

Recebimento do artigo: 30/09/2006

Aprovado em: 10/10/2006

Débora Gozzo¹

Sumário

1 Aspectos gerais. 2 O “nascimento anônimo” na França e a situação de fato na Alemanha. 3 O direito fundamental à vida. 3.1 Possível consequência do “nascimento anônimo” e o direito à vida. 4 O direito brasileiro, o “nascimento anônimo” e o direito à vida. Referências.

Resumo

Este artigo trata tanto do direito à vida daquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu, isto é, seu direito de não ser abortado, quanto como de seu direito à vida depois de seu nascimento. Muito conhecidas são algumas circunstâncias em que uma mulher não só é capaz de abandonar o filho logo após ter o parto, quanto de matá-lo, em casos mais extremos. A solução para esse problema poderia estar no chamado “accouchement sous X” como previsto no Code Civil, e que desde 2000 está sendo discutido na Alemanha. Este artigo, portanto, investiga a solução mais apropriada para o Brasil, país cuja Constituição inclui o direito à vida no campo dos direitos fundamentais.

Palavras-chave

Nascimento anônimo. Direito fundamental à vida. Aborto, infanticídio e abandono.

Abstract

This article deals not only with the right to life of an already conceived but still unborn child (that is in short, with the child's right not to be subjected to an abortion), but it also deals with its right to life after its birth. Many circumstances are known in which women not only abandoned the child after giving birth to it, but also killed it, which is of course a worse scenario. A solution for this problem could be so called “accouchement sous X” as stipulated by the French Civil Code. Such a solution is also being discussed in Germany since 2000. This article aims at investigating this solution's suitability for Brazil, where under the Constitution the right to life belongs to the fundamental rights.

Key words

Motherhood anonymity. Fundamental right to life. Abortion; infanticide; abandon.

¹ A redação deste trabalho deu-se durante a estada da autora no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, em Hamburgo/Alemanha, em razão de bolsa de pesquisa concedida pela Fundação Alexander von Humboldt – *Georg-Forster Programm*.

1 Aspectos gerais

Nos países da chamada família romano-germânica, como é o caso do Brasil, vigem um brocardo que encontra sua origem no direito romano, qual seja: *mater semper certa est*. Mas, se *a mãe é sempre certa*, posto ser a mulher a engravidar e a dar à luz, o mesmo não ocorre com a paternidade. A esse respeito, os mesmos romanos já afirmavam: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. Ora, não há outra forma de se estabelecer a paternidade, a não ser por meio de presunção, quando pai e mãe são casados entre si. Por outro lado, quando os genitores não são casados, ainda que vivam em união estável, a presunção romana não vigem. Mesmo no que concerne ao fato de a mãe ser certa, especialmente em razão do parto, esse brocardo está enfrentando uma grande revolução com os avanços da medicina. Claro que ainda é a mulher quem pari, mas nem sempre ela é genética e biologicamente, a mãe da criança por ela gerada. Essa realidade tornar-se possível a partir das técnicas de reprodução assistida, que podem resultar na implantação, em seu útero, de embrião fecundado com óvulo que lhe seja estranho. Geneticamente, portanto, esse filho não seria seu, embora possa ser filho do coração, como ocorre na adoção. Isso não se discute.

Excetuada a hipótese mais recente de reprodução humana assistida, outros casos podem levar ao “falso” estabelecimento da maternidade, como a adoção, ainda que se cuide aqui da “adoção à brasileira”². Em ambos os casos, a mulher que consta do Registro Civil como mãe, não é, de fato, a mãe *biológica* do registrado.

Outra hipótese está na lavratura do termo de nascimento, sem menção ao nome da mãe, mantendo-se, desse modo, sua identidade incógnita³. O espaço reservado para a filiação materna resta *in albis*. E não é preciso refletir muito para se chegar a um caso concreto. Para isso basta mencionar-se situação incomum, mas passível de ocorrer, e que pode ser reconhecida na seguinte expressão: “pai solteiro”. Alguns homens anseiam por um filho, sem que para isso tenham de se envolver num relacionamento amoroso duradouro (casamento e/ou união estável). Nesse caso eles procuram alguém disposto a gerar esse filho. Tão logo a criança nasce eles a registram, criando-a e educando-a. Essa possibilidade, contudo, existe unicamente em relação à filiação não matrimonial, cuja criação do vínculo de parentesco depende do *reconhecimento*. Se a mãe, portanto, recusar-se a reconhecer o filho, nada se poderá fazer, a não ser se propor a devida ação

² A adoção *à brasileira*, isto é, registrar como seu filho quem não é, continua sendo crime previsto no art. 242 do Código Penal, passível de não ter a penalidade prevista aplicada, se o magistrado entender que o crime foi cometido “por motivo de reconhecida nobreza”, conforme previsto na parte final do parágrafo único do citado dispositivo legal.

³ Assim como existe o reconhecimento oficiado do pai, de acordo com o art. 2º e §§ da Lei n. 8.560/92, nada impede que o Oficial tome as mesmas medidas, se a mãe for desconhecida. Ele não poderá, contudo, obrigar ao declarante que decline o nome correto da mãe, se ele quiser omitir essa informação.

de investigação de maternidade. Isso, contudo, desde que se saiba quem ela é, porquanto sendo a criança abandonada, em geral, não se terá a mínima condição de estabelecer-se a maternidade.

A situação acima descrita não vale para o matrimônio. Neste, *contrario sensu*, mãe é a mulher casada, presumindo-se pai o seu marido. E se essa presunção não corresponder à verdade, o marido comumente dispõe da ação de contestação/negação da paternidade⁴. À mulher muitas vezes também se garante esse direito, desde que haja erro ou falsidade no registro⁵.

