MATERNIDADE *VERSUS* MATERNAGEM REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE O DIREITO DA MULHER DE ENTREGAR O FILHO À ADOÇÃO

MATERNITY VERSUS *"MATERNAGEM": REFLECTIONS ON LEGAL RIGHT OF WOMEN TO SEND CHILDREN FOR ADOPTION*

Maria Luiza Ramos Vieira Santos*

RESUMO: É inegável que 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: It is undeniable that the industrial society brought with values that release the woman what we consider and prefer to call "biological destiny". This circumstance helped other speeches based on all the rights assurance and any citizen ends, in turn, generating an infinite number of understandings that guided by the sexual freedom of women and the feminist discourse to which all are subject in modern times, promote a new conception of what is recognized by family. This modern family, therefore, can no longer be based on values such as marriage because it considers individual goods as affection and love. Now, recognizing the family as the result of a sentimental value, it is necessary to rethink the law that every woman has to choose whether or not the mothering and not be accused of neglect. The fact is that the theme justifies a broad discussion of socio-political nature. However, the work is worthy, after brief remarks about the family, to discuss the legal reflections on the right to deliver the child to adoption.

KEYWORDS: child care, maternity, Abandonment.

* Defensora Pública Coordenadora do Núcleo de Defesa da Criança e Adolescente – NUDCA. Professora Doutora em Direito com concentração nos direitos das crianças e adolescentes pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora de Direito da Criança e Adolescente da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Atualmente, é pós-doutoranda em Ciências Sociais da rede: Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano CINDE) / Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO). Contato: mlrvs@bol.com.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É inegável que a temática em questão ademais de ser considerada atual é, também, de largo interesse social, bem como dos diferentes ramos das ciências aplicadas e, por esse motivo, pode – referido tema - ser analisado sob vários aspectos. Trataremos, então, de analisar a temática 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, p. 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. Assunto que trataremos de maneira simplista, pois que nos propomos a discutir, de maneira mais aprofundada, as reflexões jurídicas sobre o direito de entregar o filho a adoção. Para tanto, nos colocamos, através de um método dialógico, à discussão inicial sobre aquilo que reconhecemos como família.

1. A MODERNA FAMÍLIA DO SISTEMA ECONÔMICO DE CAPITAL

É fato que a família moderna está pautada em valores fundamentados na economia do capital, haja vista 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 (artigo 233, 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. (artigo 6.º EMC).

---

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 sete anos de estudo tinham, em média, 3,19 filhos, quase o dobro do número de filhos (1,68) daquelas com oito 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 sete anos de estudo) e evitavam mais a gravidez na adolescência: entre as mulheres com menos de 7 anos de estudo, o grupo etário de quinze a dezenove anos concentrava 20,3% das mães, enquanto entre as mulheres com oito anos ou mais de estudo, a mesma faixa etária respondida por 13,3% da fecundidade. (IBGE, 2010)

2 TIEPPO, 2011.

O curioso é perceber que essa "independência" da mulher termina por gerar novos conceitos de família. Se não, note-se 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, (1999, p. 64.) pois que o autor de maneira muito clara e pertinente, afirma:

> 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)

Assim, é possível afirmar que o atual Estado brasileiro se afasta da antiga ideia de família fundamentada na Constituição de 1967, pois que esta, ao contrário da atual, traz em seu Título IV, que trata da Família, da Educação e da Cultura o artigo 167. O qual afirmava: *A família é constituída pelo casamento* e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. (grifo nosso).

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 para a compreensão do 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 matrimônio – 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. Circunstância que, por sua vez, reforça a ideia de entidade familiar enquanto um gênero, onde se pode reconhecer as diferentes espécies de união familiar.

Assim, temos 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 traz nas entrelinhas das cores que apresenta a afirmativa de que em nove meses ela, essa mulher, será mãe.

É dizer, em nove meses essa mulher deve saber todas as respostas para todo e qualquer problema que inesperadamente se apresente. Essa mulher, deve saber que de agora em diante, jamais tomará decisões em torno de si mesma, pois que sua vida, a partir de então, gira em torno de um outro ser que ela, de maneira incondicional, deve amar. Desta forma, alguns chegam a acreditar que a maternidade, possivelmente, seja sinônimo de esquecer de si mesma.

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 vista, 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".[3]

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 a qual quase toda mulher é passível de sofrer. Já a maternagem consiste em um desejo natural de cuidar 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.

---

[3] 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.

Senão, vejamos que a nossa constituição respalda essa opção dentre outros dispositivos no artigo 226, paragrafo 7.º, que reza:

> Art. 7.º 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 artigo 1.565 § 2.º 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, traz modificações mais significativas à vida da mulher e, mesmo assim, nenhuma das duas legislações supracitadas 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 n.º 9.263/96 que veio regular o parágrafo 7.º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 trata, especificamente, do Planejamento Familiar. Importante dizer que foi à primeira Lei a fazer uma referência direta à concepção além da esfera do casal, como demonstram os artigos abaixo transcritos.

