XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES DIAS

ILTON GARCIA DA COSTA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Clara Angélica Gonçalves Dias, César Augusto de Castro Fiuza – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-035-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL- CONSTITUCIONAL*

Apresentação

Fala-se muito no fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Que significa isso? Significa que o Direito Civil se acha contido na Constituição? Significa que a Constituição se tornou o centro do sistema de Direito Civil? Significa que as normas de Direito Civil não podem contrariar a Constituição?

De fato, não significa nada disso. Por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender, hoje, que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição, a fim de se implementar o programa constitucional na esfera privada. A bem da verdade, não só as normas de Direito Civil devem receber leitura constitucionalizada, mas todas as normas do ordenamento jurídico, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público. Este é um ditame do chamado Estado Democrático de Direito, que tem na Constituição sua base hermenêutica, o que equivale a dizer que a interpretação de qualquer norma deverá buscar adequá-la aos princípios e valores constitucionais, uma vez que esses mesmos princípios e valores foram eleitos por todos nós, por meio de nossos representantes, como pilares da sociedade e, consequentemente, do Direito.

Falar em constitucionalização do Direito Civil não significa retirar do Código Civil a importância que merece como centro do sistema, papel este que continua a exercer. É no Código Civil que iremos buscar as diretrizes mais gerais do Direito Comum. É em torno dele que gravitam os chamados microssistemas, como o imobiliário, o da criança e do adolescente, o do consumidor e outros. Afinal, é no Código Civil, principalmente na posse e na propriedade, na teoria geral das obrigações e dos contratos, que o intérprete buscará as normas fundamentais do microssistema imobiliário. É a partir das normas gerais do Direito de Família e da própria Parte Geral do Código Civil que se engendra o microssistema da criança e do adolescente. Também será no Código Civil, mormente na Parte Geral, na teoria geral das obrigações e dos contratos, além dos contratos em espécie, que se apoia todo o microssistema do consumidor. Não se pode furtar ao Código Civil o trono central do sistema de Direito Privado. Seria incorreto e equivocado ver neste papel a Constituição, cujos objetivos são outros que regular as relações privadas.

No entanto, apesar disso, se a Constituição não é o centro do sistema juscivilístico, é, sem sombra de dúvida, o centro do ordenamento jurídico, como um todo. É, portanto, a partir

dela, da Constituição, que se devem ler todas as normas infraconstitucionais. Isso é o óbvio mais fundamental no Estado Democrático.

O Direito Civil-constitucional não se resume à interpretação do Direito civil à luz da Constituição. Devemos entendê-lo também como instrumento de implantação do programa constitucional na esfera privada, sem, no entanto, ferir os limites legítimos impostos pela Lei, e sem suprimir liberdades privadas, como abordado a seguir.

A civilística constitucional no Brasil passou por três fases.

A primeira delas teve caráter meramente conteudístico. Em outras palavras, a preocupação era tão-somente a de identificar o conteúdo de Direito Civil na Constituição da República. Identificaram-se normas de Direito Contratual, de Direito das Coisas (principalmente relativas à propriedade), normas de Direito de Família, de Direito das Sucessões e de Direito Empresarial. Este era o chamado Direito Civil-constitucional no fim dos anos 80 e no início dos anos 90.

O grande marco teórico desta fase foi o eminente professor da Universidade de São Paulo, Carlos Alberto Bittar. Após a promulgação da Carta de 1988, veio a lume a obra Direito Civil Constitucional, que visava apontar o conteúdo de Direito Civil no texto constitucional. Assim ficou a primeira fase, adstrita a uma análise de conteúdo somente.

A segunda fase pode ser denominada interpretativa. É totalmente diferente da primeira e teve por escopo inverter a hermenêutica tradicional que, de uma certa forma, interpretava a Constituição à luz do Código Civil. Nesta segunda fase, destacou-se a necessidade e a importância de uma interpretação dos problemas de Direito Privado sob a ótica dos valores e princípios constitucionais.

Na verdade, esta segunda fase ainda não passou, nem passará, enquanto perdurar o Estado Democrático de Direito, que tem por base a Constituição.

O marco teórico desta segunda fase foi a escola do Rio de Janeiro e, principalmente, a obra do também eminente professor da UERJ, Gustavo Tepedino. Seus principais escritos a respeito do tema ainda encontram-se, até hoje, no livro Temas de Direito Civil, editado pela Renovar, no fim da década de 90.

Para Tepedino, o centro do ordenamento juscivilístico é a própria Constituição, não o Código Civil.