Esses aspectos todos têm o condão de introduzir o leitor no tema deste artigo, ou seja, o do nascimento anônimo. No Brasil esta questão não se encontra disciplinada em lei. Assim é que, embora às vezes surjam dúvidas sobre o estabelecimento da maternidade de uma pessoa, não existe previsão legal de que a mulher, dando à luz, entregue o filho imediatamente às autoridades públicas, no intuito de ele ser adotado, mantendo-se anônima. A finalidade de tal regramento é a de, na medida do possível, impedir que mulheres grávidas, que estejam passando por momento extremamente difícil, optem por se “desfazer” do filho que geram, por meio do aborto, ou, após o nascimento, pelo infanticídio, ou ainda pelo abandono da criança. Foi justamente pensando nisso, que o legislador francês disciplinou essa matéria há muito tempo. Na Alemanha, o legislador, inspirando-se na legislação francesa, tenta implantar esse sistema, sem sucesso, desde o ano 2000.

O objetivo deste estudo é o de explicar, ainda que sucintamente, o que se deve entender por “nascimento anônimo”, bem como levantar essa questão de política familiar perante o mundo jurídico brasileiro, uma vez que essa prática, se adotada, tem por fim impedir o aborto, o abandono do menor e o infanticídio. A consequência imediata disso será a preservação do direito à vida, direito este mais do que fundamental, para que a pessoa possa exercer de forma integral todos os poderes e deveres constantes de sua esfera jurídica.

Ressalva-se, desde já, que não se tem por intuito, necessariamente, tomar partido por essa ou aquela corrente. Almeja-se, antes de tudo, colocar o tema em debate⁶, tendo em vista a discussão há muito levantada na Europa. Isso porque ela poderia ser considerada uma solução bastante razoável para a preservação da vida, tendo-se em conta não só as novas técnicas de reprodução assistida, que permitem a uma mulher

⁴ No direito brasileiro é imprescritível o prazo para que o marido possa contestar a paternidade de filho havido por sua mulher, de acordo com o disposto no art. 1.602 do CC.

⁵ Perante o ordenamento jurídico brasileiro a ação de contestação de maternidade vem prevista no art. 1.608 do CC, dentro das normas da filiação não matrimonial, o que leva a crer que a mulher casada não tem legitimidade para sua propositura.

⁶ Outras questões relacionadas a essa temática serão examinadas em artigo já em preparação.

126 gerar um ser, sem ter com ele qualquer ligação genética (“mãe de aluguel”⁷), mas também o fato de o novo Código Civil, ao que tudo leva a crer, privilegiar a verdade biológica, em detrimento da verdade afetiva.

2 O “nascimento anônimo” na França e a situação de fato na Alemanha

Em 2 de setembro de 1941 foi regulamentada, pela primeira vez, a prática do nascimento anônimo⁸ na França, país que desde a Idade Média já conhecia a chamada “roda”, isto é, um local onde o bebê era entregue, de forma anônima, sem que se tivesse conhecimento de sua ascendência, para posterior adoção. Por esta lei, a mulher poderia dar à luz anonimamente e, à custa do Estado. Pouco tempo depois, em 15 de abril de 1943, disciplinou-se, por meio de um Decreto, que em cada prefeitura deveria haver uma casa maternal. Em 1993⁹, entretanto, essa matéria é introduzida no art. 341-1 do *Code Civil*¹⁰, com a finalidade de colocar um ponto final na discussão sobre o nascimento anônimo¹¹. Com esta norma objetiva-se evitar: 1) que a mulher busque no aborto uma solução para a gravidez, por não se sentir em condições de ter esse filho; ou 2) o infanticídio; ou, por fim 3) o abandono do filho, o que muitas vezes resulta na morte deste, por ficar sem os cuidados necessários para sua sobrevivência. Enfim, o objetivo da legislação francesa, sempre foi o de preservar o *direito à vida*, seja esta *intra* ou *extra-uterina*, a qualquer custo, ainda que para isso tenha tido de optar pelo anonimato da mãe perante o filho.

Pelo nascimento anônimo, a mulher declina sua verdadeira identidade, que só será revelada ao filho, eventualmente, quando ele alcançar a maioridade e, desde que a mãe expresse sua concordância nesse sentido. Mas como saber, se ela concorda ou não com essa revelação? Se o filho quiser saber sua origem materna, deverá recorrer ao órgão

⁷ A autora costuma usar a expressão “mãe de comodato”, porquanto não pode haver retribuição econômica, quando uma mulher concorda em gestar um embrião de terceiro em seu útero. Embora no Brasil essa situação até hoje não se encontre normatizada.

⁸ Embora se fale em nascimento anônimo, o que ocorre atualmente na França, desde a reforma de 1996 é um nascimento secreto. Este se distingue daquele, porque a mãe poderá ter sua identidade revelada.

⁹ Lei n. 93-22, de 8 de janeiro de 1993.

¹⁰ *Code Civil*, art. 341-1: “Lors de l’accouchement, la mere peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé”. Note-se que, apesar de as estatísticas existentes não demonstrarem que, na França, por exemplo, país onde a prática do nascimento anônimo é vetusta, a taxa de abortos ou de infanticídio tenha diminuído em razão dessa previsão legal, tudo leva a crer que muitas vidas já foram salvas devido a existência desse recurso.

