collecte et de la conservation des données relatives aux origines des personnes adoptées et pour arrêter les conditions de fond essentielles relatives à l'accès et à la consultation de ces informations et c'est aux communautés qu'il revient de mettre ces principes en œuvre au regard des dossiers qu'elles détiennent et des autorités qui relèvent de leurs compétences, dans le respect des conditions de fond, de forme et de procédure qu'instaure la loi civile de source fédérale et les règles applicables en matière de protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel."

Uit het voorgaande volgt dat de federale overheid bevoegd is voor de aangehaalde voorgestelde bepalingen.

Zoals reeds in het voormelde advies is uiteengezet, ⁸ is het wenselijk dat, gelet op de bevoegdheden van de gemeenschappen ter zake, een samenwerkingsakkoord zou worden gesloten tussen de federale overheid en de gemeenschappen met betrekking tot de toegang tot de betrokken gegevens voor de instanties die onder hun respectieve bevoegdheden ressorteren. Enkel op die manier kunnen de gemeenschappen binnen hun materiële bevoegdheden daadwerkelijk instaan voor de psychosociale begeleiding, waarvan gewag wordt gemaakt in het voorgestelde artikel 43/3, § 2, eerste lid, bij het waarborgen van de toegang tot de gegevens die bewaard worden in het register bij de familierechtbank.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Bij het beoordelen van het wetsvoorstel dienen achtereenvolgens te worden onderzocht: het beginsel zelf van het discreet bevallen (B), de mogelijkheid van het kind om gegevens met betrekking tot de moeder te vernemen (C), de rechten van de vader of meemoeder (D) en het recht van de moeder die discreet is bevallen om naderhand haar afstammingsband met het kind te doen vaststellen (E). Maar eerst dient het juridische kader van die kwesties opnieuw nader te worden omschreven (A).

⁸ *Ibid.*, 42 (opmerkingen 8 en 9).

A. Le cadre formé par les instruments internationaux et européens de protection des droits et libertés

6.1. Dans son avis 46 052/AG précité, le Conseil d'État a d'ores et déjà eu l'occasion d'exposer, à la lumière des données jurisprudentielles disponibles à l'époque – et singulièrement de l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003 de la Cour européenne des droits de l'homme⁹ –, les principes applicables à la problématique et au conflit de droits fondamentaux qu'elle est susceptible d'engendrer. Il est renvoyé aux principes pareillement exposés dans la suite du présent avis. L'avis 46 052/AG avait notamment relevé que l'intérêt de l'enfant ne s'oppose pas systématiquement, et dans tous les cas de figure, à l'accouchement discret¹⁰. L'avis 46 052/AG précité avait en outre souligné que, dans l'arbitrage des droits conflictuels en présence, la Cour européenne entend conférer aux États une large marge d'appréciation¹¹. Le Conseil d'État avait cependant observé que les motifs permettant de laisser une marge d'appréciation aussi étendue aux États n'existent pas au niveau national¹².

6.2. Les principes formulés par l'arrêt *Odièvre* précité ont été rappelés par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012¹³. En l'espèce, la Cour a notamment estimé que, sous l'angle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, un juste équilibre n'avait pas été ménagé entre les intérêts en présence car la législation italienne en cause, une fois que la mère a décidé de garder l'anonymat, ne permettait à l'enfant, adopté et non reconnu à la naissance, ni de demander des informations non identifiantes sur ses origines, ni de solliciter

A. Het kader geboden door de internationale en Europese teksten inzake bescherming van de rechten en vrijheden

6.1. In het licht van de destijds beschikbare gegevens uit de rechtspraak – en met name van het arrest *Odièvre v. Frankrijk* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 13 februari 2003⁹ – heeft de Raad van State in het voornoemde advies 46 052/AV al kunnen uiteenzetten welke beginselen van toepassing zijn op de problematiek en op het conflict tussen grondrechten waartoe die aanleiding kan geven. Er wordt verwezen naar de beginselen die evenzo worden uiteengezet in het vervolg van dit advies. In advies 46 052/AV werd met name opgemerkt dat het belang van het kind niet automatisch en in alle gevallen een discrete bevalling in de weg staat.¹⁰ Bovendien wordt in het voornoemde advies 46 052/AV erop gewezen dat het Europees Hof aan de staten een ruime beoordelingsmarge wil toekennen op het vlak van de arbitrage met betrekking tot de in het geding zijnde conflicterende rechten.¹¹ De Raad van State had echter opgemerkt dat de redenen om een zo ruime appreciatiemarge te laten aan de staten, niet bestaan op het nationale vlak.¹²

6.2. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft de beginselen die in het voornoemde arrest *Odièvre* zijn geformuleerd, nog eens herhaald in zijn arrest *Godelli v. Italië* van 25 september 2012.¹³ In dat arrest heeft het Hof onder meer geoordeeld dat, in het licht van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, geen billijk evenwicht tussen de in het geding zijnde belangen in acht genomen was, aangezien de betreffende Italiaanse wetgeving niet toestond dat, zodra de moeder had besloten de anonimiteit te bewaren, het geadopteerde en bij de geboorte

⁹ Cour eur. D.H., 13 février 2003, *Odièvre c. France*.

¹⁰ Voy. les points III.A.3.1-III.A.3.2 de l'avis : "il ne peut être exclu que certains États puissent considérer que l'obligation pesant sur eux, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la Convention relative aux droits de l'enfant, de 'pren[dre] [...] toutes les mesures législatives et administratives appropriées' en vue d'assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être [...] puisse aller jusqu'à organiser un régime d'accouchement discret". À cet égard, l'article 9, paragraphe 1, de la Convention évoque aussi la maltraitance ou le fait de négliger l'enfant comme pouvant justifier qu'il soit séparé de ses parents [...]."

¹¹ Cour eur. D.H., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, §§ 46-48.

¹² Le Conseil d'État de France a récemment réaffirmé la validité, au regard de l'article 8 de la Convention, de la législation française qui organise "la possibilité de lever le secret de l'identité de la mère de naissance en permettant de solliciter la réversibilité du secret de son identité sous réserve de l'accord de celle-ci et définissent ainsi un équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né dans ces conditions de connaître ses origines" : « les dispositions du code de l'action sociale et des familles organisent la possibilité de lever le secret de l'identité de la mère de naissance en permettant de solliciter la réversibilité du secret de son identité sous réserve de l'accord de celle-ci et définissent ainsi un équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né dans ces conditions de connaître ses origines » (arrêt n° 420 230 du 16 octobre 2019, cons 5).

¹³ Cour eur. D.H., 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*.

⁹ EHRM 13 februari 2003, *Odièvre v. Frankrijk*.

¹⁰ Zie de punten III.A.3.1-III.A.3.2 van het advies: "[Het] kan niet worden uitgesloten dat sommige Staten ervan kunnen uitgaan dat de verplichting die op hen rust, krachtens artikel 3, lid 2, van het Verdrag inzake de rechten van het kind, om 'alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen te nemen' ten einde 'het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn', kan reiken tot het instellen van een regeling van 'discrete bevalling'. In dit opzicht is in artikel 9, lid 1, van het Verdrag ook sprake van misbruik of van verwaarlozing van het kind dat kan wettigen dat het van zijn ouders gescheiden wordt (...)."

¹¹ EHRM 13 februari 2003, *Odièvre v. Frankrijk*, §§ 46-48.

¹² Onlangs heeft de Raad van State van Frankrijk de geldigheid bevestigd, in het licht van artikel 8 van het Verdrag, van de Franse wetgeving die voorziet in "la possibilité de lever le secret de l'identité de la mère de naissance en permettant de solliciter la réversibilité du secret de son identité sous réserve de l'accord de celle-ci et définissent ainsi un équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né dans ces conditions de connaître ses origines": "les dispositions du code de l'action sociale et des familles organisent la possibilité de lever le secret de l'identité de la mère de naissance en permettant de solliciter la réversibilité du secret de son identité sous réserve de l'accord de celle-ci et définissent ainsi un équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né dans ces conditions de connaître ses origines" (arrêt nr. 420 230 van 16 oktober 2019, overweging 5).

¹³ EHRM 25 september 2012, *Godelli v. Italië*.

la réversibilité du secret de la naissance. La Cour s'exprima en ces termes :

« 68. En l'espèce, la Cour observe que, contrairement à la situation dans l'affaire *Odièvre* [...], la requérante n'a eu accès à aucune information sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers. Sans une pesée des droits et des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vue opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles.

69. S'il est vrai que la requérante, qui est âgée aujourd'hui de soixanteneuf ans, a pu construire sa personnalité même en l'absence d'informations quant à l'identité de sa mère biologique, il faut admettre que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire. La requérante a d'ailleurs démontré un intérêt authentique à connaître l'identité de sa mère, puisqu'elle a tenté d'acquérir une certitude à cet égard. Un tel comportement suppose des souffrances morales et psychiques, même si elles ne sont pas médicalement constatées [...].

70. La Cour note qu'à la différence du système français examiné dans l'arrêt *Odièvre*, la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière. Par ailleurs, dans l'arrêt *Odièvre*, la Cour observe que la nouvelle loi du 22 janvier 2002 renforce la possibilité de lever le secret de l'identité et facilite la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles. D'application immédiate, elle permet désormais aux personnes intéressées de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci [...], ainsi que d'avoir accès à des informations non identifiantes. En Italie, le projet de loi de réforme de la loi no184/1983 est toujours en examen au Parlement depuis 2008 [...].

71. Dans le cas d'espèce, la Cour note que, si la mère biologique a décidé de garder l'anonymat, la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret. Dans ces conditions, la Cour estime que l'Italie n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue".

6.3. Le Conseil d'État attire par ailleurs l'attention sur le fait que, postérieurement à son avis précité du 21 avril 2009, le Comité des droits de l'enfant a insisté à de multiples reprises sur le fait que, notamment au regard de l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'accouchement dans la discrétion ne peut être instauré qu'en ultime recours.

niet-erkende kind gegevens over zijn afkomst kon vragen die niet tot identificatie leiden, noch kon vragen dat het geheim van de geboorte ongedaan werd gemaakt. Het Hof heeft het volgende gesteld:

"68. En l'espèce, la Cour observe que, contrairement à la situation dans l'affaire *Odièvre* (...), la requérante n'a eu accès à aucune information sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers. Sans une pesée des droits et des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vue opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles.

69. S'il est vrai que la requérante, qui est âgée aujourd'hui de soixanteneuf ans, a pu construire sa personnalité même en l'absence d'informations quant à l'identité de sa mère biologique, il faut admettre que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire. La requérante a d'ailleurs démontré un intérêt authentique à connaître l'identité de sa mère, puisqu'elle a tenté d'acquérir une certitude à cet égard. Un tel comportement suppose des souffrances morales et psychiques, même si elles ne sont pas médicalement constatées (...).

70. La Cour note qu'à la différence du système français examiné dans l'arrêt *Odièvre*, la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière. Par ailleurs, dans l'arrêt *Odièvre*, la Cour observe que la nouvelle loi du 22 janvier 2002 renforce la possibilité de lever le secret de l'identité et facilite la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles. D'application immédiate, elle permet désormais aux personnes intéressées de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci (...), ainsi que d'avoir accès à des informations non identifiantes. En Italie, le projet de loi de réforme de la loi no184/1983 est toujours en examen au Parlement depuis 2008 (...).

71. Dans le cas d'espèce, la Cour note que, si la mère biologique a décidé de garder l'anonymat, la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret. Dans ces conditions, la Cour estime que l'Italie n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue".

6.3. Voorts vestigt de Raad van State de aandacht erop dat, na zijn voornoemde advies van 21 april 2009, het Comité voor de rechten van het kind er meermalen op heeft gewezen dat de discrete bevalling, met name in het licht van artikel 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, pas als laatste redmiddel kon worden ingevoerd.

Dans ses Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France (23 février 2016)¹⁴, le Comité précité énonce ce qui suit :

“Le Comité recommande une fois de plus à l’État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour donner pleinement effet au droit de l’enfant de connaître ses parents biologiques ainsi que ses frères et sœurs et le prie instamment d’adopter les mesures nécessaires pour que toutes les informations concernant le ou les parents soient enregistrées et archivées afin que l’enfant puisse connaître, pour autant que possible et à un moment adéquat, son ou ses parents [...]. Il recommande également à l’État partie d’envisager d’abroger la règle selon laquelle l’identité de la mère biologique ne peut être dévoilée que si l’intéressée y consent et de redoubler d’efforts pour s’attaquer aux causes profondes qui poussent les parents à recourir à l’accouchement sous X”.

Dans ses Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse (26 février 2015), le Comité “invit[ait] instamment l’État partie à interdire l’utilisation des boîtes à bébé, à renforcer et promouvoir les solutions de remplacement déjà existantes et à envisager d’introduire, en dernier recours, la possibilité de naissances confidentielles à l’hôpital”¹⁵. De telles conclusions ont été formulées plus récemment, en des termes identiques, à l’adresse de la Pologne¹⁶ et de la République tchèque¹⁷.

C’est à la lumière du cadre ainsi tracé que sera examinée la présente proposition.

B. Principe de l’accouchement dans la discrétion

7.1. L’avis 46 052/AG précité observe ce qui suit:

“III.A.3.1. Les textes cités ci-avant, spécialement les dispositions pertinentes de la Convention relative aux droits de l’enfant, s’ils mettent l’accent sur la priorité attachée à la relation à garantir entre l’enfant et ses parents, n’en font toutefois pas un principe absolu.

Ainsi, l’article 7, paragraphe 1, de cette Convention ne consacre le droit de l’enfant de connaître ses parents et d’être élevé par eux que ‘dans la mesure du possible’ et l’article 8, paragraphe 1, de la Convention n’exclut pas qu’il y ait des

¹⁴ CRC/C/FRA/CO/5, pt. 33

¹⁵ CRC/C/CHE/CO/2-4, pt. 35

¹⁶ CRC/C/POL/CO/3-4 (30 septembre 2021), pt. 23 : “The Committee reiterates its previous recommendations⁵ and urges the State party to address the causes of the anonymous abandonment of children, strengthen family support measures and consider introducing, as a last resort, the possibility of confidential hospital births, in order to end the anonymous abandonment of children in “baby boxes””.

