

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

KARINA MENEZES MIRANDA

**PARTO ANÔNIMO:
SOPESAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

KARINA MENEZES MIRANDA

**PARTO ANÔNIMO:
SOPESAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS**

Trabalho de Monografia apresentado como requisito à conclusão da pós-graduação de Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Orientador:

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

KARINA MENEZES MIRANDA

**PARTO ANÔNIMO:
SOPESAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENVOLVIDOS**

Trabalho de Monografia apresentado como requisito à obtenção da aprovação na conclusão da pós-graduação de Advocacia Empresarial, Contratos, Responsabilidade Civil e Família da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP.

Brasília-DF, 31 de agosto de 2016,

Prof. Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho a minha família e meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares, por todo apoio que me deram ao longo de toda minha trajetória acadêmica.

Agradeço, também, aos meus amigos pessoais e de trabalho que sempre me incentivaram no meu ofício.

Além deles, aos meus professores e orientadores que sempre se dispuseram a me ajudar e ensinar.

“Insistimos, pois, que, por mais paradoxal que pareça, visualizamos o parto anônimo como mecanismo de defesa contra os maus tratos, abandono ou até mesmo do infanticídio contra as crianças. Quer dizer, o instituto cumpre um papel social, ao assegurar àquela criança que foi abandonada a oportunidade de ser inserida no seio de uma família, e a ela seja garantida a realização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da socioafetividade, do melhor interesse da criança e da integridade física da criança e da convivência familiar.”

Fabíola Santos Albuquerque

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de desenvolver uma breve discussão acerca do sopesamento dos direitos fundamentais em relação ao instituto do Parto Anônimo, ainda não aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, o trabalho foi dividido em temas centrais que orientam o tema, como os Direitos Fundamentais, uma breve história dos excluídos e, por último, o instituto do Parto Anônimo e as tentativas de se fazerem leis no Brasil. Conclui-se que se trata de um instituto que não soluciona a questão do abandono de criança e do aborto clandestino, porém garante vários direitos fundamentais tanto da criança, quanto da gestante, como o direito à dignidade humana, direito à vida e o direito à liberdade.

Palavras-chave: Parto anônimo; Direitos fundamentais; Direito à dignidade humana; Direito à vida; Direito à liberdade.

ABSTRACT

This work aims to develop a brief discussion about the overweight of fundamental rights in relation to the institute of Anonymous Birth, not yet applied in the Brazilian legal system. For this, the work was divided into central themes that guide the subject, such as the Fundamental Rights, a brief history of the excluded and, finally, the institute of Anonymous Birth and attempts to make laws in Brazil. We conclude that it is an institution that does not address the issue of child abandonment and illegal abortion, but guarantees a number of fundamental rights of both the child as the pregnant woman, such as the right to human dignity, right to life and the right to freedom.

Keywords: Anonymous birth; Fundamental rights; the right to human dignity; right to life; right to freedom.

Sumário

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1 Direitos Fundamentais | 13 |
| 1.1 Estado Constitucional..... | 15 |
| 1.2 Princípios e Normas Constitucionais | 18 |
| 2 HISTÓRIA DOS EXCLUÍDOS..... | 23 |
| 2.1 Criança e Direitos | 23 |
| 2.1.1 Direitos da Criança no Brasil..... | 27 |
| 2.3 Roda dos Expostos | 29 |
| 3 PARTO ANÔNIMO..... | 31 |
| 3.1 Projetos de Lei Brasileiros | 33 |
| 3.2 Sopesamento dos direitos fundamentais..... | 39 |
| 3.2.1 Dignidade humana..... | 41 |
| 3.2.2 Direito à vida | 42 |
| 3.2.3 Direito à liberdade | 46 |
| 3.2.4 Direito à informação | 48 |
| Conclusão..... | 51 |
| Bibliografia | 53 |

INTRODUÇÃO

O abandono de incapazes de forma desumana, mais especificadamente recém-nascidos, tem sido figura constante na realidade cotidiana. É cediço que incapazes são largados abruptamente por suas mães, sem condições mínimas de sobrevivência.

No intuito de evitar violências desta monta, foram elaborados três projetos de lei – n.º 3.220/2008; n.º 2.834/2008 e n.º 2.747/2008 – que possibilitam que a mulher gestante tenha direito de optar em gerar a criança, com acompanhamento médico a ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS – e, após o nascimento, não se identificar como mãe do incapaz, ofertando-o automaticamente à tutela do Estado, ou seja, à adoção.

Os projetos citados preveem também a descriminalização do abandono de incapaz, conduta típica estabelecida no art. 133 do Código Penal, além da não responsabilização cível por abandono afetivo.

O assunto não é novidade em ordenamentos jurídicos internacionais. A institucionalização do Parto Anônimo existe em vários Países, como na Áustria, Estados Unidos (28 dos 50 Estados permitem), França, Itália, Luxemburgo e Bélgica.

Diante do contexto apresentado, várias questões de cunho constitucional podem ser discutidas à luz dos projetos de lei exemplificados. O objeto do presente estudo é a análise do sopesamento dos direitos fundamentais envolvidos nos projetos de leis citados alhures.

Especificamente, pretende-se identificar a outorga do direito à mulher em escolher se quer ou não cuidar do filho, ofertando-o a tutela estatal, sem qualquer identificação no que concerne à sua origem e se transgride eventual direito do menor em saber a sua identificação genética.

Levando-se em conta o rol de Direitos Fundamentais, ressalta-se, neste esforço acadêmico, os Direitos Pessoais – à vida, a liberdade e à segurança. Há a previsão de conflitos entre os Direitos Fundamentais, conforme preconiza Canotilho

considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. (CANOTILHO, 1999, p. 1191)

Assim, os Direitos Fundamentais não são absolutos e se deve fazer uma compatibilização entre estes. Nessa esteira de entendimento, estariam colidentes, dois direitos fundamentais consubstanciados no fundamento da dignidade da pessoa humana – direito à preservação da vida do menor e o direito do incapaz de saber a sua identidade biológica.

O objetivo deste trabalho é a defesa da institucionalização do parto anônimo, como uma das medidas de incentivo à proteção à vida da criança. Nessa contenda, pretende-se discutir a relevância desse pretense novo instituto do Parto Anônimo, e sua relevância jurídica em face de outros Direitos Fundamentais, tendo em vista os Direitos Pessoais da gestante.

No caso em apreço, a positivação do parto anônimo com vistas a proteção da criança, concernente a evitar abandonos desumanos, estaria também, por via de consequência, protegendo a vida da mulher que não deseja criar laços de afetividade com o incapaz, mas também não objetiva retirar-lhe o bem jurídico maior, qual seja, a vida.

Além disso, a legalização do parto anônimo no ordenamento jurídico poderia servir de política pública no sentido de evitar abortos clandestinos e traumas advindos dessa prática, preservando não só a vida do menor, mas também à dignidade da pessoa da mulher.

A questão tem cunho eminentemente social. Cabe ao Estado tomar as providências que protejam a vida, tanto das crianças quanto dessas mães, que não anseiam pelo exercício da maternidade, mas intentam preservar a vida do feto que carrega no ventre.

Os instrumentos utilizados para o desenvolvimento do tema foram à pesquisa bibliográfica e documental, dado o caráter teórico-argumentativo do projeto, disponíveis em fontes impressas, tais como livros, artigos, revistas, teses, documentos legais, etc.

Os temas ora analisados tiveram como sustentação o estudo dos direitos em garantias fundamentais previstos no texto constitucional, principalmente no que concerne a conceituação da Dignidade da pessoa humana e a resolução, na esfera prática, da colidência entre princípios constitucionais.

A forma de abordagem adequada é a pesquisa sócio-jurídica, tendo em vista que a análise específica de um texto normativo não basta para conclusão acerca de sua constitucionalidade material.

Impende estudar o contexto social, a responsabilidade do Estado frente aquela situação e as implicações que referido texto normativo poderão ter se colocado em efetividade.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de suma necessidade desenvolver uma breve análise da ‘tradição’ da cultura ocidental que protege, preserva e defende os Direitos Fundamentais, que é muito bem sintetizada e sistematizada por Norberto Bobbio.

Os Direitos Fundamentais fazem parte de uma evolução histórica do pensamento da humanidade. De acordo com Norberto Bobbio, esses direitos fazem parte de perspectivas filosóficas, históricas, éticas, jurídicas e políticas, além de várias outras. (BOBBIO, 2004, p. 71)

Especificamente sobre os Direitos Fundamentais, há uma discussão doutrinária sobre sua classificação, porém este trabalho parte da vertente que defende a aceção tripartite, ou seja, da ideia da divisão dos Direitos Fundamentais em três categorias: Direitos Fundamentais de Primeira Geração, Segunda Geração e Terceira Geração.

Nessa concepção, pode se localizar historicamente quando surge e se estabelece cada Geração dos Direitos Fundamentais. Os Direitos Fundamentais de Primeira Geração são invocados a partir da Magna Carta *Libertatum* inglesa, em 1215, quando o Rei João Sem Terra assina dando direitos aos nobres e reforçadas em 1629 com a *Bill of Rights*, na Revolução Gloriosa, que reconhece direitos dos súditos.