¹¹ Rechtliche Aspekte der anonymen Kindesabgabe in Deutschland und Frankreich. In: **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht** (FamRZ). Bielefeld: Giesecking, 2001, v. 20, p. 1344. Apesar de ter o novo direito de filiação francês ter entrado em vigor no dia 1º de julho de 2006, a matéria objeto deste artigo não foi atingida. Sobre isso veja-se: GRANET-LAMBRECHTS, Frédérique. Droit de la Filiation. In: **Recueil Dalloz**. Paris: Dalloz, 2006, v. 17, p. 1139 e s.

administrativo encarregado do arquivamento desses dados. Tomando conhecimento do requerimento, a pessoa competente entrará em contato com a mãe, informando-a da situação e, questionando-a sobre a possibilidade de revelar sua identidade ao filho, que ora a requer. Se ela tiver motivos que justifiquem a manutenção do sigilo, sua vontade será respeitada¹². A decisão é meramente de cunho administrativo. Se aquele que teve seu pedido negado, quiser recorrer ao Judiciário, encontrará as portas fechadas para levar adiante pedido de investigação de maternidade. A explicação para isso está no art. 341 do *Code Civil*, que restringe a propositura dessa ação no caso de nascimento anônimo, baseado no texto do art. 341-1 do mesmo estatuto legal¹³. Aqui se encontra o fundamento legal, no ordenamento jurídico francês, em relação a esse tema. Trata-se, aqui, do chamado “accouchement sous X”, isto é, “parto anônimo”. Por que “X”? Porque no lugar do nome materno constará um “X”. De fato, dispõe o citado art. 341-1, que após o parto, a mãe pode demandar a não inscrição do seu nome no registro, e que não sua identidade não seja revelada¹⁴.

Toda essa problemática deu ensejo à propositura de demanda perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em que a requerente alegava infração aos arts. 8º (Proteção da Família) e 14 (Discriminação)¹⁵, da Convenção Européia de Direitos Humanos, por parte do Estado francês. Neste caso específico, antes da requerente chegar a essa Corte, ela tentou obter informações junto às autoridades administrativas competentes sobre sua mãe biológica. Não tendo obtido êxito, porquanto a genitora impediu que sua identidade fosse revelada, ela recorreu ao Judiciário francês, na expectativa de, por ordem judicial, pudesse vir a obter essa informação. Como seu pedido foi julgado improcedente, ela resolveu recorrer ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Este, entretanto, entendeu que a legislação francesa, de modo algum, infringe a Convenção e manteve a decisão¹⁶.

A partir dessa explanação, pode-se afirmar que na França vige o princípio da voluntariedade do reconhecimento. Diferentemente ocorre no direito alemão,

¹² Sobre esse procedimento v.: **Guide de la famille et de la vie quotidienne**. Paris: Documentation Française, 2004, p. 87.

¹³ BATTEUR, Annick. **Droit de personnes et de la famille**. Paris: L.G.D.J., 2003, p. 400-401. V. ainda: GUTMANN, Daniel. **Le sentiment d’identité: étude de droit des personnes et de la famille**. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 63.

¹⁴ Dispõe literalmente o art. 341-1 do Code Civil: “Lors de l’accouchement, la mère peut demander que le secret de son admissioun et de son identité soit preserve.”

¹⁵ *Discriminação*, pois ela afirmou ter tido conhecimento da existência de irmãos que teriam sido criados por sua genitora. A discriminação estaria no fato de ela não ter tido chance de conhecê-la, enquanto eles teriam inclusive convivido com ela.

¹⁶ Este caso ficou conhecido como *Ovièdre versus França*. A decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos está publicada, dentre outros em: **Österreichische Juristenzeitung**, 2005, p. 34-39.

128 ordenamento em que a relação entre mãe e filho não decorre do registro, mas, sim, do ato do nascimento, como será analisado a seguir.

Tomando por base o direito francês, no ano de 2000 surge na Alemanha um Projeto de Lei¹⁷, cujo objetivo era o de alterar a Lei alemã que cuida do estado pessoal (*Personenstandsgesetz*). Por esta, a lavratura do termo de nascimento deve ser feita dentro do prazo de uma semana, a contar da data do nascimento (§ 16). De acordo com o Projeto citado, este prazo passaria a ser de dez semanas, se a mulher procurasse o serviço de aconselhamento à grávida. Com isso, buscar-se-ia dar mais tempo à mulher, para que ela pudesse refletir, sem pressão, sobre a possibilidade de manter o filho consigo. Ocorre que, de acordo com o Projeto, o serviço de aconselhamento, passado o prazo estipulado de dez semanas, teria a obrigação de requerer a lavratura do termo de nascimento, declinando o nome da mãe. Ora, o que levaria uma mulher, perguntam-se Frank e Helms, motivada a abandonar, a matar ou a abortar, a procurar esse serviço, se depois de passado o prazo de dez semanas, ela se tornaria visível, em razão da obrigação constante no texto?¹⁸ O Projeto, portanto, seria contraditório.

O Parlamento alemão recusou esse Projeto por entender, ainda conforme relato de Frank e Helms, que a prorrogação do prazo para a lavratura do termo de nascimento, o que só seria feito nesses casos, poderia levar ao comércio de crianças. Afinal, “enquanto uma criança não está oficialmente registrada no Cartório de Registro Civil, parece relativamente fácil fazê-la desaparecer”¹⁹.

Em 2002 foi proposto um novo Projeto de Lei²⁰. Este sim visava claramente à introdução, no ordenamento jurídico alemão, do nascimento anônimo. Todavia, ele foi considerado inconstitucional, pois não garantia ao interessado, em momento algum, o acesso aos dados de sua genitora. E, na Alemanha, de acordo com o art. 2, 1 e 2 da Constituição de 1949, toda pessoa tem direito à vida e ao pleno desenvolvimento de sua personalidade, inserido aqui o direito de saber sua origem biológica. Impedir-se, pois, o acesso a esses dados significaria infringir a Lei Maior. Neste aspecto, aliás, o ordenamento alemão diferencia-se sobremaneira do francês.