¹⁷ CRC/C/CZE/CO/5-6 (30 septembre 2021), pt. 22 : “Le Comité engage l’État partie à s’attaquer aux causes de l’abandon anonyme d’enfants, à renforcer les mesures de soutien aux familles et à envisager d’introduire, en dernier recours, la possibilité d’accoucher confidentiellement à l’hôpital, pour mettre fin à l’abandon anonyme d’enfants dans des “boîtes à bébé”.

In zijn *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France* van 23 februari 2016¹⁴ heeft het voornoemde Comité het volgende gesteld:

“Le Comité recommande une fois de plus à l’État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour donner pleinement effet au droit de l’enfant de connaître ses parents biologiques ainsi que ses frères et sœurs et le prie instamment d’adopter les mesures nécessaires pour que toutes les informations concernant le ou les parents soient enregistrées et archivées afin que l’enfant puisse connaître, pour autant que possible et à un moment adéquat, son ou ses parents (...). Il recommande également à l’État partie d’envisager d’abroger la règle selon laquelle l’identité de la mère biologique ne peut être dévoilée que si l’intéressée y consent et de redoubler d’efforts pour s’attaquer aux causes profondes qui poussent les parents à recourir à l’accouchement sous X”.

In zijn *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse* van 26 février 2015 heeft het Comité gesteld dat het “invit[ait] instamment l’État partie à interdire l’utilisation des boîtes à bébé, à renforcer et promouvoir les solutions de remplacement déjà existantes et à envisager d’introduire, en dernier recours, la possibilité de naissances confidentielles à l’hôpital”.¹⁵ Onlangs zijn nog identieke conclusies geformuleerd ten aanzien van Polen¹⁶ en de Tsjechische Republiek.¹⁷

Het voorliggende voorstel zal in het licht van het aldus geschetste kader worden onderzocht.

B. Beginsel van discreet bevallen

7.1. In het voornoemde advies 46 052/AV wordt het volgende geopperd:

“III.A.3.1. De voormelde teksten, inzonderheid de relevante bepalingen van het Verdrag inzake de rechten van het kind, leggen weliswaar de nadruk op de prioriteit die wordt gegeven aan de te vrijwaren verhouding tussen het kind en de ouders, maar maken er geen absoluut principe van.

Zo legt artikel 7, lid 1, van dit Verdrag het recht van het kind om zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd slechts ‘voor zover mogelijk’ vast en sluit artikel 8, lid 1, van het Verdrag niet uit dat er ‘inmenging’ is, inzonderheid in

¹⁴ CRC/C/FRA/CO/5, punt 33.

¹⁵ CRC/C/CHE/CO/2-4, punt 35.

¹⁶ CRC/C/POL/CO/3-4 (30 september 2021), punt 23: “The Committee reiterates its previous recommendations⁵ and urges the State party to address the causes of the anonymous abandonment of children, strengthen family support measures and consider introducing, as a last resort, the possibility of confidential hospital births, in order to end the anonymous abandonment of children in “baby boxes””.

¹⁷ CRC/C/CZE/CO/5-6 (30 september 2021), punt 22 : “Le Comité engage l’État partie à s’attaquer aux causes de l’abandon anonyme d’enfants, à renforcer les mesures de soutien aux familles et à envisager d’introduire, en dernier recours, la possibilité d’accoucher confidentiellement à l’hôpital, pour mettre fin à l’abandon anonyme d’enfants dans des “boîtes à bébé”.

'ingérences' notamment dans le droit de l'enfant à ses relations familiales, à condition qu'elles ne soient pas 'illégalles'.

Les droits reconnus à l'enfant peuvent entrer en conflit avec d'autres droits ou d'autres valeurs dont l'autorité publique a la garde, comme le confirme l'article 8, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi rédigé : 'Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice d[u] droit [de toute personne au respect de sa vie privée et familiale] que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui'.

Dans ce contexte, il ne peut être exclu que certains États puissent considérer que l'obligation pesant sur eux, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la Convention relative aux droits de l'enfant, de 'pren[dre] [...] toutes les mesures législatives et administratives appropriées' en vue d' 'assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être [...] puisse aller jusqu'à organiser un régime d' 'accouchement discret'. À cet égard, l'article 9, paragraphe 1, de la Convention évoque aussi la maltraitance ou le fait de négliger l'enfant comme pouvant justifier qu'il soit séparé de ses parents.

III.A.3.2. C'est en ce sens que l'arrêt Odièvre c. France, précité, de la Cour européenne des droits de l'homme se prononce.

Il y reconnaît 'l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans les conditions médicales appropriées' ¹⁸ et y relève également ce qui suit :

'L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons 'sauvages'. Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français' ¹⁹.

III.A.3.3. Compte tenu de ce qui a été exposé ci-avant sur les différences d'approche pouvant surgir d'un État à un autre sur ces questions, sur la marge d'appréciation qui leur est reconnue et sur la possibilité d'un contrôle plus strict dans l'ordre juridique interne par rapport à celui, à caractère subsidiaire, opéré au niveau européen ²⁰, il appartient toutefois au législateur de prendre en considération les doutes qui peuvent surgir sur la pertinence du recours à l'accouchement discret' au regard des objectifs invoqués en sa faveur.

¹⁸ Note de bas de page n° 13 de l'avis cité : Cour eur. dr. h., Odièvre c. France, précité, § 44.

¹⁹ Note de bas de page n° 14 de l'avis cité : Cour eur. dr. h., Odièvre c. France, précité, § 45.

²⁰ Note de bas de page n° 15 de l'avis cité : N/ III.A.2, ci-avant.

het recht van het kind op familiebetrekkingen, op voorwaarde dat ze niet 'onrechtmatig' zijn.

De aan het kind gewaarborgde rechten kunnen in strijd komen met andere rechten of waarden waarvan het openbaar gezag de behoeder is, zoals bepaald wordt in artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat aldus geredigeerd is : 'Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.

In deze context kan niet worden uitgesloten dat sommige Staten ervan kunnen uitgaan dat de verplichting die op hen rust, krachtens artikel 3, lid 2, van het Verdrag inzake de rechten van het kind, om 'alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen te nemen' ten einde 'het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn', kan reiken tot het instellen van een regeling van 'discrete bevalling'. In dit opzicht is in artikel 9, lid 1, van het Verdrag ook sprake van misbruik of van verwaarlozing van het kind dat kan wettigen dat het van zijn ouders gescheiden wordt.

III.A.3.2. Het is in deze zin dat het voornoemde arrest Odièvre t. Frankrijk van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich uitspreekt.

Daarin erkent het 'l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans les conditions médicales appropriées'¹⁸ en wijst het eveneens op het volgende :

'L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons 'sauvages'. Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français'¹⁹.

III.A.3.3. Gelet op wat hierboven uiteengezet is over de verschillen in benadering die van Staat tot Staat kunnen ontstaan wat betreft deze kwesties, de aan de Staten toegekende beoordelingsmarge en de mogelijkheid van een striktere controle in de interne rechtsorde tegenover de in bijkomende orde op Europees niveau uitgevoerde controle²⁰, is het evenwel zaak van de wetgever rekening te houden met de twijfels die kunnen ontstaan over de relevantie van de gebruikmaking van 'discrete bevalling' ten aanzien van de ten gunste ervan aangevoerde doelstellingen.

¹⁸ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: EHRM, Odièvre t. Frankrijk, § 44.

¹⁹ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: EHRM, Odièvre t. Frankrijk, § 45.

²⁰ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: Supra, III.A.2.

À cet égard, il y a lieu de faire référence à un rapport de l'Unicef sur l'accouchement discret selon lequel 'on ne dispose pas de véritables données objectives' en la matière et 'l'accouchement anonyme ne garantit pas les risques liés à l'infanticide, qui relève davantage d'une psychose chez la mère'²¹.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, qui exerce un contrôle du respect de la Convention relative aux droits de l'enfant²², a également émis des réserves à l'égard de l'accouchement anonyme. Ainsi, dans ses observations finales émises le 31 mars 2005 sur le rapport présenté par le Grand-Duché du Luxembourg, il 'prie instamment l'État partie

In dit verband dient o.m. te worden verwezen naar een rapport van Unicef over discreet bevallen waarin staat dat men ter zake tot op heden 'niet echt over objectieve gegevens beschikt' en dat 'een anonieme bevalling het risico op kindermoord, veelal het gevolg van een psychose bij de moeder, niet wegneemt'²¹.

Ook het Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, dat toeziet op de naleving van het Verdrag inzake de rechten van het kind²², heeft voorbehoud gemaakt bij de anonieme bevalling. Zo bijvoorbeeld verzoekt het 'instament l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires

²¹ Note de bas de page n° 16 de l'avis cité : Rapport Unicef, L'accouchement discret... anonyme. Quels droits pour l'enfant? Position d'Unicef Belgique, janvier 2009.

²² Note de bas de page n° 17 de l'avis cité: Pour davantage d'informations, voir <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>.

²¹ Voetnoot 16 van het geciteerde advies: Unicef rapport, Discrete... Anonieme Bevalling. Welke rechten heeft het kind? Standpunt Unicef België, januari 2009.

²² Voetnoot 17 van het geciteerde advies: Voor meer informatie, zie <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>

de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme^{23 24}.

Seul l'examen d'une motivation adéquate sur ces questions, qu'il appartient au législateur de fournir, permettrait d'apprécier de manière documentée la justification en droit interne du principe de l' 'accouchement discret' au regard des principes garantis par l'article 22 de la Constitution, par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme' in zijn slotopmerkingen van 31 maart 2005 over het verslag gepresenteerd door het Groothertogdom Luxemburg^{23 24}.

De verantwoording in het interne recht van het beginsel van de 'discrete bevalling' ten aanzien van de beginselen die gewaarborgd worden door artikel 22 van de Grondwet, door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en door de relevante bepalingen van het Verdrag inzake de rechten van het kind, kan alleen op een onderbouwde wijze

²³ Note de bas de page n° 18 de l'avis cité : Comité des droits de l'enfant, observations finales sur le rapport présenté par le Luxembourg, n° 29, CRC/C/15/Add.250, 31 mars 2005, http://www.ork.lu/PDFs/droits_enfant.pdf, cité dans la version originale en langue anglaise in P. Senaev, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 341, et in S. Michaux, « L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 313 à 346, ici p. 344 ; voir aussi J. Van Broeck, « Het recht van een geadopteerde om zijn geboortelouders te kennen - Het bloed kruipt waar het niet gaan kan », note sous *Cour. eur. dr. h.*, Odièvre c. France, précité, T.B.B.R., 2003, pp. 407 à 423, ici n° 11, p. 410. Dans le même sens, les observations finales sur le rapport présenté par l'Autriche, recommandant « de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux «berceaux d'accueil» (observations finales, n° 30, CRC/C/15/Add.251, 31 mars 2005, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, cité dans la version originale en langue anglaise in P. Senaev, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), op. cit., p. 341).

²⁴ Note de bas de page n° 19 de l'avis cité : Il importe toutefois de relever qu'après avoir émis la considération précitée sur le rapport présenté par le Luxembourg, l'observation finale considère aussi ce qui suit :

« Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère » (loc. cit.). De même, à l'égard de l'Autriche, l'observation finale précitée énonce ce qui suit :

« Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents – en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents –, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié » (loc. cit.).

L'année précédente, l'observation finale émise à l'égard de la France ne s'était pas située sur le terrain du principe même de l' 'accouchement sous X' dans ce pays mais sur celui du droit de l'enfant de connaître ses parents :

« Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non-discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) » (observations finales sur le rapport présenté par la France, n° 24, CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, cité dans la version originale en langue anglaise in P. Senaev, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), op. cit., p. 341, in S. Michaux, loc. cit., p. 344 ; voir aussi J. Van Broeck, loc. cit., n° 11, p. 410). Sur la question de l'accès ultérieur de l'enfant aux données concernant ses parents, il est renvoyé aux observations faites sous les nos III.A.4 et III.A.5, plus bas.

²³ *Voetnoot 18 van het geciteerde advies*: Comité voor de rechten van het kind, slotopmerkingen over het verslag gepresenteerd door Luxemburg, nr. 29, CRC/C/15/Add.250, 31 maart 2005, http://www.ork.lu/PDFs/droits_enfant.pdf, aangehaald in de originele Engelse versie in P. Senaev, F. Swennen en G. Verschelden (éds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, blz. 341, en in S. Michaux, « L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, blz. 313 tot 346, in casu blz. 344 ; zie ook J. Van Broeck, « Het recht van een geadopteerde om zijn geboortelouders te kennen – Het bloed kruipt waar het niet gaan kan », eerdergenoemde noot bij EHRM, *Odièvre t. Frankrijk*, voormeld, T.B.B.R., 2003, blz. 407 tot 423, in casu nr. 11, blz. 410. Zie in dezelfde zin de slotopmerkingen over het verslag gepresenteerd door Oostenrijk, waarin wordt aanbevolen « de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux «berceaux d'accueil» (slotopmerkingen, nr. 30, CRC/C/15/Add.251, 31 maart 2005, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, aangehaald in de originele Engelse versie in P. Senaev, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), op. cit., blz. 341).

²⁴ *Voetnoot 19 van het geciteerde advies*: Er moet evenwel op gewezen worden dat, na deze bedenking over het door Luxemburg gepresenteerde verslag, in de slotopmerking ook het volgende staat :

« Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère » (loc. cit.).

Zo ook staat, ten aanzien van Oostenrijk, het volgende in de voornoemde slotopmerking :

« Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents – en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents –, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié » (loc. cit.).

Het vorige jaar ging de slotopmerking ten aanzien van Frankrijk niet over het beginsel zelf van « l'accouchement sous X » in dat land, maar over het principe dat het kind het recht heeft zijn ouders te kennen :

« Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) » (slotopmerkingen over het verslag gepresenteerd door Frankrijk, nr. 24, CRC/C/15/Add.240, 30 juni 2004, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, aangehaald in de originele Engelse versie in P. Senaev, F. Swennen en G. Verschelden (éds.), op. cit., blz. 341, in S. Michaux, loc. cit., blz. 344 ; zie ook J. Van Broeck, loc. cit., nr. 11, blz. 410). Zie, wat betreft de latere toegang van het kind tot de gegevens over zijn ouders, *infra*, de opmerkingen gemaakt onder III.A.4 en III.A.5.

et par les dispositions pertinentes de la Convention sur les droits de l'enfant.

