WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MONTES CLAROS
Centro de Ciências Sociais Aplicadas
Curso de Direito

Tátilla Gomes Versiani

PARTO ANÔNIMO, DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA, DIGNIDADE HUMANA E REFORMA DO JUDICIÁRIO: CONJECTURAS

Montes Claros/MG
Maio/2010

Publicação originária em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.27016

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Tátilla Gomes Versiani

PARTO ANÔNIMO, DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA, DIGNIDADE HUMANA E REFORMA DO JUDICIÁRIO: CONJECTURAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Estadual de Montes Claros como exigência para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

ORIENTADORA: PROFª. GRACIETE AFONSO PRIOTO DE CASTRO

Montes Claros/MG
Maio/2010

Publicação originária em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.27016

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Tátilla Gomes Versiani

PARTO ANÔNIMO, DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA, DIGNIDADE HUMANA E REFORMA DO JUDICIÁRIO: CONJECTURAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Estadual de Montes Claros como exigência para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. GRACIETE AFONSO PRIOTO DE CASTRO

Membros:

Profª. Enild Costa Moreira da Silva

Profª. Tânia Maria Batista de Lima

Montes Claros/MG
Maio/2010

Publicação originária em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.27016

DEDICATÓRIA

A meus pais pelo amor incondicional.
A Luciano pelo apoio e companheirismo.
A Thayse e Fellipe pelo incentivo.

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao mestre e advogado Dr. Josué Edson Leite, que com sua simplicidade, sabedoria e generosidade em muito contribui para minha formação profissional.

A Profª. Ms. Ionete de Magalhães Souza e a Profª. Esp. Ana Clarice Albuquerque Leal Texeira, por serem para mim um exemplo de comprometimento, profissionalismo, respeito e amor ao próximo.

A minha orientadora, Profª. Graciete Afonso Prioto de Castro, pelos conselhos e palavras de correção.

A todos que, com seus vários jeitos e vivências, contribuíram imensamente para minha formação moral e para a construção deste trabalho. A vocês, meus agradecimentos.

Publicação originária em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.27016

EPÍGRAFE

O moralista prefere sempre a formalidade e a lei em sua literalidade, enquanto o ético, a essência do Direito, e, por isso, buscará sempre nos princípios a fundamentação para a mais justa adequação.
(Rodrigo da Cunha Pereira).

Publicação originária em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.27016

RESUMO

O presente estudo analisa a politização da maternidade e a inserção do instituto do parto em anonimato no ordenamento jurídico nacional, bem como sua repercussão política e social. Analisa, ainda, a dignidade humana como conteúdo ético da Justiça e a celeridade processual como garantia fundamental. Investiga, igualmente, se o parto anônimo seria alternativa eficaz à morosidade nos processos de adoção e se a incorporação desse instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro atenderia ao âmago da Emenda Constitucional nº. 45 (EC nº. 45/2004), realizando, sobremaneira, o ideal de Justiça.

EXPRESSÕES-CHAVE: Parto anônimo. Dignidade humana. Celeridade processual

ABSTRACT

This study examines the politicization of motherhood and inclusion of the safe haven in national la, as well as its political and social repercussions. Examines also the human dignity as ethical content of justice and the speedy procedures as fundamental guarantee. Investigate also whether the safe haven would be effective alternative to slow in the procedures for adoption and if the incorporation of the institute by Brazilian law meets the spirit of the Constitutional Amendment nº. 45 (EC nº. 45/2004), performing, particularly the ideal of justice.

KEYWORDS: *Safe haven. Human dignity. Speedy procedures.*

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

RESUMO.....6

ABSTRACT.....7

INTRODUÇÃO.....9

CAPÍTULO I POLITIZAÇÃO DA MATERNIDADE COMO MEDIDA PROTETIVA À CRIANÇA.....11

1.1 *Welfare State*, biopolítica e maternidade.....11

1.2 Parto anônimo como biopolítica: origem e práticas no direito comparado.....16

CAPÍTULO II IDENTIDADE GENÉTICA, CELERIDADE E FILIAÇÃO: DIGNIDADE HUMANA COMO CONTEÚDO ÉTICO DA JUSTIÇA.....27

2.1 Identidade genética e estado de filiação: construção e sistematização jurídica.....27

2.2 Dignidade humana como conteúdo ético da Justiça.....31

2.3 Celeridade processual como garantia fundamental.....35

CAPÍTULO III PARTO ANÔNIMO: REPERCUSSÃO JURÍDICA E SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....41

3.1 Proteção integral e melhor interesse no paradigma hermenêutico constitucional.....41

3.2 Análise jurídica e social do Projeto de Lei nº. 2.747/2008 e apensos.....44

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....50

REFERÊNCIAS.....53

Publicação originária em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.27016

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 (EC nº. 45/2004) apresenta como cerne também a busca do aperfeiçoamento do Judiciário, com o fito de ofertar uma prestação de tutela jurisdicional célere e tempestiva.

O tema abordado nesta monografia tem por escopo revelar se a politização da maternidade e a inserção do parto em anonimato no ordenamento jurídico nacional realizam o ideal de Justiça, procedendo, para tanto, a uma breve análise das teorias sobre Justiça dos juristas Jeremy Bentham, John Ralws e do contemporâneo Rodrigo da Cunha Pereira. Colima, ainda, revelar se, como política de gestão da vida, o parto anônimo seria instrumento hábil à efetivação dos princípios EC nº. 45/2004, da dignidade e do melhor interesse da criança, em se tratando de processos de adoção.

Precipuamente, a confecção desta monografia objetiva responder ao seguinte questionamento: se a inserção do instituto do parto anônimo no panorama jurídico-social brasileiro seria alternativa eficaz à morosidade nos processos de adoção e se a incorporação desse instituto é capaz de tutelar eficazmente a dignidade dos envolvidos nessa prática, atendendo ao âmago da EC nº. 45/2004, realizando, sobretudo, o ideal de justiça.

O capítulo primeiro tratará da proteção da maternidade como medida protetiva à criança, procedendo, para tanto, a uma digressão histórica acerca do surgimento das políticas públicas de gestão da vida no contexto do *Welfare State*, cuja luta política foi transposta à seara jurídica com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

Trata, ainda, da biopolítica como instrumento de controle social e modo intervenção estatal no existir feminino através da adoção de práticas de intervenção em sua saúde, higiene e bem-estar, para concluir que o exercício da maternidade, tal qual o concebido pelo Estado brasileiro, é excessivamente abrangente e interventor, estando o nascituro inserido numa rede de controle da vida mediante o monitoramento minucioso e antecipado de seu desenvolvimento físico, emocional e cognitivo. Por fim, o capítulo primeiro avalia o parto anônimo como biopolítica, fazendo uma abordagem geral acerca de sua origem e práticas no direito comparado, tecendo comentários críticos a este respeito.

No capítulo segundo, analisa-se identidade genética, celeridade processual e filiação à luz do princípio da dignidade da natureza humana, sistematizando conceitos e

analisando as diversas teorias sobre Direito, moral, Justiça e ética, para concluir que a dignidade da natureza humana é principio ético que norteia o Estado Democrático de Direito, constituindo-se como ordem cogente a determinar a operacionalização dos institutos jurídicos, convidando àqueles que atuam com e no Direito ao abandono de moralismos e preconceitos, sobremaneira em âmbito do Direito de Família, combatendo o tratamento indigno de quem quer que seja.

No que tange à celeridade, o capítulo segundo destina um tópico específico para abordar essa garantia fundamental, ressaltando que o direito à razoável duração do processo, embora tenha sido elevado à garantia fundamental pela EC nº. 45/2004, já integrava a ordem constitucional em razão dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo que a dita Reforma imprimiu uma maior conscientização da instrumentalidade do processo em detrimento do rigorismo das formas, passando o princípio da celeridade a informar um novo paradigma de hermenêutica, bem como a criação de normas infraconstitucionais, deixando clara a pretensão do legislador em evitar que a justiça tardia se transforme em injustiça.

O capítulo terceiro analisa a repercussão jurídica e social no ordenamento jurídico brasileiro, caso houvesse a institucionalização do parto anônimo no ordenamento jurídico nacional. Avalia, para tanto, o Projeto de Lei nº. 2.747 e seus apensos em confronto com o sistema da proteção integral, com o princípio do melhor interesse e com o princípio da dignidade da natureza humana.

Conclui-se, ao final, que a inserção do parto anônimo no panorama jurídico-social brasileiro não se mostra alternativa eficaz à morosidade nos processos de adoção, nem se presta à tutela eficaz da dignidade dos envolvidos nessa prática, tratando-se, inclusive, de inovação legislativa desnecessária (principalmente depois de promulgada a Lei nº. 12.010/2009 - Lei de adoção), inconstitucional e contrária a tendência do Direito de família contemporâneo de valorizar o afeto como elemento constitutivo da família hodierna.

CAPÍTULO I POLITIZAÇÃO DA MATERNIDADE COMO MEDIDA PROTETIVA À CRIANÇA

1.1 *Welfare State*, biopolítica e maternidade

O Estado do bem-estar social (*Welfare State*) surgiu como resposta à emergência da democracia de massas, objetivando conservar o corpo social coeso e desenvolver, harmonicamente, a vida em sociedade através da adoção de medidas de proteção social.

O *Welfare State* seria, por conseguinte, fruto do manejo das políticas de distribuição, pautadas numa Justiça distributiva, hedônica e utilitarista, que colima a consecução de um bem estar social geral por meio do sacrifício mínimo da pessoa.

É o que afirma o filósofo inglês Jeremy Bentham ao dissertar acerca da teoria utilitarista, construindo uma escala axiológica em que o valor atribuído a certa conduta em sociedade é auferido em razão da satisfação que oferece ao corpo social como um todo. (BENTHAM, 1979, p. 65).

Em contrapartida, o também filósofo John Rawls em sua obra "Uma teoria da Justiça", com intuito de alcançar o equilíbrio entre utilitarismo e intuicionismo, aduz que a igualdade deve deixar de ser vista em abstrato, atingindo conteúdo social, político e econômico concreto (RAWLS, 2000, p. 3).

No que tange à consolidação do *Welfare State*, decorre dela a tomada pelo Estado do controle e gestão de políticas voltadas para os segmentos minoritários da sociedade, que visam colocá-los em situação equânime de oportunidades em relação ao corpo social como um todo.

No Brasil, com o advento da CRFB/1988, a luta política do *Welfare State* foi transposta à seara jurídica. Isto porque a CRFB/1988 transformou o Estado brasileiro em provedor/garantidor de direitos sociais mínimos, tais como saúde, educação e lazer, aspectos básicos que uma sociedade justa e democrática deve assegurar aos seus membros. Vê-se, neste ponto, liame indissociável entre o jurídico, o social e o político, que se deu mediante a institucionalização dos direitos sociais.

Salienta Sônia Draibe que a CRFB/1988 representou grande avanço, porquanto coíbe iniqüidades e amplia os direitos especialmente no que tange a área trabalhista e a

seguridade social (DRAIBE, 1989, p. 218) sendo perceptível, ainda, a jurisdicionalização do político, pois a omissão do Estado com relação à satisfação desses direitos faz com que, não raras vezes, e mediante provocação do cidadão, o Judiciário exerça função de garantidor da efetividade dos direitos sociais mínimos ou fundamentais, sustentáculos de uma sociedade democrática.

Nesse contexto, surgem políticas públicas de gestão da vida objetivando proteger, precipuamente, a mulher, detentora de um biopoder, que é a capacidade de gerar vida.

A estudiosa e ensaísta Marylin Yalom se refere a uma "politização do seio feminino" ao descrever as condições de surgimento do fenômeno que, na afluência da urbanização, do fortalecimento do sistema capitalista de produção e do surgimento e consolidação dos Estados Nacionais no decorrer dos séculos XVII, XVIII e XIX coloca a mulher, como mãe em potencial, no cerne das políticas voltadas à proteção da vida e da criança (YALOM, 1997, p. 131).

Intitulando esse fenômeno de biopolítica, Michel Foucault em sua obra "História da sexualidade", preleciona ser esta um processo de interferência do Estado/sociedade sobre a saúde, o corpo, as condições de viver, as formas de se alimentar e morar, enfim, em todo o espaço da existência da mulher e da família, favorecendo seu desenvolvimento e bem-estar (FOUCAULT, 1993, p. 135).

Michel Foucault ensina que a medicina é, sobretudo, uma estratégia biopolítica, já que o controle social se efetiva não só pela consciência, mas também "no corpo e com o corpo". Preleciona, ainda, que a biopolítica trata da necessária "medicalização" do existir da mulher mediante a adoção pelo Estado de práticas de intervenção em sua saúde, higiene e bem estar (FOUCAULT, 1993, p. 137).

Certo é que esta intervenção estatal no existir feminino perpassa não só pela preleção médica, mas, sobremaneira, pelo discurso pedagógico, moral, econômico e jurídico com objetivo primordial de manter o corpo social pacífico e harmônico.

Ao mencionar a questão pedagógica em sua obra "História da sexualidade", Michel Foucault entra em consenso com o que assevera filósofo Émile Durkheim, para quem a educação é a maneira pela qual a sociedade perpetua suas concepções e condições de existência, afinal o objetivo da educação é socializar, conferindo à pessoa a necessária autonomia para o desenvolvimento da reflexão e do senso crítico, instrumentos para desenvolver uma sociedade mais democrática (DURKHEIM, 1922, p. 92).

Estes filósofos concebem a educação como instrumento de controle social, veículo de disciplina destinado a assegurar a autoridade das normas sociais, assim como a moral e o Direito.