Além desses dois Projetos de Lei, no mesmo ano de 2002, propôs-se um último²¹, que visou mais concretamente ao argumento de proteção à vida. De acordo com ele, a

¹⁷ BT-Drs. 14/4425, de 12 out. 2000.

¹⁸ Rechtliche Aspekte der anonymen Kindesabgabe in Deutschland und Frankreich. In: **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht** (FamRZ). Bielefeld: Giesecking, 2001, v. 20, p. 1342. Esse projeto modificaria outros dispositivos da Lei de Registros Públicos, mas, para a presente exposição, não há necessidade de mencioná-los.

¹⁹ Rechtliche Aspekte der anonymen Kindesabgabe in Deutschland und Frankreich. In: **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht** (FamRZ). Bielefeld: Giesecking, 2001, v. 20, p. 1342.

²⁰ BT-Drs. 14/8856, de 23 abr. 2002.

²¹ BT-Drs. 506/02, de 6 jun. 2002.

mãe teria, após o parto, um prazo de oito semanas para decidir se ficaria ou não com a criança. Durante esse período ela deveria ser aconselhada sobre as conseqüências de sua atitude, e decidiria sobre revelar ou não sua identidade, a fim de que a criança, ao alcançar os dezesseis anos completos, pudesse ter acesso aos dados de sua ascendência genética. Este Projeto previa, ainda, que os custos hospitalares seriam ressarcidos pelo Estado, como na França.

Curioso é que todos esses Projetos foram elaborados depois da entrada em vigor, em 1998, da reforma do direito de filiação alemão, em que restou estabelecido no § 1591 do “BGB”²², que “mãe é aquela que dá à luz”²³. Esse texto foi introduzido na lei civil alemã, para eliminar as dúvidas surgidas em decorrência das novas técnicas de reprodução assistida, que permitem à mulher gerar um ser que não provém da fecundação de seu óvulo. Tanto é que nem contratualmente se pode estabelecer, que a doadora do óvulo, depois do nascimento da criança, poderá registrá-la como sua²⁴. Enfim, determinante para o direito alemão não é o que consta do termo do Registro Civil, que é utilizado como um mero meio de prova, mas sim o *parto*, pelo qual se identifica com toda clareza a mulher que deu à luz²⁵. Assim, qualquer tentativa de correção do registro de nascimento está impedida, no caso da mulher, que trouxe a criança ao mundo, não ser sua mãe biológica²⁶. Questiona-se, todavia, a constitucionalidade desse dispositivo, a partir do momento que, como afirmado acima, pela Carta Magna alemã, todos têm direito a saber sua ascendência genética, o que neste caso estaria sendo negado²⁷.

As iniciativas alemãs no sentido de regulamentar essa matéria pararam aí. E, como não há texto legal disciplinando o “nascimento anônimo”, mister perguntar-se, se todas as mães biológicas, de fato, constam do registro de nascimento de seus respectivos filhos. A resposta para essa indagação é negativa. Isso porque, no mínimo desde o ano de 2000, até onde se tem conhecimento, muitas cidades alemãs voltaram a ter a chamada *Babyklappe*²⁸ – no Brasil mais conhecida pelo nome de *roda*. Trata-se de uma prática

²² “BGB” é a abreviação, em alemão, para a expressão “bürgerliches Gesetzbuch”, isto é, Código Civil. Como essa abreviação é extremamente difundida no Brasil, ela continuará a ser usada neste trabalho.

²³ Dispõe o citado parágrafo: “Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat”. Em vernáculo: “mãe da criança é a mulher que lhe deu à luz”.

²⁴ Cf. SCHWAB, Schwab. **Familienrecht**. 13. ed. München: Beck, 2005, p. 218, n. 451.

²⁵ GERNHUBER, Joachim; COESTER-WALTJEN, Dagmar. **Familienrecht**. 5. ed. München: Beck, 2006, p. 575.

²⁶ *Idem*, 2006, p. 576.

²⁷ *Idem*, 2006, p. 576.

²⁸ Na Alemanha, foi a cidade-Estado de Hamburgo, que voltou a adotar a *Babyklappe* na tentativa de evitar o aborto, o abandono ou o assassinato de bebês, por mães que se encontrassem em dificuldade. Frank e Helms explicam que já nos anos de 1709-1714, Hamburgo instituiu a *Babyklappe* pela primeira vez em sua história. Um motivo para que durante essa época a roda não tenha tido êxito foi o fato de a população, prioritariamente protestante, entender essa prática como contrária aos bons costumes. Já em França, a Igreja Católica apoiou a instituição da roda. E a presença dessas duas Igrejas foi fundamental

130 levada a cabo por uma instituição²⁹ que tem por intuito recolher bebês que lhe sejam entregues, de forma anônima, e como ocorre na França, tal como acima mencionado, encaminhando-os posteriormente para adoção. Garante-se à mulher, desse modo, a possibilidade de levar avante sua gravidez, pois ela é consciente de que não precisará ficar com a criança, podendo entregá-la a essa instituição, sem ter de identificar-se. Pela *Babyklappe* ou *roda*, além de se procurar evitar o aborto, busca-se impedir a prática do infanticídio e do abandono da criança pela mulher.

A realidade fática alemã, na tentativa de salvar vidas, não se constitui só de *rodas* espalhadas pelo país. Aos poucos, e principalmente com o apoio da Igreja Católica alemã, alguns hospitais começaram a oferecer à mulher, a possibilidade de um parto anônimo. Dessa forma, a mulher dirige-se a essa instituição, informa que deseja manter-se incógnita por ocasião do nascimento do bebê, e sua vontade é respeitada. Após o parto, a direção do hospital encaminha o bebê para as autoridades competentes, a fim de que ele seja registrado, sem que haja qualquer indicação sobre quem seja a mãe³⁰. Essa prática, pelo exposto acima sobre o ordenamento jurídico alemão, contraria totalmente o texto Constitucional, para não mencionar o § 1591 do BGB. De qualquer modo, as autoridades competentes, inclusive no campo penal, a têm tolerado. Com isso, não se descarta a idéia de que dessa tolerância poderá nascer a concordância para a elaboração de um novo Projeto de Lei sobre o tema.