III.A.3.4. Quoi qu'il en soit, sous ces réserves, les modalités du recours à l' 'accouchement discret', telles qu'elles sont énoncées dans la proposition, doivent être précisées.

Spécialement lorsque des droits fondamentaux sont en cause, les restrictions opérées par la loi requièrent en effet un dispositif évitant toute ambiguïté.

III.A.3.5. Ainsi, la proposition accorde à la mère le droit lors de l'accouchement de demander 'le secret de l'admission et de l'identité' (article 57, alinéa 1^{er}, 2°, proposé du Code civil; article 2, 1°, de la proposition). L'exercice de ce droit n'est soumis à aucune condition. Partant, la proposition ne semble pas écarter que la mère fasse encore cette demande de secret de l'identité au moment où elle met l'enfant au monde, si bien qu'il n'est pas exclu que d'autres motifs, par exemple d'ordre eugénique, entrent en considération. En outre, il n'apparaît pas clairement comment, par une demande d' 'accouchement discret' faite au moment même de celui-ci, il sera possible de donner à la mère les informations dont il est question à l'article 57, alinéa 2, proposé du Code civil (article 2, 2°, de la proposition), qui sont destinées à assurer la prise en compte d'autres intérêts que ceux mis en avant par la mère en cette circonstance.

En revanche, on ne saurait exclure qu'un accouchement survienne de manière inopinée, avant terme par exemple, auquel cas on n'aperçoit pas pourquoi la mère ne pourrait pas, fût-ce dans un bref délai après la naissance, choisir de rendre cet accouchement discret dans des conditions analogues à celles prévues lorsque le choix de ce type d'accouchement est opéré préalablement.

La proposition devrait être réexaminée et complétée sur ces points. Il pourrait être prévu l'intervention d'une instance indépendante en vue de s'assurer, dans des conditions tenant compte des circonstances en cause, de la réalité du respect des conditions de fond et de forme qui seraient arrêtées ».

À la lumière des principes ainsi rappelés, la proposition à l'examen appelle les observations suivantes.

7.2. L'article 43/1, proposé, de l'ancien Code civil (article 1^{er} de la proposition) dispose uniquement que « [t]oute femme peut décider d'accoucher dans la discrétion ». L'exercice de ce droit n'est soumis à aucune condition. Il faut à tout le moins prévoir une procédure suffisamment claire pour garantir qu'il s'agit d'une décision libre et éclairée de la mère d'accoucher dans la discrétion.

7.3. Par ailleurs, la disposition proposée ne précise pas clairement que le choix de la discrétion doit en principe avoir

worden beoordeeld aan de hand van het onderzoek van een door de wetgever te verstrekken adequate motivering van die vraagstukken.

III.A.3.4. Hoe dan ook moeten, onder dat voorbehoud, de nadere regels om van de mogelijkheid van 'discreet bevallen' gebruik te maken, zoals ze geformuleerd worden in het voorstel, gepreciseerd worden.

Zeker wanneer basisrechten in het geding zijn, moeten de beperkingen die bij de wet worden opgelegd immers vastgelegd worden in eenduidige bepalingen.

III.A.3.5. Zo wordt in het voorstel aan de moeder het recht toegekend om bij de bevalling te vragen 'om haar opname en haar identiteit geheim te houden' (voorgestelde artikel 57, eerste lid, 2°, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 1°, van het voorstel). De uitoefening van dat recht wordt aan geen voorwaarden onderworpen. Daardoor lijkt het voorstel niet uit te sluiten dat de moeder nog op het ogenblik dat ze het kind ter wereld brengt, de vraag stelt om haar identiteit geheim te houden, zodat het niet is uitgesloten dat andere motieven, zoals b.v. eugenetische, daarbij een rol spelen. Bovendien is niet duidelijk hoe, bij een verzoek tot 'discreet bevallen' op het tijdstip van de bevalling zelf, het mogelijk zal zijn de moeder de informatie te geven waarvan sprake in het voorgestelde artikel 57, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 2, 2°, van het voorstel), die bedoeld is om ervoor te zorgen dat ook rekening wordt gehouden met andere belangen dan die welke de moeder in die omstandigheid aanhaalt.

Anderzijds kan niet worden uitgesloten dat iemand plots moet bevallen, bijvoorbeeld bij een vroegtijdige bevalling, in welk geval het niet duidelijk is waarom de moeder er niet voor zou mogen kiezen, al was het kort na de geboorte, om van die bevalling een discrete bevalling te maken, onder soortgelijke voorwaarden als die waarin is voorzien voor het geval waarin vooraf voor dat soort bevalling wordt gekozen.

Het voorstel zou op die punten opnieuw moeten worden onderzocht en aangevuld. Eventueel kan worden bepaald dat een onafhankelijke instantie, onder voorwaarden waarbij rekening wordt gehouden met de genoemde omstandigheden, nagaat of daadwerkelijk is voldaan aan de inhoudelijke en vormelijke voorwaarden die vastgesteld zouden zijn."

In het licht van de aldus aangehaalde beginselen geeft het voorliggende voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen.

7.2. Het voorgestelde artikel 43/1 van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 1 van het voorstel) bepaalt enkel dat "iedere vrouw kan beslissen discreet te bevallen". De uitoefening van dat recht wordt aan geen voorwaarden onderworpen. Er dient minstens in een voldoende duidelijke procedure voorzien te worden om te garanderen dat het de vrije en weloverwogen beslissing van de moeder is om discreet te bevallen.

7.3. Bovendien wordt in de voorgestelde bepaling niet duidelijk gepreciseerd dat de keuze om discreet te bevallen

été effectué avant l'accouchement concerné, et non au moment de celui-ci ou après. Elle doit être explicitée en ce sens.

7.4. Enfin, et en lien avec la question du consentement éclairé évoquée ci-dessus, la proposition devrait être complétée par une disposition prévoyant l'information de la mère quant aux conséquences de l'accouchement dans la discrétion, notamment sur le plan juridique, mais également concernant les droits, l'assistance, les avantages et l'éventuelle aide psychologique et sociale auxquels les familles, les isolés et leurs familles peuvent prétendre. Il se déduit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'un tel devoir d'information existe bel et bien ²⁵.

²⁵ Voir Cour eur. D.H., 10 janvier 2008, *Kearns c. France*, § 85 et s. Bien que dans cette affaire la Cour a décidé qu'il n'y a pas violation de l'article 8 de la CEDH, il se déduit de l'arrêt que l'article 8 de la CEDH requiert que la mère soit informée avec suffisamment de clarté des conséquences de son choix, ainsi que des délais et modalités pour rétracter son consentement (voir § 92):

“86. La Cour relève que la requérante, de nationalité irlandaise et résidant à Dublin, a fait le choix de venir accoucher en France pour bénéficier de la possibilité, inconnue en droit irlandais, d'un accouchement anonyme. Comme l'attestent les documents produits devant la Cour, elle s'est présentée à la maternité la semaine précédant l'accouchement, assistée d'un avocat et de sa mère. La présence de cet homme de loi laisse présumer que la requérante a bénéficié d'une information juridique avant même l'accouchement.

87. Le lendemain et le surlendemain de l'accouchement, la requérante, accompagnée de sa mère, a eu deux longs entretiens (chacun d'une demi-journée) avec les services sociaux, en présence respectivement d'une infirmière puis d'un médecin parlant anglais, mis à disposition par l'hôpital pour faire fonction d'interprètes. A cet égard, la Cour est d'avis que l'article 8 ne saurait s'interpréter comme exigeant des autorités, dans un tel cas, qu'elles assurent la présence d'un interprète qualifié.

88. S'agissant plus particulièrement de l'information reçue par la requérante sur le délai de rétractation, la Cour observe que le procès-verbal d'admission de K. comme pupille de l'État mentionnait deux délais (de deux mois et de six mois) susceptibles, comme l'a retenu la cour d'appel, de prêter à confusion. Toutefois, le formulaire de consentement à l'adoption signé par la requérante le même jour mentionnait expressément :

« Je [...] certifie avoir été informée : (...) du fait que cet acte deviendra DEFINITIF, après un délai de DEUX MOIS, soit le 20 avril 2002, et que pendant ce délai, l'enfant peut m'être rendu selon les modalités de rétractation prévues (article 348-3 alinéas 2 et 3 du code civil). »

89. Dès lors, aucune ambiguïté ne pouvait subsister dans l'esprit de la requérante sur le délai dont elle bénéficiait pour réclamer la restitution de sa fille.

90. Enfin, il ressort des documents que la requérante s'est vu remettre une notice précisant les délais et conditions de restitution de l'enfant, ainsi qu'un modèle de lettre de rétractation.

91. Au vu de ces éléments, la Cour estime que les autorités françaises ont fourni en l'espèce à la requérante une information suffisante et détaillée, en la faisant bénéficier d'une assistance linguistique non prévue par les textes et en s'assurant qu'elle soit informée aussi complètement que possible des conséquences de son choix, ainsi que des délais et modalités pour rétracter son consentement.

92. La Cour conclut en conséquence que l'État n'a pas méconnu à l'égard de la requérante les obligations positives mises à sa charge par l'article 8 de la Convention.

Il n'y a donc pas eu violation de cette disposition”. Voy. ég. Cour eur. D.H., arrêt *Naltakyan c. Russie* du 21 avril 2021, § 184.

in principe gemaakt moet worden vóór, en niet tijdens of ná, de bevalling in kwestie. De bepaling moet verduidelijkt worden in die zin.

7.4. Ten slotte zou het voorstel, in lijn met de hierboven aangehaalde kwestie van het *informed consent*, aangevuld moeten worden met een bepaling luidens welke de moeder ingelicht moet worden over de gevolgen van het discreteer bevallen, inzonderheid op het juridische vlak, maar ook over de rechten, de bijstand, de voordelen en de mogelijke psychologische en sociale hulpverlening waarop gezinnen, alleenstaanden en hun gezinnen aanspraak kunnen maken. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens kan afgeleid worden dat een dergelijke informatieplicht wel degelijk bestaat. ²⁵

²⁵ Zie EHRM 10 januari 2008, *Kearns t. Frankrijk*, § 85 et seq. Hoewel het Hof in deze zaak besliste dat er geen schending is van artikel 8 EVRM, kan uit het arrest afgeleid worden dat artikel 8 EVRM vereist dat de moeder voldoende duidelijk ingelicht wordt over de gevolgen van haar keuze en de termijn en mogelijkheden om daarop terug te komen (zie § 92):

“86. La Cour relève que la requérante, de nationalité irlandaise et résidant à Dublin, a fait le choix de venir accoucher en France pour bénéficier de la possibilité, inconnue en droit irlandais, d'un accouchement anonyme. Comme l'attestent les documents produits devant la Cour, elle s'est présentée à la maternité la semaine précédant l'accouchement, assistée d'un avocat et de sa mère. La présence de cet homme de loi laisse présumer que la requérante a bénéficié d'une information juridique avant même l'accouchement.

87. Le lendemain et le surlendemain de l'accouchement, la requérante, accompagnée de sa mère, a eu deux longs entretiens (chacun d'une demi-journée) avec les services sociaux, en présence respectivement d'une infirmière puis d'un médecin parlant anglais, mis à disposition par l'hôpital pour faire fonction d'interprètes. A cet égard, la Cour est d'avis que l'article 8 ne saurait s'interpréter comme exigeant des autorités, dans un tel cas, qu'elles assurent la présence d'un interprète qualifié.

88. S'agissant plus particulièrement de l'information reçue par la requérante sur le délai de rétractation, la Cour observe que le procès-verbal d'admission de K. comme pupille de l'État mentionnait deux délais (de deux mois et de six mois) susceptibles, comme l'a retenu la cour d'appel, de prêter à confusion. Toutefois, le formulaire de consentement à l'adoption signé par la requérante le même jour mentionnait expressément :

“ Je [...] certifie avoir été informée : (...) du fait que cet acte deviendra DEFINITIF, après un délai de DEUX MOIS, soit le 20 avril 2002, et que pendant ce délai, l'enfant peut m'être rendu selon les modalités de rétractation prévues (article 348-3 alinéas 2 et 3 du code civil). ”

89. Dès lors, aucune ambiguïté ne pouvait subsister dans l'esprit de la requérante sur le délai dont elle bénéficiait pour réclamer la restitution de sa fille.

90. Enfin, il ressort des documents que la requérante s'est vu remettre une notice précisant les délais et conditions de restitution de l'enfant, ainsi qu'un modèle de lettre de rétractation.

91. Au vu de ces éléments, la Cour estime que les autorités françaises ont fourni en l'espèce à la requérante une information suffisante et détaillée, en la faisant bénéficier d'une assistance linguistique non prévue par les textes et en s'assurant qu'elle soit informée aussi complètement que possible des conséquences de son choix, ainsi que des délais et modalités pour rétracter son consentement.

92. La Cour conclut en conséquence que l'État n'a pas méconnu à l'égard de la requérante les obligations positives mises à sa charge par l'article 8 de la Convention.

Il n'y a donc pas eu violation de cette disposition.” Zie eveneens, EHRM 21 april 2021, *Naltakyan v. Rusland*, § 184.

C. Possibilité pour l'enfant de recevoir des informations le concernant sur sa mère

8.1. L'article 43/3 proposé de l'ancien Code civil (article 4 de la proposition de loi) dispose que le tribunal de la famille conserve dans un registre créé à cette fin les informations sur l'origine de l'enfant né dans la discrétion qui sont en sa possession. Les autorités compétentes en matière d'adoption garantissent à l'enfant l'accès à ces informations en fournissant l'encadrement psychosocial approprié et moyennant le respect des conditions suivantes: a) l'enfant doit avoir atteint l'âge de douze ans; b) les autorités doivent avoir informé la mère et éventuellement le père ou la coparente, de la demande de l'enfant d'accéder aux données le concernant par courrier recommandé à la poste avec accusé de réception au domicile de chacun d'entre eux; c) la mère et éventuellement le père ou la coparente peuvent s'opposer à cette demande par l'introduction d'une requête auprès du tribunal de la famille dans le mois de la notification par les autorités. Le juge peut, dans des circonstances exceptionnelles, déterminer si certaines données ne doivent pas être rendues accessibles à l'enfant et, le cas échéant, lesquelles. À défaut d'opposition dans le mois de la notification, les autorités délivrent les informations à l'enfant.