No que concerne ao controle social, tem-se este como medidas, valores aceitos pela maioria dos integrantes da sociedade e que objetivam a manutenção da ordem e a coesão do corpo social mediante o estabelecimento de condutas-modelo, atribuindo sanções de ordem moral, física ou econômica (por exemplo, ridicularização, rejeição, prisão, multa, dentre outras) àqueles que se desviem do padrão estabelecido pela maioria, a bem da convivência pacífica.

Sobre controle social, surgem diversas teorias. Para o sociólogo norte americano Edward Ross, o controle social emerge como um conjunto de esforços para a adequação das aspirações e sentimentos individuais às necessidades do grupo (ROSS, 1901 *apud* COSER, 1982, p. 13), fazendo referência tanto às estruturas políticas e coercitivas quanto às culturais. Edward Ross anuncia, com sua teoria, que há uma construção intencional de mecanismos de controle pelo Estado, instituições ou grupos sociais.

Em contrapartida, o sociólogo alemão Émile Durkheim formula uma teoria social sobre controle em que o define como sendo um complexo sistema de mecanismos inconscientes cujo escopo é rejeitar comportamentos desviantes (DURKHEIM, 1978 *apud* GIBBS, 1982, p. 83). Para ele, o controle é tido como um processo internalizado mediante padrões de respostas e condutas condicionadas a normas sociais. Inexiste, por conseguinte, intencionalidade.

Há ainda um terceiro grupo de teóricos que, a exemplo do americano George Orwel, autor da obra “1984”, entende que toda forma de controle é nefasta e que a sociedade é artificial e intencionalmente concebida para o controle de alguns sobre os demais.

Hodiernamente, porém, tem-se tentado, mediante a análise crítica dessas teorias, a formulação de um conceito que revele a essência do controle.

Nesse sentido, assevera Lewis Crane que controle social refere-se tanto ao enquadramento do comportamento da pessoa em sociedade quanto à comunhão de valores e percepções com relação ao indivíduo inserido na coletividade (CRANE, 1982, p. 229).

O controle se realiza de forma indireta, por meio das pessoas e instituições sociais que propalam valores e paradigmas de comportamento. O controle é, portanto, intencional e manipulativo abrangendo recursos dos mais diversos, sejam eles materiais ou

de representação, com o objetivo de garantir que as pessoas se portem de maneira previsível e em consonância com os valores coletivos prevalecentes.

Neste contexto de controle social é que se situa a biopolítica mencionada por Michel Foucault e direcionada às questões atinentes à natalidade, à maternidade, à sexualidade, à higiene, à saúde e ao bem estar das pessoas.

Relativamente à maternidade, o Estado estabelece padrões de comportamento para as mulheres-mãe com a finalidade específica de garantir ao nascituro, à criança e à família um coexistir harmônico e saudável a bem da coletividade, adequando a conduta individual à coletiva.

Em outras palavras, entende-se que o bem estar da mulher, mãe em potencial, propiciaria um bem-estar geral na sociedade. Por este motivo, a atenção volta-se à promoção de políticas públicas em favor da mulher enquanto mãe e mantenedora da solidez da instituição familiar.

No decorrer dos séculos XIX e XX, multiplicaram-se os debates e propostas acerca dos cuidados com as mulheres, passando estes a serem exercidos com maior controle e rigor, sobremaneira quando se tratava da saúde das gestantes e mães (KNIBIELER, 1996, p. 359).

A estas mulheres, o Estado passa a destinar, gradativamente, cuidados mais específicos com uso das várias tecnologias, sendo possível se referir a uma politização da maternidade, o que demanda maior dispêndio de recursos estatais em políticas e práticas assistenciais voltadas, principalmente, às mulheres-mães.

A partir da década de 1960, momento em que o feminismo volta-se às construções teóricas, se desconstitui o mito de que a mulher possui em sua essência a mansidão e uma aptidão natural para ser mãe. É o feminismo de massa, cuja teoria embasava-se na busca da diferenciação entre reprodução e sexualidade.

Para Aminatta Forna, as feministas da década de 1960, repudiando a visão romântica da maternidade e identificando nela um lastro de controle e opressão sobre a mulher, voltaram toda a “energia política” do movimento ao alcance de independência econômica, preterindo maiores discussões acerca de questões atinentes à maternidade (FORNA, 1999, p. 21).

Com o desenvolver do capitalismo, a mulher passa a ser vista como produtora e consumidora, o que torna economicamente viável a emancipação feminina, o controle da natalidade e de aspectos outros dela decorrentes, provocando um traslado da ótica capitalista ocidental ao panorama sócio-cultural mundial.

Assim, por vários motivos, sejam eles de ordem econômica - a inserção da mulher no mercado como produtora e consumidora - de ordem política ou social – a colocação do Estado como provedor/garantidor dos direitos fundamentais, precipuamente o mais elementar deles : a vida - há uma politização da maternidade que se desdobra numa multiplicidade de sujeitos.

À mulher-mãe atribui-se, por conseguinte, responsabilidade quase que exclusiva pelo desenvolvimento cognitivo, afetivo e físico do nascituro e da criança. Trata-se de uma questão cultural, pois há leis no cenário jurídico nacional que buscam efetivar o exercício da co-responsabilidade parental, tais como as leis de alimentos e as que regulamentam os alimentos à gestante e as sucessões.

Vê-se que, conforme anuncia Dagmar Meyer, conquanto o movimento feminista tenha emancipado a mulher relativamente aos mais diversos aspectos da convivência social (aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais), dificultou o exercício da maternidade ao torná-lo excessivamente abrangente e interventor. Cita como "exemplo emblemático" a prática do aleitamento materno (MEYER, 2004, p. 17). Percebe-se que, ainda no século XXI, a responsabilidade pela criação, cuidado e desenvolvimento físico, social e cognitivo das crianças continua sendo quase que exclusiva das mulheres-mães.

O Estado intervém e controla o desenvolvimento do nascituro e a conduta da gestante/mãe através os serviços de saúde. Note-se que, não raras vezes, o que Estado e a sociedade apontam para as mulheres-gestantes como sendo melhor opção ao nascituro/criança, pode implicar problemas de ordem cultural, econômica ou social em seu existir, o que significa afirmar que, o quê Estado e sociedade indicam como sendo o adequado, correto, moral ou confortável ao vislumbre de uma situação fática, parte da análise do caso sob a ótica do bem-estar exclusivo do nascituro/criança, o que denota que, raramente, se analisa o adequado ou o desejável à mulher e/ou ao seu estilo de vida.

A politização da maternidade, portanto, resulta da imbricação das concepções da medicina, psicologia, pedagogia e do Direito com processos sociais, econômicos e políticos, haja vista que estes refletem diretamente na cultura enquanto forma de agir, sentir e pensar da sociedade, constituindo verdadeiros sistemas.

Do exposto, conclui-se que o Estado, ao ofertar proteção especial à figura da mulher, salvaguarda a criança, garantindo-lhe o mais fundamental dos direitos: a vida.

Por consectário, os argumentos e discussões acerca da dignidade humana e dos Direitos Humanos abrangem, de maneira especial, os direitos da mulher, os direitos sexuais e reprodutivos, os da criança e do adolescente e, ainda, os do nascituro.

1.2 Parto anônimo como biopolítica: origem e práticas no direito comparado

Conforme o mencionado no capítulo anterior, particularmente a partir do século XX, os cuidados e assistência prestados à mulher, "guardiã do espaço vital humano" (MAKAROOUN, 1999, p. 206), e à família foram transpostos da esfera privada à pública, através da institucionalização da assistência às gestantes e parturientes.

Atente-se para o fato de que a discussão política sobre maternidade e direitos maternos foi pontuada no segundo momento do feminismo, que, com o lema "o pessoal é político", problematiza os temas relacionados à sexualidade, à família e ao mito da vocação inata da mulher à maternidade, discutindo-a como instrumento de subordinação e dominação.

A análise dos conhecimentos, das políticas e dos programas de saúde e educação promovidos pelo Estado permite concluir que a mulher-mãe é um ser múltiplo, porquanto agente de promoção da inclusão social, provedora e executora dos cuidados com as crianças e com a família.

Considerando o raciocínio neoliberal sobre maternidade, verifica-se que à mulher-mãe são atribuídos múltiplos atributos e funções, o que justifica sua inserção na seara das redes de saber e poder, que exercem controle, desde logo, sobre sua vida como mulher, estimulando-a a escolarizar-se, buscar equilíbrio emocional e levar uma vida saudável, e, como mãe, capacitando-a para acompanhar o desenvolvimento dos filhos, sempre colocando as necessidades biopsicossociais dos mesmos frente às suas.

Assim, a maternidade, seja desejada, seja recusada, está no foco das definições culturais e históricas do feminino, já que o corpo da mulher passa a se comunicar com o corpo social, com o espaço familiar e com a vida das crianças, decorrendo disso uma socialização das condutas de procriação associadas aos aspectos econômicos, políticos e médicos, conforme foi explanado anteriormente.

Neste ínterim, educar e capacitar mulheres para essa forma de maternidade torna-se prioridade nas políticas públicas e programas de promoção e inclusão social, que

têm valorizado a mulher como sujeito proativo por sua aptidão de se inserir concomitantemente na estrutura familiar e no mercado de trabalho.

Com o crescente desenvolvimento técnico-científico, especialmente no que concerne à biotecnologia em genética e tecnologias de imagens, há uma inserção indubitável do nascituro numa rede de controle da vida, mediante um monitoramento minucioso e antecipado de seu desenvolvimento físico, emocional e cognitivo.

Paul Virilio aponta em sua obra "A arte do motor" que essas tecnologias à serviço da saúde e da vida constituem um paradigma de controle que deixa transparecer a expansão capitalista, que abrange, também, o material genético e hereditário do ser humano ainda no útero materno (VIRILIO, 1996, p. 91).

Desta maneira, os discursos acerca dos direitos humanos universais ou de grupos e sobre a politização da maternidade permeiam a ambivalência entre universalismo X particularismo e entre a posição política e ponto de vista de seus diversos formuladores. Tais tensões decorrem tanto das políticas estatais como também das lutas dos movimentos sociais, seara em que as noções de direitos universais se tornam múltiplas.

No momento em que essas noções estabelecem novos sujeitos de direitos, essa multiplicidade formula questões de difícil solução, sobretudo ao contrapor, contestar ou suspender direitos mútuos ou de outros sujeitos com os quais estes se relacionam.

Neste sentido, apontam os autores Schmied e Lupton que, da análise das relações entre mãe e nascituro ou mãe e bebê, em algumas áreas (tais como na Psicologia e no Direito) e teorizações há uma conceituação excessivamente linear e estática, que não aborda a tensão e ambigüidade que estas relações permeiam (SCHMIED; LUPTON, 2001, p. 33).

Hodiernamente, o nascituro é visto como sujeito de direitos e não mais como extensão do corpo materno, *portio mulieris vel viscerum.* Nessa perspectiva, um ambiente uterino saudável passa a ser concebido como um direito desse sujeito político e, em concordância com o que assevera Dagmar Meyer, a mulher que não proporciona ao nascituro esse ambiente é tida como "desviante, negligente, ignorante ou, na pior das hipóteses, como criminosa em potencial" (MEYER, 2003, p. 42).

Katha Pollit perquire em seu estudo o porquê dos sentimentos e comportamento das mulheres-mãe passarem a uma esfera tão importante na política de gestão da vida, ao passo que fatores bem mais relevantes, tais como as dificuldades de acesso às redes assistenciais e a baixa efetividade de algumas políticas sociais, atraem tão pouca atenção (POLLITT, 1998, p. 280).

Nesse ínterim, Dagmar Meyer aponta que o mesmo útero que antes da gestação era tido como órgão componente do aparelho reprodutor feminino, depois dela, passa a ser tratado como ambiente do nascituro. Para ela, exemplo desta associação nas políticas públicas é o cartaz de uma das campanhas de prevenção ao tabagismo na gravidez que aponta a "barriga grávida" como um "ambiente saudável" (MEYER, 2004, p. 14).

Dagmar Meyer assevera, ainda, que outro paradigma dessa questão é a "oferta" do exame para detecção do vírus *Human Immunodeficiency Virus* (HIV) no pré-natal, porquanto em seara dos serviços de saúde, o direito ao exame transformou-se em obrigação para as gestantes, já que o mesmo é incluído junto aos exames de rotina sem qualquer explanação e, ainda que haja explicações acerca da utilidade do exame, elas são tão contundentes, conclusivas e coercivas que não resta alternativa à gestante senão submeter-se ao exame.

A estudiosa acima mencionada conclui que essa abordagem de tratamento e minimização dos riscos de transmissão vertical do vírus tem como foco a saúde do nascituro, sendo que a gestante soropositiva, que acaba por sofrer os resultados sociais da soropositividade e os efeitos colaterais dos antirretrovirais, é deixada de lado ou pouco considerada nesse processo, podendo-se afirmar, com segurança, que nas políticas e programas direcionados à maternidade e à infância, as mulheres ainda são posicionadas como parceiras conjugais, mães, "reprodutoras e nutrizes biológicas e culturais da espécie", sendo elas responsabilizadas pelos conhecimentos e práticas que sustentam os programas e políticas sociais voltadas à saúde, sexualidade e educação, papéis estes socialmente construídos e aceitos (MEYER, 2003, p. 34).

As ações que envolvem os programas e políticas de educação e saúde contrapõem um dos maiores esforços do movimento feminista: o de demonstrar que mulher e mãe são sujeitos essencialmente distintos, que não se sobrepõem, tampouco consiste um a extensão do outro.