3 O direito fundamental à vida

A temática do nascimento anônimo tem dado margem a inúmeras discussões, dentre elas a do direito fundamental à vida³¹, que seria a sua base. E a repercussão desse fato

para o fomento, ou não, da roda em muitos países europeus. Cf. FRANK, Rainer. HELMS, Tobias. *Rechtliche Aspekte der anonymen Kindesabgabe in Deutschland und Frankreich*. In: **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht** (FamRZ). Bielefeld: Gieseking: 2001, v. 20, p. 1344.

²⁹ Em São Paulo a *roda* existiu na Santa Casa de Misericórdia.

³⁰ Sobre este dado é importante salientar, que eventualmente nem o hospital saberá a verdadeira identidade da mãe, posto não ser necessário decliná-los para receber atendimento.

³¹ Sobre o direito à vida, consulte-se entre outros: VON MÜNCH, Ingo. *Kommentar zum Art. 2 Grundgesetzes*. In: VON MÜNCH, Ingo (Coord.). **Grundgesetz-Kommentar**. München: Beck, 1981, v. 1, p. 123 e s.; PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7, p. 14 e s.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Fundamentos do direito natural à vida*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1987, v. 625, p. 27 e s.; HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Münster: Bohlau, 1953, p. 165 e s.; SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005, p. 146 e s.; MÜLLER-MAGDEBURG, Thomas. *Recht auf Leben – Die anonyme Geburt*. In: **Familie und Recht**. München: Beck, 2001, v. 3, p. 109 e s.; KLOEPPER, Michael. *Vida e dignidade da pessoa humana*. In: SCARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Lael, 2005, p. 153 e s.; JARASS, Hans. D. *EU-Grundrechte*. München: Beck, 2005, p. 120 e s.; DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, p. 101 e s.

é a de que, sem vida, não se pode falar em nenhum outro direito, seja ele fundamental ou não. Assim é que, em geral, ele vem resguardado nos textos constitucionais, como ocorre por exemplo na Lei Fundamental alemã (art. 2, 2), e nas Constituições espanhola (art. 15) e portuguesa (art. 24). Na Carta Magna brasileira esse direito encontra-se resguardado no *caput* do art. 5º. E diretamente relacionado a este direito fundamental está o princípio da dignidade humana, que vem previsto expressamente, por exemplo, tanto na Constituição alemã (art. 1), quanto na brasileira (art. 1º, III). Essa a máxima que rege, em sua essência, o ordenamento jurídico como um todo.

Já se aventou que o nascimento anônimo tem por objetivo garantir o direito à vida do nascituro e do recém-nascido. No entanto, se o recém-nascido tem esse direito garantido não se pode afirmar o mesmo quanto ao nascituro, já que há doutrinadores que entendem não ser este portador de um direito à vida, mas tão-somente de ter garantido esse direito, após o seu nascimento. E dessa discussão já tomou parte até o Tribunal Europeu de Direitos Humanos³². Este, no caso “*Vo versus França*”, em sentença datada de 8 de julho de 2004, concluiu (quatorze votos contra três), pelo não-direito à vida do nascituro. Para isso afirmaram os juízes não haver consenso entre os países da União Européia³³, no que concerne a essa matéria. Resumidamente, cuidou-se aqui da interrupção da gravidez de *Thin Nho Vo*, em razão de aborto provocado por erro médico. A requerente ingressou com ação penal perante o Judiciário francês, alegando ter havido homicídio culposo do filho que gerava. Não tendo obtido sucesso, recorreu ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alegando, em essência, que o Estado francês

³² Esta decisão encontra-se publicada integralmente em: **Neue juristischen Wochenschrift** (NJW). München: Beck, 2005, p. 727-736, com declaração de votos.

³³ Dispõe o julgado: “Em nível europeu não há consenso sobre a natureza e a situação jurídicas do embrião ou do feto..., mesmo quando os primeiros passos para sua proteção, tendo-se em vista os avanços científicos e as conseqüências futuras da pesquisa no campo da manipulação genética, da reprodução assistida ou da pesquisa com embriões, sejam reconhecidos. No melhor dos casos deixasse aos Estados o convencimento de que embriões e fetos pertencem ao gênero humano. É a sua possibilidade e a sua capacidade de tornarem-se ser humano, como comumente reconhecido pelo Direito Privado de inúmeros países como, por exemplo, a França no direito sucessório, ou na doação, mas, também, no Reino Unido..., que em nome da dignidade humana precisam ser protegidos, sem que o embrião ou o feto fossem considerados como ser humano, titulares de um direito à vida, como previsto no art. 2 da Convenção Européia de Direitos Humanos.” Tradução livre da autora. (“Auf europäische Ebene gibt es keinen Konsens über Natur und Rechtsstellung des Embryos und des Fötus..., wenn auch erste Schritte zu ihrem Schutz angesichts des wissenschaftlichen Fortschritts und der künftigen Folgen der Forschung in den Bereichen der Genmanipulation, der ärztlich unterstützten Fortpflanzung oder der Versuche an Embryonen zu erkennen sind. Bestenfalls lässt sich als den Staaten, etwa in Frankreich beim Erbrecht und bei der Schenkung, aber auch im Vereinigten Königreich..., anerkennen, die im Namen der menschlichen Würde geschützt werden müssen, ohne Embryo oder Fötus zu einem, Menschen’ zu machen, der ein, Recht auf Leben’ i.S. von Art. 2 EMRK hätte.”). In: **Neue juristischen Wochenschrift** (NJW). München: Beck, 2005, p. 731.