A escola carioca, diga-se, inspirou-se nas teses de Pietro Perlingieri, civilista italiano de grande envergadura. Outro marco importante foi a obra do professor argentino Ricardo Luis Lorenzetti, editada pela RT, em 1998, com o nome de Fundamentos do Direito Privado. Esse trabalho teve enorme repercussão em nossos meios acadêmicos, e ainda tem. Embora Lorenzetti não identifique qualquer centro no sistema, reconhece a importância da Constituição, como irradiadora de valores e princípios que devem guiar o intérprete no Direito Privado.

Por fim, a terceira fase da civilística constitucional pode ser denominada de fase programática. Nesta etapa, a preocupação já não é tão-somente a de ressaltar a necessidade de uma hermenêutica civil-constitucional, mas também a de destacar a imperiosidade de se implantar o programa constitucional na esfera privada.

Mas que programa constitucional?

Ora, a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um modus interpretandi que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana.

Resta a pergunta: como implementar esse programa?

O Estado e o indivíduo são corresponsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe deem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infraestrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar.

Os indivíduos, pessoas naturais e jurídicas, também têm sua parcela, não menos importante, na construção de uma sociedade justa. São atitudes condizentes com o programa constitucional pagar bem aos empregados (repartir o pão); agir com correção e não lesar a ninguém, como já dizia Ulpiano, há 1.800 anos; exercer o domínio e o crédito, tendo em vista a função social; dentre outras.

Mas como exigir dos indivíduos a implementação do programa?

Seguramente através do convencimento, dentro de uma política de coerção mínima, ou seja, a coerção entra, quando o convencimento não funcionar. Os estímulos tributários e de outras naturezas são também um bom instrumento de convencimento. O que não se pode admitir é a invasão violenta, ilegítima, ditatorial na esfera privada, por vezes íntima, em nome da dignidade ou da função social. Isto representaria um retrocesso histórico; estaríamos abrindo mão de liberdades duramente conquistadas. Há que sopesar os dois valores, dignidade e liberdade. Um não pode sobreviver sem o outro. O ser humano só pode ser digno se for livre. Sem liberdade, não há dignidade. Assim sendo, a dignidade há de ser implementada pelo indivíduo não por força da coerção, mas por força da persuasão, da opção livre, obtida pelo convencimento, fruto da educação. São muito importantes e eficazes as campanhas educativas. Exemplo é a campanha antitabagista, que reduziu consideravelmente o consumo do cigarro, sem se valer praticamente de qualquer tipo de coerção. Para que, então, a violência da coerção, a supressão da liberdade em outras hipóteses? O que vemos hoje é a invasão pura e simples do Estado na esfera individual, por vezes, em nome da dignidade, por vezes, sem nenhuma legitimidade, no fundo só para aumentar sua receita.

Com o escopo de adentrar os meandros desse viés constitucional do Direito Civil, apresentamos os textos da presente obra, organizados de modo a que o leitor tenha a possibilidade de percorrer as várias instâncias do Direito Civil, de forma lógica e ordenada. Temos a certeza de que a leitura será enriquecedora.

DO DIREITO DE NÃO SER MÃE: REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE O DIREITO DA MULHER DE ENTREGAR O FILHO À ADOÇÃO

DEL DERECHO DE NO SER MADRE: COMENTARIOS JURÍDICOS DEL DERECHO DE LA MUJER EN ENTREGAR SU HIJO PARA LA ADOPCIÓN

Maria Luiza Ramos Vieira Santos
Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso

Resumo

A sociedade industrial trouxe consigo valores que libertam a mulher daquilo que consideramos e preferimos denominar de destino biológico. Tal circunstância auxiliada de discursos outros fundamentados na garantia de direitos a todo e qualquer cidadão terminam, por sua vez, gerando uma quantidade infinita de compreensões que pautadas na liberdade sexual da mulher e no discurso feminista a que todos estão submetidos em tempos atuais, promovem uma nova concepção do que se reconhece por família. Essa família moderna, portanto, não mais pode estar fundamentada em valores como o matrimônio, pois que considera bens individuais como o afeto e o amor. Ora, ao reconhecer a família como fruto de um valor afetivo, faz-se necessário repensar sobre o direito que toda e qualquer mulher possui de optar ou não pela maternagem e não ser acusada de abandono. Fato é que o tema proposto justifica um largo debate de cunho sócio-político. No entanto, o trabalho se digna, após breves considerações acerca da família, a discutir as reflexões jurídicas sobre o direito de entregar o filho à adoção.

Palavras-chave: Maternagem, Maternidade, Abandono.