Conforme afirmam Carin Klein e Dagmar Meyer, o Estado, através de suas políticas e programas, numa tentativa de valorizar a capacidade de inserção concomitante da mulher no mercado de trabalho e na família, posiciona a mulher, enquanto sujeito-mãe, como única responsável por propiciar inclusão social e promover a educação e saúde das crianças (KLEIN, 2003, p. 126; MEYER, 2003, p. 38).

Incorporando novos e progressistas paradigmas de família, alguns desses programas têm elevado ao patamar do natural não só a ausência do homem-pai nos núcleos familiares, mas, sobretudo sua "des-responsabilização" pela vida, saúde e educação das

crianças, principalmente naqueles núcleos menos favorecidos do ponto de vista socioeconômico.

Assim, conforme asseveram em suas obras as estudiosas Carin Klein, Carmen Duro e Dagmar Meyer, o Estado tem-se colocado no lugar da autoridade do pai na família monoparental, sobrepondo parte dos deveres que eram concebidos como paternos, sobremaneira os vinculados ao provimento do lar e às obrigações da mulher-mãe (KLEIN, 2003, p. 126; DURO, 2002, p. 33; MEYER, 2004, p. 14).

Para esses estudiosos, o homem tem sido posicionado nesses discursos de promoção da saúde e inclusão social como agente perturbador desses cuidados, porque entendido como uma pessoa que não se preocupa com sua própria saúde, o que também justifica os investimentos na promoção do autocuidado feminino.

Desta maneira, há um reforço da responsabilidade da mulher pela reprodução biológica, pela educação dos filhos, pela saúde e inclusão social da família. O parto anônimo, como política de gestão da vida, pode, tranquilamente, ser inserido neste contexto.

Instituto de designação recente, o parto anônimo recebe influência direta do que se denominou na Itália de *ruota dei trovatelli* ou roda dos expostos ou roda dos enjeitados, que, ainda na Idade Média, representou a primeira iniciativa pública voltada ao atendimento às crianças rejeitadas.

No Brasil Colônia, esta prática iniciou-se por volta de 1739, no Estado do Rio de Janeiro, ocasião em que Romão de Mattos Duarte doou a quantia de 32 mil cruzados direcionada à criação de um local aparelhado para abrigar crianças rejeitadas. O instituto foi largamente utilizado até 1948.

Águida Barbosa lembra que a Casa dos expostos, herança de tradição assistencialista européia, foi instalada na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro e era dotada de um mecanismo que compreendia a instalação de um artefato de madeira vazado e com formato oval junto à parede lateral do prédio.

Este mecanismo era assentado num eixo que permitia a produção de um movimento rotativo por meio do qual a criança era conduzida para o interior das dependências da Santa Casa de Misericórdia, sem que fosse possível o reconhecimento de quem a deixou (BARBOSA, 1999, p. 253).

A Casa dos expostos passou a receber no ano de 1778 recursos provenientes da Coroa Portuguesa, que contribuía, anualmente, com cerca de 800 mil réis para manutenção da instituição.

Consoante aponta Águida Barbosa, a administração da Casa reservava um percentual que se destinava ao cofre do dote das crianças do sexo feminino. Para ela, tratava-se de um "curioso mecanismo social" que garantia às enjeitadas a possibilidade de contraírem matrimônio futuramente (BARBOSA, 1999, p. 254).

Tema de importantes teses de médicos higienistas e instituto de forte inspiração cristã, a roda dos enjeitados deixa transparecer os usos e costumes da época, exercendo, notadamente, papel regulador de condutas desviantes nos núcleos familiares, segregando a prole decorrente das práticas reprodutivas restritas ao casamento, daquela havida fora desse âmbito, ou seja, resultante de relações tidas como espúrias pela sociedade e pela Igreja. Nesse sentido, a roda funcionou como "medida eugênica de preservação da família" (BARBOSA, 1999, p. 255).

Mencione-se que a roda possuía a função de proteger as crianças enjeitadas do preconceito e sanções sociais de sua origem. Ressalta-se, ainda, que, concomitantemente à instituição da Casa dos Expostos, os conventos passaram a abrigar as mulheres maculadas pela desonra de uma gestação que atentava contra a moral social pré-estabelecida, acontecimento que tornava a mulher indigna da convivência familiar.

Negava-se à mulher o direito à maternidade para remediar o escândalo amoroso e minimizar os efeitos da conduta desviante dos pais na vida da criança enjeitada, como uma manifestação paradoxal de amor.

Posteriormente, mas ainda no período colonial, assiste-se a uma alta nos índice de crianças entregues ao abandono, especialmente em áreas portuárias cariocas e baianas. Algumas das causas do aumento desses números, consoante afirmam os historiadores, são: o controle de natalidade, a miséria e a indigência. Importante lembrar, todavia, que certamente existiam casos de abandonos motivados pelo desamor e irresponsabilidade dos progenitores.

Fato é que, em dado momento, a roda dos expostos tornou-se alvo de severas críticas, considerando-se as condições precárias e muitas vezes insalubres, que ocasionaram o aumento da mortalidade infantil nas Santas Casas, talvez em função da crescente demanda desse mecanismo em contraposição à falta de recursos destinados à manutenção das Casas dos expostos.

No Brasil, mais precisamente em 1948, foi desativada a última roda, esta situada na Santa Casa de Misericórdia de São Paulo.

Tanto o parto anônimo, quanto a portinhola de bebês se constituem como uma tentativa de proteger a vida das crianças enjeitadas.

Entende-se por portinhola de bebês o mecanismo segundo o qual a criança é deixada em local seguro e aquecido, onde será recepcionada pela equipe dos hospitais ou casas de saúde, sem que haja possibilidade de identificação do depositante.

Já o instituto do parto anônimo diz respeito ao direito de entrega exercido pela mulher que coloca a criança recém-nascida, sua filha, à disposição para adoção nos hospitais e casas de saúde sem qualquer imputação civil ou penal. A identidade da mãe e os dados concernentes à identidade genética da criança ficam ocultos e em poder do Estado, que garante à mulher assistência médica e psicológica gratuita durante a gestação e, após o parto e até a entrega.

Uma vez efetuada a escolha, frise-se, pela mulher, o que ignora a existência e vontade do pai e dos parentes biológicos ou socioafetivos da criança, e passado o tempo determinado pela legislação para que se evitem os vícios de vontade, há uma renúncia da mãe à autoridade parental sem possibilidade de arrependimento. Até ser adotada, a criança fica sem identidade e sob tutela estatal.

A origem genética da pessoa submetida à prática do parto anônimo torna-se sub-reptícia e seu resgate só se torna possível na ocorrência das hipóteses pontuadas em lei e mediante requerimento ao Poder Judiciário, sem que isso implique, entretanto, em qualquer reconhecimento do vínculo entre a mãe e/ou pai biológico e a pessoa submetida a essa prática.

França, país que primeiro instituiu o parto anônimo e o intitulou de *accouchement sous X*, obteve vitória no Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) no caso Odièvre X França, ocasião em que o instituto previsto pela legislação francesa foi declarado compatível com a Convenção Européia de Direitos do Homem.

“Dar à luz” anonimamente em França é uma prática que supera o tempo. O artigo (art.) 57, I, § 2º do Código Civil Francês, estabelece a não obrigatoriedade do registro do nome da mãe no assento de nascimento.

Caso os dados sejam desconhecidos ou a mãe não os conduza ao registro, a criança é registrada nos assentos como filha de mãe desconhecida (“X”). De acordo com a legislação francesa, a entrega da criança pode ser efetuada até que ela atinja sessenta dias de nascida.

O TEDH, ao apreciar a compatibilidade do instituto com a Convenção Européia dos Direitos do Homem, observou os pressupostos constantes no catálogo do art. 8º, inciso II da Convenção e analisou, tão somente, a discricionariedade para a confecção

da lei e se houve, *in casu*, proporcionalidade dos interesses da pessoa em contraposição aos bens jurídicos protegidos pela Convenção, tais como a liberdade e a saúde.

Henrique Prata critica a decisão prolatada pelo TEDH no caso *Odièvre* X França por entender que, no caso, o Tribunal não emitiu qualquer juízo de valor acerca da lei francesa, nem recomendou à França revisão da valoração atribuída aos interesses da criança ou da mãe (PRATA, 2008, p. 107). Para o jurista, o TEDH somente consolidou o entendimento de que, com a legislação em comento, França não teria ultrapassado sua discricionariedade nem contrariado a Convenção Européia de Direitos do Homem.

Henrique Prata salienta que, com a referida decisão, ainda resta discricionariedade para que outros Estados Europeus instituam o parto anônimo da maneira que julgarem melhor, haja vista que o Tribunal não apontou o sistema de parto anônimo francês como mais adequado, nem fez opção por qualquer modelo. O jurista observa também que não há na Europa consenso contrário acerca da institucionalização da prática do parto anônimo (PRATA, 2008, p. 108-109).

Em Alemanha, a prática do parto anônimo e da portinhola de bebês (intituladas de *babyklappe* ou janelas de Moisés) não têm aprovação oficial. Porém, fomentadores de projetos sociais voltados aos cuidados com a juventude e as mulheres grávidas têm dado apoio a quem deseja efetuar a entrega anônima do bebê nas também chamadas janelas de Moisés.

O abandono da criança numa portinhola não gera maiores conflitos relativamente ao estado de filiação, haja vista que, nos ditames da Lei alemã de Registro Civil das Pessoas Naturais, a criança entregue na janela de Moisés receberá o mesmo tratamento da criança enjeitada, devendo os servidores da administração atribuir nome e sobrenome à mesma, indicando uma provável data do nascimento nos Livros de Registros de Assentos de Nascimento.

Baseando-se no paradigma alemão, Kumamoto, cidade japonesa, adotou de forma não oficial as portinholas nominando-as de *konotori no yurikago*, incubadora com temperatura adequada para o bebê, com cesto pelo lado de fora do hospital ou casa de saúde, destinada à recepção de crianças expostas.

Em território italiano, a prática do abandono seguro é conhecida como *culla per la vita* e entrou em vigência aproximadamente no ano de 1997 com o intuito precípuo de atender aos imigrantes e meretrizes que, impedidas por seus cáftens de manter consigo os filhos, praticavam o abandono dos bebês em condições desumanas.

Áustria, Suíça, Filipinas, África do Sul, Paquistão e Luxemburgo também instituíram a portinhola de bebês ou *baby hatches* para salvaguardar a vida e dignidade dos recém-nascidos não desejados.

A Associação *Moeder voor Moeder* colocou em funcionamento a primeira portinhola belga no ano de 2000 no distrito de Antwerp. República Tcheca teve em Praga a instalação da primeira portinhola em 2005.

Hungria e Índia também adotaram o mecanismo em 1996 e 1994, respectivamente, sendo que em Índia o mecanismo foi instituído primeiramente no estado de Tamil Nadu, com o intuito de minorar o número de mortes dos bebês do sexo feminino.

Espanha, verificando as controvérsias jurídicas e a ineficácia do instituto para a proteção da vida e dignidade do nascituro e dos envolvidos na prática do parto anônimo, eliminou-o de sua legislação em 1999, tendo a Suprema Corte espanhola julgado pela inconstitucionalidade e expurgado do ordenamento jurídico espanhol o art. 47 da Lei de Registro Civil, de oito de junho de 1957, que permitia o registro da criança sem o nome da mãe.

Na ocasião, a corte espanhola motivou a decisão argumentando que a legalização dessa prática atinge o direito fundamental de igualdade de direitos e responsabilidades de ambos os pais. Para a corte, o instituto coloca para a figura materna toda a responsabilidade para com o filho que ambos, pai e mãe, geraram, excluindo a figura paterna, como se o poder familiar e autoridade parental tivessem como titular somente a mãe.

Em suma, a Suprema Corte espanhola considerou que a institucionalização da prática do parto anônimo atinge o direito fundamental do ser humano de conhecer sua origem genética. Da análise do caso posto *sub iudice*, concluiu também que a manutenção do anonimato da mãe colide com os princípios da livre investigação dos laços biológicos.

Intitulado de *Baby Safe Haven*, nos Estados Unidos da América (E.U.A) todos os estados possuem leis que regulam, a seu modo, o instituto em comento.

O Texas foi o primeiro estado estadunidense a aprovar, em 1999, a lei do abandono seguro, instituindo que a mãe ou o pai do bebê de até sessenta dias de idade poderá, caso queira, deixá-lo com o servidor que esteja em plantão em qualquer hospital, com prestador de serviços médicos de emergência ou com servidor de agência de bem-estar da criança. Ausentes traços de maus-tratos ou abuso, não haverá qualquer imputação penal aos pais ou a quem no lugar deles efetue a entrega anônima do recém-nascido.

Nos Estados Unidos da América (E.U.A), o abandono seguro é, em verdade, o mesmo mecanismo utilizado pela portinhola de bebês. Não há obrigatoriedade do registro de informações mínimas acerca da origem genética e história médica da criança submetida a essa prática. Esse registro só ocorre caso o pai e/ou a mãe, ou alguém por eles e mediante autorização dos mesmos, o fizer de forma espontânea.

Em Wyoming, por exemplo, se a criança não demonstra qualquer sinal de maus tratos ou abuso, nenhum nome ou informação são necessários. Entretanto, caso o pai e/ou mãe ou responsável esteja(m) disposto(s) a fornecer informações acerca da saúde, data de nascimento e local do nascimento do bebê ou histórico médico dos pais, a equipe do programa procederá ao registro dos dados a fim de que, mais tarde, estes sejam úteis ao recém-nascido.

Consoante informações obtidas no *site* da *National Safen Haven Aliance* (NSHA), *http://www.nationalsafehavenalliance.org/*, uma vez efetivada a entrega, as autoridades de todos os Estados Unidos da América (E.U.A) são notificadas a fim de que se certifiquem de que nenhum familiar ou parente próximo tenha interesse em criar e cuidar da criança entregue ao programa.