Mas que esses direitos de Primeira Geração ganham mais força com a Revolução Estadunidense, que escreve a Constituição da Virgínia em 1776 e reconhece, expressamente, os direitos individuais de defesa do Estado.

Sendo que o documento de maior repercussão foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que universaliza os Direitos Fundamentais na Revolução Francesa, em 1789. Ou seja, foram ideais que surgiram através das Revoluções Liberais – ou Burguesas – ao longo dos séculos XVII ao XVIII, dominando o ideário de todo o século XIX.

Em suma, a principal característica dos direitos de Primeira Geração é o limite do poder estatal, defendendo direitos e garantias individuais políticas e religiosas das pessoas, conhecidas também por liberdades públicas.

Já os direitos de Segunda Geração influenciaram significativamente todo o século XX, sendo eles os direitos sociais, culturais e econômicos, que foram introduzidos no constitucionalismo estatal.

Aqui, surge o pensamento de um Estado Social, que defende uma ideologia antiliberal, se contrapôs ao Estado Liberal desenvolvido na Primeira Geração. Ao longo de todo século XIX, já com a influência da Revolução Industrial, a reflexão do assunto ganhava embasamentos teóricos.

Mas, com a crise liberal do período Entre-Guerras – especialmente com a quebra da Bolsa de Nova Iorque e, sobretudo, após a 2ª Guerra Mundial, acentuou-se o cunho ideológico pautado na reflexão marxista de crítica ao modelo individualista liberal-burguês. O pensamento social influencia, assim, os constitucionalismos ao longo de todo século XX, na mesma proporção que os direitos de Primeira Geração entusiasmaram o século XIX.

Porém, esse Estado Social surge no contexto político da bipolaridade mundial, no qual o mundo vivia o período da Guerra Fria, justamente no período posterior à Segunda Guerra Mundial. E, nesse ponto, surgem várias reflexões acerca das condições nacionais, ou seja, a perspectiva de nações mais desenvolvidas que outras.

Então, surge uma nova dimensão de Direitos Fundamentais, pautada na comunidade internacional de Estados com o amplo desenvolvimento tecnológico e científico, além das sociedades de massa e a generalização das relações econômicas.

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. (BOBBIO, 2004, p. 25)

Com isso, pode-se dizer que os direitos de Terceira Geração são caracterizados pela defesa dos direitos coletivos, ou de coletividades, não tendo um campo muito delimitado, porém amplo e difuso.

Estabelecida essas reflexões, aplicando essas perspectivas no contexto brasileiro, identifica-se que foi na Carta de 1988 que o Estado brasileiro elencou inicialmente seus valores fundamentais. Se inspirando na Constituição alemã – em seu art. 1º –, o legislador constitucional estabeleceu direitos e garantias na Suprema Legislação brasileira.

Portanto foi a única Constituição política brasileira que impôs valores que limitariam e norteariam a autoridade que constitui o Estado. Adotou-se uma teoria política que se pautava em direitos, evidenciando em seu preâmbulo que o Estado brasileiro é constituído e destinado para garantir o exercício de direitos.

1.1 ESTADO CONSTITUCIONAL

Dentro da tradição ocidental, com o desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, é de grande relevância destacar os fundamentos da organização legal dentro de um Estado Democrático de Direito. Após as Revoluções Liberais, formou-se de maneira consistente um conceito de Estado Constitucional.

Apesar das críticas realizadas acerca dessa proposta, destacando-se o julgamento de Ferdinand Lassalle em seu '*Über der Verfassung*' – 1863 –, traduzido na edição brasileira consultada como 'A Essência da Constituição', o autor levanta uma análise sociológica na qual se destaca os conceitos de 'Constituição real' e 'Constituição escrita'.

Em suas palavras, Lassalle sugere:

Quando essa constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país.

Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dias menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país. (LASSALE, 2001, p. 33)

Exposto isso, entende-se que Lassale diferencia a ‘Constituição escrita’ da ‘Constituição real’. E essa distinção depende dos ‘fatores de poder’. Pautado do pensamento marxista, Lassale propõe que qualquer Constituição é mera folha de papel, a qual é escrita levando em conta os fatores reais de poder do Estado. Caso os que detêm o poder não redijam a Constituição, ela não representa nada, pois seria considerada a tal folha de papel.

Pelo contrário, a Constituição real seria o real exercício do poder pelos detentores das forças vitais do Estado. Sendo assim, a ideia de Constituição, sua essência, seria as forças políticas-econômicas-militares, dentre outras, dentro de um Estado e se essas forças não participarem da formulação da Constituição escrita, essa folha de papel redigida não terá validade alguma.

Entretanto, por outro lado, em contraposição a este pensamento, quase 100 anos depois – 1959 –, é publicado o trabalho do Professor Konrad Hesse intitulado ‘*Die normative Kraft der Verfassung*’, ou ‘A Força Normativa da Constituição’ na edição brasileira, na qual contrapõe todo o pensamento lassalleano.

Numa análise jurídica, Hesse introduz a ideia de normatividade constitucional, ou seja, existe uma pretensão de eficácia, de um ‘dever ser’, distintamente da ideia de Constituição real e seus fatores reais, sociologicamente visíveis. Nas palavras do autor:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças a sua pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...) A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (...)

“Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de

forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (HESSE, 1991, pp. 15-16)

Assim, é notável que aqui se defende a proposta da força normativa juridicamente condicionada de um ‘dever ser’, objetivos a serem alcançados nas propostas redigidas na Constituição de um Estado.

Essa abordagem é pautada das reflexões de Hans Kelsen acerca do escalonamento da ordem jurídica num Estado. Em sua obra “*Reine Rechtslehre*”, traduzido ao português como “Teoria Pura do Direito”, Kelsen expõe que “a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.

Dessa maneira, o autor explica sua perspectiva assim:

A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas emas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1998, p. 247)

Assim, a Constituição é entendida como norma superior, porém, como toda norma, há um senso prático normativo que se objetiva o alcance de ‘algo’, num porvir de ‘dever ser’. Em suas palavras: “Portanto, a conduta estatuída numa norma como devida (como devendo ser) tem de ser distinguida da correspondente conduta de fato.” (*Idem*, p. 7)

Nesse sentido, Hesse, assim como Kelsen, entendem que a Constituição é uma norma superior que exprime vários objetivos de dever-ser, ou seja, de tornar-se real. Quando Hesse expõe a 'força normativa da Constituição', ele assume sua interpretação no sentido jurídico de crença na pretensão de eficácia de dever-ser constitucional.

1.2 PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS

No desenvolvimento do Estado moderno houve uma mudança significativa que passou do Direito Natural ao Direito Positivo. Conforme o jusfilósofo Paulo Nader aborda:

Enquanto as leis positivas ordenam a sociedade, o Direito Natural influencia as fontes geradoras de normas jurídicas, que devem ser receptivas àqueles princípios maiores. Importante, todavia, é que o papel do Direito Natural não se esgota em sua função indicativa. É opinião prevalente na Filosofia do Direito que o sistema de legalidade, por si só, não é suficiente, pois pressupões ainda legitimidade e entre as fontes de legitimidade encontra-se o Direito Natural. (NADER, 1994, pp. 162-163)

Aqui é notável que por mais que o atual sistema de Direito tenha se pautado do Direito Positivo, há ainda a relevância do Direito Natural, no sentido de ser uma fonte de Direito, com os Princípios.

O Estado moderno, apesar de almejar cortar sua ligação ao Direito Natural, alocando o Direito Positivo como única fonte legal num ordenamento jurídico, mostrou-se deficitário. O seguimento estrito às leis provocou várias críticas e modelos de governo cruéis.

Numa brevíssima retrospectiva histórica podemos citar o Absolutismo, o Autoritarismo e o Totalitarismo nesse sentido, quando o poder estatal se concentrava normativamente na mão de uma ou um pequeno grupo de pessoas e o

seguimento estrito à lei era inquestionável, sobretudo com a burocratização do Estado moderno.

Dessa forma, a origem da ideia de Princípio surge, em acordo com Luís-Diez Picazo, da linguagem da geometria “onde designa as verdades primeiras.” Estão, portanto, no início, como premissas de todo o sistema. (PICAZO, 2003 *Apud* BONAVIDES, 2014, p. 255)

O doutrinador De Plácido e Silva identifica o

PRINCÍPIO. Derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o *começo da vida* ou o *primeiro instante* em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do *começo* ou da *origem* de qualquer coisa. (SILVA, 1988, p. 447, verbete ‘Princípio’)

Já o conceito etimológico de norma, provém da ideia de normal: “**normal** adj. 2g. ‘habitual, natural, que segue a norma’ (...) normativo 1873.” (CUNHA, 2007, p. 551, verbete ‘Norma’) Com isso, o termo envolve a característica de normalidade, de seguir o que a sociedade espera de comum.

Nesse sentido, De Plácido e Silva entende ‘norma’ no sentido de ‘regra’, ou “tudo que estabeleça em lei ou regulamento para servir de pauta ou padrão na maneira de agir.” (SILVA, 1986, p. 250, verbete ‘Norma’)

Porém, com a evolução das sociedades e, sobretudo, dos estudos de Direito, a ideia de norma acaba por ser interpretada como seguimento da lei positivada, escrita, como resultado das convenções sociais.