Abstract/Resumen/Résumé

La sociedade industrial há traído valores que alejan las mujeres de aquillo que llamamos de destino biológico. Tal hecho cuando valorado con otros temas que encuentram su fundamentación en las garantias de los derechos a todos los ciudadanos, ayudan a generar una cantidad infinita de ideas bajo el discurso de la libertad sexual de la mujer y, aún, hacia el discurso feminista a que todos estan sometidos en tempos actuales, promocionan, aún un nuevo concepto de lo que se reconosce como família. Esa família de la modernidade, por lo tanto, no más puede estar fundamentada em valores como el matrimonio, uma vez que se considera em razón de valores individuales como son ejemplo el afeto y el amor. Al reconoscer la família como um valor afectivo, es necessário pensar sobre el derecho de toda la mujer en elejir o no elejir por lo que se llama de maternagen mientras no estar acusada de abandono. De hecho, el tema proponido tiene un ancho debate de caracter sócio-politico. Sin embargo, el trabajo considera hasta necessário algunas reflexiones del tema família. Pero, si destina a la discusión de las reflexiones jurídicas sobre el derecho de entregar el hijo para la adopción.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Maternagem, Maternidad, Abandono

INTRODUÇÃO

É fato que a temática em questão, mais que atual, é de largo interesse social e que pode ser analisada sob vários aspectos. Trataremos, então, de analisar o tema sob a ótica do direito da mulher de não ser mãe, ou seja, o direito que tem a mulher de decidir sobre a sua vontade e seus projetos de vida.

Tal circunstância é representada no último censo (2010) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE que constatou que 14% das brasileiras não querem mais ser mães[1]. Na pesquisa anterior (2000), o percentual era de 10%. Fato que, por sua vez, demonstra um expressivo aumento de mulheres que abortam a ideia de um destino biológico em razão, quase sempre, de um projeto de vida fundamentado no exercício de uma profissão[2].

A Psicóloga e pedagoga Margareth Lacerda, em seu livro "Sem filhos por Opção", justifica essa mudança de mentalidade entre outros fatores, tais como o "maior acesso à educação e melhor remuneração [...]" (FERNANDES, 2012, 13).

Não se pode duvidar que o tema proposto justifica um largo debate de cunho sócio-político fundamentado na cobrança social em torno do destino biológico da mulher. Para tanto, se utiliza da epistemologia tradicional que se fundamenta em dualismos dicotômicos que trás a tona todo um mundo de emoções individual e coletiva dos valores sócio-jurídicos e políticos, pois que estuda e identifica os conceitos dominantes e as práticas de atribuição de conhecimentos, aquisições e justificativas que

---

[1] Embora abaixo do nível de reposição da população, que seria de dois filhos em média por mulher, a taxa de fecundidade média das brasileiras (1,94 filho por mulher em 2009) apresenta importantes desigualdades sobretudo em função da escolaridade. No país como um todo, as mulheres com até 7 anos de estudo tinham, em média, 3,19 filhos, quase o dobro do número de filhos (1,68) daquelas com 8 anos ou mais de estudo (ao menos o ensino fundamental completo). Além de terem menos filhos, a mulheres com mais instrução eram mães um pouco mais tarde (com 27,8 anos, frente a 25,2 anos para as com até 7 anos de estudo) e evitavam mais a gravidez na adolescência: entre as mulheres com menos de 7 anos de estudo, o grupo etário de 15 a 19 anos concentrava 20,3% das mães, enquanto entre as mulheres com 8 anos ou mais de estudo, a mesma faixa etária respondida por 13,3% da fecundidade. SIS 2010 – Mulheres mais escolarizadas são mães mais tarde e tem menos filhos. Página eletrônica: < http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=1717&busca=1&t=sis-2010-mulheres-mais-escolarizadas-sao-maes-tarde-tem-menos-filhos> em 22/03/2015 as 12:04 h

[2] 14% das brasileiras não querem ser mães. Mulheres preferem a carreira profissional e deixam gravidez em segundo plano. Em Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. Página eletrônica: <http://www.ip.usp.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=3158%3A14-das-brasileiras-nao-querem-ser-maes&catid=46%3Ana-midia&Itemid=97&lang=pt> em 22/03/2015 as 12:06 h

ao longo do tempo prejudicam as mulheres, apostando, também, na reforma de tais conceitos, já que cria novas ideias e rompe de vez com o positivismo.

Desta feita, o trabalho se sustenta, basicamente, no emprego de buscas teóricas em razão das quais se desenvolve a observação, a análise e as possíveis críticas dos textos, da dogmática e dos princípios que norteiam o referido tema. Circunstância que possibilita afirmar que a metodologia utilizada para o desenvolvimento do referido trabalho se consubstancia na investigação por meio do pensamento lógico que será aplicado, em um primeiro momento, através dos métodos histórico-lógico[3] e analítico – sintético[4].