S'exprimant sur la même question, l'avis 46 052/AG précité avait énoncé qu'« un contrôle judiciaire qui évalue les intérêts au cas par cas et vérifie si la demande de l'enfant peut être accueillie, doit être préféré au système qui opte de manière absolue pour les intérêts d'une partie ».

Cet avis mentionnait également que les intérêts de l'enfant devaient être la préoccupation principale : « Il convient également d'examiner la proposition sur ce point à la lumière des articles 3 et 7 précités de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. À cet égard, il importe de préciser que le Comité des droits de l'enfant semble interpréter les articles 3 et 7 de la Convention de telle façon que l'enfant puisse « autant que possible » et « au moment opportun » – ce qui pourrait impliquer une appréciation par le juge, au cas par cas – connaître l'identité de sa mère. Cela peut se déduire

C. Mogelijkheid van het kind om gegevens van het kind met betrekking tot zijn moeder te vernemen

8.1. Het voorgestelde artikel 43/3 van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het wetsvoorstel) bepaalt dat de familierechtbank in een daartoe aangelegd register de in haar bezit zijnde gegevens omtrent de herkomst van het discreet geboren kind bewaart. De inzake adoptie bevoegde autoriteit waarborgt dat het kind onder passende psychosociale begeleiding toegang krijgt tot deze gegevens, met inachtneming van de volgende voorwaarden: a) het kind moet de leeftijd van twaalf jaar hebben bereikt; b) de autoriteit moet de moeder en eventueel de vader of de meemoeder, bij ter post aangetekende brief met ontvangstbevestiging op de woonplaats van elk van hen, op de hoogte hebben gebracht van het verzoek van het kind om toegang te krijgen tot de gegevens die het betreffen; c) de moeder en eventueel de vader of de meemoeder kunnen zich tegen dit verzoek verzetten door binnen de maand die volgt op de kennisgeving door de autoriteit, een verzoekschrift in te dienen bij de familierechtbank. In uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter nagaan of bepaalde gegevens niet toegankelijk moeten worden gesteld voor het kind, en zo ja, dewelke. Bij gebrek aan verzet binnen één maand na de kennisgeving verstrekt de autoriteit de gegevens aan het kind.

In verband met dezelfde kwestie is in het voornoemde advies 46 052/AV gesteld dat *“een rechterlijke controle, die geval per geval de belangen afweegt en nagaat of op het verzoek van het kind kan worden ingegaan, moet worden verkozen boven een systeem waarbij absoluut wordt geopteerd voor de belangen van één partij.”*

In dat advies werd ook aangegeven dat de belangen van het kind centraal dienen te staan: “Het voorstel moet op dat punt ook onderzocht worden in het licht van de hiervoor reeds vermelde artikelen 3 en 7 van het VNKinderrechtenverdrag. In dat verband is het van belang te vermelden dat het VNKinderrechtencomité de artikelen 3 en 7 van het Verdrag zo lijkt te interpreteren dat het kind, ‘in de mate van het mogelijke’ en ‘op het gepaste ogenblik’ wat een beoordeling door een rechter, geval per geval, zou kunnen impliceren – de identiteit van de moeder moet kunnen vernemen. Dit kan men afleiden uit de concluding observations

des Observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies à l'intention du Luxembourg²⁶, de la France²⁷ et de l'Autriche²⁸. Compte tenu de la nécessité de prendre en considération de manière prioritaire l'intérêt de l'enfant, l'autorité centrale fédérale pourrait être habilitée, sur la base d'une analyse de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, à vérifier, au cas par cas, la légalité et la motivation de la volonté ou du désir de la mère biologique et à contrôler si cette volonté ou ce désir sert les intérêts de l'enfant mineur²⁹. Ce contrôle serait opéré sous la réserve des recours judiciaires qui devraient pouvoir être introduits sur ces questions³⁰.

Dans son arrêt *Godelli* précité, la Cour européenne a remis l'accent sur la nécessité d'une mise en balance concrète par une instance indépendante aux fins de statuer sur l'accès de l'enfant aux informations relatives à ses origines.

8.2. Le dispositif soumis pour avis répond, à première vue, aux préoccupations ainsi résumées en ce qui concerne les intérêts de l'enfant et à l'exigence que l'enfant puisse "autant que possible" et "au moment opportun" connaître l'identité de sa mère. Il n'y a en tout cas plus de droit de veto pour la mère, mais une appréciation par un juge, au cas par cas.

La section de législation estime cependant devoir faire les observations suivantes.

8.3.1. Premièrement, le dispositif proposé subordonne la possibilité d'accès aux informations à la condition que l'enfant ait atteint l'âge de douze ans (article 43/3, § 2, a, proposé de

van het VN Kinderrechtencomité jegens Luxemburg²⁶, Frankrijk²⁷ en Oostenrijk²⁸. Gelet op het feit dat in de eerste plaats rekening moet worden gehouden met het belang van het kind, zou aan de federale centrale autoriteit de bevoegdheid gegeven kunnen worden om, op basis van een analyse van het VN Kinderrechtenverdrag, geval per geval, de wil of de wens van de geboortemoeder naar wettelijkheid en gegrondheid af te toetsen en na te gaan of de belangen van de minderjarige met deze wil of deze wens gediend zijn²⁹. Die controle zou worden verricht onder het voorbehoud van rechterlijk beroepen die over die vraagstukken ingesteld zouden moeten kunnen worden³⁰.

In het voornoemde arrest *Godelli* heeft het Europees Hof andermaal de nadruk gelegd op de noodzaak van een belangenafweging *in concreto* door een onafhankelijke instantie met het oog op de beslissing in verband met de toegang van het kind tot de informatie betreffende zijn afkomst.

8.2. De voorgelegde regeling voldoet op het eerste gezicht aan de aldus samengevatte bekommernissen inzake de belangen van het kind en de vereiste dat het kind "in de mate van het mogelijke" en "op het gepaste ogenblik" de identiteit van de moeder kan vernemen. Er is alvast geen vetorecht meer van de moeder, maar een beoordeling door een rechter, geval per geval.

De afdeling Wetgeving meent desalniettemin de volgende opmerkingen te moeten maken.

8.3.1. Ten eerste wordt in het voorgestelde dispositief de mogelijke toegang tot de informatie afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat het kind de leeftijd van twaalf jaar bereikt

²⁶ Note de bas de page 28 de l'avis cité : "Le Comité prie instamment l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme. Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère" (*loc. cit.*).

²⁷ Note de bas de page 29 de l'avis cité : "Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3)" (*loc. cit.*).

²⁸ Note de bas de page 30 de l'avis cité : "Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux «berceaux d'accueil». Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents – en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents –, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié" (*loc. cit.*).

²⁹ Note de bas de page 31 de l'avis cité : Dans ce sens : Kinderrechtencommissariaat (Commissariat des droits de l'enfant de la Communauté flamande), *Advies Discreet bevallen*, 16 février 2009.

³⁰ Note de bas de page 32 de l'avis cité : Voir les observations faites sous le n° III.B.3, plus bas.

²⁶ *Voetnoot 28 van het geciteerde advies*: "Le Comité prie instamment l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme. Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère" (*loc. cit.*).

²⁷ *Voetnoot 29 van het geciteerde advies*: "Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3)" (*loc. cit.*).

²⁸ *Voetnoot 30 van het geciteerde advies*: "Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux 'berceaux d'accueil'. Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents – en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents –, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié" (*loc. cit.*).

²⁹ *Voetnoot 31 van het geciteerde advies*: In die zin: Kinderrechtencommissariaat van de Vlaamse Gemeenschap, *Advies Discreet bevallen*, 16 februari 2009.

³⁰ *Voetnoot 32 van het geciteerde advies*: Zie infra, de opmerkingen gemaakt onder III.B.3.

l'ancien Code civil). Au sujet d'une telle limite d'âge, on peut lire ce qui suit dans l'avis 46 052/AG :

“ En conséquence, en cas d'accouchement discret, il paraît nécessaire de permettre la consultation à partir de 12 ans. Le Commissariat aux droits de l'enfant de la Communauté flamande et le Conseil d'État, dans l'avis précité n° 33 294/3, suggèrent même de prévoir la possibilité de consultation au-dessous de la limite d'âge de 12 ans, si la capacité de discernement peut être démontrée ³¹ ».

À l'estime de la section de législation, l'accès aux données doit être possible, sauf justification admissible en sens contraire, sous la limite d'âge de douze ans si la capacité de discernement peut être démontrée.

La section de législation n'aperçoit pas non plus pourquoi le représentant légal ne peut pas soumettre une demande aux autorités compétentes en matière d'adoption et avoir accès à certaines données, surtout lorsque l'enfant a moins de 12 ans. Ce point peut s'avérer particulièrement pertinent lorsqu'il s'agit de données de santé qui peuvent être importantes pour le suivi médical de l'enfant.

8.3.2. En second lieu, il importerait de démontrer pourquoi l'opposition de la mère et éventuellement du père ou de la coparente doit avoir lieu dans le mois qui suit la notification par les autorités. Il y a lieu de justifier ce délai relativement court dans le cadre des travaux préparatoires.

8.3.3. Troisièmement, il conviendrait de faire la clarté sur la portée de l'intervention judiciaire prévue par l'article 43/3, § 2, alinéa 2, proposé de l'ancien Code civil, et des « circonstances exceptionnelles » auxquelles il y est fait allusion.

À l'estime de la section de législation, le mécanisme prévu ne peut en tout état de cause être interprété comme signifiant que la balance des intérêts en présence ne peut être effectuée que dans des “circonstances exceptionnelles”. Celle-ci doit en effet être opérée de manière systématique et ce, conformément aux articles 3 et 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que l'article 22*bis* de la Constitution, en accordant une considération primordiale à ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant. Les données pertinentes sur ce point sont susceptibles d'évoluer avec le temps, en fonction des circonstances, en sorte que cet intérêt doit être évalué au jour où le tribunal statue.

Au-delà de cette première conclusion, la disposition proposée manque également de clarté quant à l'indication de ce qui, dans le chef de ses auteurs, constitue respectivement le

heeft (voorgesteld artikel 43/3, § 2, a, van het Oud Burgerlijk Wetboek). In advies 46 052/AV wordt over een dergelijke leeftijdsgrens het volgende gezegd:

“Het lijkt bijgevolg noodzakelijk om een inzage en kennisname bij discrete bevalling mogelijk te maken vanaf 12 jaar. Het Kinderrechtencommissariaat van de Vlaamse Gemeenschap en de Raad van State in voornoemd[d] advies nr. 33 294/3 suggereren zelfs dat men ook in de mogelijkheid moet voorzien om onder de leeftijdsgrens van 12 jaar te gaan, indien het onderscheidingsvermogen kan worden aangetoond³¹”

De afdeling Wetgeving is van oordeel dat de toegang tot de gegevens mogelijk moet zijn onder de leeftijdsgrens van twaalf jaar als het onderscheidingsvermogen kan worden aangetoond, tenzij er een aanvaardbare reden is om die toegang niet te verlenen.

De afdeling Wetgeving ziet evenmin in waarom de wettelijke vertegenwoordiger geen verzoek kan indienen bij de inzake adoptie bevoegde autoriteit en toegang kan krijgen tot bepaalde gegevens, zeker wanneer het kind nog geen twaalf jaar is. Dit kan bijzonder relevant zijn wanneer het gezondheidsgegevens betreft die van belang kunnen zijn voor de medische opvolging van het kind.

8.3.2. Ten tweede zou aangetoond moeten worden waarom het verzet door de moeder en eventueel de vader of de meemoeder binnen de maand dient te gebeuren die volgt op de kennisgeving door de autoriteit. De relatief korte termijn dient verantwoord te worden in het kader van de parlementaire voorbereiding.

8.3.3. Ten derde zou er duidelijkheid verschaft moeten worden over de strekking van de rechterlijke tussenkomst waarin is voorzien in het voorgestelde artikel 43/3, § 2, tweede lid van het Oud Burgerlijk Wetboek en van de “uitzonderlijke omstandigheden” waarvan gewag gemaakt wordt.

Volgens de afdeling Wetgeving mag het beoogde mechanisme in geen geval aldus geïnterpreteerd worden dat de afweging van de in het geding zijnde belangen alleen gemaakt kan worden in “uitzonderlijke omstandigheden”. Die afweging moet immers op systematische wijze gemaakt worden en wel, overeenkomstig de artikelen 3 en 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, alsook artikel 22*bis* van de Grondwet, zodanig dat het hoger belang van het kind vooropstaat. De gegevens die er op dat punt toe doen, kunnen veranderen met de tijd, naargelang van de omstandigheden, zodat dat belang beoordeeld moet worden op de dag dat de rechtbank uitspraak doet.

Los van die eerste conclusie, wordt in de voorgestelde bepaling evenmin duidelijk aangegeven wat, in hoofde van de stellers, op het stuk van toegang respectievelijk het principe

³¹ Note de bas de page 71 de l'avis cité : Commissariat aux droits de l'enfant de la Communauté flamande, avis, Discreet bevallen, 16 février 2009. Dans l'avis n° 33 294/3 précité, le Conseil d'État énonce même que l'âge ne peut jouer aucun rôle lors de la recevabilité mais seulement lors de la mise en balance des intérêts.