> Art. 2.º 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. 3.º 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)

Note-se que 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 sujeitos integrantes da família. Ademais, reconhece tal independência e igualdade de referidos sujeitos sob a visão atual desse mesmo instituto — ou seja, do núcleo familiar — que, por sua vez, se encontra estabelecido no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

4. MATERNAGEM *VERSUS* ABANDONO

É fato que o artigo nono da Lei de Planejamento (INFORMAR ANO) familiar admite:

> Art. 9.º 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.º 12.010, de 2010, no artigo 13 com a inclusão do parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhece esse direito às mulheres que não desejam ser 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 artigo 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 a R$ 3.000,00.

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

No comentário ao aludido dispositivo Ishida (2015, p. 25) aduz que a anuência para adoção deve ser feita com transparência, tranquilidade e compreensão do ato e de seus efeitos, 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 dispositivos legais e os comentários supra, é possível afirmar que os mesmos convergem no sentido de garantir 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 socialmente submetidas, é importante ter em mente que tal circunstância, qual seja, a entrega de filho menor para adoção longe está de ser confundida com o instituto do abandono, até mesmo porque consiste em um direito — como antes dito — e, portanto, jamais poderá ser considerado ou confundido com o abandono.

O instituto do abandono não tem no nosso Código Civil qualquer definição de caráter dogmático, apenas, enumera — justo se diga, de maneira clara — 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, p. 375)

Circunstância que, por sua vez, tem implicação no âmbito do Direito Penal que por meio do capítulo III do Título VII da Parte Especial do Código Penal protege a família no que se refere à Assistência Familiar. Nele encontramos, de maneira especifica, os artigos. 244, 246 e 247 referentes ao abandono material, intelectual e moral respectivamente.

A jurisprudência, por sua vez, tem se posicionado:

> o conceito jurídico de abandono [...], 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 e dolosa, ora 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, também, no artigo 22 do ECA e do artigo 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 sobre a matéria 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 têm se valido do previsto para a Destituição do Poder Familiar, seguindo o que se encontra preceituado nos artigos. 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 artigo.1.638 do Código Civil, haja vista 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 prática 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, dos artigos 7.º a 14, e decorre da previsão constitucional do artigo 5.º, *caput*, e 227, parágrafo 1.º entre outros; bem como, no artigo 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 à matriz de sua existência — mãe — em estágio 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, p. 119) que conceitua o aborto como sendo: "a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)". Julio Fabrini Mirabete (2013, p. 66) sobre o tema 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 artigo 128 só admite o aborto em duas situações, ou seja, o aborto decorrente do perigo de vida da gestante (artigo 128, I CP), que é chamado aborto terapêutico ou necessário e o aborto quando na hipótese de estupro, denominado de aborto sentimental (artigo 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 pondera Ishida (2015, p. 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 artigo 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 vista 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, p. 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, pp. 61-83).

Neste sentido vale ressaltar o ensinamento de Lobo (2004, p. 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 indivíduo saber a sua história 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, p. 525) quando aduz:

> 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, p. 110), possivelmente é quem melhor define tal conflito de princípios quando traz à 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

Diante do todo exposto, ou seja, depois de cotejar regras de diplomas diversos e alinhá-las aos princípios constitucionais conclui-se pela existência do Direito da mulher de não ser mãe, quer pela opção de não engravidar, quer pela opção de entregar seu filho para a adoção.

No entanto, cumpre destacar que referido direito não é absoluto como demonstrado no presente trabalho, pois uma vez em conflito com os direitos fundamentais da criança, como, por exemplo, a vida, o reconhecimento genético, entre outros, deve tal direito da mulher não ser valorado, pois que corre o risco de ofender o bem jurídico protegido da criança, que nesse caso pode significar a 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 estará garantindo e quiçá assegurando àquela criança indesejada o direito à convivência familiar, ainda que em uma família considerada substituta.

REFERÊNCIAS

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

FERNANDES, Edson; 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. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, 1990.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **SIS 2010 – Mulheres mais escolarizadas são mães mais tarde e tem menos filhos**. Disponível em: ‹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›Acesso em: 22 mar. 2015, as 12 h 04 min

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

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

LOBO, Paulo Luiz Neto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: Uma distinção necessária. In: INFORMAR ORGS. **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; MARTINS, Marilza de Souza. **Maternagem:** quando o bebê pede colo. Ministério da Educação - Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD) Programa UNIAFRO, 2007. (Coleção percepções da diferença: negros e brancos na escola.)

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 6.

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.

TIEPPO, Priscila. **Quatorze por cento das brasileiras não querem ser mães:** mulheres preferem a carreira profissional e deixam gravidez em segundo plano. S.l.: 3 out. 2010. Disponível em: ‹http://www.ip.usp.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=3158%3A14-das-brasileiras-nao-querem-sermaes&catid=46%3Ana-midia&Itemid=97&lang=pt› Acesso em: 22 mar. 2015 as 12h 06 min – RT 507: 104,TJ/SP

RT 507: 104,TJ/SP

RECEBIDO EM: 25/07/2016
APROVADO EM: 06/10/2016