Insta salientar que nos Estados Unidos da América (E.U.A) cada estado regula a prática do abandono seguro a sua maneira, dispondo acerca dos locais em que a entrega poderá ser efetivada, apontando quais são os profissionais ou pessoas aptas a receberem os bebês, a idade limite para a submissão da criança ao programa e a forma como a entrega deverá ser efetivada.

Em alguns poucos estados, as leis que regulamentam o abandono seguro dispõem de forma translúcida acerca da possibilidade e do prazo para arrependimento. Neste ponto, salta aos olhos a omissão dessas leis com relação a uma questão tão sensível tal como é a renúncia ao direito de ser pai ou mãe.

Em Wyoming, o bebê pode ser entregue ao programa se possuir idade igual ou inferior a 14 dias. Em Nova Iorque, para ser entregue ao programa o bebê deve possuir idade igual ou inferior a 5 (cinco) dias, podendo ser deixado com qualquer adulto responsável ou, ainda, em local adequado e seguro, desde que haja a notificação da localização do bebê a um adulto responsável.

Em Arkansas, o bebê pode ser submetido ao programa do abandono seguro, desde que possua idade igual ou inferior a 30 dias, podendo ser efetivada a entrega a qualquer prestador de serviços médicos ou a agentes aplicadores da lei.

Já em Kansas, o bebê com até 45 dias de nascido pode ser entregue a qualquer prestador de serviços médicos e hospitalares ou a qualquer pessoa que seja empregado e esteja em plantão em qualquer estabelecimento médico ou no corpo de bombeiros. Uma vez recebida a criança, os serviços sociais da administração assumem sua custódia.

A NSHA ajuda os estados estadunidenses a promoverem e divulgarem as leis e práticas de abandono seguro para mostrar à população, principalmente às mulheres, que no caso de uma gravidez indesejada, opções existem.

Em fevereiro de 2003, a Conferência Nacional dos Legislativos Estaduais apontou, em relatório, que as leis que regulamentam o abandono seguro não resolvem o problema do abandono de recém-nascidos (CONFERÊNCIA DOS LEGISLATIVOS ESTADUAIS, 2003).

Com os mesmos resultados, o *Evan B. Donaldson Adoption Institute* também publicou, em 11 de março de 2003, um relatório demonstrando a ineficácia e as conseqüências negativas das leis que regulamentam abandono seguro.

Para o Instituto, a regulamentação jurídica do *Safe Haven Baby* não tem contribuído de forma significativa para a diminuição da ocorrência do abandono ilegal e tem produzido resultados indesejáveis, isto porque dão impressão de que o abandono e a irresponsabilidade parental são práticas aceitáveis.

Outro malefício que o relatório aponta e que já foi mencionado neste estudo é a facilidade do progenitor ser preterido na legislação que regulamenta o abandono seguro em alguns estados, como se a vontade de um dos genitores em abandonar a criança suplantasse o desejo de seu consorte.

Partindo da análise da perspectiva mental, o relatório do *Evan B. Donaldson Adoption Institute* aponta, ainda, que pessoas criadas por pais adotivos têm uma necessidade psicológica de conhecer sua origem biológica.

Para o Instituto, a admissão da prática do abandono seguro tem dificultado a adoção das crianças a ela submetidas porque, em muitos casos, não há como contatar o outro genitor para receber dele a permissão para encaminhar o bebê para a adoção, o que resulta numa permanência maior da criança sob custódia estatal, até que sejam preenchidos os requisitos exigidos por lei, ao passo que, quando a mãe e/ou pai opta(m) pela adoção quando ainda gestante(s) há uma rápida inserção da criança numa família substituta (*EVAN B. DONALDSON ADOPTION INSTITUTE*, 2003).

Ademais, o fato de a legislação sobre abandono seguro não dispor acerca de um tempo mínimo para que a mãe e/ou pai renuncie(m) a seus direitos sobre a criança,

juntamente com o fato de não mencionar auxílio médico e psicológico ao pai e/ou mãe que desejam submeter seu filho a esta prática, pode gerar graves conseqüências no estado de espírito dos pais.

Ressalta-se que a ausência de dados relativos à história familiar da pessoa pode atrapalhar seriamente a detecção de doenças genéticas ou hereditárias raras. Assim, ao negar o direito de conhecimento da origem genética, a institucionalização do abandono seguro estaria restringindo o direito à saúde, já que estaria impossibilitando, ainda que de maneira indireta, um rápido diagnóstico de doenças genéticas ou hereditárias raras.

Outro ponto de extrema relevância na análise das leis que regem o abandono seguro nos Estados Unidos da América (E.U.A), é o fato de elas não incentivarem as mulheres a realizarem seus partos em hospitais e unidades de saúde, o que deixa transparecer que as referidas leis não tratam a questão do abandono como sendo também uma questão pedagógica e de saúde.

Insta salientar também que, por não tratarem a questão sob esse o ponto de vista, mencionadas leis possibilitam que haja mortalidade de recém-nascidos mesmo nos abrigos, quando estão sob custódia estatal, já que são verificadas, tão-somente, as condições aparentes da criança, não sendo realizado qualquer exame clínico no ato da entrega.

Por conseguinte, a polêmica que envolve o tema demanda uma acurada análise das implicações jurídicas, tais como os efeitos da ausência de filiação nos registros das crianças submetidas à prática do parto anônimo e da portinhola de bebês sobre a aplicação da Convenção de Haia, os efeitos biopsicossociais de uma identidade genética sub-reptícia sobre a pessoa, sua influência nos arranjos familiares e, ainda, as implicações éticas e políticas que envolvem a legalização dessas práticas, bem como a responsabilidade por qualquer espécie de agressão à saúde mental das pessoas nelas envolvidas.

CAPÍTULO II IDENTIDADE GENÉTICA, CELERIDADE E FILIAÇÃO: DIGNIDADE HUMANA COMO CONTEÚDO ÉTICO DA JUSTIÇA

2.1 Identidade genética e estado de filiação: construção e sistematização jurídica

No ano de 1997, os 186 países-membros da *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (UNESCO), cuja sede se localiza na cidade de Paris, em França, aprovaram a Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos reconhecendo o patrimônio genético como uma nova espécie de Direitos Humanos, positivando o Biodireito em âmbito internacional e fazendo surgir para os países signatários a obrigação de inserir em suas Constituições Nacionais dispositivos que positivassem em seus territórios o texto da Declaração.

A dimensão ontológica do ser humano constitui-se, basicamente, por informações genéticas a ele transmitidas no momento da concepção. Essa dimensão ontológica contribui para a formação do que se denomina identidade pessoal.

Inserido no contexto dos direitos morais da personalidade, por representar um elo entre a sociedade e a pessoa, o direito à identidade pessoal apresenta-se em duas esferas, quais sejam, absoluta ou individual e relativa ou relacional.

Na esfera absoluta ou individual, situa-se o fato de que cada pessoa tem uma expressão única, não divisível e não repetível que a torna singular, não obstante sua igualdade perante as demais pessoas relativamente a sua condição humana e imanente dignidade.

Paulo Otero sintetiza o alcance da esfera absoluta da identidade pessoal mencionando que esta diz respeito ao direito fundamental inalienável à diferença, o "direito de ser um ser único" (OTERO, 1999, p. 37-38).

É com base nessa esfera da identidade pessoal que a Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos aponta em seu art. 11 que a clonagem de seres humanos interfere na dignidade humana, o que leva a inevitável proibição de sua prática.

A dimensão relativa ou relacional da identidade pessoal engloba tudo o que identifica a pessoa como ser único, sejam os seus dados genéticos ou aqueles acerca de sua história enquanto pessoa ou mesmo sua memória e história familiar. Diz respeito ao que se convencionou nominar de historicidade pessoal, o que compreende o conhecimento pela

pessoa de sua bagagem genética e, mais ainda, de conhecer a identidade civil dos progenitores.

Consoante apregoa o jurista Paulo Otero, a historicidade pessoal, expressão do direito a identidade pessoal, veda a privação da pessoa à convivência familiar, devendo o Estado, através de ações concretas, garantir e efetivar o desenvolvimento integral da personalidade preservando o "valor família como elemento natural e essencial da sociedade" (OTERO, 1999, p. 38).

Embora se considere que as informações genotípicas são compreendidas pela identidade pessoal, que, utilizando-se da acepção abalizada por José Junges, é fenotípica e psico-social (JUNGES, 1999, p. 254). As informações genotípicas não determinam, *de per si*, a identidade pessoal do ser humano, constituindo, tão somente, parte dela.

O direito à identidade pessoal, portanto, abrange o direito do ser humano de conhecer sua origem genética e ver-se inserido numa ancestralidade. Garantir o conhecimento do patrimônio genético da pessoa conduz à proteção da verdade biológica e da livre investigação dos liames genéticos.

Importante mencionar, contudo, que, a filiação transcende a realidade biológica, abrangendo a realidade social, afetiva e cultural do ser humano, em consonância com que estabelece o novo Direito de Família, que atribui ao afeto valor jurídico.

Stela Barbas, ao dissertar sobre o direito ao patrimônio genético em sua obra "Direito ao patrimônio Genético", sustenta que é necessária a inserção no texto constitucional de um direito à paternidade real.

Em sua tese, a jurista contrapõe os argumentos favoráveis e contrários ao anonimato dos doadores de gametas na fertilização *in vitro* para concluir que é uma necessidade psicológica do ser humano o conhecimento da identidade de seus progenitores (BARBAS, 1998, p. 113).

O direito de conhecimento do patrimônio genético encontra respaldo no direito à filiação e no princípio da verdade biológica, do que decorreria, fundamentalmente, a vedação do anonimato da origem genética de uma pessoa.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1989 pela Assembléia das Nações Unidas, orientada pelo princípio da proteção integral à infância, estabelece, em seu art. 7º, a obrigatoriedade do registro de nascimento, determinando que, desde então, a criança possui direito a um nome, à aquisição de uma nacionalidade e, na medida do possível, direito de conhecer seus pais biológicos e de ser criada por eles. Estabelece também, em seu art. 8º, que é função do

Estado propiciar meios que garantam à criança incolumidade física e psíquica e um desenvolvimento integral.

Neste ínterim, a Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) dispõe em seu art. 27 que, observado o segredo de justiça, o reconhecimento do estado de filiação é também um direito personalíssimo, indisponível, irrenunciável e imprescritível, podendo ser exercitado em desfavor dos pais biológicos ou seus herdeiros, sem qualquer restrição.

O direito à filiação vincula-se ao Direito de família e dele se desdobram três vertentes: a filiação genética, a filiação jurídica e a filiação socioafetiva. Em contrapartida, o direito às informações acerca do patrimônio genético é abrangido pelos direitos da personalidade.

A filiação genética diz respeito àquela biológica, pautada na consangüinidade. Diz respeito à titularidade dos gametas que, ao se unirem, originaram uma codificação genômica singular.

A filiação jurídica refere-se à paternidade registral, geradora de direitos e deveres imediatos, sendo passível de comprovação mediante apresentação da certidão oficial de registro de nascimento, consoante o disposto no art. 1.603 do Código Civil Brasileiro (CCB/2002), ao passo que a filiação socioafetiva diz respeito à relação paterno-filial estabelecida pelo "afeto e a consideração recíprocos adquiridos com a convivência ostensiva" (ABREU; VERSIANI, 2008).

Conforme esclarece a Advogada Ionete de Magalhães Souza, "ser genitor não quer dizer, necessariamente, que é (ou será) um pai". Para ela, o termo "genitor", que é aquele que concebe e transfere seus genes a um novo ser, em observância à evolução do Direito de Família e o reconhecimento do afeto como elemento constitutivo de núcleos familiares, não mais poderá ser compreendido como pai, que é aquele quem "cria, educa, ensina e direciona, convive e oferece respaldo afetivo, além do material" (SOUZA, 2009). Em razão disso, há um franco distanciamento entre ascendência biológica e a função de pai.

Ao se investigar a origem genética, buscam-se apenas os progenitores, realidade biológica que não interfere na relação paterno-filial estabelecida pelo afeto. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar uma ação declaratória de paternidade em que uma pessoa que já mantinha vínculo paterno-filial com outrem, vínculo este estabelecido em função da adoção, demonstrava a pretensão de investigar seus dados biológicos.

Na ocasião, o STJ firmou o entendimento de que a investigação dos dados biológicos não interfere na posição de filho do investigante, que continuaria filho jurídico daqueles que o adotaram.

Com o julgado, o Tribunal deixou clara a existência de dois direitos fundamentais permeando a questão, o direito a identidade genética e o direito à identidade familiar, que, *in casu*, permaneceu inalterado (STJ, RESP nº. 127.541/RS, 3ª. Turma, Relator Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 10/04/2000), afinal, conforme afirma a Advogada e pesquisadora Ionete de Magalhães Souza, "os sentimentos e relações maiores não podem ficar condicionados a frios resultados da perícia genética" (SOUZA, 2009).

Desse modo, as ações de estado se prestam a quebrar o anonimato da origem genética, resguardando o direito do filho à personalidade e ao conhecimento de sua ancestralidade, a fim de que seja estabelecido um rápido diagnóstico de doenças genéticas ou hereditárias, ou mesmo para verificar impedimentos matrimoniais. Nota-se, portanto, que essas ações não buscam o estado de filho, mas sim o conhecimento da origem genética.

Logo, é direito personalíssimo, porquanto irrenunciável e ilimitável, o conhecimento pela pessoa de seu patrimônio genético, de saber a carga genética que lhe foi transmitida e que ele próprio transmitirá, conforme dispões o art. 11 do CCB/2002.