³¹ Voetnoot 71 van het geciteerde advies: Kinderrechtencommissariaat van de Vlaamse Gemeenschap, advies, *Discreet bevallen*, 16 februari 2009. In voornoemd advies nr. 33 294/3 stelt zelfs de Raad van State dat de leeftijd geen rol mag spelen bij de ontvankelijkheid maar enkel bij de belangenafweging.

principe et l'exception en matière d'accès. Faut-il l'interpréter en ce sens que, lorsque les personnes visées par l'article 43/3, § 2, alinéa 1^{er}, c, proposé s'y opposent, l'accès aux données demeure le principe, et le refus d'accès l'exception, uniquement admissible en cas de "circonstances exceptionnelles", ou, tout à l'inverse, faut-il interpréter la disposition en ce sens que l'absence d'accès serait le principe et l'octroi d'accès l'exception, uniquement admissible en cas de "circonstances exceptionnelles" ? La première interprétation visée semble plus congruente à l'intention exprimée par les auteurs de la proposition dans les développements de celle-ci ³² et au statut d'"ultime recours" associé à l'accouchement discret par le Comité des droits de l'enfant mais il s'indiquerait que le texte soit clarifié sur ce point en veillant à ce que le mécanisme mis en place permette in fine d'accorder une considération primordiale à ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant, évalué au jour où le tribunal statue. Dans le même souci de clarification, il s'indiquerait que les travaux préparatoires fournissent quelques exemples des "circonstances exceptionnelles" visées par le texte proposé.

8.3.4. Quatrièmement, le dispositif proposé, tout en faisant la distinction entre les données identifiantes et les données non identifiantes, n'y associe en pratique aucun conséquence concrète et traite à l'identique la possibilité d'accès aux unes et aux autres. Par conséquent, le dispositif proposé permet en théorie que le tribunal refuse la divulgation de données non-identifiantes. Cependant, la section de législation n'aperçoit aucun motif admissible pour justifier un tel refus, eu égard, précisément, au caractère non-identifiant des données concernées. Dans l'avis 46 052/AG, il était observé ce qui suit sur ce point :

"III.A.5.2. L'accès complet, au bénéfice de l'enfant, aux données non identifiantes de sa mère ne suscite aucun conflit avec les intérêts de la mère que la proposition tend à mettre en avant ou avec les valeurs sociales dont elle vise à tenir compte. On n'aperçoit donc pas, au regard de l'intérêt de l'enfant, ce qui pourrait justifier l'absence d'obligation faite à la mère en la matière, doublée en outre de la possibilité reconnue à la mère de retirer les éléments constitutifs de la liste des données non identifiantes.

Sur cette question, le fait que la législation française rendait possible l'accès de l'intéressée aux 'informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers' a été un élément important ayant permis à la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt Odièvre c. France du 13 février 2003, d'admettre la conventionnalité de ladite législation en matière d' 'accouchement sous X' ³³.

³² P. 9.

³³ Note de bas de page 39 de l'avis cité : Paragraphe 48 de l'arrêt.

en de uitzondering is. Moet die bepaling aldus geïnterpreteerd worden dat, wanneer de personen bedoeld in het voorgestelde artikel 43/3, § 2, eerste lid, c, zich tegen die toegang tot de gegevens verzetten, de toegang het principe blijft en de weigering van de toegang de uitzondering, die alleen aanvaardbaar is in "uitzonderlijke omstandigheden", of moet, helemaal in de tegengestelde zin, de bepaling aldus geïnterpreteerd worden dat de niettoegankelijkheid het principe zou zijn en de toekenning van de toegang de uitzondering, die alleen aanvaardbaar zou zijn in geval van "uitzonderlijke omstandigheden"? De eerste interpretatie lijkt meer te stroken met de bedoeling van de stellers van het voorstel zoals die wordt weergegeven in de toelichting bij het voorstel³² en met het statuut van "laatste redmiddel" dat door het Comité voor de rechten van het kind gegeven wordt aan het discreet bevallen, maar het verdient aanbeveling om de tekst te verduidelijken op dat punt, waarbij erop gelet dient te worden dat het ingestelde mechanisme het uiteindelijk mogelijk maakt het hoger belang van het kind voorop te stellen, waarbij dit hoger belang beoordeeld moet worden op de dag dat de rechtbank uitspraak doet. Nog steeds ter wille van de duidelijkheid verdient het aanbeveling dat in de parlementaire voorbereiding enkele voorbeelden gegeven worden van de in de voorgestelde tekst bedoelde "uitzonderlijke omstandigheden".

8.3.4. Ten vierde wordt in het voorgestelde dispositief weliswaar een onderscheid gemaakt tussen identificatiegegevens en andere gegevens, maar wordt daar in de praktijk geen concreet gevolg aan verbonden en wordt de mogelijke toegang tot de ene of de andere gegevens op dezelfde wijze geregeld. Bijgevolg biedt het voorgestelde dispositief de rechtbank in theorie de mogelijkheid te weigeren andere gegevens dan identificatiegegevens vrij te geven. De afdeling Wetgeving ziet echter niet in wat een dergelijke weigering zou kunnen rechtvaardigen, precies gelet op het feit dat de gegevens in kwestie niet kunnen leiden tot identificatie. In advies 46 052/AG is op dat punt het volgende opgemerkt:

"III.A.5.2. De volledige toegang, ten gunste van het kind, tot de gegevens die geen identificatie van zijn moeder mogelijk maken, botst helemaal niet met de belangen van de moeder die het voorstel op de voorgrond wil plaatsen of met de maatschappelijke waarden waarmee het voorstel rekening wil houden. In het licht van het belang van het kind is het dus niet duidelijk wat zou kunnen wettigen dat de moeder daartoe niet verplicht wordt, wat voorts nog versterkt wordt door het feit dat de moeder de inlichtingen op de lijst van de niet-identificerende gegevens kan intrekken.

Wat dat betreft, is het feit dat de Franse wetgeving de belanghebbende toegang verleende tot '[les] informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers' een belangrijk gegeven geweest dat de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid heeft geboden in haar arrest van 13 februari 2003 in de zaak Odièvre t. Frankrijk aan te nemen dat die wetgeving inzake anonieme bevallingen verenigbaar is met het verdragsrecht³³.

³² P. 9.

³³ Voetnoot 39 van het geciteerde advies: Paragraaf 48 van het arrest.

Il importe à cet égard d'attirer l'attention du législateur sur ce que certaines de ces données pourraient être d'une importance considérable, parfois même vitale, pour la santé de l'enfant, compte tenu de la nécessité pour lui de connaître les informations sur les maladies génétiques de la mère et du père ou d'autres ayant une importance analogue. On peut même se demander s'il ne serait pas indiqué, eu égard à ces intérêts prépondérants, que ces données non identifiantes soient communiquées immédiatement aux personnes en charge de la personne du mineur, comme par exemple à ceux qui, le cas échéant, l'adopteront ou exerceront la tutelle sur lui, sans attendre une initiative de leur part au nom de l'enfant".

8.3.5. Cinquièmement, le dispositif à l'examen ne prévoit pas la possibilité, pour les descendants de l'enfant né dans la discrétion, de solliciter des données relatives à l'origine de celui-ci³⁴. A moins qu'il n'existe une justification convaincante en sens contraire, il conviendrait de remédier à cette carence. En effet, et selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁵, "le droit à l'identité", qui inclut "le droit à connaître son ascendance" et qui fait "partie intégrante de la notion de vie privée", ne se limite pas aux rapports d'ascendance au premier degré et protège également – quoique de manière moins intense que dans le cas de ces derniers³⁶ – le droit pour des enfants de faire la lumière sur la filiation de leur auteur. Il peut être tout aussi crucial pour un petit-enfant d'avoir accès aux antécédents médicaux de ses ascendants. Il serait d'autant moins justifié de refuser dans une telle hypothèse l'accès à ces données alors que celles-ci ne seraient pas identifiantes.

8.3.6. Sixièmement, l'article 43/3, § 2, dernier alinéa, proposé, dispose également que l'accès aux données est garanti après le décès de la mère biologique, et éventuellement du père biologique ou de la coparente de la mère, sans que les ayants-droit puissent s'y opposer. À cet égard, le Conseil d'État, dans son avis 46 052/AG, a formulé les observations suivantes:

"III.A.4.3. L'attention du législateur est en outre attirée sur ce que ces questions peuvent se poser non seulement du vivant de la mère mais aussi après son décès. Or, même si elles sont fortement réduites et peuvent être vouées à l'échec par une décision négative de la mère, les possibilités pour l'enfant, aménagées par la proposition, de prendre connaissance des

In dat verband moet de wetgever erop attent gemaakt worden dat sommige van die gegevens van groot en soms zelfs van vitaal belang kunnen zijn voor de gezondheid van het kind, daar het kind op de hoogte moet zijn van de gegevens over de genetische ziekten van de moeder en de vader of van anderen die net zo belangrijk zijn. De vraag rijst zelfs of het niet aangewezen zou zijn, gelet op die doorslaggevende belangen, dat die niet-identificerende gegevens onmiddellijk worden meegedeeld aan de personen die verantwoordelijk zijn voor de minderjarige, zoals bijvoorbeeld, in voorkomend geval, aan degenen die de minderjarige zullen adopteren of de voogdij over hem zullen uitoefenen, zonder te wachten op een initiatief dat zij namens het kind zouden nemen."

8.3.5. Ten vijfde wordt in het voorliggende dispositief niet voorzien in de mogelijkheid dat de afstammelingen van het discreet geboren kind, gegevens kunnen opvragen in verband met de afkomst van dat kind.³⁴ Tenzij er een overtuigende reden zou zijn om dat niet mogelijk te maken, dient die lacune verholpen te worden. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens³⁵ beperkt "le droit à l'identité", waaronder "le droit à connaître son ascendance", dat een onlosmakelijk deel uitmaakt van het begrip "vie privée", zich immers niet tot de eerstegraadsverwanten en beschermt het eveneens – hoewel in minder mate dan in het geval van die laatsten,³⁶ – het recht voor kinderen om klaarheid te krijgen in verband met de afstamming van hun verwekker. Het kan evengoed voor een kleinkind van cruciaal belang zijn om toegang te krijgen tot de medische antecedenen van zijn voorouders. Het zou des te minder gerechtvaardigd zijn dat in een dergelijk geval de toegang tot die gegevens geweigerd wordt, terwijl die niet kunnen leiden tot identificatie.

8.3.6. Ten zesde bepaalt het voorgestelde artikel 43/3, § 2, laatste lid, ook dat de toegang tot de gegevens gewaarborgd blijft na het overlijden van de biologische moeder, en eventueel van de biologische vader of van de meemoeder van de moeder, zonder dat de rechthebbenden zich ertegen kunnen verzetten. Hierover heeft de Raad van State in advies 46 052/AV het volgende geschreven:

"III.A.4.3. Bovendien wordt de wetgever erop attent gemaakt dat die vragen niet alleen kunnen rijzen terwijl de moeder nog leeft, maar ook na haar dood. Zelfs als de mogelijkheden die het voorstel aan het kind biedt om kennis te nemen van de gegevens die de identificatie van de moeder mogelijk maken, zeer beperkt zijn en door een negatief antwoord van de moeder

³⁴ Voir l'avis C.E. 46 052/AG, observation 3 à propos de l'article 5.

³⁵ Cour eur. D.H., décision du 5 mai 2009, *Menendez Garcia*, req. N° 21046/07.

³⁶ *Ibid.* : "À cet égard, la Cour considère que l'intérêt dans la connaissance de l'identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants. En effet, alors qu'il convient de lui accorder la plus haute importance s'agissant des ascendants directs, à savoir les parents, son poids en relation avec d'autres intérêts diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté. Il appartient à chaque État de ménager son ordre juridique interne en utilisant la marge d'appréciation dont il dispose pour pondérer les intérêts en conflit dans chaque cas d'espèce. Un des moyens d'effectuer cette pondération est la réglementation des conditions d'octroi de la capacité pour agir dans les demandes de reconnaissance de paternité".

³⁴ Zie adv.RvS 46 052/AV, opmerking 3 onder artikel 5.

³⁵ EHRM, beslissing van 5 mei 2009, *Menendez Garcia*, verz. 21046/07.

³⁶ *Ibid.* : "À cet égard, la Cour considère que l'intérêt dans la connaissance de l'identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants. En effet, alors qu'il convient de lui accorder la plus haute importance s'agissant des ascendants directs, à savoir les parents, son poids en relation avec d'autres intérêts diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté. Il appartient à chaque État de ménager son ordre juridique interne en utilisant la marge d'appréciation dont il dispose pour pondérer les intérêts en conflit dans chaque cas d'espèce. Un des moyens d'effectuer cette pondération est la réglementation des conditions d'octroi de la capacité pour agir dans les demandes de reconnaissance de paternité."

données identifiantes de sa mère supposent que celle-ci soit encore en vie ³⁷.

Sur ce point, on peut relever que le décès de la mère ne fait nullement disparaître l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines. Indépendamment de la solution qui, à la lumière des considérations qui précèdent, sera donnée quant à l'accès aux données identifiantes de la mère, il ne paraît pas justifié au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 22 de la Constitution (droit à la vie privée et familiale) d'admettre qu'un éventuel veto soit prolongé indéfiniment après le décès de la mère sans autre possibilité de mise en balance des intérêts. C'est l'inverse à tout le moins qu'il faudrait prévoir, comme dans la législation française: si la mère vient à décéder, elle est censée accepter que son identité soit révélée si l'enfant en fait la demande, à moins qu'elle n'ait expressément stipulé le contraire dans une déclaration écrite ³⁸.

Même en ce cas, on devrait examiner la possibilité d'un contrôle judiciaire effectif en veillant à ce que toutes les parties intéressées, notamment les héritiers de la mère décédée, puissent devenir parties à la cause. Les modalités de ce contrôle devraient être précisées dans la loi, spécialement quant aux délais dans lesquels l'action devrait être introduite.

La proposition, notamment son article 62^{quater}, § 9, alinéa 5, proposé (article 5 de la proposition), devrait être reconsidérée en conséquence ”.

Bien que le droit à la vie privée de la mère ne soit plus en cause après son décès ³⁹, on peut néanmoins soutenir que le droit à la vie familiale des enfants de la mère peut être en cause. Il convient de prévoir un dispositif prévoyant que si la mère a indiqué qu'elle souhaitait rester anonyme même après sa mort, les héritiers de la mère puissent défendre ce point de vue devant le juge, notamment à la lumière de leurs propres intérêts.