Mais à frente nos propomos a discutir, de maneira mais aprofundada, as reflexões jurídicas sobre o direito de entregar o filho a adoção e o atual conceito de família para o mundo moderno. Momento, em que faremos uso, ainda, de um pensamento lógico, mas, agora, fundamentado no método indutivo[5].

1. A FAMÍLIA MODERNA

É fato que a família moderna está pautada em valores fundamentados na economia do capital, haja visto que a economia industrial, apesar das resistências patriarcais, livrou a mulher, daquele que consideramos chamar, destino biológico. Se não, note-se que, em tempos atuais, a conduta da mulher longe está de se limitar ao trabalho doméstico e aos cuidados da prole.

É com o Estatuto da Mulher Casada de 1962 – de agora em diante EMC - que a mulher abandona a condição de "atendente" do marido para assumir a condição de colaboradora da sociedade conjugal no interesse comum do casal e dos filhos (art. 233

[3] Esse seguramente é o primeiro método a ser utilizado, posto que se fundamenta na análise epistemológica dos antecedentes do problema elegido, proporcionando, assim, a caracterização e identificação do objeto do estudo.

[4] O referido método será utilizado em todas as etapas da investigação, posto que proporciona os meios teóricos que fundamentam as ideias e identificam alguns elementos que possibilitam a compreensão de conceitos restritos de institutos essenciais ao desenvolvimento do tema proposto para o estudo.

[5] O uso desse método consiste, fundamentalmente, na investigação descritiva do material referente ao tema proposto. Dessa maneira se poderá identificar, através do pensamento indutivo os elementos que determinam a problemática, posto que proporcionará a observação de princípios teóricos gerais já aplicado ao fenômeno *in examine* em outras ciências. Nesse caso, se dará relevo as ciências jurídicas.

EMC). O mesmo Estatuto reconhece à mulher a condição de sujeito, pois que a atribui a capacidade plena dispensando, por fim, a necessidade de representação de seu marido ou, ainda, a posterior ratificação do mesmo para que seus atos tivessem validade na seara civil. (art. 6º. EMC).

O curioso é perceber que em tempos atuais e, mais ou menos, em paralelo ao - até hoje - atual discurso de liberdade da mulher em torno de sua decisão para viver a vida profissional, a atual Constituição Brasileira de 1988 reconhece a família a partir de valores fundamentados na ideia de família afetiva. É em outras palavras dizer que a Carta magna admite ou, quiçá, reconhece a necessidade de uma família que não se fundamenta nas originais redes de parentescos, pois que preserva o que se reconhece como pertencimento familiar.

Nesse sentido, cumpre destacar as palavras de Gustavo Tepedino, pois que o autor de maneira muito clara e pertinente, afirma que

> As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se todas elas, de substancias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e a virtude do viver em comum. **A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência de dar e receber amor**. (grifos nossos). (1999, 64)

É, em outras palavras, afirmar que o Estado brasileiro afasta-se da antiga ideia de família fundamentada na Constituição de 1967 que, por sua vez, trás em seu Título IV, referente à Família, à Educação e à Cultura o art. 167 que afirma: A **família é constituída pelo casamento** e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. (grifos nossos).

A adoção de um conceito de família mais amplo, ou seja, fundamentado em valores outros que não o casamento por si só, se fez necessário tendo em vista a mutabilidade dos valores sociais do ser humano que, por sua vez, apresentam infinitos conceitos e, também, possibilidades de compreender o que se reconhece como o instituto da entidade familiar.

Tal fato, termina por possibilitar a compreensão de que, pelo menos, sob a ótica sociológica não se pode designar um conceito unitário de família e, ao mesmo tempo, não pode, também, o Direito colocar tal ente – qual seja, a família formada sem o elo do matrimonio – à margem da tutela constitucional.

Ora, tal circunstância pode levar a crença que aquilo que se reconhece, na atualidade, como entidade familiar pode estar em decadência. No entanto, não concordamos com tal compreensão, pois que consideramos que o instituto da família é resultado das transformações e, porque não dizer, das mutações sociais.

Fato que leva a compreensão que caduco é, portanto, o ordenamento ou a sociedade que visa estabelecer um conceito único para as relações familiares, pois que estas se fundamentam em valores individuais pautados no afeto, respeito e amor ao próximo.

O respeito ao próximo no que se refere ao princípio da dignidade não deve estar fundamentado em uma linha horizontal, mas, também, de maneira vertical no que tange a livre eleição da mulher no não exercício da maternagem, ora a maternidade tenha sido inevitável. Neste sentido, cabe-nos trazer dois conceitos relevantes ao tema, quais sejam, a maternidade e a maternagem.