No intuito de flexibilizar o anonimato do doador de gametas para proteger a saúde da pessoa fruto de uma inseminação heteróloga, o Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução Normativa nº. 1.358/92, estabelece ser possível o fornecimento de informações acerca dos pais biológicos para o médico que as requisitarem, desde que preservada a identidade civil do doador de gametas, o que pode ser aplicado a casos análogos, em que se contraponham direito à saúde X sigilo da maternidade/paternidade biológica.

Isto se deve ao fato de que o conhecimento do patrimônio genético e do histórico familiar da pessoa é essencial á prevenção, tratamento e cura de doenças genéticas ou hereditárias. Negar à pessoa essa ciência atinge, ainda que de maneira indireta, seu direito à saúde e ao tratamento adequado.

Não há, todavia, norma jurídica que constranja o investigado à submissão ao exame em ácido desoxirribonucléico (ADN), o que inviabiliza o direito de alguém de conhecer sua origem genética, mas que importa, em nosso país, em admissão da paternidade biológica investigada.

2.2 Dignidade humana como conteúdo ético da Justiça

Ética é um termo advindo do grego *ethos* e se refere ao conjunto de valores e princípios morais construídos com base em valores históricos e culturais que direcionam a conduta humana numa sociedade e relaciona-se, diretamente, com o sentimento de justiça social; Colima estabelecer um padrão de conduta que melhor atenda à boa convivência em sociedade. A ética é, sobremaneira, uma forma de normatização.

Em verdade, "a ética é uma forma muito específica de funcionamento da moral. (...) O dever ético é aquele dever moral reconhecido como válido, como racional pelo agente" (PEREIRA, 2004, p. 58).

Adolfo Sánchez Vázquez concebe a ética como uma abordagem científica de questões morais, afirmando ser ela a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade (VÁZQUEZ, 1999, p. 45)

A ética como reguladora das condutas humanas apresenta-se, na concepção do jurista Ronaldo Poletti, de duas maneiras: como moral social, entendida como costumes e convenções sociais; e como Direito (POLETTI, 1996, p. 104-105).

Nesse sentido, conforme preleciona George Marmelstein, o Direito e a ética estão intimamente ligados, sendo que, em contraposição ao que muitos pensam, "a ética tem um papel muito maior na regulamentação da conduta humana do que o direito" (MARMELSTEIN, 2009, p. 7).

Quem primeiro considerou o Direito como sendo parte da moral foi o utilitarista inglês Jeremy Bentham com a teoria dos círculos concêntricos, segundo a qual o Direito está contido em sua integralidade no campo da moral, a ele se subordinando com a finalidade de garantir um bem-estar geral mediante a pacificação social.

Para ele, o direito se restringe ao campo de aplicação das penas materiais em que o bem resultante da aplicação das mesmas é maior que o mal que provocam.

Sendo assim, conforme se lê no *site* do Centro de Estudos do Pensamento Político (CEPP) de Portugal, *http://www.iscsp.utl.pt*, para o contratualismo benthiniano "é possível a realização do máximo de utilidade com o mínimo de restrições pessoais, numa perspectiva que reduz o direito a uma simples moral do útil coletivo". Nesse mesmo sentido é a concepção do jusfilósofo alemão Georg Jellinek, que desenvolveu a teoria de Jeremy Bentham, nominando-a de Mínimo Ético.

Georg Jellinek afirma que o Direito seria um conjunto mínimo de regras morais cogentes, cuja finalidade seria o controle social (JELLINEK, 2000 *apud* NADER, 2002, p. 40). Desta forma, o Direito estaria inserido na moral, constituindo instrumento à garantia da estabilidade social mediante a prevalência de preceitos morais básicos.

Todavia, a exemplo de Ronaldo Poletti, vários juristas criticam essas teorias, afirmando que diversas são as situações fáticas que, embora estejam inseridas em normas de Direito, não se situam no campo da moral. É o caso de normas técnicas ou procedimentais, por exemplo (POLLETI, 1996, p. 106).

Segundo o jurista francês Claude du Pasquier, idealizador da teoria intitulada de círculos secantes, Direito e Moral coexistem, havendo entre eles um campo em que há regras jurídicas de inspiração moral (PASQUIER, 1967 *apud* NADER, 2002, p. 40).

Para Hans Kelsen, entretanto, há uma total desvinculação entre Direito e Moral, que compõem dois sistemas diferentes. Para ele, a norma é tida como elemento único e essencial ao sistema jurídico e sua validade independe de qualquer juízo de valor (KELSEN, 1998, p. 5).

Mais relevante do que conhecer as várias concepções acerca dos conceitos de ética, porém, é reconhecer que nenhuma delas fornece resposta suficiente a todas as questões éticas, haja vista que, conforme afirma George Marmelstein, “no fundo, todas (as teorias) desembocam na vala comum do ‘respeito ao próximo’, que é uma fórmula que sintetiza o significado de ética em todos os tempos e em todos os lugares”. Todavia, esse jurista pontua que nem mesmo a “vala comum do respeito ao próximo” soluciona a questão, porquanto não resolve os problemas éticos mais complexos, haja vista ser “preciso definir o que se entende por respeito e o que se entende por outro” (MARMELSTEIN, 2009, p. 80).

Consoante preleciona Rodrigo da Cunha Pereira, para que se compreenda a ética transposta ao Direito de família, deve-se atentar para o fato de que a “moral sexual dita civilizatória” não deve “excluir e nem tornar indigno o sujeito de direito”. O jurista aponta, ainda, que o princípio da dignidade humana orienta e interfere em todos os demais, fornecendo-nos um ponto de partida a fim de avaliar o que é “ético, acima dos valores morais” (PEREIRA, 2004, p. 53).

A constitucionalização do Direito de Família faz exsurgir a idéia de que o núcleo familiar é tido como lócus de realização da dignidade humana.

A acepção de dignidade humana trazida na CRFB/1988 é aquela kantiana, que coloca a racionalidade como *conditio sine qua non* da dignidade da natureza humana. Assim, toda pessoa possui dignidade, porquanto racional.

A essência humana é, portanto, a racionalidade, que é de "natureza interior, independente de mudanças físicas e de contingências externas" (PEREIRA, 2004, p. 55). A medida para um valor universal seria, por conseguinte, a razão.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, um princípio jurídico deve possuir conteúdo racional de validade universal, haja vista que, caso existam "exceções ao conteúdo, ele não é um princípio, mas sim uma regra concorrente ou subordinada à outra que lhe é incompatível ou contrária" (PEREIRA, 2004, p. 56).

O estudioso menciona, ainda, a importância de se discutir se o conteúdo de determinado princípio geral do direito possui ou não conteúdo ético, chegando à conclusão de que, em determinados casos, não se faz necessária apenas a distinção entre moral e ética, mas a negação de princípios morais em defesa de princípios éticos (PEREIRA, 2004, p. 57). Para ele, a conduta ética é pautada, fundamentalmente, por uma avaliação de questões morais.

Entende-se que a dignidade humana, enquanto princípio, é uma compreensão ética e ontológica do ser humano, já que perquire sobre sua essência.

O Direito de família, por ser o "mais humano de todos" é também o mais sujeito a "moralismos provocadores de injustiça". Dessa maneira, escolher a ética em desfavor de juízos morais significa trazer para o sistema jurídico a acepção de família como "grupamento cultural", conceito desprovido de valor moral e incondicionado pelo tempo ou espaço (PEREIRA, 2003, p. 5-11).

A ideia de justiça possui valor moral e jurídico. Se concebida, porém, como valor "parece não ser alcançada como fim. O justo por ser relativo e relativizável, depende do ângulo pelo qual é visto, principalmente na *clínica* do Direito de Família", sendo a justiça uma técnica de autoconservação (PEREIRA, 2004, p. 63).

A acepção de Justiça enquanto prática de autopreservação é, por conseguinte, a que melhor atende à visão ética do que seja Justiça, já que desprovida de valores morais ou moralizantes. Desta maneira, para que se verifique racionalmente o que seja justo ou injusto, bastante perquirir se há uma atuação que preserva ou deteriora a essência.

Rodrigo da Cunha Pereira esclarece que a dignidade é um macroprincípio que compreende outros princípios e valores essenciais, tais como "liberdade, autonomia

privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade, (...) uma coleção de princípios éticos" (PEREIRA, 2004, p. 68).

Para o constitucionalismo contemporâneo, tal qual o firmado pela ministra Carmen Lúcia Rocha, garantir a dignidade passou a ser o norte e o fim do Direito, haja vista que "a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal" (ROCHA, 2000, p. 72).

A noção de Direitos Humanos tem como pressuposto a dignidade da natureza humana, sendo certo que os direitos devem ser conferidos às pessoas em razão de uma causa universal e independente da volição humana.

A pessoa é um ser corporal, relacional, consciente, dotado de inteligência, memória e vontade, sendo esta a sua natureza.

A dignidade da natureza humana, além de princípio constitucional, é, sobretudo, principio ético incluso nos princípios do Estado Democrático de Direito, sendo, também, princípio geral do Direito.

Para Maria Celina de Morais, são consequências da dignidade da natureza humana os princípios jurídicos da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade. Para ela, somente estes podem ser relativizados, já que sua condição é de subprincípios em relação ao princípio maior e absoluto, qual seja o da dignidade da natureza humana. Desta maneira, o macroprincípio da dignidade da natureza humana, em nenhuma circunstância, poderá ser relativizado (MORAIS, 2003, p. 85).

Entretanto, poderá haver, quando da análise do caso concreto, uma ponderação de princípios de maneira a identificar de que forma será obtida a dignidade, já que seu conteúdo varia com a situação, havendo uma interferência fatal da subjetividade no conteúdo de cada princípio, considerando-se o paradigma hermenêutico estabelecido pelo ordenamento jurídico nacional.

Cumpre observar que o princípio da dignidade tem o objetivo precípuo de proteger e promover a pessoa humana, constituindo-se como fundamento da República inscrito no art. 1º, III da CRFB/1988, informando todo o sistema jurídico nacional, o que significa dizer que este princípio é o norte para avaliar toda e qualquer relação jurídica, devendo ser considerado antes de se ater a qualquer outro valor.

A dignidade da natureza humana é, portanto, o substrato, o alicerce do Estado Democrático de Direito, constituindo-se ordem cogente a determinar a operacionalização dos institutos jurídicos, convidando àqueles que atuam com e no Direito ao abandono de

moralismos e preconceitos, sobremaneira em âmbito do Direito de Família, combatendo o tratamento indigno de quem quer seja, constituindo-se, por conseguinte, conteúdo ético da Justiça.

2.3 Celeridade processual como garantia fundamental

A EC nº. 45/2004, promulgada pelo Congresso Nacional em 08 de dezembro de 2004, colima a prestação de tutela jurisdicional célere e tempestiva, razão pela qual incluiu, entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade do trâmite processual.

Entretanto, mencionado princípio deve ser interpretado de forma a compatibilizar a celeridade da entrega da prestação jurisdicional com o princípio do devido processo legal e da segurança jurídica, já que a CRFB/1988 enuncia em seu art. 5º, LIV que também são garantias processuais a ampla defesa, o contraditório, a inafastabilidade da jurisdição, dentre outros, fazendo-se necessária a interpretação sistemática desses princípios e garantias. Assim sendo, se há uma exigência de solução rápida para o litígio, lado outro, impõe-se a presença da ampla defesa e do contraditório.

Por mais célere que seja o trâmite processual, este exigirá um lapso temporal proporcional à complexidade da demanda posta *sub iudice*, a fim haja uma composição justa. A celeridade processual não deverá, por conseguinte, obstaculizar a segurança jurídica.

Celeridade processual e segurança jurídica, a despeito de serem antagônicos, consoante a acepção do processualista Francesco Carnelutti, para quem a "justiça rápida e segura, que anda na boca dos políticos inexperientes, contem, lamentavelmente, uma contradição *in adjecto*: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura" (CARNELUTTI, 1958, p. 154), são temas sincréticos, sendo certo que o ideal é a busca pelo equilíbrio, de forma que seja obtida a efetividade na prestação de tutela jurisdicional, não bastando ao cidadão que seja lhe seja propiciado, tão somente, o acesso à Justiça.

O direito à resolução do litígio sem dilações indevidas é norma de conteúdo programático que orienta novos programas e legislações, inclusive o novel regramento infraconstitucional do instituto da adoção, que promoveu várias alterações e atualizou o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei nº. 8.069/1990), "ampliando a aplicação

de princípios, além de modernizar, organizar e alargar o sistema protetivo" (SOUZA; SANTOS; RIBEIRO, 2010, p. 14).

Preconizam Fernando Moura e Raphael Cardoso que, conquanto possua aplicabilidade imediata, o direito à solução rápida de um litígio não pode "se enquadrar nas normas de eficácia plena por não apresentar todas as regras de execução do direito que resguarda". Nesse ínterim, afirmam os mencionados autores que "o fator tempo no processo deve condicionar não somente a condução do processo, mas também a própria atividade legislativa", já que a celeridade, através da promulgação da EC nº. 45/2004, foi elevada a princípio constitucional (MOURA; CARDOSO, 2008).

Destarte, a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva implica a razoável duração do trâmite processual, haja vista que, através dela, estar-se-ia destinando o tempo necessário ao alcance do escopo de pacificação social e justa composição da demanda ao serem considerados, sistematicamente, os princípios fundamentais que envolvem a questão posta para apreciação judicial.