8.3.7. Septièmement, il s'imposerait de préciser davantage, dans la loi elle-même, les éléments essentiels de la notion de “données nécessaires au suivi de l'état de santé, des antécédents médicaux de l'enfant et de sa famille », telle qu'elle est visée par l'article 43/3, § 2, alinéa 1^{er}, proposé de l'ancien Code civil, et d'en donner des exemples dans les travaux préparatoires. En effet, à la lumière du principe de légalité en matière de traitement des données à caractère personnel, consacré par l'article 22 de la Constitution, les

op niets kunnen uitlopen, wordt er bij die mogelijkheden echter van uitgegaan dat de moeder nog leeft³⁷.

Op dat punt kan worden opgemerkt dat het overlijden van de moeder geenszins het belang van het kind om zijn afkomst te kennen wegneemt. Los van de oplossing die in het licht van de voorgaande overwegingen zal worden gekozen om toegang te verlenen tot de gegevens die de identificatie van de moeder mogelijk maken, lijkt het in het licht van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 22 van de Grondwet (recht op privacy en gezinsleven) niet gerechtvaardigd om aan te nemen dat een mogelijk veto voor altijd verlengd wordt na de dood van de moeder, zonder enige verdere mogelijkheid van belangenafweging. Op zijn minst zou, zoals in de Franse wetgeving, moeten voorzien worden in het omgekeerde: wanneer de moeder komt te sterven wordt de moeder geacht in te stemmen met de bekendmaking van haar identiteit op verzoek van het kind, tenzij ze uitdrukkelijk het tegenovergestelde heeft bedongen in een schriftelijke verklaring³⁸.

Zelfs in dat geval zou moeten worden onderzocht of in een werkzame toetsing door de rechter kan worden voorzien, waarbij erop gelet moet worden dat alle belanghebbende partijen, in het bijzonder de erfgenamen van de overleden moeder, bij het geding betrokken kunnen worden. De nadere regels voor die toetsing zouden in de wet moeten worden gepreciseerd, vooral in verband met de termijn waarbinnen de vordering zou moeten ingesteld.

Het voorstel – inzonderheid het voorgestelde artikel 62^{quater}, § 9, vijfde lid, (artikel 5 van het voorstel) – zou dienovereenkomstig moeten worden herzien.”

Hoewel het recht op privacy van de moeder na haar overlijden niet meer in het geding is³⁹, kan wel aangevoerd worden dat het recht op familieleven en het recht op gezinsleven van de kinderen van de moeder in het geding kunnen zijn. Er dient in een regeling te worden voorzien waarbij, indien de moeder heeft aangegeven dat ze ook na haar dood anoniem wenst te blijven, de erfgenamen van de moeder dit standpunt kunnen verdedigen voor de rechter, mede in het licht van hun eigen belangen.

8.3.7. Ten zevende zou in de wet zelf nauwkeuriger aangegeven moeten worden welke de essentiële elementen zijn van het begrip “gegevens die nodig zijn voor het opvolgen van de gezondheidstoestand van het kind en betreffende de medische anteceden ten van het kind en zijn familie”, zoals dat vermeld wordt in het voorgestelde artikel 43/3, § 2, eerste lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek, en zouden daarvan voorbeelden gegeven moeten worden in de parlementaire voorbereiding. In het licht van het legaliteitsbeginsel inzake de verwerking

³⁷ Note de bas de page 35 de l'avis cité : Article 62^{quater}, § 9, proposé du Code civil (article 5 de la proposition).

³⁸ Note de bas de page 36 de l'avis cité : Voir Cour eur. dr. h., Odièvre c. France, 13 février 2003, § 17, pour un aperçu de la législation française en vigueur à l'époque de cet arrêt.

³⁹ Voy. Cour eur. D.H., décision du 15 juin 2006, Succession Kresten Filtenborg Mortensen c. Danemark, req. N° 1338/03 ; Cour eur. D.H., 13 juillet 2006, Jaggi c. Suisse, § 42.

³⁷ Voetnoot 35 van het geciteerde advies: Voorgestelde artikel 62^{quater}, § 9, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 5 van het voorstel).

³⁸ Voetnoot 36 van het geciteerde advies: Zie EHRM, Odièvre t. Frankrijk, 13 februari 2003, § 17, voor een weergave van de Franse wetgeving zoals die ten tijde van dat arrest in werking was.

³⁹ Zie EHRM, beslissing van 15 juni 2006, De erven van Kresten Filtenborg Mortensen v. Denemarken, verz. 1338/03; EHRM 13 juli 2006, Jaggi v. Zwitserland, § 42.

catégories de données traitées, entre autres, doivent être déterminées par la loi ⁴⁰. En outre, ces catégories doivent être définies de manière suffisamment précise, ce qui n'est pas le cas pour la disposition proposée. Dès lors, il y a lieu de prévoir une énumération suffisamment précise et exhaustive des catégories visées de données à caractère personnel. Pour la détermination des aspects plus secondaires, une habilitation pourrait être donnée au Roi.

8.3.8. Enfin, il convient de prévoir que, lorsque la mère renonce à sa décision conformément à ce que prévoit l'article 43/1, § 1^{er}, proposé de l'ancien Code civil, les données qui auraient éventuellement été enregistrées dans l'intervalle seront immédiatement détruites.

D. Les droits du père ou de la coparente

9. S'agissant des droits du père et de la coparente, la proposition soulève deux séries de difficultés. La première concerne le dépôt et la conservation de données identifiantes relatives au père biologique ou à la coparente (1). La seconde concerne les droits reconnus à ces derniers dans le contexte de l'accouchement discret (2).

1. Les données relatives au père biologique ou à la coparente

10. L'article 43/3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, b), proposé de l'ancien Code civil prévoit que le registre conservé au tribunal de la famille contient notamment, "éventuellement", le nom, les prénoms et le domicile du père ou de la coparente, ainsi que l'année, le jour et le lieu de naissance de celui-ci ou de celle-ci.

L'enregistrement, la conservation et le traitement de telles données constituent une ingérence dans le droit au respect de la vie privée dont la section de législation n'aperçoit pas la justification. De deux choses l'une, en effet. Soit la filiation du père ou de la coparente est d'ores et déjà établie vis-à-vis de l'enfant concerné et est dès lors connue de celui-ci, en sorte que l'enregistrement des données précitées n'a aucune utilité. Soit la filiation du père ou de la coparente vis-à-vis de l'enfant concernée n'est pas établie et, dans ce cas, lorsqu'il n'y a pas de consentement de l'intéressé(e) à la mention de celles-ci, on n'aperçoit pas ce qui peut certifier la fiabilité des informations concernées. L'équilibre des intérêts en cause peut seulement être réalisé par les voies du droit commun qui permettent à l'enfant de faire établir sa filiation.

2. Les droits du père ou de la coparente dans le contexte de l'accouchement discret

11.1. Selon les développements, il est prévu un système dans le cadre duquel le père biologique ou la coparente peuvent

⁴⁰ Avis C.E. 68 936/AG du 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', *Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1951/001, p. 119.

van persoonsgegevens, vervat in artikel 22 van de Grondwet, moeten onder meer de categorieën van verwerkte gegevens immers in de wet worden bepaald.⁴⁰ Die categorieën moeten bovendien voldoende nauwkeurig worden omschreven, wat niet het geval is voor de voorgestelde bepaling. Er moet dan ook worden voorzien in een voldoende precieze en exhaustieve opsomming van de beoogde categorieën van persoonsgegevens. Voor het vaststellen van de meer secundaire aspecten, zou een machtiging aan de Koning verleend kunnen worden.

8.3.8. Tot slot dient bepaald te worden dat, wanneer de moeder, overeenkomstig het voorgestelde artikel 43/1, § 1, van het Oud Burgerlijk wetboek, afziet van haar beslissing, de gegevens die eventueel in de tussentijd geregistreerd zouden zijn, onmiddellijk vernietigd worden.

D. Rechten van de vader of de meemoeder

9. Wat de rechten van de vader en van de meemoeder betreft, doet het voorstel twee reeksen problemen rijzen. De eerste reeks betreft het invoeren en het bewaren van identiteitsgegevens van de biologische vader of de meemoeder (1). De tweede reeks heeft betrekking op de rechten die aan deze laatsten worden toegekend in de context van de discrete bevalling (2).

1. De gegevens betreffende de biologische vader of de meemoeder

10. Het voorgestelde artikel 43/3, § 1, eerste lid, b), van het Oud Burgerlijk Wetboek bepaalt dat het register dat de familierechtbank bewaart, "in voorkomend geval" onder meer de naam, de voornamen en de woonplaats van de vader of van de meemoeder bevat, alsook het geboortjaar, de geboortedatum en -plaats van de vader of van de meemoeder.

De registratie, de bewaring en de verwerking van dergelijke gegevens vormen een inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven waarvoor de afdeling Wetgeving geen verantwoording ziet. Het is immers van tweeën één. Ofwel staat de afstammingsband van de vader of van de meemoeder met het betrokken kind al vast en heeft het kind daar weet van, waardoor de registratie van de voornoemde gegevens geen enkel nut heeft. Ofwel staat de afstammingsband van de vader of van de meemoeder met het betrokken kind niet vast en dan is het, wanneer de betrokkene niet instemt met de vermelding van die gegevens, niet duidelijk hoe de betrouwbaarheid van de informatie in kwestie kan worden gegarandeerd. De in het geding zijnde belangen kunnen enkel met elkaar in evenwicht worden gebracht via de rechtsmiddelen van het gemene recht die het kind in staat stellen zijn afstamming te laten vaststellen.

2. De rechten van de vader of van de meemoeder in de context van de discrete bevalling

11.1. Volgens de toelichting wordt in een regeling voorzien waarbij de biologische vader of de meemoeder een verzoek

⁴⁰ Adv.RvS 68 936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 'betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie', *Parl. St.* Kamer 2020/21, nr. 55-1951/001, 119.

introduire une demande de filiation à l'égard de l'enfant par le mécanisme de reconnaissance paternelle ou comaternelle mais qui empêche cependant ces derniers de former opposition à la décision de la mère d'accoucher dans la discrétion. Cette reconnaissance devra être effectuée dans un délai de deux mois après la naissance de l'enfant.

11.2. Les droits ainsi reconnus forment l'objet de l'article 9 de la proposition, lequel ajoute un alinéa supplémentaire à l'article 328, § 1^{er}, de l'ancien Code civil, ainsi libellé: "La reconnaissance peut être faite à l'égard d'un enfant né dans le cadre de l'article 43/1, § 1^{er}. La demande est recevable dans le même délai que celui fixé à l'article 43/1, § 1^{er}".

Dans cette rédaction, cette disposition n'est pas claire sur différents points.

12.1. Premièrement, et aux fins de lisibilité du dispositif, il conviendrait de faire de celui-ci, non pas un alinéa nouveau de l'article 328, § 1^{er}, de l'ancien Code civil, mais bien un paragraphe à part entière de cette disposition.

12.2. Deuxièmement, il n'est pas précisé qui peut reconnaître l'enfant et si ce droit revient uniquement à l'époux ou à la coparente ou éventuellement aussi à la personne qui prétend être le père. Il y a lieu de préciser ce point.

12.3. Troisièmement, on n'aperçoit pas clairement comment cette disposition s'articule avec les autres dispositions de l'ancien Code civil. Ainsi, la question se pose de savoir comment cette disposition s'articule avec l'article 325/4 proposé (article 7 de la proposition de loi), selon lequel la demande de reconnaissance par la coparente est irrecevable si la mère a accouché dans la discrétion et si elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

12.4. Quatrièmement, il apparaît que ni l'article 9 de la proposition ni aucune autre disposition de celle-ci n'apportent de réponse à une série de questions, comme la question de savoir si le fait que le père se présente dans l'établissement ou si d'autres circonstances suffisent pour admettre qu'il y a possession d'état au regard de l'article 324 de l'ancien Code civil et de savoir ce qui est possible si le père n'a pas connaissance (à temps) de la naissance. Cette observation a déjà été formulée dans l'avis 46 052/AG :

"III.A.6.3. Sous la réserve qui vient d'être exprimée, les observations qui suivent partent de l'hypothèse que le père ou celui qui prétend l'être souhaite la reconnaissance de ses droits dans le respect de la discrétion de l'accouchement voulue par la mère.

Plusieurs cas de figure paraissent pouvoir se présenter, qui ont toutefois en commun que l'établissement de la filiation paternelle ne pourra se faire que par une reconnaissance ou par une action en recherche de paternité. En effet, lorsque la mère est mariée, la présomption légale de paternité prévue l'article 315 du Code civil ne peut être mise en œuvre puisqu'à

tot erkenning van de afstammingsband ten opzichte van het kind kan indienen via de regeling inzake de erkenning van het vaderschap of van het meemoederschap, maar waarbij de betrokkenen geen verzet kunnen aantekenen tegen de beslissing van de moeder om discreet te bevallen. Die erkenning moet plaatsvinden binnen een termijn van twee maanden na de geboorte van het kind.

11.2. De aldus toegekende rechten vormen het voorwerp van artikel 9 van het voorstel, dat aan artikel 328, § 1, van het Oud Burgerlijk Wetboek een extra lid toevoegt dat als volgt luidt: "De erkenning kan geschieden voor een kind dat geboren is overeenkomstig artikel 43/1. Het verzoek is ontvankelijk binnen dezelfde termijn als bepaald in artikel 43/1, § 1."

De redactie van deze bepaling is op diverse punten onduidelijk.

12.1. Ten eerste dient deze bepaling, ter wille van de leesbaarheid van het dispositief, niet als een nieuw lid van artikel 328, § 1, van het Oud Burgerlijk Wetboek, maar wel als een volwaardige paragraaf van dat artikel te worden gepresenteerd.

12.2. Ten tweede wordt niet verduidelijkt wie het kind kan erkennen en of dat recht alleen toekomt aan de echtgenoot of de meemoeder of eventueel ook aan degene die beweert de vader te zijn. Dit dient verduidelijkt.