Agora, já no campo do Direito, pode-se identificar que Princípios – no plural – designam requisitos, normas elementares, alicerces de algo. De Plácido e Silva propõe que os Princípios

revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixaram para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais

para a prática do Direito e proteção aos direitos. (*Idem*, p. 447, verbete '*Princípio*')

Já a 'norma' no sentido jurídico é definido por De Plácido e Silva na seguinte acepção:

Assim, a *norma jurídica (praeceptum juris)*, instituída em lei, vem ditar a *orientação* a ser tomada em todos os atos jurídicos, impor os *elementos de fundo* ou *de forma*, que se tornam necessários, para que os atos se executem legitimamente. É o *preceito de direito*.

Nela, pois, está contida a *regra* a ser obedecida, a *forma* a ser seguida, ou o *preceito* a ser respeitado.

A norma, portanto, bem se revela a *esquadria legal* que vem traçar as medidas necessárias para a *regularidade jurídica* do que se pretende fazer. Diz-se *norma agendi*. (SILVA, 1986, p. 250, verbete 'Norma')

Já neste ponto é notável uma grande aproximação entre o conceito de Princípios e de 'norma' no sentido de orientar as práticas sociais. Entretanto, há uma discussão corrente na Teoria da Constituição que distingue Princípios de 'normas', ou regras de Direito.

Apesar da corrente que é abordada neste trabalho, existem distintas maneiras de se enxergar as normas-regras e as normas-princípios no campo do Direito.

Por exemplo, o Professor Inocêncio Mártires Coelho dispõe que há uma forma de aplicação distinta para ambas. No âmbito das normas-regras aplica-se o critério cronológico, hierárquico e da especialidade para derrogar leis incompatíveis nas máximas latinas *lex posterior derogat priori; lex superior derogat inferiori; Lex specialis derogat generati*. Já no âmbito principiológico, este expõe o seguinte:

No campo da aplicação dos *princípios*, ao contrário, a maioria entende que não se faz necessária a formulação de regras de colisão, porque essas espécies normativas – por sua própria natureza, finalidade e formulação – parece não se prestarem a provocar conflitos, criando apenas um momentâneos estados de *tensão* ou de *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do Direito. (COELHO, 2010, p. 99)

Assim, de forma mais branda o conflito entre Princípios, por ter uma caracterização mais subjetiva, não acarretaria a um conflito significativo, tendo o juiz somente que procurar uma justificação ao fim do 'mal-estar' e superá-lo no processo de aplicação do direito. Isso demonstra uma certa imprecisão principiológica face às regras.

A doutrina moderna prevê a possibilidade de colidência entre direitos fundamentais, estabelecendo o modo de resolução deste conflito. O assunto se entrelaça com a busca da compreensão do conteúdo e dos lindes dos diferentes direitos fundamentais. (MENDES & BRANCO, 2015, p. 256)

As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico.

Na seara dos direitos fundamentais, entretanto, as normas que configuram princípios são mais frequentes.

Os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são determinações para que certo bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. (CANOTILHO, 1999, p. 1123)

Assim, havendo confronto de princípios incidentes sobre uma mesma situação jurídica, a resolução da controvérsia não será aquela relacionada às regras. Aqui se buscará a conciliação entre um e outro princípio.

Ou seja, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância da hipótese concreta, sem que se tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com o outro.

A situação ora em análise nos convida a refletir sobre que direito fundamental deve ser considerado, a preservação do direito a vida da criança, na medida em que a mãe não a abandonará de forma desumana, dando-lhe oportunidade de viver e de ser recebida por família substituta ou o direito do incapaz de saber a sua origem biológica.

Portanto, é necessário entender que norma e princípio constitucional estão no grau mais elevado num ordenamento jurídico. Estes são orientadores dos institutos infraconstitucionais, sendo que estes devem corroborar com os ditames superiores.

2 HISTÓRIA DOS EXCLUÍDOS

Neste ponto, o trabalho se debruça numa brevíssima perspectiva histórica, destacando uma mudança de olhar em face dos excluídos da história tradicional. Hoje temos valores que enaltecem e enxergam o ser humano como detentor de deveres, mas sobretudo, direitos.

É o caso das crianças. Estas hodiernamente herdaram garantias que nunca foram destacadas anteriormente. É nesse aspecto que este tópico se volta, um resgate histórico dos estigmatizados, dos marginalizados em face ao desenvolvimento central da História.

É inegável a posição de que a figura da criança teve uma mudança significativa somente ao longo do século XX. Antes, não fazia parte do núcleo das atenções, embora tenham havido esforços para minimizar seus infortúnios.

A mudança de pensamento fez com que a criança obtivesse direitos e garantias destes. Mas, ainda num pensamento medievo houveram esforços para garantir uma infância com o mínimo de dignidade: foi o caso das Rodas dos Expostos. Como o abandono de infantes era algo comum, por diversos motivos, criaram-se alguns serviços humanizados para receberem essas crianças.

2.1 CRIANÇA E DIREITOS

Ao longo da história da humanidade a criança teve um papel insignificante, bastante marginal em nossa história. Pode-se remeter na própria história antiga, quando as sociedade da antiguidade não davam qualquer status de proteção especial.

Na Idade Média tinha-se um resquício das práticas antigas, na qual havia um entendimento comum que no momento em que uma criança tivesse condições de sobreviver sem apoio de alguém, esta começa a integrar o mundo adulto. O historiador Philippe Ariès discorre sucintamente acerca do tema:

Na Idade Média, no início dos tempos modernos, e por muito tempo ainda nas classes populares, as crianças misturavam-se com os adultos assim que eram consideradas capazes de dispensar a ajuda das mães ou das amas, poucos anos depois de um desmame tardio - ou seja, aproximadamente aos sete anos de idade. A partir desse momento, ingressavam imediatamente na grande comunidade dos homens participando com os amigos jovens ou velhos dos trabalhos e dos jogos de todos os dias. O movimento da vida coletiva arrastava numa mesma torrente as idades e as condições sociais, sem deixar a ninguém o tempo da solidão e da intimidade. Nessas existências densas e coletivas, não havia lugar para um setor privado. (ARIÈS, 1981, p. 156)

Somente na transição da Idade Média para a Era Moderna foi que começou-se a ver a vida infantil como distinta da vida adulta, mas como uma preparação para a vida adulta, num aspecto mais moral do que prático.

Este papel foi realizado pelas Ordens Religiosas, que pregavam a preparação da educação infantil para a vida adulta. Mas devido ao contexto histórico, com a Reforma Religiosa, isso mais se deu por decisão doutrinária político-religiosa, do que a preocupação com o infante.

Mas essas práticas iniciaram a modificar o papel da criança, como demonstra Ariès, a mudança das práticas sociais definiram "não apenas o futuro da criança, mas também sua simples presença e existência eram dignas de preocupação - a criança havia assumido um lugar central dentro da família." (*Idem*, p. 164)

Em meados da Era Moderna as práticas dos pais se modificam, mas foi limitada ao ambiente familiar. A transição desse período para a Idade Contemporânea, com o advento da Revolução Francesa, deram uma guinada na importância às crianças, ainda que limitadas em seus direitos.

Como a orientação das Ordens Religiosas era para frear o avanço do Protestantismo, as crianças receberam educação religiosa, ganhando uma breve importância, porém ainda de forma secundária.

Mas isso ficou adstrito ao espaço religioso e familiar, durante muitos séculos. Foi só no século XIX que outras áreas do conhecimento começaram a enxergar a criança como sujeito, como na área da psicologia, medicina, direito, sociologia, pedagogia, dentre outras, surgindo uma nova mentalidade de um atendimento diferenciado à criança.

A mudança nas formas econômicas, com o capitalismo se desenvolvendo, a Revolução Industrial e a necessidade de mão-de-obra, fez com que a exploração do trabalho infantil ocorresse, representando uma necessidade social e econômica.

Ainda que as crianças recebessem porcentagens do que um adulto recebia, mesmo trabalhando horas idênticas, se inseriam no processo industrial, pois suas pequenas mãos conseguiam alcançar os pequenos espaços das máquinas, se tornando fundamentais.

De qualquer forma, apesar de exploradas ao extremo, é notável que a inserção da criança no modo de vida contemporâneo como consumidores, mesmo em pé de desigualdade, mas dentro do processo, com já não como excluídos.

Mas somente no século XX foi que se desenvolveu os mais significativos Direitos da Criança. A primeira significativa manifestação sobre os direitos da criança ocorreu em 1919, em Londres, quando a já extinta Sociedade das Nações criou o Comitê de Proteção da Infância, momento pós-Grande Guerra, no qual se existia grande quantidade de crianças órfãs. Foi o primeiro órgão governamental supranacional que priorizou seus trabalhos nas crianças. (SDH, 2010)

Ainda se tem em 1920 a União Internacional de Auxílio à Criança em Genebra, que junto com a fundadora da Save the Children, Eglantyne Jebb, formula a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança – ou Declaração de Genebra – em 1923.