Desdobramento do princípio da duração razoável do processo, a rapidez do trâmite processual implica a inauguração de uma estrutura procedimental ágil. A excessiva demora da marcha processual, mesmo que resulte numa decisão segura, gera incontestável dano à parte vencedora, haja vista que a demora do Judiciário em julgar a demanda gera insatisfação e descrédito.

O deslinde da marcha processual deve propiciar àquele que possui o direito precisamente aquilo que tem o direito de obter. A efetividade da prestação da tutela jurisdicional é a prática dos escopos a que o processo se propõe.

Argumentam Fernando Moura e Raphael Cardoso que "a duração em média de um processo no Brasil extrapola o limite do razoável e gera aos jurisdicionados flagrante sensação de injustiça e descrença." Para eles, o termo razoável pode ser tido como um conceito indeterminado e aberto, aduzindo que "o tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no Código de Processo Civil para cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, mais o tempo de trânsito em julgado dos autos", concluindo que o prazo razoável para o julgamento de um processo que tramite pelo procedimento comum ordinário, seriam, numa situação normal, de 131 (cento e trinta e um) dias para ser considerado constitucional e tempestivo (MOURA; CARDOSO, 2008).

Todavia, mencionados autores apontam que, para se fixar lapso temporal aceitável, é essencial a apreciação dos fatores internos e externos de cada processo, devendo os prazos serem adaptados para que cada ato possa se realizar em harmonia com

os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sem que seja prejudicada a celeridade do procedimento, devendo ser considerada, ainda, a especialidade do litígio ou a existência de provas pré-constituídas, por exemplo.

Fazer com que o processo se torne célere e tempestivo sem permitir que seja arbitrário ou inconstitucional é um grande repto, haja vista que demanda a conciliação da celeridade com a segurança jurídica.

O Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM), ao elaborar o Projeto de Lei que visa à legalização da prática do parto em anonimato no Brasil, justificou a iniciativa argumentando que a institucionalização do parto anônimo protegeria as crianças do abandono cruel e imprimiria maior celeridade aos processos de adoção, possibilitando a manutenção das mesmas em menor tempo nos abrigos, garantindo-lhes a convivência familiar.

Entretanto, conforme se tentará elucidar no terceiro capítulo e nas considerações finais do presente estudo, oportunidades em que se analisam as possíveis repercussões políticas e sociais da inserção instituto do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro, o mencionado PL não traz alternativas eficazes para garantir a celeridade dos procedimentos para a adoção e gera problemas em várias esferas do relacionamento humano, inclusive na esfera jurídica. Imaginar um processo de que resulta a violação da dignidade da natureza humana, substrato do Estado Democrático de Direito é consagrar injustiças e gerar inquietudes na sociedade, consequências completamente contrárias aos escopos políticos e sociais do processo.

Com relação ao tema do presente tópico, intitulado de “celeridade como garantia fundamental”, mencione-se que, para que se imprima celeridade aos processos, garantindo a tempestividade e eficácia do provimento jurisdicional, se exige um aparato judicial que auxilie a democratização da justiça e a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, o que vale, sem dúvida, para os processos de adoção.

O aparato judicial diz respeito não só à estrutura organizacional e o aparato tecnológico dos tribunais e juízos, mas, sobremaneira, à existência de uma legislação processual que acompanhe o tempo e a evolução natural da sociedade e das coisas, o que, notadamente, não se verifica no sistema processual contemporâneo.

Como agravante, considere-se, ainda, o “modelo do ensino jurídico no país, hoje voltado para a concepção de que o importante, como representante da parte, é vencer a lide”, o que resulta na formação de profissionais despreparados para a advocacia preventiva e conciliatória. “É importante para o judiciário e, sobretudo para a sociedade a

formação de profissionais que primem pela ética em sua atuação e que valorizem o bem estar e a sanidade de seu cliente" (ABREU; VERSIANI, 2008).

Fernando Moura e Raphael Cardoso reconhecem como sendo três os aspectos da política judiciária que atuam na morosidade dos processos judiciais, quais sejam: o fator material, concernente ao investimento; o fator legal, que diz respeito às leis processuais e o fator cultural, referente à mudança de mentalidade dos profissionais do Direito.

Para esses autores, imprimir celeridade ao processo implica, por conseguinte, a aplicação de medidas extraprocessuais, quais sejam, a "alteração da organização judiciária, tornando o aparato judicial mais eficiente", de medidas extrajudiciais, referentes aos "mecanismos de contenção das demandas" e de medidas judiciais, concernentes às "técnicas em busca de um processo mais simples, rápido, econômico e de acesso fácil e direto" (MOURA; CARDOSO, 2008).

Vê-se que as medidas judiciais em favor da celeridade do trâmite processual implicam na busca pelo procedimento menos formal, que valorize os escopos sociais e políticos do processo em detrimento da rigidez das formas.

Em sua obra "Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo", o jurista Jônatas de Paula sugere a adoção algumas medidas judiciais que imprimiriam celeridade ao processo.

Para ele, a adoção da teoria da individualização da causa de pedir, cujo escopo seria o de atenuar o rigorismo do princípio da eventualidade e do sistema de preclusão, seria uma alternativa, assim como a adoção do rito sumário com procedimento padrão, acrescido de algumas modificações, extinguindo-se a reconvenção, haja vista que se atribui à contestação eficácia de ação, sendo que sobreviria o mesmo relativamente à ação declaratória incidental, já que sua finalidade seria incorporada a própria contestação.

O mencionado ensaísta ressalta, ainda, a importância da "implantação de programa de incentivo à qualidade total", mediante o que, junto às penalidades administrativas aplicáveis ao magistrado, a Corregedoria "enfocaria a qualidade dos atos praticados pelos juízes, a rapidez com que seriam realizados e em maior quantidade possível de processos" (PAULA, 2005, p. 338-341).

Outra interessante proposta seria a alteração no regime de custas no intuito de favorecer a auto-composição: àquele que "reconhecer não ter razão antes do esgotamento de todos os atos do procedimento previsto" será imposto o pagamento da taxa judiciária de maneira progressiva, sendo que a progressividade se relacionará ao estágio processual em que a demanda se encontrar, quanto mais próxima do desfecho maior serão os valores das

custas judiciais, o que "além de reparar o litigante que tem razão, funciona como verdadeiro fator de incentivo às práticas auto-compositivas" (PAULA, 2005, p. 341).

Jônatas de Paula sugere também uma reestruturação do Poder judiciário, mediante o investimento em âmbito de recursos humanos, possibilitando abertura de novas vagas para juízes e auxiliares da Justiça, o que perpassa por uma maior especialização e investimentos materiais e tecnológicos que propiciem um aparato judicial eficaz a fim de possibilitar uma prestação de tutela jurisdicional oportuna. Para ele, é importante também que ocorra a desjudicialização de alguns processos de jurisdição voluntária, transferindo aos notários algumas das atribuições que hoje competem ao Judiciário, tal como ocorre atualmente com os inventários, separações e divórcios consensuais.

A ministra do STJ, Fátima Nancy Andrighy, autora do anteprojeto de Lei que prevê a criação dos Juizados Especiais de Família assevera que "a instituição de um Juizado Especial de Família se revela em uma nova jornada, que é estimulada quando se assiste ao sucesso do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no Fórum do Recife, com a Vara do Juizado Informal de Família". Para a ministra, a adoção do rito sumaríssimo aliada à previsão legal de "o juiz poder, dentro desse mesmo procedimento e sem maiores formalidades, conceder medida cautelar e deferir antecipação de tutela sempre que atendidos os respectivos requisitos legais" facilitaria o trabalho dos operadores do direito (ANDRIGHY, 2001).

Desta maneira, conforme o texto do anteprojeto elaborado pela ministra Fátima Nancy Andrighy, o rito sumaríssimo da Lei nº. 9.099/1995 seria transposto aos Juizados Especiais de Família, sofrendo, contudo, algumas adaptações para atender as necessidades inerentes a esse ramo do Direito, já que a Lei nº. 9.099/1995 não possibilita pleitear medidas cautelares nem a antecipação de tutela.

Na concepção de Jônatas de Paula, o melhor aproveitamento das ações coletivas, principalmente da Ação Civil Pública para que são legitimados os concorrentes o rol elencado no art. 5º da Lei nº. 7.347/1985, apesar da "vultuosidade da ação e sua maior duração", contribuiria para imprimir maior efetividade ao processo, já que, "diante de uma análise mais avisada, percebemos os benefícios, que são bem maiores: melhor defesa, divisão das custas, uniformidade de decisões, um único processo." O jurista recomenda, além disso, a abreviação do procedimento recursal no intuito de fornecer uma tutela tempestiva, opinando pela instituição de órgãos regionais com "função recursal, nos moldes do que acontece com a Lei dos Juizados Especiais Cíveis Federais" (PAULA, 2005, p. 331-341).

Diante do exposto, ressalta-se que o direito à razoável duração do processo, embora tenha sido elevado à garantia fundamental pela EC nº45/2004, já integrava a ordem constitucional, em razão dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo que a dita Reforma imprimiu uma maior conscientização da instrumentalidade do processo em detrimento do rigorismo das formas, passando o princípio da celeridade a informar um novo paradigma de hermenêutica, bem como a criação de normas infraconstitucionais, deixando clara a pretensão do legislador em evitar que a justiça tardia se transforme em injustiça.

CAPÍTULO III PARTO ANÔNIMO: REPERCUSSÃO JURÍDICA E SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Proteção integral e melhor interesse no paradigma hermenêutico constitucional

A doutrina da proteção integral embasa-se no fato de a criança e o adolescente se encontrarem em fase de formação do caráter e personalidade, pelo que devem receber garantias para a realização de sua dignidade.

Conceituada no art. 227 da CRFB/1988 e no art. 3º do ECA, a doutrina da proteção integral estabelece que primeiramente a família e supletivamente a sociedade e o Estado, são co-responsáveis por propiciar, mediante confecção e aplicação de lei ou por outros meios, tudo o que oportunize a criança e ao adolescente um desenvolvimento físico, psíquico e social, em atendimento à promoção e defesa de seus direitos. Portanto, oferta-se à criança e ao adolescente uma proteção diferenciada, especializada e global.

Nesse ínterim, se insere o princípio do melhor interesse, cujo conteúdo é relativo, haja vista que a compreensão de seu teor padece de uma avaliação cultural, social e axiológica.

Em função disso, a definição do que seja melhor interesse da criança ou adolescente fica ao vislumbre de uma situação concreta, ocasião em que se fixarão seus limites e conceito.

Rodrigo da Cunha Pereira indaga se existe um entendimento preconcebido do que seja o melhor interesse. Para ele, “a relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos”, concluindo que somente a ética será capaz de nortear aplicação que atenda ao interesse da criança e/ou adolescente (PEREIRA, 2004, p. 91).

A fim de melhor analisar a questão, cumpre fazer uma breve digressão acerca das definições de regras e princípios, que, ao contrário das regras, não possuem conceitos predeterminados, sendo o seu conteúdo limitado em razão da aplicação ao caso concreto. Possuem, portanto, conteúdo aberto. A definição do que seja melhor interesse, pode sofrer, em razão disso, variações no tempo e no espaço, sendo que é o bem da criança e adolescente que tudo determina.

Afirma Rodrigo da Cunha Pereira que "o que se pode predeterminar em relação a este princípio é sua estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente. Estes, além de detentores dos direitos fundamentais 'gerais'(...), têm direitos fundamentais especiais, os quais lhes são especialmente dirigidos (PEREIRA, 2004, p. 92).

O filósofo Robert Alexy concebe que princípios e regras jurídicas compõem uma categoria normativa, já que ambos ofertam noções do dever ser. Para ele, compreender esses dois tipos de normas é entender a teoria dos direitos fundamentais.

Salienta o filósofo que o ponto decisivo que distingue princípios e regras é o fato de os princípios serem "mandados de otimização", que podem ser satisfeitos em diferentes graus, sendo que a medida adequada para seu cumprimento depende da análise do caso concreto, ao passo que, no âmbito das regras jurídicas, já há uma determinação expressa e possível de sua aplicação, constituindo-se como uma forma mais rígida de dizer o Direito. "*Esto significa que la diferencia entre reglas y princípios es cualitativa y no de grado*" (ALEXI, 1997, p. 87).

Se no plano abstrato todos os princípios são harmônicos, o mesmo não ocorre no plano concreto, podendo haver, por conseguinte, uma colisão entre eles. Nessa ocasião, devem-se aplicar os princípios imprimindo-lhes o menor grau de sacrifício possível. Logo, devem-se ponderar os princípios para que se encontre o conteúdo, extensão e limite da aplicabilidade dos mesmos diante do caso concreto.

Por conceber que a graduação de princípios não é possível, já que dotados que carga deontólogica e não valorativa, Klauss Gunter critica a teoria de Robert Alexy, propondo que, no caso de colisão entre princípios, seja estabelecida uma adequação, de maneira que se permita a opção pelo princípio mais adequado ao caso concreto, tal qual afirmou Donald Dworkin (2003, p. 272).

Klauss Gunter, seguindo Donald Dworkin, defende a adequabilidade como critério para resolução da colisão entre princípios (GUNTER, 1993, p. 217).

Tendo em vista o patamar atingido pelo princípio da dignidade da natureza humana na ordem jurídica, conforme explicitado no capítulo anterior, melhor técnica parece ser a da ponderação, haja vista o conteúdo ético e axiológico da dignidade da natureza humana, que deve sempre preponderar. Sendo assim, há uma primazia desse princípio sobre todos os outros.

Diante do exposto deverá haver, quando da análise do caso concreto, uma ponderação de princípios de maneira a identificar de que forma será obtida a dignidade, já

que seu conteúdo varia com a situação, havendo uma interferência fatal da subjetividade no conteúdo de cada princípio, considerando-se o paradigma hermenêutico constitucional estabelecido no ordenamento jurídico nacional.