12.3. Ten derde is de verhouding met de andere bepalingen van het Oud Burgerlijk Wetboek onduidelijk. Zo rijst de vraag hoe deze bepaling zich verhoudt tot het voorgestelde artikel 325/4 (artikel 7 van het wetsvoorstel), volgens hetwelk het verzoek tot erkenning door de meemoeder onontvankelijk is indien de moeder discreet is bevallen en zij niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing.

12.4. Ten vierde blijkt noch artikel 9 noch enige andere bepaling van het voorstel een antwoord te kunnen bieden op een reeks vragen, zoals de vraag of de aanmelding in de instelling door de vader of andere omstandigheden voldoende zijn om aan te nemen dat er een bezit van staat is in het licht van artikel 324 van het Oud Burgerlijk Wetboek en wat er mogelijk is als de vader niet (tijdig) op de hoogte is van de geboorte. Dit werd ook reeds opgemerkt in advies 46 052/AV:

"III.A.6.3. Onder voorbehoud van wat zojuist is opgemerkt, wordt er in de hierna volgende opmerkingen van uitgegaan dat de vader of degene die beweert de vader te zijn de erkenning van zijn rechten wenst met inachtneming van de door de moeder gewenste discretie omtrent de bevalling.

Er lijken zich verschillende mogelijkheden te kunnen voordoen, die echter met elkaar gemeen hebben dat de afstamming van vaderszijde alleen kan worden vastgesteld door een erkenning of door een rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap. Wanneer de moeder gehuwd is, kan het wettelijke vermoeden van vaderschap vervat in artikel 315 van het

défaut de connaître officiellement la mère, l'on ne connaît pas davantage officiellement son mari.

La reconnaissance par le père empêchera que l'enfant né à la suite d'un 'accouchement discret' puisse être ultérieurement adopté sans son consentement.

III.A.6.4. Dans une première hypothèse, le père ou celui qui se prétend tel a connaissance de l'accouchement discret, ne fût-ce que, par exemple, parce qu'il s'est présenté conjointement avec la mère à l'établissement qui a procédé à l'accouchement. En cas de reconnaissance, l'article 329bis du Code civil requiert en principe le consentement de la mère si celle-ci est connue. On pourrait éventuellement soutenir que la mère se trouve dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté⁴¹ ou même qu'elle n'est pas officiellement connue.

En cas d'établissement de la paternité, la question se pose de savoir si le fait que le père biologique se présente dans l'établissement en même temps que la mère biologique ou d'autres circonstances suffisent pour établir la filiation. L'article 324 du Code civil énonce que la possession d'état suffit. Le législateur devrait préciser si le fait que le père se présente dans l'établissement ou d'autres circonstances sont suffisants pour admettre qu'il y a possession d'état.

La proposition doit régler ces questions.

III.A.6.5. Dans une deuxième hypothèse, le père ou celui qui se prétend tel ignore la naissance de son enfant, ce qui rendra impossible la reconnaissance⁴². Or, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a jugé, des mécanismes qui, par exemple, permettent d'abandonner ou de placer un enfant en vue de son adoption peu après sa naissance à l'insu et sans le consentement de son père naturel violent le droit à la vie privée de ce dernier, qui ne pourra que difficilement faire valoir ses droits, cette difficulté augmentant au fur et à mesure que le temps passe et que l'enfant s'intègre dans sa famille d'adoption⁴³. On peut dès lors se demander si le droit au respect de la vie privée et familiale des pères d'enfants nés d'un 'accouchement discret', mais également le droit de ces enfants de voir établie au moins leur filiation paternelle, n'imposent pas la mise sur pied d'un mécanisme permettant à ceux qui souhaitent reconnaître leur enfant ou compléter une reconnaissance faite avant leur naissance de

Burgerlijk Wetboek immers niet worden toegepast, aangezien, als de moeder officieel onbekend is, haar echtgenoot evenmin officieel bekend is.

De erkenning door de vader zal verhinderen dat een kind dat na een 'discrete bevalling' ter wereld is gekomen, later zonder diens toestemming kan worden geadopteerd.

III.A.6.4. Eerste mogelijkheid: de vader of degene die beweert de vader te zijn is op de hoogte van de 'discrete bevalling', al was het maar, bijvoorbeeld, omdat hij zich samen met de moeder heeft aangemeld in de instelling waar de bevalling heeft plaatsgevonden. In het geval van een erkenning, vereist in principe artikel 329bis van het Burgerlijk Wetboek de toestemming van de moeder wanneer deze bekend is. Men zou eventueel kunnen argumenteren dat de moeder in de onmogelijkheid verkeert om haar wil te kennen te geven⁴¹ of men zou zelfs kunnen stellen dat de moeder officieel niet bekend is.

In het geval van de vaststelling van vaderschap, rijst de vraag of de aanmelding van de biologische vader in de instelling samen met de biologische moeder of andere omstandigheden volstaan om de afstamming te bewijzen. Artikel 324 van het Burgerlijk Wetboek stelt dat het bezit van staat volstaat. De wetgever zou moeten verduidelijken of de aanmelding in de instelling door de vader of andere omstandigheden voldoende zijn om aan te nemen dat er een bezit van staat is.

Die zaken moeten in het voorstel worden geregeld.

III.A.6.5. Tweede mogelijkheid: de vader of degene die beweert de vader te zijn is niet op de hoogte van de geboorte van zijn kind, waardoor de erkenning onmogelijk wordt.⁴² Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld, druisen mechanismen die bijvoorbeeld de mogelijkheid bieden om een kind kort na zijn geboorte zonder medeweten en zonder toestemming van zijn natuurlijke vader af te staan of te plaatsen met het oog op adoptie, echter in tegen het recht op privacy van die vader, die zijn rechten slechts moeilijk zal kunnen laten gelden, wat nog moeilijker wordt naarmate de tijd verstrijkt en het kind steeds meer integreert met zijn adoptiegezin.⁴³ De vraag rijst dan ook of met het oog op het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven van de vaders van kinderen die na een 'discrete bevalling' worden geboren, maar ook met het oog op het recht van die kinderen om op zijn minst de afstamming van vaderszijde te laten vaststellen, geen mechanisme in het leven zou moeten worden

⁴¹ Note de bas de page 42 de l'avis cité : Article 329bis, § 3, du Code civil.

⁴² Note de bas de page 43 de l'avis cité : C. Neirinck, "L'accouchement sous X : le fait et le droit", *Sem. jur.*, 1996, I, 3922, n^{os} 9 et 10, pp. 151 et 152.

⁴³ Note de bas de page 44 de l'avis cité : Cour eur. dr. h., Keegan c. Irlande, 26 mai 1994; Görgülü c. Allemagne, 26 février 2004.

⁴¹ Voetnoot 42 van het geciteerde advies: Artikel 329bis, § 3, van het Burgerlijk Wetboek.

⁴² Voetnoot 43 van het geciteerde advies: C. Neirinck, "L'accouchement sous X : le fait et le droit", *Sem. jur.*, 1996, I, 3922, nr. 9 en 10, blz. 151 en 152.

⁴³ Voetnoot 44 van het geciteerde advies: EHRM., Keegan t. Ierland, 26 mei 1994; Görgülü t. Duitsland, 26 februari 2004.

pouvoir identifier ces derniers ⁴⁴. Un tel mécanisme établirait un meilleur équilibre entre les intérêts en présence que ne le fait la proposition examinée”.

Ces observations valent *mutatis mutandis* pour la proposition à l'examen. Des problèmes analogues concernant la coparente devraient également être réglés par la loi.

12.5. Enfin, la proposition de loi ne contient aucune disposition permettant à l'homme de faire obstacle à l'établissement de plein droit de sa filiation en vertu de l'article 315 de l'ancien Code civil et à une action en recherche de paternité lorsqu'il est réellement le père ⁴⁵. La proposition de loi prévoit cependant cette possibilité pour la mère (article 6) et la coparente (article 8). Par analogie avec ce qu'elle avait d'ores et déjà énoncé dans l'avis n° 46 052/AG précité, la section de législation estime que le législateur doit pouvoir justifier cette différence de traitement à la lumière des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

E. Le droit de la mère de faire établir sa filiation

13. La question se pose de savoir si la mère, dans certains cas – par exemple, lorsque l'enfant n'a pas encore de parents juridiques –, ne devrait pas néanmoins avoir la possibilité de reconnaître encore l'enfant, à la condition que, conformément à ce qu'exige l'article 313, § 2, de l'ancien Code civil, les autres conditions de l'article 329*bis* de l'ancien Code civil soient remplies. Les articles 5 et 6 de la proposition excluent de manière absolue une telle possibilité au-delà d'un délai de deux mois succédant à la naissance. Cette exclusion doit cependant être mieux justifiée.

A cet égard, le Conseil constitutionnel français, par sa décision n° 2019-826 QPC du 7 février 2020, a validé l'article L. 224-6 du Code civil français, selon lequel, dans les deux mois de l'accouchement, “les père et mère peuvent reconnaître l'enfant et le reprendre immédiatement, sans aucune formalité.

⁴⁴ Note de bas de page 45 de l'avis cité : L'article 62-1 du Code civil français dispose que, «[s]i la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant”.

⁴⁵ Voir aussi C.E. avis n°46 052, III.A.6.8 : “III.A.6.8. La proposition examinée permet également à la femme de faire obstacle à l'établissement de plein droit de la filiation de l'enfant qu'elle a mis au monde et à l'établissement de la filiation de l'enfant par une action en recherche de maternité. Or, aucune disposition ne permet à l'homme de faire obstacle à l'établissement de plein droit de sa filiation en vertu de l'article 315 du Code civil (49) et à une action en recherche de paternité s'il est réellement le père. Il appartient au législateur de pouvoir justifier cette différence de traitement au regard des articles 10 et 11 de la Constitution et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

geroepen dat degenen die hun kind willen erkennen of een vóór de geboorte gedane erkenning willen aanvullen, in staat stelt hun kind te identificeren.⁴⁴ Een dergelijk mechanisme zou meer dan het onderzochte voorstel voor een beter evenwicht zorgen tussen de in het geding zijnde belangen.”

Die opmerkingen gelden *mutatis mutandis* voor het voorliggende voorstel. Ook soortgelijke problemen ten aanzien van de meemoeder dienen wettelijk geregeld te worden.

12.5. Ten slotte bevat het wetsvoorstel geen enkele bepaling die de man de mogelijkheid biedt om te verhinderen dat zijn afstamming krachtens artikel 315 van het Oud Burgerlijk Wetboek van rechtswege komt vast te staan en dat een rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap wordt ingesteld wanneer hij werkelijk de vader is.⁴⁵ Het wetsvoorstel voorziet wel in die mogelijkheid voor de moeder (artikel 6) en de meemoeder (artikel 8). Naar analogie van wat de afdeling Wetgeving al had gesteld in het voornoemde advies 46 052/AV, is ze van oordeel dat de wetgever dat verschil in behandeling moet kunnen wettigen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

E. Het recht van de moeder om haar afstammingsband te laten vaststellen

13. De vraag rijst of de moeder in bepaalde gevallen – bijvoorbeeld wanneer het kind nog steeds geen juridische ouders heeft –, toch niet in de mogelijkheid zou moeten worden gesteld om het kind alsnog te erkennen, op voorwaarde dat, overeenkomstig het voorschrift van artikel 313, § 2, van het Oud Burgerlijk Wetboek, aan de overige voorwaarden van artikel 329*bis* van het Oud Burgerlijk Wetboek wordt voldaan. Volgens de artikelen 5 en 6 van het voorstel is een dergelijke mogelijkheid absoluut uitgesloten na een termijn van twee maanden na de geboorte. Het uitsluiten van die mogelijkheid moet evenwel beter worden gerechtvaardigd.

In dat verband heeft de Franse *Conseil constitutionnel* in zijn beslissing nr. 2019826 QPC van 7 februari 2020 artikel L.224-6 van het Franse Burgerlijk Wetboek geldig verklaard, waarin wordt bepaald dat binnen twee maanden na de bevalling “les père et mère peuvent reconnaître l'enfant et le reprendre

⁴⁴ Voetnoot 45 van het geciteerde advies: Artikel 62-1 van het Franse Burgerlijk Wetboek bepaalt: “[s]i la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant”.

⁴⁵ Zie ook RvS nr. 46 052, III.A.6.8: “III.A.6.8. Het voorliggende voorstel biedt de vrouw ook de mogelijkheid om te verhinderen dat de afstamming van het kind dat zij ter wereld heeft gebracht van rechtswege komt vast te staan en dat de afstamming van het kind door een rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap komt vast te staan. Geen enkele bepaling biedt de man echter de mogelijkheid om te verhinderen dat zijn afstamming krachtens artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek van rechtswege komt vast te staan (49) en dat een rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap wordt ingesteld wanneer hij werkelijk de vader is. De wetgever moet dat verschil in behandeling kunnen wettigen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.”

Au-delà de ce délai, la décision d'accepter ou de refuser la restitution d'un pupille de l'État, qui peut être contestée devant le tribunal judiciaire, est prise par le tuteur, avec l'accord du conseil de famille » (point 7 de la décision). Selon le Conseil, « D'une part, en prévoyant qu'un enfant sans filiation ne peut être placé en vue de son adoption qu'à l'issue d'un délai de deux mois à compter de son recueil, le législateur a entendu concilier l'intérêt des parents de naissance à disposer d'un délai raisonnable pour reconnaître l'enfant et en obtenir la restitution et celui de l'enfant dépourvu de filiation à ce que son adoption intervienne dans un délai qui ne soit pas de nature à compromettre son développement. D'autre part, la reconnaissance d'un enfant pourrait faire obstacle à la conduite de sa procédure d'adoption. En interdisant qu'une telle reconnaissance intervienne postérieurement à son placement en vue de son adoption, le législateur a entendu garantir à l'enfant, déjà remis aux futurs adoptants, un environnement familial stable » (point 9). Il conclut : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation qu'il y a lieu d'opérer, dans l'intérêt supérieur de l'enfant remis au service de l'aide sociale à l'enfance, entre le droit des parents de naissance de mener une vie familiale normale et l'objectif de favoriser l'adoption de cet enfant, dès lors que cette conciliation n'est pas manifestement déséquilibrée » (point 11).