Em 1924, já como resultado do trabalho do Comitê de Proteção da Infância, foi promulgada a Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças – primeiro instrumento internacional que buscava garantir a proteção às crianças e motivar os Estados Membros a estabelecerem dispositivos que garantissem o bem-estar dessa população no âmbito nacional. (SDH, 2010)

Logo depois, em 1927, ocorre o IV Congresso Panamericano da Criança, quando dez países¹ subscrevem a ata de fundação do Instituto Interamericano da Criança – INN/Instituto Interamericano del Niño – que atualmente está atrelado à OEA – Organização dos Estados Americanos –, que estendeu em seu entendimento o adolescente e a maternidade. (*Idem*)

Após a Segunda Guerra Mundial ocorreu um intenso movimento no intuito de amenizar o impacto da guerra para as crianças. Logo em 1946 o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas propôs a adoção da Declaração de Genebra, de 1923, bem como um Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância – UNICEF.

Com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, houve previsão a cuidados e assistências especiais a crianças, adolescentes e a maternidade, previsto em seu artigo XXV, item II.

A partir de 1959 a adoção da Declaração dos Direitos da Criança se torna unanimidade. Dez anos depois ocorre a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José, Costa Rica, quando estabelece que todas as crianças têm direitos às medidas de proteção que a sua condição de menor exige, por parte da família, da sociedade e do Estado. Porém, somente em 1978 é que passa a vigorar o Pacto de San José. (BITTENCOURT, 2009, pp. 37-37)

É notável que há grande busca pelas definições dos direitos da criança no âmbito internacional. Isso fica mais evidente na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – conhecida como CDC –, que logo foi adotada pela Assembleia Geral da ONU e ratificada por 193 países. (SDH, 2010)

¹ Países signatários: Argentina, Bolívia, Brasil, Cuba, Chile, Equador, Estados Unidos, Peru, Uruguai e Venezuela.

De forma sucinta este foi uma breve evolução histórica dos Direitos Infantes ao longo da história. É notável que o pensamento ocidental foi evoluindo de forma lenta, porém hodiernamente a mentalidade e as políticas públicas, tanto nacionais, quanto internacionais, estão direcionando seus esforços no reconhecimento dos direitos especiais humanos na condição de criança.

2.1.1 Direitos da Criança no Brasil

Na mesma linha da história universal, na história do Brasil seguiu a lógica de não enxergar os infantes de forma central ou, ao menos, especial, porém de forma excluída.

Pode-se remeter até ao período da chegada dos portugueses ao Brasil, com a vinda de crianças na caravelas, que não tinham qualquer regalia, com depoimentos bastante depreciativos.

As crianças que chegavam ao Brasil vinham consideradas órfãos do Rei de Portugal, com a incumbência de se casar com os súditos da Coroa. E ao longo do trajeto das caravelas elas eram obrigadas a aceitar abusos sexuais e, em caso de naufrágio, eram deixadas para trás. (BARROS, 2005, p. 71)

As próprias leis portuguesas não davam qualquer característica especial à condição humana de infante. Pode-se citar nesse contexto as Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1498, a qual o Brasil, na condição de Colônia portuguesa se submetia. Isso durou até 1520, quando o rei D. Manuel I mandou rever o código legal e impôs as Ordenações Manuelinas.

Com a União Ibérica em 1581, quando o reino da Espanha dominou Portugal, o rei Felipe II resolveu reformar as Ordenações Manuelinas, em 1595. Posteriormente, D. Felipe III, em 1603, promulgou as Ordenações Filipinas, que vigorou até o Código Criminal do Império de 1830.

Foi somente nas Ordenações Filipinas que houve previsão no âmbito criminal de apenar menores. O sistema de punição ao menor infrator era bastante severo, consoante com o pensamento histórico, prevendo o mínimo de tratamento especial ao menor.

Após a Independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, foi necessário a formulação dos códigos legais nacionais. Todavia, estas não previam qualquer lei protetiva às crianças.

O próprio Código Criminal do Império do Brasil, instituído em 16 de dezembro de 1830, desenvolveu a previsão que especificava que o menor de 14 anos teria julgamento diferente dos adultos, em seus artigos 10, §1º e 13. (ANDREUCCI, 2012, pp. 58-59)

Com o fim do período Imperial no Brasil e a proclamação da República em 1889, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil foi instituído em 11 de outubro de 1890 pelo Decreto nº 847 de 1890.

Em suma, o Código Penal de 1890 alterou alguns aspectos do Código Criminal do Império, com a prevenção da inimputabilidade aos menores de 9 anos de idade, que em hipótese alguma poderiam ser tratados como criminosos.

Além disso, foram criados estabelecimentos disciplinares industriais, onde os maiores de 9 anos e menores de 14 anos seriam encaminhados, caso praticassem ilícitos com o discernimento sobre sua conduta. (*Idem*, p. 59)

Apesar da aceitação de penalização diferenciada na evolução histórico de nosso ordenamento jurídico, foi somente pelo Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927 que surgiu o primeiro Código de Menores brasileiro – também conhecido como Código Mello Mattos –, que abordava apenas das medidas aplicáveis aos menores de 18 anos por cometimento de prática de infrações penais estipuladas na Lei Criminal.

Em breve resumo, a referida Lei, de forma básica, introduziu “normas de proteção do menor em situação irregular, ao estabelecer medidas de assistência ao

menor abandonado e coibir o trabalho do menor de 12 anos e o trabalho noturno do menor de 18.” (ANDREUCCI, 2012, p. 59)

O referido Código foi revogado pela Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Nesta Lei, rompe-se com a doutrina do Direito Penal do Menor, adotando a Doutrina do Menor em Situação Irregular, “avançando em relação à doutrina anterior, muito embora no contexto internacional já existissem diplomas e tratados inspirados na Doutrina da Proteção Integral.”²

Em síntese, o Código de Menores de 1979 previu a tutela nas hipóteses em que o menor não estivesse inserido em padrões sociais normais, protegendo o menor em situação irregular, carente, abandonado e infrator, ainda que não lhe proporcionasse proteção integral.

Enfim, a Constituição Federal de 1988 introduziu, em seu início, a Doutrina da Proteção Integral, garantindo em seu artigo 227 às crianças e aos adolescentes prioridade absoluta, estabelecendo como o dever de proteção pela família, sociedade e pelo Estado, adotando os preceitos da Declaração de Genebra, de 1924.

2.3 RODA DOS EXPOSTOS

A criação de instituições que recebiam crianças órfãs, que eram abandonadas pelas genitoras, se iniciou na França na Idade Média, por volta dos séculos IV e V. Se tinha a preocupação de acolher as crianças em risco de infanticídio ou abandono a esmo. Já no século VIII, a Itália criou a Roda, um instrumento que permitia a entrega de forma anônima da criança a um estabelecimento religioso, para criá-la. (IUCKSCH, 2008, p.1)

² “A Doutrina do Menor em Situação Irregular estabelece que a proteção estatal deve dirigir-se à erradicação da irregularidade da situação em que eventualmente se encontre o menor, sempre com a preocupação de assisti-lo, protegê-lo e vigiá-lo.” (ANDREUCCI, 2012, p. 59)

Na França se instituiu oficialmente a Roda dos Expostos no século XVII, num período de grande miséria, o Padre São Vicente de Paulo se sensibilizou com a questão das crianças, que seriam abandonadas, condenadas à morte, criou uma formalização para o acolhimento delas. Sendo que posteriormente, o imperador Napoleão organizou e generalizou o uso no século XIX, impondo a instalação das Rodas em todas comarcas. (IUCKSCH, 2008, p. 1)

No Brasil, a Roda dos Expostos remonta a seu Período Colonial, quando Dom João VI autorizou a sua implantação em 1726, em Salvador. Ela consistia em um artefato cilíndrico de madeira fixado no muro ou janela das Santas Casas de Misericórdia, hospitais ou conventos, o qual a criança era colocada anonimamente e girada para dentro do estabelecimento. Se tocava uma campainha para avisar que havia uma criança exposta. Isso significava que a criança estava sendo abandonada e o estabelecimento tomava conta da criança. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 142-143)

Comumente conhecido como 'Roda dos Excluídos', a Roda dos Expostos oficializou uma prática já comumente realizada. A pobreza, a doença, a escravidão, a questão da moralidade ensejavam a entrega das crianças.

No Período Colonial e Imperial o Brasil não possuía uma legislação civilista, muito menos familiar, e a moral é que organizava essas questões. A mulher era subjugada ao homem, sendo que havia clara desigualdade hierárquica. O temor da rejeição social e o medo da reação do homem em face à gravidez, o mais viável era a exposição das suas crianças nesses estabelecimentos. (MARCÍLIO, 1997, p. 56)

A Roda dos Expostos, apesar de ter realizado uma importante função social, acabou angariando enorme desprestígio, pois não havia muita regulamentação e controle do que era feito das crianças. Se utilizavam das crianças para finalidade econômica, mal tratamento, falta de alimentação, isto é, não se tinha algo que obrigasse a criação do infante com vida digna. (VENÂNCIO, 2008, p. 197)

A Roda dos Expostos foi extinta em 1950 e, a partir daí, a nossa legislação realizou várias garantias para suprir os direitos das crianças, mas encontra o mesmo problema da outra, a falta de averiguação do cumprimento integral faz com que as crianças não tenham seus direitos garantidos.