132 infringia a Convenção Européia de Direitos Humanos, por não considerar o direito à vida do nascituro. O Tribunal entendeu que, para o nascituro ser titular do direito à vida, ele primeiro deveria nascer. Antes disso, pode-se garantir à mãe um direito à indenização pelo prejuízo sofrido. Mas não se poderia responsabilizar o médico por homicídio, ainda que culposos.

O ponto central é que pelo art. 2 da Convenção Européia de Direitos Humanos, que disciplina o direito à vida, este passa a existir a partir do nascimento com vida³⁴. Este entendimento distancia-se em muito daquele constante da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que protege o direito à vida desde a concepção (art. 4º), isto é, o nascituro³⁵.

Independentemente de considerar-se o nascituro “pessoa”, difícil não imaginá-lo como o ser vivo que é, e com total “possibilidade e capacidade”³⁶ de tornar-se pessoa. Imperativo protegê-lo, sempre que possível, de situações que possam ocasionar-lhe a perda da vida – um bem maior –, ainda que esta seja diretamente ligada à vida da gestante, nos meses que antecedem ao nascimento. O fato de ele depender da vida de outrem durante esse período, não deve ser motivo para que o nascituro seja considerado um ser que não mereça a devida proteção jurídica. Nesse sentido, aliás, o legislador brasileiro andou muito bem.

Essa discussão toda aflora ao se tratar do nascimento anônimo, porquanto a *ratio legis* seria a de garantir ao nascituro o direito de nascer com vida. Esse propósito pode ser devidamente alcançado, à medida que se garanta à mulher grávida poder entregar, anonimamente, o filho para o Estado, a fim de que este o encaminhe para adoção.

Na Alemanha, essa figura contraria a letra da Constituição, que prevê em seu art. 2º não só o direito à vida, mas o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa, como observado acima. Este é, por sua vez, integrado por um outro direito fundamental, que é de conhecer sua ascendência genética. Cuida-se não só de uma questão de dignidade humana, mas de um direito de personalidade fundamental para o bom desenvolvimento psíquico do ser humano. Ademais, para o direito alemão, a mãe sempre é certa (BGB § 1591)³⁷, por ser ela aquela que deu à luz. Por isso, inconcebível a aprovação de Projeto de Lei, sobre o nascimento anônimo, sem uma alteração constitucional, ainda que se pudesse alegar que essa prática poderia contribuir para reduzir não só o número de abortos, preservando o direito à vida do nascituro, mas, também, o abandono e o infanticídio.

³⁴ Ao utilizar-se a expressão nascimento com vida, não se está sendo redundante, pois nem sempre o nascimento se dá com vida, como no caso do natimorto.

³⁵ **Neue juristischen Wochenschrift** (NJW). München: Beck, 2005, p. 728-729.

³⁶ V. nota 13 supra.

³⁷ V. item 1 supra.

Benda, constitucionalista alemão, em artigo sobre o tema, afirma a propósito de toda essa discussão, não ser possível preferir-se o direito à vida ao do conhecimento da ascendência genética. De acordo com ele, não se pode deixar aquele que já nasceu sem essa informação de extrema importância para sua saúde/vida psíquica e emocional. No seu entender, compete ao Estado oferecer ajuda às mulheres que se encontram em situação difícil, para que não recorram ao aborto³⁸.

Contrário, também, a uma prevalência do direito à vida sobre o direito ao conhecimento de ascendência genética mostra-se Hepting, que assevera que para algumas pessoas pode ser tão grave o fato de ela não ter acesso aos seus dados biológicos, que ela poderia preferir não ter nascido. E ele acrescenta que em determinados casos o atingido por essa situação poderia chegar a cogitar em suicídio³⁹.

Em sentido contrário a opinião de Schwarz, para quem o direito à vida do filho deve ter prevalência sobre todo e qualquer outro direito. Segundo ele, a garantia do anonimato da mãe é que pode proteger a vida do filho⁴⁰.

Apesar das opiniões contrárias, que não são poucas⁴¹, vive-se na Alemanha, desde o ano de 2000 um período de tolerância, como visto no item 2 supra. O nascimento anônimo, portanto, tem sido praticado à revelia do texto legal, sem que as pessoas envolvidas no parto (médicos, enfermeiras, hospitais etc) estejam sofrendo alguma forma de sanção⁴².

A partir do exposto, constata-se a dificuldade de se lidar com uma questão tão delicada quanto esta do nascimento anônimo, se for levada em consideração a impossibilidade que ele gera, de o filho ter acesso aos dados maternos. Entretanto, por priorizar essa situação a manutenção da vida de um ser indefeso, como é o feto e o recém-nascido, parece que o tema tem de ser trazido à baila, a fim de que se encontre uma solução para o alto índice de abortos, abandono e infanticídio de crianças, em especial aqueles praticados pela própria genitora. Ademais, autorizar-se o direito ao nascimento anônimo seria garantir à mulher uma gravidez com maior tranquilidade,

³⁸ Die “anonyme Geburt”. In: **Juristenzeitung** (JZ). Tübingen: Mohr, 2003, v. 11, p. 538.

³⁹ “Babyklappe” und “anonyme Geburt”. In: **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht** (FamRZ). Bielefeld: Gieseking, 2001, v. 23, p. 1578.