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

14. Les articles 43/1, 43/2 et 43/3, proposés, de l'ancien Code civil (articles 2 à 4 de la proposition) visent à instaurer un dispositif qui déroge partiellement au dispositif relatif aux mentions dans l'acte de naissance. Ce dernier dispositif figure toutefois à l'article 44, et non à l'article 43, de l'ancien Code civil. Les articles à insérer doivent dès lors être renumérotés en articles 44/1, 44/2 et 44/3 et les références à l'article 43 doivent être remplacées par des références à l'article 44. De même, les références à l'article 43/1 dans les articles 5 à 10 et 12 de la proposition seront adaptées.

Article 2

15. L'article 43/1 (lire: 44/1), § 2, proposé, de l'ancien Code civil dispose que les nom, prénoms et domicile "de la mère et éventuellement du père ou de la coparente" (italiques ajoutés) ne sont pas mentionnés dans l'acte de naissance lorsque la mère décide d'accoucher dans la discrétion. Toutefois, il n'est pas certain que tel est le souhait du père et de la coparente lorsque ceux-ci ont préalablement reconnu l'enfant et ont ainsi expressément marqué leur accord avec le lien de filiation avec l'enfant. À cet égard, il est renvoyé à l'observation 12.4.

immédiatement, sans aucune formalité. Audelà de ce délai, la décision d'accepter ou de refuser la restitution d'un pupille de l'État, qui peut être contestée devant le tribunal judiciaire, est prise par le tuteur, avec l'accord du conseil de famille" (punt 7 van de beslissing). De *Conseil* stelt het volgende: "D'une part, en prévoyant qu'un enfant sans filiation ne peut être placé en vue de son adoption qu'à l'issue d'un délai de deux mois à compter de son recueil, le législateur a entendu concilier l'intérêt des parents de naissance à disposer d'un délai raisonnable pour reconnaître l'enfant et en obtenir la restitution et celui de l'enfant dépourvu de filiation à ce que son adoption intervienne dans un délai qui ne soit pas de nature à compromettre son développement. D'autre part, la reconnaissance d'un enfant pourrait faire obstacle à la conduite de sa procédure d'adoption. En interdisant qu'une telle reconnaissance intervienne postérieurement à son placement en vue de son adoption, le législateur a entendu garantir à l'enfant, déjà remis aux futurs adoptants, un environnement familial stable" (punt 9). De *Conseil* komt tot het volgende besluit: "Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation qu'il y a lieu d'opérer, dans l'intérêt supérieur de l'enfant remis au service de l'aide sociale à l'enfance, entre le droit des parents de naissance de mener une vie familiale normale et l'objectif de favoriser l'adoption de cet enfant, dès lors que cette conciliation n'est pas manifestement déséquilibrée" (punt 11).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

14. De voorgestelde artikelen 43/1, 43/2 en 43/3 van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikelen 2 tot 4 van het voorstel) beogen te voorzien in een regeling die ten dele afwijkt van de regeling over de vermeldingen in de akte van geboorte. Die laatste regeling is echter opgenomen in artikel 44 en niet in artikel 43 van het Oud Burgerlijk Wetboek. De in te voegen artikelen moeten dan ook worden vernummerd tot de artikelen 44/1, 44/2 en 44/3 en de verwijzingen naar artikel 43 moeten worden vervangen door verwijzingen naar artikel 44. Ook de verwijzingen naar artikel 43/1 in de artikelen 5 tot 10 en 12 van het voorstel moeten worden aangepast.

Artikel 2

15. In het voorgestelde artikel 43/1 (lees: 44/1), § 2, van het Oud Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat de naam, de voornamen en de woonplaats van "de moeder en *eventueel* van de vader of de meemoeder" (eigen cursivering) niet worden vermeld in de geboorteakte wanneer de moeder beslist discreet te bevallen. Het staat echter niet vast dat dat beantwoordt aan de wens van de vader en de meemoeder wanneer die eerder zijn overgegaan tot de erkenning van het kind en dus uitdrukkelijk hebben ingestemd met de afstammingsband met het kind. In dat verband wordt verwezen naar opmerking 12.4.

Article 3

16. Dans l'article 43/2 (lire: 44/2), § 1^{er}, proposé, de l'ancien Code civil, on écrira chaque fois " l'accouchement dans la discrétion » au lieu de "l'accouchement".

17. L'article 43/2 (lire : 44/2) de l'ancien Code civil proposé prévoit la notification de l'accouchement discret aux autorités compétentes en matière d'adoption ainsi qu'à l'officier d'état civil de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant est né, au plus tard le lendemain de la naissance (paragraphe 1^{er}). La même disposition prévoit par ailleurs que la déclaration de naissance de l'enfant est faite par les autorités compétentes en matière d'adoption à l'officier d'état civil, sans mentionner les données identifiantes des parents biologiques, déclaration qui doit être faite dans les quinze jours de la naissance (paragraphe 2).

Compte tenu de ce que cette formalité peut devoir être accomplie, selon la disposition proposée, par la mère, le père ou la coparente ou les médecins, les sages-femmes ou les autres personnes qui ont assisté à l'accouchement ou par la personne chez qui l'accouchement a eu lieu, ce qui présente une charge pour les personnes concernées, il y a lieu de s'interroger, dans un souci de simplification administrative, sur la nécessité de prévoir une obligation de notification tant à l'égard des autorités compétentes en matière d'adoption qu'à l'égard de l'officier d'état civil. Il y aurait lieu d'examiner s'il n'est pas plus adéquat de ne prévoir cette formalité qu'à l'égard de l'une seule d'entre elles, quitte à ce que celle-ci soit chargée des notifications ultérieures à d'autres autorités si elles s'avèrent nécessaires.

Par ailleurs, la section de législation ne perçoit pas la distinction opérée entre l'acte de notification de l'accouchement et la déclaration de naissance alors qu'un seul et même acte pourrait emporter le contenu et les conséquences que les auteurs entendent attacher à ces deux actes.

Article 4

18. L'article 43/3 (lire: 44/3), § 1^{er}, proposé, de l'ancien Code civil (article 4 de la proposition) ne précise pas qui doit fournir les informations énumérées dans cette disposition ⁴⁶ au tribunal de la famille, afin que celles-ci soient conservées dans le registre. Il y a lieu d'y remédier.

Sauf s'il existe des garanties suffisantes concernant la transmission en temps utile de ces informations au tribunal de la famille, des sanctions (administratives) devraient également être prévues en cas d'absence de transmission (en temps utile) de ces informations.

19. L'article 43/3 (lire: 44/3), § 2, alinéa 1^{er}, b) et c), proposé, de l'ancien Code civil dispose que les autorités compétentes en matière d'adoption informent " la mère et *éventuellement* le père ou la coparente " (italiques ajoutés), de la demande de l'enfant d'accéder aux données le concernant et prévoit

⁴⁶ En ce qui concerne l'enregistrement du sexe, voir C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019.

Artikel 3

16. In het voorgestelde artikel 43/2 (lees: 44/2), § 1, van het Oud Burgerlijk Wetboek schrijve men telkens "de discrete bevalling" in plaats van "de bevalling".

17. Het voorgestelde artikel 43/2 (lees: 44/2) van het Oud Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de discrete bevalling uiterlijk één dag na de geboorte moet worden gemeld aan de inzake adoptie bevoegde autoriteit en aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar het kind geboren is (paragraaf 1). Dezelfde bepaling stelt voorts dat de inzake adoptie bevoegde autoriteit bij de ambtenaar van de burgerlijke stand aangifte doet van de geboorte van het kind, zonder de identiteitsgegevens van de biologische ouders te vermelden. Die aangifte moet binnen vijftien dagen na de geboorte worden gedaan (paragraaf 2).

Gelet op het feit dat die formaliteit volgens de voorgestelde bepaling mogelijk moet worden vervuld door de moeder, de vader of de meemoeder, of de artsen, de vroedvrouwen of de andere personen die de bevalling hebben bijgewoond, dan wel door de persoon bij wie de bevalling heeft plaatsgevonden, wat voor de betrokkenen een belasting vormt, dient men zich ter wille van de administratieve vereenvoudiging af te vragen of het wel nodig is een kennisgevingsverplichting op te leggen zowel aan de inzake adoptie bevoegde autoriteit als aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Men zou moeten onderzoeken of het niet beter is slechts een van beiden met die formaliteit te belasten, waarbij deze dan ook zou moeten zorgen voor de latere kennisgevingen aan andere autoriteiten ingeval die nodig blijken.

Bovendien is het de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarom een onderscheid wordt gemaakt tussen de akte van kennisgeving van de bevalling en de geboorteaangifte, terwijl de inhoud en de gevolgen die de stellers aan die twee akten willen verbinden, ook in een en dezelfde akte vervat kunnen zijn.

Artikel 4

18. In het voorgestelde artikel 43/3 (lees: 44/3), § 1, van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel) wordt niet bepaald wie de in die bepaling opgesomde gegevens⁴⁶ aan de familierechtbank moet bezorgen opdat ze in het register worden bewaard. Dit moet worden verholpen.

Tenzij indien er voldoende waarborgen bestaan omtrent de tijdige bezorging van die gegevens aan de familierechtbank, zou ook moeten worden voorzien in (administratieve) sancties voor het niet (tijdig) bezorgen van die gegevens.

19. In het voorgestelde artikel 43/3 (lees: 44/3), § 2, eerste lid, b) en c), van het Oud Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat de inzake adoptie bevoegde autoriteit "de moeder en *eventueel* de vader of de meemoeder" (eigen cursivering) op de hoogte brengt van het verzoek van het kind om toegang te krijgen

⁴⁶ Wat betreft de vermelding van het geslacht, zie GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019.

une possibilité d'opposition à cette demande. On aperçoit mal pourquoi cette possibilité est donnée au père et à la coparente, lorsqu'ils ont préalablement reconnu l'enfant et ont donc expressément marqué leur accord avec le lien de filiation avec l'enfant.

20. Selon l'article 43/3 (lire: 44/3), § 3, proposé, de l'ancien Code civil, les données à caractère personnel conservées par le tribunal ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été conservées. Une telle disposition paraphrase inutilement l'article 5, paragraphe 1, b), du règlement (UE) 2016/679 et sera par conséquent omise.

Article 10

21. Conformément à l'article 348/4 (lire: 348-4), proposé, de l'ancien Code civil, il existe une présomption de consentement à l'adoption dans le chef de la mère qui a décidé d'accoucher dans la discrétion et qui n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

Ainsi que le Conseil d'État l'a déjà observé dans l'avis 46 052/AG précité ⁴⁷, il est inutile de prévoir une telle présomption, dès lors que la maternité n'est pas établie au moment de l'adoption par la décision même d'accoucher dans la discrétion, la mère ne pouvant pas non plus procéder à la reconnaissance et aucune action en recherche de maternité n'étant pas non plus possible (voir les articles 5 et 6 de la proposition).

En outre, la question se pose de savoir si une telle présomption est compatible avec l'article 4 de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, signée à La Haye le 29 mai 1993, et avec l'article 5 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants, faite à Strasbourg le 27 novembre 2008. Ces deux dispositions conventionnelles sont en effet fondées sur le consentement écrit et éclairé, entre autres, de la mère.

En conclusion, l'article 10 doit être omis de la proposition.

tot de gegevens die het betreffen en wordt voorzien in een mogelijkheid tot verzet tegen dat verzoek. Het valt niet goed in te zien waarom die mogelijkheid wordt geboden voor de vader en de meemoeder wanneer die eerder zijn overgegaan tot de erkenning van het kind en dus uitdrukkelijk hebben ingestemd met de afstammingsband met het kind.

20. Volgens het voorgestelde artikel 43/3 (lees: 44/3), § 3, van het Oud Burgerlijk Wetboek mogen de door de rechtbank bewaarde persoonsgegevens niet voor andere doeleinden worden gebruikt dan die waarvoor zij bewaard zijn. Een dergelijke bepaling vormt een overbodige parafrasering van artikel 5, lid 1, b), van verordening (EU) 2016/679 en moet dan ook worden weggelaten.

Artikel 10

21. Overeenkomstig het voorgestelde artikel 384/4 (lees: 348-4) van het Oud Burgerlijk Wetboek geldt een vermoeden van toestemming tot adoptie voor de moeder die beslist heeft tot discrete bevalling en die niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van die beslissing.

Zoals de Raad van State reeds heeft opgemerkt in het voormelde advies 46 052/AV, ⁴⁷ is het zinloos om te voorzien in een dergelijk vermoeden, aangezien het moederschap op het ogenblik van de adoptie niet vaststaat door de beslissing zelf om discreet te bevallen, terwijl de moeder ook niet kan overgaan tot erkenning en er ook geen vordering tot onderzoek naar het moederschap mogelijk is (zie de artikelen 5 en 6 van het voorstel).

Bovendien rijst de vraag of een dergelijk vermoeden wel verenigbaar is met artikel 4 van het Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie, ondertekend in Den Haag op 29 mei 1993 en met artikel 5 van de Europese Overeenkomst inzake de adoptie van kinderen, opgemaakt te Straatsburg op 27 november 2008. Beide verdragsbepalingen gaan immers uit van de schriftelijke en geïnformeerde toestemming van onder meer de moeder.

De conclusie is dan ook dat artikel 10 van het voorstel moet worden weggelaten.

⁴⁷ *Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n° 4-1138/2, p. 27.

⁴⁷ *Parl.St.* Senaat 2008-09, nr. 4-1138/2, 27.

Article 11

22. L'article 11 de la proposition contient une disposition autonome, qu'il serait préférable d'insérer, par le biais d'une disposition modificative, dans la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, en y ajoutant évidemment une référence à l'article 43/1 (lire: 44/1), proposé, de l'ancien Code civil.

*

Le greffier en chef,

Gregory DELANNAYE

Le président,

Marnix VAN DAMME

Artikel 11

22. Artikel 11 van het voorstel bevat een autonome bepaling, die beter door middel van een wijzigingsbepaling zou worden opgenomen in de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, uiteraard met daarin een verwijzing naar het voorgestelde artikel 43/1 (lees: 44/1) van het Oud Burgerlijk Wetboek.

*

De hoofdgriffier,

Gregory DELANNAYE

De voorzitter,

Marnix VAN DAMME