3 PARTO ANÔNIMO

A realidade social é fortemente influenciada pelo momento histórico e pela organização econômica e social de uma sociedade. Na realidade brasileira, há uma constatação evidente acerca do abandono de crianças, sustentada nesses condicionantes econômico-sociais. A criação de novos institutos de direito acabam por se tornar uma resposta para tentar solucionar tais realidades.

Como é evidente, a falta de Direitos pelas crianças ao longo da história e a falta de obrigação do Estado em face delas uma das práticas sociais mais recorrentes realizadas pela mulher grávida que não tinha condições de criar seu filho biológico era o abandono e até mesmo o aborto.

O aborto era uma prática recorrente. Todavia, por ser criminalizado no ordenamento jurídico e, além disso, por não ter um resguardo médico legalizado, podendo acarretar em danos físicos à mulher, não era uma alternativa muito plausível e bastante polêmica.

A alternativa mais justificável era a dar continuidade à maternidade com vistas à entrega a uma família substituta, respeitando os trâmites legais. Todavia, isso ocasiona outro dilema: o preconceito social.

Assim, a prática mais 'segura' seria o abandono sigiloso da criança, pois isso não causaria danos físicos, a comunidade não ficaria ciente do ocorrido, não ocorrendo o preconceito social.

O Parto Anônimo é um desses institutos jurídicos que buscam preservar a harmonia social, permitindo que as dificuldades econômicas e sociais não acabem por incidir na formação negativa de crianças que são abandonadas por suas genitoras biológicas.

No mundo o instituto já é bastante difundido, pois ele permite que a progenitora que não tem condições de criar a criança, deixe seu filho para adoção,

sem se identificar. Assim, o Parto Anônimo se configura com a anonimidade tanto da mãe como do pai do infante, incidindo o total abandono parental da criança.

Na França, por exemplo, concretizou-se a legalização do Parto Anônimo em razão da grande incidência do tráfico de crianças na adoção internacional. Quando a opinião pública teve consciência acerca da extensão do tráfico, entendeu por bem oficializar o Parto Anônimo.

Contrariamente à maioria dos países europeus, a França permite o apagamento dos traços de identidade dos pais biológicos, tanto nas práticas de doação de gametas quanto na prática do parto anônimo.

Em 1993 foi instituída na França uma lei que concede à mulher o direito de dar à luz no anonimato – com assistência médica gratuita – e de interceptar qualquer contato com a criança após a liberação para a adoção. Importante destacar que na certidão de nascimento, consta um “x” no lugar em que deveria constar o nome da mãe. Cerca de 400 mil franceses não sabem quem são seus pais biológicos.

Na Alemanha, em Hamburgo, foi instituída pela primeira vez em 1999 uma chamada “portinhola para bebê” ou “janela de Moisés”, que nesse meio tempo se multiplicou pelo país afora e tem tido boa aceitação. São geralmente mantenedores ligados às Igrejas que estabelecem, junto a um hospital ou outro centro em que a assistência médica seja garantida, uma espécie de guichê em que uma mulher que tenha dado à luz pode depositar o seu bebê anonimamente e sem a possibilidade de ser identificada. Cada uma dessas janelas, que podem ser acessadas do lado de fora do edifício, é equipada com bacinhas aquecidas e coloca à disposição da mãe materiais informativos em que vários idiomas sobre entidades em que ela pode buscar ajuda.

Polêmica, a iniciativa é defendida pelos mantenedores, que veem nela uma chance concreta de salvar vidas: por ano cerca de 50 bebês são abandonados na Alemanha após o nascimento.

Na Itália, faz 15 anos que se despenalizou o aborto. Já a lei que permite o parto anônimo entrou em vigor em 1997 para atender imigrantes de diversas

nacionalidades e prostitutas que são proibidas de ter filhos pelos cafetões e abandonavam os bebês em situações desumanas. (FERREIRA, 2010, pp. 10-12)

3.1 PROJETOS DE LEI BRASILEIROS

O Brasil buscando se fundamentar nas mais avançadas legislações internacionais, fundamenta seus Projetos de Lei sobre o Parto Anônimo no exemplo nas leis austríacas, belgas, italianas, luxemburguesas, holandesas e francesas. Além destes, vários estados dos Estados Unidos já possuem legislações específicas, e na Alemanha, ainda que não haja legislação, a prática do Parto Anônimo é praticado correntemente.

A ideia central dos Projetos de Lei brasileiro é de permitir à mulher, anonimamente, dar a luz e entregar o bebê para a adoção no próprio hospital. Essa doação aconteceria em dois momentos: logo após o nascimento; ou ao longo do acompanhamento médico, a mãe já declara seu interesse em doar, e, assim, receberia acompanhamento psicossocial.

Dessa forma, há uma possibilidade bastante humanizada de a mãe biológica não assumir a maternidade do infante que gerou, não acarretando qualquer responsabilidade desta com a criança após seu nascimento.

Nesse sentido, a entrega do filho para adoção não incorreria em crime ou nenhuma responsabilidade civil ou criminal, ignorando o artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 166. 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. (BRASIL, 1990)

Além de não responder pelos artigos 133 e 134 do Código Penal Brasileiro:

Abandono de incapaz

Art. 133 - 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.

(...)

Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos. (BRASIL, 1940)

Assim, seria uma forma de abandono afetivo legalizado, na qual se preservasse a identidade da mãe no processo e a criança já estaria à disposição da Justiça para o processo de adoção.

O Projeto de Lei nº 2.747/2008 de autoria do Deputado Eduardo Valverde foi entregue na Comissão de Seguridade Social e Família e na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, com o intuito de instituir o Parto Anônimo, com vistas a coibir o abandono materno. (BRASIL; CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008, pp. 2-4)

**PROJETO DE LEI N.º 2.747, 2008
(Do Sr. Eduardo Valverde)**

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir o abandono materno de crianças recém nascidas, e instituí no Brasil o parto anônimo nos termos da presente lei.

Art. 2º Toda mulher, independente de classe, raça, etnia, idade e religião, será assegurado as condições para a realização do “ parto anônimo”

Parágrafo Único - Todas as unidades gestoras do Sistema Único de Saúde, obrigam-se a criar um programa específico com a finalidade de garantir, em toda sua rede de serviços o acompanhamento e a realização do parto anônimo.

Art. 3º O Estado, através do sistema único de saúde, as instancias competentes do sistema educacional, promoverá condições e recursos informativos, educacionais para orientação as mulheres.

Art. 4º A rede do SUS garantira as mães, antes do nascimento, que comparecerem aos Hospitais declarando que não deseja a criança, contudo, quer realizar o pré-natal e o parto, sem ser identificada.

Art. 5º Os hospitais deverão criar estruturas físicas adequadas que permitam o acesso sigiloso da mãe ao hospital e o acolhimento da criança pelos médicos.

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

Parágrafo Único – A instituição de saúde garantira a toda mulher que demandar ao Hospital o parto anônimo acompanhamento psicológico.

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

Art. 8º A mulher que se submeter ao parto anônimo será informada da possibilidade de fornecer informações sobre sua saúde ou a do pai, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, bem como, sua identidade que será mantida em sigilo, e só revelada nas hipóteses do art. 11º desta lei.

Art. 9º A criança só será levada à adoção após oito semanas da data em que chegou ao Hospital, período em que a mãe ou parentes biológicos poderão reivindicá-la.

Parágrafo único. Quando o parto ocorrer no Hospital, sob sigilo de identidade da mãe, a criança será levada à adoção após oito semanas de seu nascimento.

Art. 10º As formalidades e o encaminhamento à adoção serão de responsabilidade dos médicos e enfermeiros que acolheram a criança abandonada, bem como, do diretor do Hospital.

Art. 11º A identidade dos pais biológicos será revelada pelo Hospital, caso possua, somente por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho.

Art. 12º A parturiente, em casos de parto anônimo, fica isenta de qualquer responsabilidade civil ou criminal em relação ao filho.

Art. 13º Modifica-se ou derroga-se toda disposição que se oponha ao disposto na presente lei.

Art. 12 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

A justificativa do Projeto de Lei se pautam no abandono trágico em que as crianças são expostas, na insegurança jurídica que a genitora se encontra ao realizar o abandono ilegal, e que as legislações internacionais já praticam o instituto do Parto Anônimo.

No Relatório da Comissão de Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania esse Projeto de Lei foi rejeitado, pela má técnica, pela inconstitucionalidade e injuridicidade. (BRASIL, 2009)

Ainda, sustentou que ao permitirem o anonimato da mãe afetaria o direito constitucional da criança à proteção integral, prevista no artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Argumenta que há a violação do artigo 5º, incisos XIX, XXX e XXXIII, no que tange ao não acesso dos dados sobre a genitora, não podendo o Estado não deixar de fornecer a informação e nem sobre o direito de herança: (BRASIL; CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2009)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...)