2. MATERNIDADE *versus* MATERNAGEM

Um mero exame de urina, comprado em uma farmácia da esquina, com resultado positivo pode, em instantes, transformar para todo o sempre a vida de uma mulher, pois que o referido exame trás nas entrelinhas das cores que apresenta a afirmativa de que em nove meses ela, essa mulher, será mãe.

É dizer, em nove meses ela deve ter todas as respostas. Ela deverá entender, bem como aceitar que sua vida, a partir de então, gira em torno de um outro ser que ela, de maneira incondicional, deve amar e respeitar, ainda que, tal amor signifique esquecer de si mesma, pois ela vivencia a maternidade a que quase todas as mulheres são passíveis de sofrer.

Importante ter em mente que o conceito de maternidade longe está de encontrar suporte na condição biológica e/ou, ainda, no conceito de gênero. Haja visto, a medicina e a genética conseguirem, em tempos atuais, um distanciamento dos conceitos biológicos de mãe e pai. Se não, note-se a atual relativização do que consideramos maternidade, pois esta, atualmente, pode ser realizada através das práticas de reprodução medicamente assistidas como são exemplos: a fecundação *in vitro* e a gestação de substituição ou como, também, chamada "barriga de aluguel"[6].

Neste sentido, não se pode afirmar que a maternidade consiste, fundamentalmente, na conexão entre gravidez e parto. Ora, aquilo que consideramos maternidade consiste, em seu sentido léxico, na qualidade que estabelece os laços permanentes entre a mulher e seus filhos, pressupondo um desejo e uma condição inerentes ao feminino, cujo fundamento biológico justifica a posição da mulher na sociedade e também a sua natural função de maternagem.

Já esta última, a maternagem, refere-se aos cuidados próprios de mãe:

> compreende-se o conjunto de cuidados dispensados ao bebê com o objetivo de atender às suas necessidades. Estas são descritas como necessidade de "continência", que compreende não apenas o ato mecânico de segurar o bebê no colo, mas também o suporte físico e emocional e os cuidados quanto ao manuseio (do corpo). A maternagem envolve, portanto, a sensibilidade da mãe – entendendo aqui a mãe propriamente dita ou a pessoa que exerce a função materna – em decodificar e compreender essas necessidades, estabelecendo uma rotina que favoreça o crescimento da criança, seu desenvolvimento e estabilidade emocional e ofereça proteção contra os perigos externos. (MIRANDA, 2007, p. 12/13).

Dessa feita, é possível afirmar que ser mãe é uma opção e, por que não dizer, condição física. Já a maternagem consiste em um desejo de cuidar natural tanto das mulheres como, também, dos homens. Por isso, não ser possível, também, tratar o referido tema a partir de conceitos biológicos ou de gênero.

---

[6] Note-se que tal circunstância tem trazido para o mundo jurídico uma problemática até então observada, somente, no mundo masculino, qual seja, a dúvida sobre a paternidade. Com os procedimentos de reprodução medicamente assistidos tem sido observado, também, provocações judiciais no sentido de identificar quem é a mãe daquele novo cidadão fruto de referidas práticas.

3. DA PROTEÇÃO DO DIREITO DE NÃO SER MÃE

Feita tal distinção, importante ter em mente que o direito da mulher em escolher não ser mãe, é reconhecido no nosso ordenamento jurídico, no que pese a pouca discussão sobre a questão, quer no texto constitucional, quer em normas infraconstitucionais.

Se não, vejamos que a nossa constituição respalda essa opção dentre outros dispositivos no art. 226, paragrafo 7.º, o qual reza:

> Art.7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre **decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (grifo nosso).

O Código Civil também o faz de forma singela no art. 1.565 § 2º numa repetição quase que literal do que diz a Constituição. Sendo assim, note-se que os dois diplomas tratam da mesma maneira a decisão de procriar, ou seja, atribuem ao casal à referida decisão.

Ora, não se pode negar que a concepção do novo, trás modificações mais significativas à vida da mulher e, mesmo assim, nenhuma das duas legislações supra citadas ousou atribuir o referido direito de decidir sobre tal concepção a esse mesmo agente, principalmente, quando a outra parte interessada não compõe com a mesma um casal propriamente dito, ou seja, em consonância com a visão de família legalmente protegida. A legislação, de maneira simplista, admite que ser mãe é uma situação inerente à mulher.

Numa tentativa de reduzir esta diferença, a Lei 9.263/96 que veio regular o parágrafo 7º do art. 226 da Constituição Federal de 1988 trata, especificamente, do Planejamento Familiar. Foi à primeira Lei a fazer uma referência direta à concepção além da esfera do casal, como demonstram os artigos abaixo transcritos.