A própria CRFB/1988 preceitua que a criança e o adolescente devem ser alvo de práticas e políticas públicas que garantam seu bem estar e desenvolvimento físico e psíquico integral.

Para tanto, estabelece em seu art. 227 que a proteção e a defesa dos direitos das crianças e adolescentes são prioridades no sistema jurídico nacional, devendo a família, a sociedade e o Estado promoverem a prática e defesa desses direitos. Nesse mesmo sentido, estabelece o ECA em seus arts. 3º e 4º.

Consoante preleciona Gustavo Tepedino, a criança e o adolescente recebem atenção especial por parte do ordenamento jurídico, sendo alvos de tutela incondicionada. São, ainda, sujeitos ativos do próprio processo educacional (TEPEDINO, 2004, p. 61).

Nota-se que o princípio da proteção integral relaciona-se intimamente com a tutela da dignidade da natureza humana, já que obriga tanto a conduta omissiva, qual seja, a de respeitar o direito ao crescimento sadio da criança e do adolescente, quanto a conduta comissiva, obrigando a promoção do desenvolvimento integral desses sujeitos em formação.

O ECA dispõe que são direitos fundamentais da criança e do adolescente: vida e saúde (arts. 7º ao art. 14), dignidade e liberdade (arts. 15 ao art. 18) e a convivência comunitária (arts. 19 ao art. 24). Aplicar adequadamente o princípio do melhor interesse implica em considerar o fim por ele colimado, ou seja, se haverá efetivação da proteção integral do sujeito em formação.

3.2 Análise jurídica e social do Projeto de Lei nº. 2.747/2008 e apensos

Um recente PL, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM) e proposto na Câmara Federal pelo Deputado Eduardo Valverde (PT-RO), dispõe sobre direitos reprodutivos da mulher, visando coibir o abandono de recém-nascidos através da regulamentação do parto em anonimato no Brasil.

O PL nº. 2.747/2008 e seus apensos encontram inspiração em legislação existente em França, Luxemburgo, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria e em algumas regiões dos Estados Unidos da América. Na verdade, o que o PL sugere é a regulamentação do parto em sigilo, por meio do que a identidade da genitora será conhecida somente pelo Estado e revelada em casos precisos.

Consoante os termos do projeto, bem como de seus apensos, à progenitora não é atribuída qualquer responsabilidade jurídica com relação à criança, que poderá ser entregue para adoção em casas de saúde, devendo ela informar dados acerca de sua saúde e a do pai da criança.

No que concerne ao direito de vindicação do pai e demais parentes biológicos, este poderá ser exercido mediante prova do liame genético e no prazo de 30 dias. Não mais que isso.

Ao justificar a iniciativa da elaboração do mencionado PL, o IBDFAM apregoou que, com a incorporação do instituto ao ordenamento jurídico nacional, haverá a substituição do abandono do recém-nascido pela entrega do mesmo à adoção, afastando a clandestinidade do abandono e suas nefastas consequências, salvaguardando, sobremaneira, a dignidade, a saúde e a integridade do recém nascido, garantido-lhe o direito à vida e à convivência familiar por meio da sua institucionalização e posterior entrega aos pais adotivos.

Para os defensores do projeto, a institucionalização do parto anônimo no Brasil encontra amparo jurídico nos princípios abrangidos pela CRFB/1988 em seu art. 1º, III, no art. 5°, *caput* e, ainda, no princípio da proteção especial à criança (art. 227). Para eles, a adoção do instituto em menção encontra respaldo, ainda, no ECA (Lei nº. 8.069/1990), que garante à criança um nascimento e desenvolvimento sadio e condições dignas de existência por meio da efetivação de políticas públicas voltadas a este intento.

O instituto do parto em sigilo remonta à evolução da famigerada “roda dos expostos” ou “portinhola de bebês”. Evolução porque oferece à mulher que não deseja ter

consigo depois de nascido o filho por ela gerado uma ampla assistência médica, social e psicológica no decorrer do período gestacional e depois dele.

Através do parto em anonimato, estar-se-ia, contudo, violando o princípio geral do direito de filiação e a dignidade humana? A iniciativa do legislador seria equivocada porque não trata o problema do abandono de recém-nascidos em sua origem, ignorando, portanto, a possibilidade de melhoria ou reformulação das iniciativas de conscientização, de controle de natalidade e de ajuda social ofertada pelo Estado Brasileiro à juventude e, principalmente, às mulheres?

A importância do tema advém da análise da repercussão jurídica em âmbito constitucional e, ainda, a repercussão social da politização da maternidade pelo Estado brasileiro. Seria justo e razoável assegurar o direito à vida, o mais fundamental dos direitos, em detrimento do direito constitucionalmente garantido da pessoa conhecer sua identidade genética? A indagação leva, tão-somente, a uma questão de hermenêutica jurídica em que basta sopesar numa escala valorativa os direitos em menção? E as consequências e embaraços jurídicos e sociais resultantes de uma identidade genética sub-reptícia? O ordenamento jurídico nacional prescinde de uma inovação legislativa desta monta por possuir outros instrumentos eficazes para tutelar a vida e a dignidade das crianças e das mães que entregam os filhos em adoção? Como ficaria a situação do pai, que também é genitor e, como tal, possui direitos e deveres com relação ao nascituro e a situação da família natural extensa ou socioafetiva?

A jurista Fabíola Alburquerque pontua que o parto anônimo é um instituto que almeja o equilíbrio de interesses opostos por garantir que a criança não planejada esteja a salvo do abandono, aborto ou infanticídio, além de salvaguardar o direito ao anonimato à mulher que dá à luz a uma criança, mas que não deseja ser mãe (ALBUQUERQUE, 2007, p.11).

Todavia, com relação à assertiva da jurista, cumpre observar que se o que justifica a institucionalização do parto anônimo é a ausência de qualquer imputação criminal ou responsabilização civil, com a desvinculação materno-filial para a mulher que opta pela entrega, a quem ou para quê servirá a ocultação da origem genética das pessoas submetidas a esta prática?

A questão envolve, nitidamente, a forma com que a mulher tem sido posicionada na sociedade e nas políticas públicas: como detentora de uma capacidade inata para conceber e cuidar dos filhos.

Vê-se, por conseguinte, que o mito da maternidade instintiva, tão combatido pelas teóricas dos movimentos feministas, ainda vigora nas estruturas sociais e na mentalidade das mulheres de todo o mundo, dando origem a iniciativas e políticas retrógadas que não valorizam as conquistas em favor da liberdade e dignidade da mulher, que ainda é vista como única responsável pela prática reprodutiva e pela criança que gera.

A Associação Brasileira de magistrados e promotores de Justiça da Infância e da Juventude – ABMP manifestou-se em 1º de março de 2008, mediante nota pública, de forma contrária à regulamentação do direito da mulher de dispor da maternidade, argumentando que o texto do anteprojeto, bem como sua justificativa, consubstancia-se na assertiva de que o abandono cruel de recém-nascidos é crescente no Brasil, sem, contudo, apresentar "dados estatísticos oficiais e confiáveis que comprovem cientificamente tais premissas" (ABMP, 2008). Para a ABMP, a referida proposta significa um retrocesso do paradigma de proteção à infância, já que não atenta a uma perspectiva holística dos vários direitos que a institucionalização do parto anônimo afetaria.

O PL proposto, bem como os projetos a ele apensos, se equivoca ao pressuporem que o abandono de crianças decorre tão-somente de aspectos psicológicos, ignorando o aspecto socioeconômico ou fatores culturais e de gênero, os quais a instituição do parto anônimo só contribuiria para manter.

Ressalta-se, ainda, que mencionado PL desconsidera o direito patrimonial e sucessório da criança submetida à prática do parto em anonimato, em patente confronto com o que estabelece a CRFB/1988 em seu art. 227.

Outro ponto questionável da proposta trazida pelo PL, diz respeito ao aspecto estrutural do projeto, que delega toda a responsabilidade pelo acolhimento da criança a estabelecimentos de saúde, sendo eles, pelos termos do PL, incumbidos de encaminhar os filhos anônimos à adoção, ignorando, sobremaneira, a competência exclusiva das Varas da Infância e Juventude e a intervenção obrigatória do Ministério Público na destituição da autoridade parental e na inserção da criança em família substituta.

Além disso, alerta-se para o fato de os procedimentos previstos no ECA já são sigilosos e a conduta da mãe que se apresenta ao Conselho Tutelar ou à Vara da Infância e Juventude declarando a intenção de encaminhar o filho a uma família substituta , mediante adoção, inclusive, não tipifica crime e não gera qualquer tipo de responsabilização. A mãe receberá todo o apoio e orientação social, jurídica e psicológica imanentes à situação, devendo a família natural extensa e a socioafetiva deve ser contatada nos termos do que estabelece o art. 5º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Razoável considerar as possíveis consequências da inserção do parto anônimo no ordenamento jurídico nacional. É possível que a legalização da prática se torne um incentivo ao abandono precipitado de crianças de famílias economicamente desfavorecidas. Ademais, corre-se o risco de rejeição e maior institucionalização de crianças com problemas congênitos, além do "descarte, *a priori*, de filhos adulterinos ou incestuosos (...), fomentando uma cultura de discriminação não apenas das crianças, mas também da posição social das mulheres" (ABMP, 2008).

Consoante a rede feminista de saúde, o PL posiciona as mulheres "na invisibilidade", não apontando as alternativas para a prevenção da gravidez indesejada, "focando-se no recém-nascido", ignorando as causas das gestações indesejadas, tais como a falta de orientação para a prática sexual, falta de acesso ao planejamento familiar e reprodutivo e a não administração adequada da anticoncepção de emergência não abortiva.

A rede feminista de saúde pontua, todavia, que "até em relação ao recém-nascido (o PL) deixa brechas para a violação de direitos, ao restringir o acesso a dados genéticos e da história pessoal e social da mãe e do pai" (REDE FEMINISTA DE SAÚDE, 2008).

Cumpre mencionar que a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados através do deputado Luiz Couto, relator do projeto ainda em trâmite, proferiu, em 26 de abril de 2009, parecer pela inconstitucionalidade e má técnica legislativa da proposição e seus apensos. Consoante os termos do parecer, "muito antes de pensar em encaminhar a criança a uma adoção por desconhecidos é preciso que o Estado saiba quem são os parentes, sendo medida excepcional a colocação em lar substituto". O incentivo ao encaminhamento à adoção sem que se conheçam ou consultem "eventuais parentes, por certo, vai de encontro à garantia constitucional da convivência familiar" (LUIZ COUTO, 2009, p. 3).

A proposta apresentada pelo PL e seus apensos viola o direito à convivência familiar da criança de várias maneiras, desconsiderando tanto o direito do pai, quanto o da família natural extensa ou socioafetiva. Isto porque, consoante os termos da redação atualizada do art. 136, inciso XI do ECA, conferida pelo novel regramento infraconstitucional da adoção (Lei nº. 12.010/2009), o afastamento da criança ou adolescente do convívio familiar é medida excepcional, tomada somente depois de esgotadas todas as possibilidades de manutenção da criança junto a sua família natural ou, analogicamente, a socioafetiva.

Com o dispositivo em comento, o legislador pretende, ademais, ressaltar o caráter pedagógico da sistemática protetiva, em razão do que se deve priorizar a promoção social da família, oferecendo condições e subsídios à sua reestruturação, conforme se depreende da interpretação dos incisos VI e VII do art. 87 do ECA, referentes às políticas a serem adotadas pelo Estado a fim de proporcionar atendimento adequado às crianças e adolescentes, ofertando garantia à efetivação de seus direitos.

No que concerne à disposição de que a criança submetida à prática do parto anônimo não terá acesso aos dados sobre seus progenitores, esta viola o inciso XIV do art. 5º da CRFB/1988, que assegura a todos o acesso à informação. Viola, ainda, o inciso XXXIII do mesmo art. 5º, que dispõe ser direito de todos receberem informações dos órgãos públicos acerca de sua pessoa e interesses particulares.

Ressalta-se que, na hipótese de ocorrer uma gravidez não programada não existe nenhum empecilho no ordenamento jurídico brasileiro para a adoção do nascituro a fim de que se garanta, ainda no útero, uma existência digna do bebê. A adoção também extingue o vínculo parental entre a criança adotada e seus pais biológicos.

A maternidade sigilosa que compreende o abandono ou entrega perpassa por questões bem mais complexas, tais como as que permeiam as políticas públicas preventivas, constituindo-se como problema social que demanda ações e investimentos que propiciem, de fato, uma orientação para a prática sexual responsável, bem como a quebra do mito do determinismo biológico que envolve a sexualidade feminina, “o mito do amor materno” (BADINTER, 1998, p. 2), mediante o vislumbre da importância do planejamento familiar, tal qual o previsto na Lei nº. 9.263/1996.

A prática do parto anônimo tal qual vem sendo entendida, dificulta a adoção das crianças a ela submetidas provocando sua maior institucionalização porque, em muitos casos, não há como contatar o outro genitor, quando identificado, para receber dele a permissão para encaminhar a criança para a adoção. Via de conseqüência, a prática do parto anônimo certamente atingirá o direito da criança em várias esferas, principalmente no que tange à convivência familiar e ao direito de conhecer sua identidade genética, não atendendo ao âmago da EC nº. 45/2004, tampouco realizando o ideal de justiça, já que não contribuiria para tornar céleres os procedimentos de adoção, ao contrário, os dificultaria e ocasionaria inúmeras dificuldades nos vários aspectos da convivência humana, como foi explanado.