XXX - é garantido o direito de herança;

(...)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (BRASIL, 1988)

Bem como, a exclusão da responsabilidade civil e criminal da mãe que opte pelo Parto Anônimo viola diretamente o artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (*Idem*)

Posteriormente, como apenso da PL nº 2.747/08, o Deputado Carlos Bezerra propõe o Projeto de Lei nº 2.834/2008, que também institui o Parto Anônimo, mas alteraria o artigo 1.638 do Código Civil, apenas para definir o termo. (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008, pp. 4-7)

PROJETO DE LEI N.º 2.834, de 2008

(Do Sr. Carlos Bezerra)

Art. 1º Esta Lei institui o parto anônimo.

Art. 2º. O art. 1.638 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, passa a vigorar acrescido do inciso V e do parágrafo único, com a seguinte redação:

"Art.1.638.:

V - optar pela realização de parto anônimo.

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

Art.3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Na justificativa deste Projeto de Lei o Deputado destaca o desespero das mães que sem disposição de recursos para a criação do filho acabam por abandoná-los em ambientes insalubres. E o PL proposto serviria como um instrumento que reduziria não só o abandono, mas também os grandes números de abortos clandestinos.

Já o Projeto de Lei nº 3.220/2008 foi uma proposta do jurista Rodrigo Cunha Pereira, (NETO, 2012, p. 369) apenso do Projeto de Lei inicial, apresentado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro alteraria o projeto inicial – PL 2.747/2008 – dando diferentes prazos para o tempo que decorre entre o parto anônimo e a realização da adoção. (BRASIL; CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008, pp. 7-12)

**PROJETO DE LEI N.º 3.220, de 2008
(Do Sr. Sérgio Barradas Carneiro)**

Art. 1º Fica instituído no Brasil o direito ao parto anônimo nos termos da presente lei.

Art. 2º É assegurada à mulher, durante o período da gravidez ou até o dia em que deixar a unidade de saúde após o parto, a possibilidade de não assumir a maternidade da criança que gerou.

Art. 3º A mulher que desejar manter seu anonimato terá direito à realização de pré-natal e de parto, gratuitamente, em todos os postos de saúde e hospitais da rede pública e em todos os demais serviços que tenham convênio com o Sistema Único de Saúde (SUS) e mantenham serviços de atendimento neonatal.

Art. 4º A mulher que solicitar, durante o pré-natal ou o parto, a preservação do segredo de sua admissão e de sua identidade pelo estabelecimento de saúde, será informada das conseqüências jurídicas de seu pedido e da importância que o conhecimento das próprias origens e história pessoal tem para todos os indivíduos.

Parágrafo único. A partir do momento em que a mulher optar pelo parto anônimo, será oferecido à ela acompanhamento psicossocial.

Art. 5º É assegurada à mulher todas as garantias de sigilo que lhes são conferidas pela presente lei.

Art. 6º A mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto.

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

Art. 7º A unidade de saúde onde ocorreu o nascimento deverá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, por meio de formulário próprio.

Parágrafo único. O Juizado da Infância e Juventude competente para receber a criança advinda do parto anônimo é o da Comarca em que ocorreu o parto, salvo motivo de força maior.

Art. 8º Tão logo tenha condições de alta médica, a criança deverá ser encaminhada ao local indicado pelo Juizado da Infância e Juventude.

§ 1º A criança será encaminhada à adoção somente 10 (dez) dias após a data de seu nascimento.

§ 2º Não ocorrendo o processo de adoção no prazo de 30 (trinta) dias, a criança será incluída no Cadastro Nacional de Adoção.

Art. 9º A criança será registrada pelo Juizado da Infância e Juventude com um registro civil provisório, recebendo um prenome. Não serão preenchidos os campos reservados à filiação.

Parágrafo único. A mulher que optar pelo segredo de sua identidade pode escolher o nome que gostaria que fosse dado à criança.

Art. 10 A mulher que desejar manter segredo sobre sua identidade, fica isenta de qualquer responsabilidade criminal em relação ao filho, ressalvado o art. 123 do Código Penal Brasileiro.

Parágrafo único. Também será isento de responsabilidade criminal quem abandonar o filho em hospitais, postos de saúde ou unidades médicas, de modo que a criança possa ser imediatamente encontrada.

Art. 11 A mulher que se submeter ao parto anônimo não poderá ser autora ou ré em qualquer ação judicial de estabelecimento da maternidade.

Art. 12 Toda e qualquer pessoa que encontrar uma criança recém-nascida em condições de abandono está obrigada a encaminhá-la ao hospital ou posto de saúde.

Parágrafo único. A unidade de saúde onde for entregue a criança deverá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, por meio de formulário próprio.

Art. 13 A pessoa que encontrou a criança deverá apresentar-se ao Juizado da Infância e da Juventude da Comarca onde a tiver encontrado.

§ 1º O Juiz procederá à perquirição verbal detalhada sobre as condições em que se deu o encontro da criança, a qual, além das formalidades de praxe, deverá precisar o lugar e as circunstâncias da descoberta, a idade aparente e o sexo da criança, todas as particularidades que possam contribuir para a sua identificação futura e, também, a autoridade ou pessoa à qual ela foi confiada.

§ 2º A pessoa que encontrou a criança, se o desejar, poderá ficar com ela sob seus cuidados, tendo a preferência para a adoção.

§ 3º Para ser deferida a adoção é necessário que a pessoa seja considerada apta para fazê-la.

Art. 14 As formalidades e o encaminhamento da criança ao Juizado da Infância e Juventude serão de responsabilidade dos profissionais de saúde que a acolheram, bem como da diretoria do hospital ou unidade de saúde onde ocorreu o nascimento ou onde a criança foi deixada.

Art. 15 Os hospitais e postos de saúde conveniados ao Sistema Único de Saúde (SUS), que mantêm serviços de atendimento neonatal, deverão criar, no prazo de 6 (seis) meses contados da data da publicação da presente lei, condições adequadas para recebimento e atendimento de gestantes e crianças em anonimato.

Parágrafo único. As unidades de saúde poderão manter, nas entradas de acesso, espaços adequados para receber as crianças ali deixadas, de modo a preservar a identidade de quem ali as deixa.

Art. 16 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

A justificação deste Projeto de Lei é o serviço social prestado no sentido de mitigar o abandono de menores. Além da não criminalização da genitora que seguir os procedimentos previstos no Projeto, garantindo a liberdade da mulher. Entendendo ser o direito à vida preponderante ao direito à informação nesse sentido, defendendo que a afetividade se sobreponha ao mero critério biológico.

Importante destacar que os dois Apensos à PL 2.747/2008 foram também rejeitadas, apesar de a Comissão entender que estas últimas respeitaram a boa técnica legislativa.

É notável que as críticas ao Projeto tem seus fundamentos. Todavia, se se pautar especificamente nos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais, o Parto Anônimo tem sua razão.

3.2 SOPESAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 prevê um rol de direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito. Entende-se, aqui, que os s Princípios como pressuposto das Constituições contemporâneas. Se pautando do ‘Dicionário de Política’ de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino:

Todo ordenamento estatal possui sempre um conjunto peculiar de princípios orgânicos característicos, que o distinguia dos demais, mas só em tempos relativamente recentes se estendeu e consolidou a convicção de que tais princípios deveriam, em geral, ser reunidos em um documento formal, definido como Constituição. (BOBBIO, *et al.*, 1998, p. 258, verbete ‘Constituição’)

Aqui fica claro que atualmente os Princípios são características fundamentais de qualquer Constituição. Assim, defende-se que as Constituição não só contém normas organizativas – no sentido de regras –, “mas sobretudo princípios de orientação e estímulos de ativação das massas.” Portanto,

Limitando nossa atenção à Constituição do Estado, logo ressaltará a extrema dificuldade de definir com clareza os princípios normativos essenciais já referidos, embora abstratamente se afirme que estes não de ser os logicamente prioritários, superiores a outros princípios não indispensáveis, capazes de se revelar como permanentes. (*Idem*, p. 258, verbete 'Constituição')

Dentro daquele esquema de hierarquia normativa de Hans Kelsen já abordado anteriormente, entende-se que os Princípios, já na acepção normativa, são prioritários, ou seja, têm grau elevado em relação a outros Princípios infraconstitucionais.

Dessa maneira, Norberto Bobbio ao abordar a questão dos Princípios em sua obra intitulada '*Teoria dell'ordinamento giuridico*', ou 'Teoria do Ordenamento Jurídico', retorna à discussão entre Direito Natural e Direito Positivo:

A expressão "princípios gerais do Direito" foi usada pelo legislador de 1865; mas pelos equívocos que podia suscitar, quanto a se se deveria entender por "Direito" o Direito natural ou o Direito positivo (...). (BOBBIO, 1999, pp. 156-157)

Entretanto, numa visão mais pós-positivista do que essas suscitações, Bobbio se posiciona na seguinte explanação acerca de sua concepção de Princípios gerais do Direito:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas? (*Idem*, pp. 158-159)

Portanto, há de se equiparar os princípios às normas orientadores do Estado. Estes detém força normativa, sendo um dos baluartes do Estado Democrático de Direito.