⁴⁰ Rechtliche Aspekte von “Babyklappen” und “anonymer Geburt”. In: **Das Standsamt** (StAZ). Frankfurt: Standsamtswesen, 2003, v. 2, p. 39. O problema relativo à colisão de direitos fundamentais da mãe e do filho, por conta de sua complexidade, será tratado em um segundo artigo sobre este tema. V. nota 6 supra.

⁴¹ Veja-se ainda: SCHEIWE, Kirsten. Babyklappe und anonyme Geburt - wohin mit Mütterrechten, Väterrechten, Kinderrechten? In: **Zeitschrift für Rechtspolitik** (ZRP). München: Beck, 2001, v. 8, p. 368 e s.

⁴² Sobre as sanções relacionadas ao nascimento anônimo, por conta da entrega do filho para adoção, veja-se: MITTENZWEI, Ingo. Das Modellprojekt “Moses”: Rechtsfragen der anonymen Abgabe neugeborener Kinder. In: KNOTHE, Hans-Georg; KOHLER, Jürgen. **Status Familie**. Festschrift für Andreas Wacke. München: Beck, 2001, p. 327-344, especialmente, p. 330 e s.

134 para que ela possa efetivamente optar, ou não, pela entrega do filho à instituição que o encaminhará para adoção.

3.1 Possível consequência do “nascimento anônimo” e o direito à vida

Num primeiro momento, a regulamentação legal do nascimento anônimo merece ser refletida pelo legislador, a fim de que vidas humanas possam ser salvas, conforme afirmado acima. E não se cogita aqui de discutir sobre o direito ou não do nascituro à vida, se ele deve ou não ser considerado pessoa. O fato é que, como ser vivo que é, ninguém tem o direito de ceifar-lhe a vida, mesmo que intra-uterina. De extrema importância, portanto, mostra-se o fato de a questão não se restringir tão-somente a salvar a vida intra-uterina do ser humano, mas também, com os avanços da ciência, sua vida extra-uterina, principalmente se ele for portador de alguma doença genética que possa levá-lo à morte.

No mundo atual já se tornou comum o transplante de medula, para curar o paciente de leucemia. Em geral são os parentes mais próximos (mãe, pai e irmãos) os doadores de medula por excelência, por serem os mais compatíveis com as necessidades do doente. Eles representam, muitas vezes, a única chance de sobrevivência do paciente. Ora, se a maternidade é desconhecida e, em decorrência disso, muitas vezes a paternidade, bem como o acesso a eventuais outros parentes, como os irmãos, as chances de cura da pessoa atingida podem restar bastante comprometidas. No que concerne ao direito brasileiro é importante salientar que o ECA (Lei n. 8.069/90) dispunha de previsão legal para em caso de adoção, garantir ao interessado o direito de ter acesso aos dados dos genitores biológicos, desde que demonstrada a necessidade desse conhecimento.

Argumenta-se que o menor cujos pais forem falecidos também estaria em desvantagem perante aquele que os tem vivos. Esta hipótese, no entanto, difere da acima exposta. Aqui a impossibilidade de um eventual transplante, que pode causar a morte do paciente, se dá por conta do falecimento do genitor, e não por conta de um abandono voluntário.

4 O direito brasileiro, o “nascimento anônimo” e o direito à vida

Em termos de proteção ao direito fundamental à vida, como afirmado no item anterior, andou muito bem o legislador brasileiro. Além de haver previsão legal no *caput* do art. 5º da Carta Magna⁴³, encontra-se disposição legal resguardando os direitos do nascituro no art. 2º do Código Civil. Tudo leva ao entendimento de que, no direito

⁴³ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade* do direito à vida (...)”.

brasileiro, diversamente do que ocorre em relação aos países europeus, que ainda não entraram em entendimento nessa questão, como analisado no item 3 supra, o nascituro tem seus direitos resguardados, desde a concepção. Ele não é pessoa pelo ordenamento, visto só adquirir personalidade ao nascer com vida, mas o mero fato de ter seus direitos resguardados indica que seu direito à vida *também* está resguardado. Não fosse assim, não haveria necessidade de o Código Penal proibir o aborto (CP, art. 124 e s). Ora, se não se buscasse com a proibição da interrupção da gravidez, por ato voluntário garantir o direito de esse ser tornar-se pessoa, a partir de seu nascimento com vida, tal regramento seria prescindível.

A exegese acima esposada, isto é, de que o direito à vida do nascituro está devidamente resguardado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, aflora nos pensamentos mais inquietos a seguinte questão: Haveria necessidade de prever-se em lei a figura do “nascimento anônimo”, nos moldes em que ele se encontra previsto no direito francês, a fim de que se garanta ao nascituro o direito à vida?

De acordo com o atual Direito brasileiro, haverá quem alegue que uma legislação neste sentido é desnecessária, pois o ordenamento proíbe o aborto, prevendo sanções a infração dessa proibição. Busca-se resguardar a vida, tanto quanto reprimir o infanticídio (CP, art. 123). Não se olvide, além disso, que também há sanções para aquele dos genitores que abandonar seu filho (CP, art. 133 e 134). Com isso, as hipóteses que ensejariam uma lei sobre o nascimento anônimo estariam teoricamente previstas no ordenamento brasileiro, resultando inócuo tal trabalho legislativo. Esse poderia ser um argumento. Ocorre que, anualmente, como acontece na França e em outros países, também na Alemanha, muitas brasileiras recorrem, infelizmente, à prática do aborto, por não se sentirem em condições de arcar com a responsabilidade de criar e educar um filho. Na prática, o aborto acaba sendo o substituto de meio contraceptivo, que não foi utilizado, e que teria evitado a gravidez indesejada.