Nesse ínterim, forçoso concluir que a instituição do parto anônimo, além de ofender o direito à identidade e historicidade enquanto atributos da dignidade da natureza

humana, não contribui para a prevenção do abandono de recém-nascidos em condições desumanas.

Ademais, o conhecimento do patrimônio genético e do histórico familiar da pessoa é essencial á prevenção, tratamento e cura de doenças genéticas ou hereditárias. Negar à pessoa essa ciência atinge, ainda que de maneira indireta, seu direito à saúde e ao tratamento adequado.

Da análise jurídica do PL e seus apensos não decorre consequência outra senão a inconstitucionalidade e total inadequação, haja vista que suas disposições são antagônicas aos princípios que inspiram e fundamentam toda a legislação sobre crianças e adolescentes, contrariando o sistema da proteção integral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A institucionalização da prática do parto anônimo no ordenamento jurídico brasileiro, além de não resolver o problema do abandono de recém-nascidos, exige do aparelho estatal e judiciário um aparato que este não possui. Traz, ainda, problemas outros, pois da simples leitura do texto da lei depreende-se que a vontade da genitora supre a vontade do pai da criança e de sua família natural extensa ou socioafetiva, chegando ser possível, inclusive, a retirada da criança do convívio familiar sem que a família haja consentido ou tomado conhecimento da submissão do recém-nascido a esta prática.

A prática e legalização do parto em anonimato no ordenamento jurídico brasileiro não contribuiria em nada à efetivação do direito à razoável duração do processo, tampouco imprimiria celeridade aos procedimentos para a adoção, restando nítido não ser este o escopo do PL, já que o citado projeto não tratou dos procedimentos de armazenamento de informações e registros, aplicando-se, assim, mesmo com a legalização do instituto do parto anônimo, as mesmas formalidades do procedimento comum.

Consoante o elucidado no decorrer do presente estudo, a legalização do parto anônimo em legislação nacional traria consigo grande impacto social através da maior institucionalização de recém-nascidos, o que demandaria reestruturação não só de hospitais e unidades de saúde, mas também das Varas da Infância e Juventude; reestruturação essa, inclusive, no que tange aos recursos humanos, exigindo-se uma multidisciplinaridade entre medicina, psicologia, sociologia e direito.

Insta salientar que o PL apresenta má técnica legislativa e é pouco jurídico ao ignorar, através de seu texto, a competência exclusiva das Varas da Infância e Juventude e a intervenção obrigatória do Ministério Público na destituição da autoridade parental e na inserção da criança em família substituta.

A EC nº. 45/2004, que traz também como sustentáculo a prestação de tutela jurisdicional de forma célere e tempestiva, não propicia mecanismos que conceda um aparato judicial e mecanismos legais capazes de promover a reestruturação do Judiciário para bem administrar e fiscalizar esse tipo de prática.

Conferir celeridade ao processo sugere a modificação quantitativa e qualitativa na estrutura funcional do Poder Judiciário, atribuindo-lhe aparato mais eficiente e eficaz. Requer também a instituição de mecanismos que incentivem a resolução extrajudicial dos conflitos, bem como aqueles que estimulem, em juízo, a conciliação dos litigantes acerca

do objeto da demanda a qualquer tempo. Demanda, ainda, a formulação de técnicas processuais que minorem o tempo despendido para cumprimento dos atos judiciais, sem prejudicar, entretanto, as garantias e princípios constitucionais do processo.

A inserção da aludida prática no contexto jurídico nacional ocasionaria vários impasses nos mais variados âmbitos do relacionamento humano, inclusive em âmbito jurídico. A admissão da prática do parto em anonimato no ordenamento jurídico nacional não contribuiria em nada à efetivação do direito à razoável duração do processo, tampouco imprimiria celeridade aos procedimentos para a adoção.

Frise-se que, assim como foi explicitado no capítulo precedente a estas considerações finais, conceber que a prestação de uma tutela jurisdicional célere possa acarretar lesão à dignidade da natureza humana é sagrar uma injustiça e suscitar inquietude no corpo social, resultados completamente adversos aos desígnios políticos e sociais do processo no Estado Democrático de Direito.

A inclusão do parto anônimo no panorama jurídico-social hodierno, consequentemente, não tutelará de forma eficaz a dignidade das crianças e demais envolvidos nessa prática, tratando-se, inclusive, de inovação legislativa desnecessária, inconstitucional e contrária a tendência do Direito de família contemporâneo de valorizar o afeto como elemento constitutivo da família hodierna. Representa, sobretudo, inovação legislativa desnecessária, principalmente depois de promulgada a Lei nº. 12.010/2009, alcunhada de “nova lei nacional da adoção”, haja vista que esta dispõe acerca de mecanismos que imprimem maior celeridade aos processos de adoção e que permitem a rápida inserção da criança entregue em abrigos em um núcleo familiar, ressalvando logo em seu art. 1º que a intervenção do Estado para a proteção integral da criança e adolescente deve ser voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, aspecto que a legalização do parto anônimo no Brasil, em função dos inúmeros argumentos despendidos neste estudo, torna de difícil aplicação.

O novel regramento infraconstitucional do instituto da adoção, que promoveu várias alterações e atualizou o ECA, na concepção dos juristas Ionete de Magalhães Souza, Vívian Santos e Paulo Ribeiro, “não obstante os entraves burocráticos da própria lei”, valoriza “a aplicação de princípios, além de modernizar, organizar e alargar o sistema protetivo” (SOUZA; SANTOS; RIBEIRO, 2010, p. 13-14).

Conforme menciona Paulo Ribeiro, a inserção dos §§ 4º, no art. 8º do ECA, amplia o ônus do Estado no que toca a assistência médica especializada no período do pré

e pós natal como medida para prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal (RIBEIRO, 2010, p. 79).

A inclusão do § 5º no art. 8º do ECA pela “nova Lei de adoção” estende a assistência apontada no § 5º do mesmo art. 8º a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar os filhos para adoção, restando patente a falta de necessidade de uma nova lei colimando os mesmos fins e com os mesmos efeitos práticos. Admitir o anonimato da origem genética é negar à criança parte de sua história e sua própria identidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maryanne; VERSIANI, Tátilla Gomes; SOUZA, Ionete de Magalhães (coord.); TEXEIRA, Ana Clarice Albuquerque Leal (coord.). A Síndrome da Alienação Parental na Reforma do Judiciário. *In:* **Informativo eletrônico do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG**, página "Opinião", em junho/2008 (www.iamg.org.br). Acesso em 25 de junho de 2008, às 18h.

ALEXY, Robert. ***Teoria de los derechos fundamentales***. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Programação: temas e palestrantes. *In*: **Congresso Brasileiro de Família: Família e Solidariedade**, 6., Anais, 2007, p. 11.

ANDRIGHY, Fátima Nancy. Juizado Especial de Família. *In*: **Escola da Advocacia Geral da União- AGU**, página "Revista", em outubro de 2001. Disponível em: (http://www.escola.agu.gov.br). Acesso em 02 de abril de 2008, às 9h01.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. *In:* **Congresso Brasileiro de Família: Família e Cidadania**, 3., Anais, 2002, p. 329-351.

BADINTER, Elizabeth. **Um amor conquistado**: o mito do amor materno. São Paulo: Círculo do Livro, 1998.

BARBAS, Stela Neves. **Direito ao patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOSA, Águida Arruda. Mulher na área jurídica - Família. In: **Mulher – cinco séculos de desenvolvimento na América:** capítulo Brasil. Belo Horizonte: O lutador, 1999, p. 253-254.

BENTHAM, Jeremy. Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. *In*: **Os pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BRASIL. **Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em 27 de agosto de 2008, às 15h33.

CONFERÊNCIA NACIONAL DAS LEGISLATURAS ESTADUAIS (Estados Unidos da América). **Relatório sobre a prática do abandono seguro, 2003**. *Safe havens for abandoned infants*. Washington, 2003.

COSER, Lewis. *The notion of control in sociological theory. In:* ***Social control****: views from the social sciences*. Beverly Hills: Sage, 1982, p.13.

DURO, Carmen. **Maternidade e cuidado infantil**: concepções presentes no contexto de um programa de atenção à saúde da criança. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Escola de Enfermagem da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre-RS, 2002.

DRAIBE, Sônia. As Políticas Sociais Brasileiras: diagnósticos e perspectivas. *In*: **Para a Década de 90**: prioridades e perspectivas de políticas públicas. Brasília: IPEA, 1989.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EVAN B. DONALDSON ADOPTION INSTITUTE (Estados Unidos da América). **Relatório sobre abandono infantil, 2003**.*Unintended Consequences: Safe Haven Laws are Causing Problems, Not Solving Them.* Nova Iorque, 2003.

FORNA, Aminatta. **Mãe de todos os mitos**: como a sociedade modela e reprime as mães. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**: a vontade de saber. 11. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

GUNTER, Klauss. ***The sense of appropriateness***. *Application discourses in morality and law. Albany: State University of New York*, 1993.

JUNGES, José Roque. **Bioética, perspectivas e desafios.** São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Carin. **"...um cartão [que] mudou a nossa vida"? Maternidades veiculadas einstituídas no Programa Nacional Bolsa Escola**. Dissertação (Mestrado em Educação)– Faculdade de Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, 2003.

KNIBIEHLER, Yvonne. *Madres y nodrizas*. *In*: TUBERT, Silvia (Ed.). ***Figuras de la madre***. Madrid: Ed. Catedra, 1996.

MAKAROOUN, Marília de Freitas. Mulheres na saúde. *In*: **Mulher – cinco séculos de desenvolvimento na América:** capítulo Brasil. Belo Horizonte: O lutador, 1999.

MARMELSTEIN, GEORGE. **Transformar Ética em Direito**. (Trabalho elaborado no âmbito do Curso de Doutoramento "Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI") – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – FDUC. Coimbra- PT, 2009.

MEYER, Dagmar. Direitos reprodutivos e educação para o exercício da cidadania reprodutiva: perspectivas e desafios. *In*: **Antropologia, diversidade e direitos humanos**: diálogos interdisciplinares. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2004, p. 5-17.

_____. Educação, saúde e modos de inscrever uma forma de maternidade nos corpos femininos. *In*: **Movimento** – Revista da ESEF/UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 3, set./dez. 2003, p. 33-58.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOURA, Fernando Galvão; CARDOSO, Raphael de Matos. Celeridade processual: Direito e garantia fundamental. *In:* **Revista eletrônica do Curso de Direito da Fundação Educacional de Barretos – FEB**, página "Artigos", em março de 2008 (http:// www.feb.br/revistafebre). Acesso em 1º de abril de 2010, às 13h44.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da Bioética, Coimbra: Almedina, 1999.

PAULA, Jônatas de. Reforma do Poder Judiciário e celeridade processual sob a perspectiva da tridimensionalidade do processo. *In:* WAMBIER, Tereza Arruda. et al (Coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 331-341.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Estatuto das Famílias.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?boletim&artigo=195>. Acesso em 25 de fevereiro de 2008, às 18h.

_____. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** (Tese de Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba-PR, 2004.

_____. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *In*: **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 16, p. 5-11, jan./fev./mar. 2003.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

POLLIT, Katha. *Fetal Rights: a new assault on feminims. In:* ***The politics of women's bodies.*** Oxford: Oxford University Press, 1998.

PRATA, Henrique Moraes. Aspectos jurídicos da portinhola de bebês e do parto anônimo na Alemanha com especial consideração da tradição francesa do *accouchement sous* X e do julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso Odièvre. *In*: **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 03, abr.-maio 2008, p. 100-111.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

REDE FEMINISTA DE SAÚDE (Brasil). **Manifesto contra o parto anônimo**, 2008.

RIBEIRO, Paulo Hermano. Comentários. *In*: **Nova Lei de Adoção comentada**. São Paulo: Mizuno, 2010, p. 67-89.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade humana e a exclusão social. *In:* **CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS – JUSTIÇA: REALIDADE E UTOPIA.** Brasília: OAB, Conselho Federal, p. 72, v. I, 2000.

SCHMIED, Virginia; LUPTON, Deborah. *The externality of the inside: body images of pregnancy*. *In*: ***Nursing Inquiry***, v. 8, nº. 1, dez. 2001.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina. *In*: **Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**, página "Artigos", em dezembro/2009 (http://www.ibdfam.org.br, acesso em 16 de dezembro de 2009, às 7h).

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SOUZA, Ionete de Magalhães; SANTOS, Vívian Cristina; RIBEIRO, Paulo Hermano. **Nova Lei de Adoção Comentada**. São Paulo: Mizuno, 2010.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

VIEIRA, Elisabeth Meloni. Debate sobre o artigo de Maria Andréa Loyola. *In*: **Scielo Brasil**, Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 19, nº. 4, ago. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010211X2003000400005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 de Janeiro de 2010, às 10h05.

VIRILIO, Paul. **A arte do motor**. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

YALOM, Marylin. **A história do seio**. Lisboa: Teorema, 1997.

Sites:

http://redesaude.blogspot.com, acesso em 25 de fevereiro de 2008, às 15h36.
http://www.escola.agu.gov.br, acesso em 02 de abril de 2008, às 9h01.
http://www.iamg.org.br, acesso em 25 de junho 2008, às 18h.
http://www.nationalsafehavenalliance.org, acesso em 10 de dezembro de 2009, às 6h31.
http://www.unesco.org/new/en/unesco, acesso em 02 de janeiro de 2010, às 13h05.
http:// www.feb.br/revistafebre, acesso em 1º de abril de 2010, às 13h44.
http://www.camara.gov.br, acesso em 03 de abril de 2010, às 9h17.

Publicação originária em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.27016