> Art. 2º Para fins desta Lei entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que

> garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole **pela mulher**, pelo homem ou pelo casal. (grifo nosso)
>
> Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção **à mulher**, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. (grifo nosso)

Ao enfatizar de forma específica, independente e individualizada o casal, o homem, bem como a mulher a referida Lei, inegavelmente, dá um salto evolutivo em direção à liberdade e à cidadania - ora propagadas na Constituição Federal democrática -, pois consolida a igualdade de direitos e garantias entre os diversos integrantes da família sob a visão atual desse mesmo instituto que, por sua vez, se encontra estabelecido no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

4. MATERNAGEM versus ABANDONO

É fato que o art. 9º da Lei de Planejamento familiar admite que

> Art. 9º para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Por sua vez, a mudança - operacionalizada pela Lei n.º12.010 de 2010 - no art. 13 com a inclusão do parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhece esse direito às mulheres que não desejam serem mães e não conseguiram evitar a gravidez. *In verbis*:

> Art. 13 [...]
> Parágrafo único. As gestantes ou mães que manifestem o interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância Juventude.

O mesmo diploma legal, reformulado também, passou a punir os profissionais de saúde que atuem com omissão ao ter conhecimento de que a mãe não deseja ficar com a criança. É o que determina o art. 258-B:

> Art. 258-B Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de efetuar

> imediato encaminhamento à autoridade judiciária de caso que tenha conhecimento de mãe ou gestante interessada em entregar seu filho para adoção.
> Pena – multa de R$ 1.000,00(mil reais) a R$ 3.000,00 (três mil reais).

Acresça-se, ainda, que o direito em estudo, ainda, encontra previsão no art. 8.º paragrafo 5.º do ECA, que reza: "à assistência referida no paragrafo 4.º deste artigo devera também ser prestada a gestante ou mães que manifestarem interesse em entregarem seus filhos para adoção".

No comento ao aludido dispositivo Ishida (2015, 25) aduz que a anuência para adoção deve ser feita com transparência e tranquilidade, não devendo ser feita de modo impulsivo. Assim, mister que nessa fase seja feito um acompanhamento psicológico para a genitora no intuito de que essa posa decidir de forma serena.

Considerando os artigos e comentários supra, é possível afirmar que os mesmos garantem o direito dessas mulheres de não exercitarem a maternagem e não serem acusadas de abandono. Tema que será trabalhado nesse mesmo item. E, por outro lado, asseguram as crianças, que foram geradas, mas em todo o caso, não desejadas, o direito de serem inseridas em uma família. Matéria que será tratada no apartado infra.

No que se refere à acusação de abandono a qual muitas mulheres que não desejam experimentar a maternagem estão submetidas, é importante ter em mente que tal circunstância, qual seja, a entrega de filho menor para adoção consiste em um direito – como antes dito - e jamais poderá ser considerado como abandono.

O instituto do abandono não tem no nosso Código Civil qualquer definição de caráter dogmático, apenas, enumera as situações de abandono. Esta problemática, por sua vez, é sanada pela doutrina que a exemplo de Silvio Rodrigues aduz que abandono "não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar. Mas o descaso intencional pela sua criação, educação e moral". (1993, 375)

A jurisprudência, por sua vez, tem se posicionado de que

> o conceito jurídico de abandono se contem nas leis de proteção ao menor e, em última analise, é definido quando o menor, por negligência, incapacidade ou perversidade dos pais ficar

> permanentemente exposto a grave perigo quanto à saúde, à moral e à educação, de forma comprometedora a sua formação como ser humano. (RT 507: 104,TJ/SP)

Ou seja, abandono não é um ato isolado, como demonstram os conceitos arrolados acima. Mas sim uma conduta omissiva ou culposa praticada de maneira reiterada pelos genitores e/ou responsáveis do menor que deixam de prestar assistência material, bem como a assistência psicológica que, por sua vez, encontram-se relacionadas ao art. 22 do ECA e do art. 1.631 do CC. Fato que impossibilita a confusão entre o direito em comento, qual seja, de entregar o filho para adoção com o instituto denominado de abandono.

Contudo, alguns questionamentos persistem. Se não, note-se que no pertinente a esse direito em especial quando da entrega da criança ao sistema judiciário algumas perguntas são elencadas, quais sejam, qual o procedimento a ser seguido? Quem seria o autor? A sentença seria de extinção ou de destituição do poder familiar?

Passemos, então, a tais esclarecimentos. Ora, no que se refere ao procedimento, cumpre destacar, que não há ainda uma previsão na legislação processualista ou, ainda, em qualquer outra. Em termos práticos o que se observa é que alguns juízes tem se valido do previsto para a Destituição do Poder Familiar, seguindo o que se encontra preceituado nos arts. 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, por isso, consequentemente, o autor será o Ministério Público e a sentença seria a destituição do Poder familiar.