3.2.1 Dignidade humana

Nesse sentido, destacar-se-á o a dignidade humana, já inscrita no artigo 1º, inciso III da Constituição brasileira, como um dos objetivos fundamentais do Estado e como um postulado central do ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 1º 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; (BRASIL, 1988)

Sendo a dignidade humana um direito inerente à pessoa humana, um dos direitos que mais sopesam em relação a outros, sendo esta considerada como uma norma-princípio constitucional. (SARLET, 2002, p. 22)

Presume-se, dessa forma, que a dignidade humana é norma-princípio de peso maior, um dos baluartes do Estado Democrático de Direito. Portanto, a dignidade humana baseia as normas constitucionais e infraconstitucionais, como um pressuposto normativo.

Com isso, a dignidade humana não pode ser alienada ou renunciada, pois se trata de um atributo inerente à própria condição humana dentro de um Estado Democrático de Direito. (*Idem*, p. 23)

É o mesmo defeso por Flávia Piovesan:

todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por

todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana. (PIOVESAN, 2003, p. 188)

Portanto, a dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais contido na Carta Magna brasileira. Todavia, sua aplicação deixa muito a desejar no que diz respeito à realidade social brasileira.

Há muitas parcelas da sociedade que não têm seus direitos aplicados, se tornando excluídos e marginalizados. E, nesse sentido, o Parto Anônimo busca suprir tanto a dignidade da pessoa humana da genitora, quanto da criança, não obrigando ao infante a conviver num ambiente que este não será totalmente preservado das dificuldades socioeconômicas.

3.2.2 Direito à vida

No mesmo sentido, há uma maior reverência do direito à vida, contido no *caput* do seu artigo 5º:

Art. 5º 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, (...) (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

Sendo inserido no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o direito à vida é um dos direitos primevos e mais elementares, regido pelos princípios da inviolabilidade e irrenunciabilidade.

Constitucionalmente o homem tem o direito à vida, e não sobre a vida. Com isso, o Estado tem o dever de assegurar o direito à vida, sendo que a vida digna à subsistência é essencial.

O constituinte de 1988 reconheceu expressa e categoricamente que o Estado brasileiro existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal. (LIMA, 2012, p.23).

É cediço que o direito à vida é amplamente defendido pelo texto constitucional. Não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente a sua potencial importância, é superior a todo outro interesse.

Ora, o direito a vida "é o primeiro dos cinco valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais estabelecidos no art. 5º do texto constitucional, seguido da liberdade, igualdade, segurança e propriedade". (MENDES & BRANCO, 2015, p. 256)

Ainda que não haja um Direito Fundamental absoluto, pode-se defender a relevância do direito à vida, sendo este o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à sua subsistência. (MORAES, 2007, p. 112)

Nas palavras de Pedro Lenza:

O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna. (LENZA, 2009, p. 235)

O próprio artigo 227 da Constituição Federal estabelece que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar

e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso) (BRASIL, 1988)

Ora, na situação em estudo é melhor que a criança tenha o direito de nascer com saúde, do que sua vida ser colocada em risco, pela mãe, que não quer se responsabilizar por sua guarda e proteção.

A importância da preservação do direito à vida como precedente de qualquer outro tem previsão em tratados internacionais de que o Brasil é parte.

A Convenção Americana de Direitos Humanos – O Pacto de San José –, de 1962, ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, prevê, em seu art. 4º, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, acrescentando que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” e que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Esse não é o único ordenamento internacional que trata sobre a primordialidade do direito fundamental à vida, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 2002, explicita que “o direito a vida é inerente a pessoa humana” e que “este direito devera ser protegido pela lei”, além de estabelecer que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”.

Nessa senda, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, compreende “por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade”, dispõe ainda que, “os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida” e elenca que “os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

A proteção ao direito à vida corresponde, portanto, a uma exigência prévia e primordial de qualquer ordenamento jurídico. Desse preceito fundamental decorrerá todos os outros.

Importa destacar que o direito à vida deve ser resguardado por intermédio de fomento de políticas públicas que darão efetividade a tal princípio. Cabe ao Estado, portanto, implementar medidas de defesa desse preceito fundamental.

Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco:

(...) a vida humana – como valor central do ordenamento jurídico é pressuposto existencial dos demais direitos fundamentais, além de base material do próprio conceito de dignidade humana – impõe medidas radicais para a sua proteção... assim, nos casos em que a vida se vê mais suscetível de ser agredida, não será de surpreender que, para defendê-la, o Estado se valha de medidas que atingem a liberdade de outros sujeitos de direitos fundamentais. (MENDES & BRANCO, 2015, pp. 261-262)

É louvável, portanto, que o Estado proteja à mulher que decida por fazer o parto anônimo. Pior seria interromper a gravidez, colocando em risco a incolumidade física e psicológica da mulher e do próprio feto.

Nesse sentido, na lição de Pereira e Sales (*Apud* AMORIM, MEDEIROS, VOLTOLINI & GUIMARÃES, 2011, p. 36)

essa desvinculação mãe e bebê não precisa ocorrer de forma clandestina, à margem dos direitos fundamentais. Nesse primeiro momento, o parto anônimo alia direito à vida, saúde, e dignidade do recém-nascido a direito de liberdade da mãe. A criança é entregue em segurança a hospitais ou instituições especializadas que irão cuidar de sua saúde e em seguida irão encaminhá-lo à adoção, assegurando a potencial chance de convivência em família substituta. Por sua vez, a mãe terá assegurada a liberdade de dispor do filho biológico sem ser condenada, civil ou penalmente, por sua conduta.

Portanto, o direito à vida está na essência do ser humano, sendo seu objetivo e dever a sua preservação, através da sua proteção, subsistência e, até mesmo, o uso da legítima defesa.

O Parto Anônimo almeja, prioritariamente, a defesa do direito à vida, em face ao direito à informação, pois se considera o sopesamento mais significativo do

direito à vida, da intimidade com o direito à liberdade, da dignidade humana, do que o mero direito à informação da origem biológica.

Dessa maneira, deve-se ter em mente o maior peso do direito à vida, e do direito à dignidade humana, em detrimento ao direito à informação, um dos fundamentos de negação do Projeto de Lei.

3.2.3 Direito à liberdade

O direito à liberdade se trata de um direito de primeira geração, no qual o princípio democrático é o orientador da liberdade desde que se preserve a dignidade humana.

Contido no rol do *caput* do artigo 5º, juntamente com o direito à vida, o direito à liberdade é um dos mais importantes direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Como claramente define José Afonso da Silva:

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. (...) Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade. (SILVA, 2013, p. 232)

O Parto Anônimo acolhe o direito à liberdade no que tange a escolha dos pais de escolher se querem alcançar sua e a felicidade da criança. Assim, a não pretensão do exercício da paternidade acaba por fornecer uma vida digna para o infante. Já que este tem a possibilidade de ser adotado por uma família que tem o desejo de lhe criar e sustentar amorosamente.

Aqui se identifica uma relativização do direito fundamental da liberdade, almejando o direito à intimidade, já que a gestante pode exercê-lo com vistas ao direito à dignidade de uma vida digna à criança, com garantir de um direito à convivência familiar.

Dessa forma, a vida e a liberdade estão em pé de igualdade entre si. O destaque para o direito à vida que os Projetos de Lei deram se fundamentam na garantia da vida do nascituro, especificamente em sua existência, evitando que os pais que não desejam exercer a paternidade abandonem a criança a esmo.

No que tange ao direito à liberdade, a justificativa é de que este não se sobreponha ao direito à vida, pois se necessita da garantia do nascimento do nascituro.

Aqui não se identifica um conflito de direitos entre o direito à liberdade e o direito à vida. São complementares, circundados pelo princípio à dignidade humana, que se reserva como orientador.

E, ainda sim, a dignidade é um bem superior. Pois, não se pode defender uma vida sem dignidade, o infante não pode viver numa família que não deseja a sua presença.

O Parto Anônimo defende amplamente o direito à vida, sendo este um dos principais argumentos para fundamentar o instituto. Assim, há a garantia da vida do nascituro, bem como a da genitora.

Portanto, o cuidado à criança, através do instituto do Parto Anônimo, começa na vida ultra interina, preservando o direito à vida, à dignidade humana e à liberdade. Garantindo, legalmente, que a criança, fruto de uma gravidez indesejada, seja posta em uma família que busca sua adoção. Evitando, assim, o abandono e, até mesmo, o aborto clandestino.

3.2.4 Direito à informação

No que fundamenta a não aceitação do instituto do Parto Anônimo pela Câmara dos Deputados, o direito à informação é constitucional, todavia, deve ser relativizado, aceitando o sopesamento do direito à vida, à dignidade humana e à liberdade.

Farias e Rosenvald (2011, p. 560), manifestam-se sobre o direito ao estado de filiação e direito à origem genética, no caso do Parto Anônimo e ressaltam:

Também não nos parece objetivável a alegação de que a criança tem direito a uma genitora. Com efeito, já se apresentou, exaustivamente, a tese de que a filiação, na perspectiva pluralista das relações de família contemporâneas, é calçada no afeto e na solidariedade, perpassando o alcance tão só biológico. Assim, o direito ao estado filiatório, garantido constitucionalmente, pode ser resolvido pela utilização do critério da afetividade, não sendo obstada pelo uso do parto anônimo. Nada obstará que, no futuro, a criança rejeitada pela genitora possa, mesmo já possuindo uma mãe afetiva, investigar a sua origem genética, uma vez que lhe é reconhecido o direito à ancestralidade, como verdadeiro direito da personalidade.