Não são poucas as brasileiras que se valem de outra prática bastante comum para desincumbir-se, mais uma vez do “ônus” de ter de arcar com a criação de um filho, a saber: o abandono da criança logo após seu nascimento, o que como já mencionado é crime previsto no Código Penal. Neste caso específico, a mulher ou deixa o infante em lugar em que ele será facilmente visto e, conseqüentemente, não correrá, em princípio, risco de vir a falecer, pois poderá ser recolhido facilmente por outrem; ou, o que também não é incomum, deixará a criança em lugar ermo, de difícil acesso, o que deixa inclusive clara sua intenção de matá-lo. Afinal, se quisesse salvar-lhe a vida, teria optado por deixá-lo na soleira de alguma porta. Mas, trate-se desta ou daquela atitude, o fato é que a mulher que pratica um aborto, ou que abandona um filho, ou que o mata, encontra-se geralmente em situação delicada e desesperadora. Se essa mãe pudesse contar com apoio emocional, psicológico e financeiro, talvez agisse de forma diferente, enfrentando

136 com o filho, todas as adversidades⁴⁴. Nesse sentido, um aconselhamento psicológico durante a gravidez seria de grande valia, além de eventualmente ser capaz de dissuadir a mulher da prática de qualquer um dos crimes ora mencionados.

A introdução no direito brasileiro de legislação disciplinando o “nascimento anônimo” mostra-se medida salutar, no intuito de evitar-se tanto o aborto, quanto o infanticídio, bem como o abandono do filho por parte da mãe. Ele seria entregue, por ocasião do parto, ao governo, ou a instituições credenciadas, que se encarregariam da colocação dessas crianças em um lar substituto. No entanto, parece ser importante que os dados dessa mulher sejam sigilosamente registrados, mas que possam ser usados, em situações-limite, como previa o art. 47, especialmente § 4º, da Lei n. 8.069/90, mais conhecida como ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, anteriormente à entrada em vigor do novo Código Civil.

As sugestões acima esposadas mereceriam por parte da sociedade brasileira uma maior atenção, a fim de que problemas como os aqui apresentados, possam ser solucionados de forma a garantir, integralmente, o direito fundamental à vida tanto do nascituro, quanto do recém-nascido.

Hamburgo, agosto de 2006

Referências

- BATTEUR, Annick. **Droit de personnes et de la famille**. Paris: L.G.D.J., 2003.
- BENDA, Ernst. Die “anonyme Geburt”. In: **Juristenzeitung (JZ)**. Tübingen: Mohr, 2003, p. 533-540.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos de personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- BRÖTEL, Achim. Schutz des Familienlebens. In: **Rabels Zeitschrift**. Tübingen: Mohr, 1999, v. 63, p. 580-599.
- DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.
- FRANK, Rainer.; HELMS, Tobias. Rechtliche Aspekte der anonymen Kindesabgabe in Deutschland und Frankreich. In: **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)**. Bielefeld: Giesecking, 2001, v. 20, p. 1340-1348.
- GERNHUBER, Joachim; COESTER-WALTJEN, Dagmar. **Familienrecht**. 4. ed. München: Beck, 2006.

⁴⁴ Curioso notar que o nascimento anônimo vem em auxílio da mãe, não do pai, que muitas vezes, ao tomar conhecimento da gravidez, desaparece. No entanto, neste texto, o papel que deveria ser desempenhado pelo futuro pai, não será examinado, apesar de sua importância.

- GRANET-LAMBRECHTS, Frédérique. Droit de la Filiation. In: **Recueil Dalloz**. Paris: Dalloz, 2006, v. 17, p. 1139-1148. 137
- Guide de la famille et de la vie quotidienne**. Paris: Documentation Française, 2004.
- GUTMANN, Daniel. **Le Sentiment d’identité**: étude de droit des personnes et de la famille. Paris: L.G.D.J., 2000.
- HEPTING, Reinhard. “Babyklappte” und “anonyme Geburt”. In: **Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)**. Bielefeld: Giesecking, 2001, p. 1573-1585.
- HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Münster: Bohlau, 1953.
- JARASS, Hans. D. **EU-Grundrechte**. München: Beck, 2005.
- KLOEPPER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SCARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Lael, 2005, p. 153-184.
- MAGALDI, Nuria. **Derecho a saber, filiación biológica y administración pública**. Madri: Marcial Pons, 2004.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do direito natural à vida. **Revista dos Tribunais (RT)**. São Paulo: 1987, v. 625, p. 27-30.
- MITTENZWEI, Ingo. Das Modellprojekt “Moses”: Rechtsfragen der anonymen Abgabe neugeborener Kinder. In: KNOTHE, Hans-Georg; KOHLER, Jürgen. **Status familie**. Festschrift für Andréas Wacke. München: Beck, 2001, p. 327-344.
- MÜLLER-MAGDEBURG, Thomas. Recht auf Leben – Die anonyme Geburt. In: **Familie und Recht**. München: Beck, 2001, v. 3, p. 109-112.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7.
- SCHEIWE, Kirsten. Babyklappe und anonyme Geburt – wohin mit Mütterrechten, Väterrechten, Kinderrechten? In: **Zeitschrift für Rechtspolitik**. München: Beck, 2001, p. 368-374.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SCHWAB, Dieter. **Familienrecht**. 13. ed. München: Beck, 2005.
- SCHWARZ, Kyrill-A. Rechtliche Aspekte von “Babyklappen” und “anonymer Geburt”. In: **Das Standsamt (StAZ)**. Frankfurt: Standsamtswesen, 2003, v. 2, p. 33-39.
- VON MÜNCH, Ingo. Kommentar zum Art. 2 Grundgesetzes. (V. HOLGER) In: _____ (Coord.). **Grundgesetz-Kommentar**. München: Beck, 1981, v.1.