Postura, data vênia, que ao nosso entendimento, afronta o direito da mulher, garantido em lei, como já demonstrado. Entendemos que poderia ser feito um aproveitamento do procedimento previsto para a Destituição do Poder Familiar com algumas adaptações, a exemplo: a autoria da ação seria da mulher, devidamente assistida, por advogado/defensor e a sentença, por sua vez, seria de extinção e não de Destituição.

Justifica-se, tal posição, no sentido de que a mulher que entrega o filho está a exercer um direito e por isso a sentença seria de extinção, com respaldo no art. 45 do

Estatuto da Criança e do Adolescente, que, por sua vez, aduz: “A adoção depende do consentimento dos pais [...]”

Ademais, veja-se, também, que tal situação não se encontra devidamente enquadrada no art.1.638 do Código Civil, haja visto que referido artigo ao prever as hipóteses para a perda do poder familiar, admite o castigo do filho realizado de maneira imoderada, o abandono do filho, a pratica de atos contrários à moral e aos bons costumes, e, ainda, incidir, reiteradamente, nas faltas no artigo 1.637, que basicamente consiste em “abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles conferidos ou arruinando os bens dos filhos”.

Por fim, cumpre refletir se o Estado com o poder de Estado que lhe é inerente, pode, em algum momento, cobrar, exigir de qualquer que seja o cidadão e principalmente da mulher o exercício da maternagem quando esta mesma mulher não assim o deseja? Como antes dito, o tema em questão reclama novos olhares e posturas que somente poderão ser construídas a partir das tantas reflexões possíveis sobre o assunto.

5. LIMITES AO DIREITO

O direito da mulher de não ser mãe encontra limites no direito da criança por ser entendida como ser em desenvolvimento e em estado de vulnerabilidade e por isso detentora de direitos considerados fundamentais que são específicos, ou seja, no caso em apreço o Direito à vida da criança gerada, bem como o Direito da personalidade desta mesma criança em saber a sua identidade genética.

O Direito a vida está regulamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente no seu art.7.º à 14 e decorre da previsão constitucional do art. 5.º, *caput*, e 227, parágrafo 1.º entre outros; bem como, no art. 6.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

Nesse tocante, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem por doutrina a Proteção Integral, protege a criança mesmo antes de seu nascimento, tendo em vista o tratamento adequado a matriz de sua existência – mãe – em estagio pré e perinatal. A mencionada legislação adota em seu texto legal a teoria conceptualista, diferentemente

do Código Civil, que se filia a do nascimento vivo. Assim, uma mãe, ante o Estatuto, não poderá em prol de seu direito de não ser mãe provocar um aborto, que diante de nossa lei pátria é crime.

Aborto, na concepção médico-legal é entendido como a interrupção da gestação ocorrida antes de ter chegado às vinte semanas de gestação. Já para o mundo jurídico não há consideração do tempo de gestação, pois que os doutrinadores, em sua maioria, consideram, de maneira geral, que o mesmo consiste na interrupção da gravidez a qualquer tempo, com a consequente morte de seu produto.

No entendimento dos doutrinadores do Direito Penal, como Damásio Evangelista de Jesus (2013, 119) que conceitua o aborto como sendo: "a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)". E, ainda, para Julio Fabrini Mirabete (2013, 66) que afirma:

> Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão.

A legislação penalista, no seu art. 128 só admite o aborto em duas situações, ou seja, o aborto decorrente do perigo de vida da gestante (art. 128, I CP), que é chamado aborto terapêutico ou necessário e o aborto quando na hipótese de estupro, denominado de aborto sentimental (art.128, II CP). Não encontrando, o direito de não ser mãe, sustentação em nenhuma dessas exceções legais.

Destaque-se que hoje a segunda hipótese legal de aborto está sendo questionada, pois é tida pela doutrina como inconstitucional ante o princípio da prioridade absoluta da criança e do direito a vida desta. Nesse sentido ponderá ISHIDA (2015, 06) não há uma "proporção entre o bem suprimido (vida intrauterina) e o bem sobrevivente (dignidade da gestante)". Para tanto, o autor se utiliza do critério da proporcionalidade elencado por Robert Alexy.

Com relação ao direito de não ser mãe da mulher e o direito de conhecer a identidade genética da criança, prevista no art. 48 do ECA, há um conflito, pois a

mulher pode não querer ser mãe, mas a sua identidade poderá ser conhecida pelo filho não desejado, haja visto ser direito inerente ao mesmo. Referido direito encontra-se disciplinado no *caput* do retro mencionado dispositivo legal que reza: o adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica [...]"