A partir daqui surge o contraponto da presente análise, qual seja, o direito fundamental da criança e futuro adulto em saber a sua origem biológica, que seria vedado, na hipótese de aprovação do parto anônimo no ordenamento jurídico pátrio.

É inquestionável que o direito a identidade biológica tem suas bases consolidadas na dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, colaciono o seguinte entendimento :

O direito a identidade biológica, conhecido como uma das expressões concretas do direito a verdade pessoal está previsto no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. (MELARA, 2010, p. 38)

Entretanto, o sentido da identidade pessoal não se sintetiza a identidade genética, conforme o ensinamento de Selma Rodrigues de Petterle, a identidade pessoal não se resume a identidade genética.

A identidade pessoal é noção bem mais complexa e abrangente, com dois componentes: um é o referencial biológico, que é o código genético do indivíduo (identidade genética), e um é referencial social, este construído ao longo da vida, na relação com os outros.

É nesse sentido que a doutrina refere-se a duas dimensões do direito a identidade pessoal: uma dimensão individual, que torna cada pessoa humana um ser único, original e irrepetível, diversidade essa que enriquece a humanidade, integrando o núcleo da respectiva dignidade o respeito pelo caráter único e diverso dos seus elementos genéticos; é uma dimensão relativa da identidade pessoal, que compreende justamente a ideia de relação com as outras pessoas, ou seja, toda a construção da história pessoal, noção bem mais ampla e complexa. (PETTERLE, 2006, pp. 19-20)

Segundo o ensinamento da autora, a identidade pessoal possui um referencial biológico, que é o código genético de cada pessoa e, um referencial social, que é construído ao longo da vida do ser humano, sendo também este entendimento predominante na doutrina.

A autora aduz ainda, que em relação à definição do direito a identidade genética, enfatiza-se que está focalizado na acepção individual, ou seja, na identidade genética como base biológica da identidade pessoal, que, em última análise, corresponde ao genoma de cada ser humano, ou melhor, ao genoma humano de cada pessoa humana individual. Sob este prisma, identidade genética é sinônimo de individualidade genética. (*Idem*, p. 19)

Na esfera jurídica brasileira, o reconhecimento da origem genética é direito personalíssimo de toda criança, não sendo passível de empecilhos, abdicação ou disponibilidade. No âmbito jurídico, até mesmo nos casos de adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente resguarda esse direito...

Embora haja previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente sobre a possibilidade de se revelar a origem biológica da criança, ratificando a tese de que se trata de direito personalíssimo do indivíduo, tal premissa deve ser relativizada quando a questão se confrontar com as disposições relacionadas ao parto anônimo, tendo em vista que o núcleo essencial dos projetos de lei ora em discussão serem a proteção à vida intrauterina, da vida da criança e da vida da própria mãe.

CONCLUSÃO

Este esforço acadêmico buscou desenvolver uma breve discussão acerca do sopesamento dos direitos fundamentais em relação ao instituto do Parto Anônimo, ainda não aplicado no ordenamento jurídico brasileiro,

Para isso, o trabalho foi dividido em três capítulos centrais que orientam o tema: dos Direitos Fundamentais; da História dos Excluídos; e, por último, o instituto do Parto Anônimo.

No primeiro capítulo, foi desenvolvido uma retrospectiva histórica dos Direitos Fundamentais, demonstrando a evolução do pensamento ocidental acerca do reconhecimento desses direitos. Assim, chegando ao Estado Constitucional, que garantiria a preservação e a aplicação do direito de maneira formal.

Além disso, já iniciou uma breve discussão acerca da importância dos princípios e normas constitucionais, destacando a sua relevância dentro de um Estado Democrático de Direito e a força normativa dos princípios.

Então, no segundo capítulo, foi abordado uma identificação da figura da criança ao longo da história universal e brasileira, que sempre foi entendida como uma história que ficava às margens.

Os direitos infantis só foram conquistados em meados do século XX, com a mudança de pensamento no pós-guerra, com organismos internacionais e entidades não-governamentais incentivando o reconhecimento desses direitos nos Estados signatários dos diversos acordos internacionais.

E, no caso brasileiro, não foi diferente. A demora pelo reconhecimento dos direitos infante-juvenis, acabava por incentivar a exclusão e a marginalização da criança no Brasil. Não é à toa que o número de crianças abandonadas sempre foi significativo ao longo desse história.

E, ainda, neste capítulo, se abordou uma tentativa de mitigação do abandono infantil, com a proposta da Roda dos Expostos. Óbvio que não era o melhor método a ser aplicado, porém, era uma tentativa de fornecer um mínimo de dignidade à vida do nascituro.

E, por fim, destacou-se o instituto do Parto Anônimo, como um modelo já aplicado em vários países que vem deixando o processo de adoção e de entrega da criança muito mais humanizado.

No Brasil, o instituto ainda não foi aplicado, porém tentativas já foram feitas, com os Projetos de Lei nº 2.748/08, 2.834/08 e 3.220/08. Os três foram rejeitados no Congresso Nacional. Todavia, já demonstraram suas bases jurídicas e constitucionais.

Nesse sentido, foi desenvolvido o sopesamento dos Direitos Fundamentais Constitucionais. Identificou-se que o direito à dignidade humana, o direito à vida e o direito à liberdade se sobrepujam ao direito à informação.

Portanto, o instituto do Parto Anônimo visa mitigar as mazelas sociais provocadas na sociedade brasileira. O legislador ao não agregar tal instituto desconsidera a situação de miséria ou mesmo a incapacidade de prosseguir na gestação, diante das condições econômicas e familiares capazes de conduzir, após o nascimento, a criança à exposição ou à morte, ou a própria gestante à perda do emprego e do próprio sustento, diante de sua vulnerabilidade.

BIBLIOGRAFIA

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

AMORIM, Ana Carolina; MEDEIROS, Cláudio Melquíades; VOLTOLINI, Gabriela Cristine B.; GUIMARÃES, Gilson Sêmer; DIAS, Joana Garcia. **Parto anônimo**. Santa Catarina: Revista Univille, vol 1-3, pp. 31-43, 2011.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. – 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1981.

BARROS, Nivia Valença. **Violência intrafamiliar contra criança e adolescente: trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social**. Rio de Janeiro: Tese de Doutorado da Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Psicologia, 2005, p.71. Disponível em: <www.uff.br/maishumana/acervo/publicacoes/teses/viol_intraf1.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

BITTENCOURT, Luciane Potter. **Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar: por uma política pública de redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Tradução de Carmen C. Varriale, et. al. – 11ª edição, rev. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, 2v.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Nova Edição – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 3ª reimpressão.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. – 10ª edição rev. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. – 25ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Código penal: decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 16 de julho de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 16 de julho de 2016.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 16 de julho de 2016.

BRASIL; CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 2.747 de 2008**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra;jsessionid=8BD96E953C98348165D71FCFBF83AC37.node1?codteor=882740&filename=Avulso+-PL+2747/2008> Acesso em: 16 de julho de 2016.

BRASIL; CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório do Projeto de Lei nº 2.747, de 2008 e Apensos os Projetos 2.834/08 e 3.220/08. 16 de abr. 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/648240.pdf>> Acesso em: 16 de julho de 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. – 3ª edição – Coimbra: Almedina, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *‘Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental*. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar F. Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 5ª edição, rev. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de & ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. **Parto anônimo e os direitos fundamentais**. Jus Plenum – Repositório autorizado de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal n. 036CD-07- pela Editora Plenum, vol. I, 110, jan. 2010. Disponível em: <http://www.oabuberaba.org.br/db/artigos/artigo_nayarabeatriz.pdf> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IUCKSCH, Marlène. Evolução e contexto atual do acolhimento familiar na França. 22 de abr. 2008. Disponível em: <http://www.antigone-formation.com/racine/IMG/pdf/Evolucao_e_contexto_atual_do_acolhimento_familiar_na_Franca.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. – 6ª edição –. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. – 6ª edição –. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 13ª Ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anecefalia: direitos fundamentais em colisão**. – 3ª reimpr. – Curitiba: Juruá, 2012.

MARCILIO, Maria Luiza. *A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil colonial: 1726-1950*. In: FREITAS, Marcos Cezar. (Org.). **História social da infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 1997.

MELARA, Susiane Sbeghen. **Parto anônimo: uma discussão a luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio Grande do Sul: Universidade de Passo Fundo, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 10ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015. - (Serie IDP) .

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. – 22ª ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. – 3ª edição –. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Dissertação de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

PIOVESAN, Flávia. '*Direitos humanos e princípio da dignidade da pessoa humana*'. In: LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 188.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH). **Direitos humanos de crianças e adolescentes: 20 anos do estatuto**. Brasília: Secretaria dos Direitos Humanos, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. – 9ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense, 4v., 1986.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. – 32ª Ed. rev. atual. – São Paulo: Malheiros, 2013. p.232.

VENÂNCIO, Renato Pinto. **Famílias abandonadas**: assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – Séculos XVIII e XIX. São Paulo: Papyrus, 1999.