Tal dispositivo segundo Dupret (2010, 87) "[...] não significa o direito ao reconhecimento de paternidade [...]". Este, consiste, no conhecimento da identidade genética que, por sua vez, diz respeito aos direitos da personalidade, segundo Tepedino (2004, 61/83).

Neste sentido vale ressaltar o ensinamento de Lobo (2004, 524):

> O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurado o direito da personalidade, na espécie Direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para a necessidade de cada individuo saber a sua historia de sua saúde, de seus parentes biológicos próximos para a prevenção da própria vida.

Destaque-se que quando o ECA prevê o direito de conhecer, a criança, a sua origem biológica está garantindo o direito de saber a identidade de quem é sua mãe e, assim, entender acerca das suas características genéticas, da personalidade, das disponibilidades ou resistência a certas doenças, entre outros; direito da personalidade que está associado ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Complementa, tal ideia, Lobo (2204, 525) quando aduz que

> Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus descendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para a preservação da saúde e, a *fortiori*, da vida.

Em suma, Eros Roberto Grau (1990,110), possivelmente é quem melhor define tal conflito de princípios quando trás a baila o seguinte comentário:

> O princípio introduz uma razão a arguir e determinada direção, porém não implica uma decisão concreta a ser necessariamente tomada; mas pode haver outros princípios (ou diretrizes) apontando a direção oposta, de modo que, em determinado caso,

> aquele mesmo princípio não prospere. Isso não significa, no entanto, que esse mesmo princípio não seja próprio do Direito de que se cuida, até porque em outro caso, seguinte – e até mesmo diante de outro princípio (ou diretriz), adito ele poderá ser decisivo.

É em outras palavras admitir que não existe princípio maior ou menor ou de maior relevo que outro ou, ainda, que um princípio pode excluir definitivamente o outro. Em verdade, os princípios devem ser valorados em razão de uma situação em concreto privilegiando, sempre, o direito daquele em maior condição de vulnerabilidade no caso em concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo todo o exposto, é possível afirmar que em virtude do cotejamento do que impõe os diplomas diversos, bem como do alinhavo traçado entre tais ordenamentos e os princípios constitucionais, conclui-se pela existência do Direito da mulher de não ser mãe, quer por sua opção de não engravidar, quer pela, também sua, opção de entregar seu filho para a adoção.

No entanto, cumpre destacar que referido direito não é e não pode ser absoluto, como foi demonstrado no presente trabalho, pois uma vez em conflito com os direitos considerados fundamentais da criança - como, por exemplo, a vida, o reconhecimento genético, entre tantos outros -, deve, tal direito da mulher, não ser valorado, pois que corre o risco de ofender o que chamamos de bem jurídico protegido da criança, que, nesse caso, pode significar a sua própria vida. Tal afirmativa encontra ressonância no pressuposto de que o Estado não pode preterir a vida de um cidadão em favor da escolha de outro.

Ademais, não há que se falar em abandono por parte da mulher que, uma vez gravida, decide entregar seu filho para adoção. Esta, antes de mais nada, consiste em uma atitude responsável da mulher, pois que a mesma estará garantindo e quiçá assegurando àquela criança indesejada o direito a convivência familiar – tendo em vista o conceito moderno do que se considera família - ainda que em uma família considerada substituta.

REFERÊNCIAS:

DUPRET, Cristiane. **Direito da Criança e do adolescente.** Belo Horizonte: Ius, 2010.

FERNANDES, Edson e LACERDA, Margareth Moura. **Sem Filhos por Opção - Solteiros e Casais, e Muitas Razões Para Não Terem Filhos**. São Paulo: Nversos, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988:** Interpretação e critica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal:** Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2013.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Crianca e do Adolescente:** Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. In: **Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** Parte especial. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 2.

MIRANDA, Maria Aparecida e MARTINS, Marilza de Souza. **Maternagem:** Quando o bebê pede colo. Coleção percepções da diferença: negros e brancos na escola. Ministério da Educação - Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD) Programa UNIAFRO, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** Vol. 6º. 18ª ed. 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil – constitucional brasileiro**. Rio de janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SIS 2010 – **Mulheres mais escolarizadas são mães mais tarde e tem menos filhos**. Página eletrônica: < http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?view=noticia&id=1&idnoticia=1717&busca=1&t=sis-2010-mulheres-mais-escolarizadas-sao-maes-tarde-tem-menos-filhos> em 22/03/2015 as 12:04 h

14% das brasileiras não querem ser mães. Mulheres preferem a carreira profissional e deixam gravidez em segundo plano. Em Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. Página eletrônica: <http://www.ip.usp.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=3158%3A14-das-brasileiras-nao-querem-ser-maes&catid=46%3Ana-midia&Itemid=97&lang=pt> em 22/03/2015 as 12:06 h

RT 507: 104,TJ/SP