

Direito de visitas e de convivência com o nascituro durante a gravidez

Miguel Borghezan¹, José Ricardo Geller², Tânia Mara Sakamoto
Borghezan³ e Terezinha do Socorro Barreiros Leão⁴

Sumário. 1. Apresentação do tema. 2. Conteúdo e abrangência do direito de visitas e de convivência familiar. 3. O princípio do superior interesse da criança estende-se ao nascituro. 4. Limitações e dificuldades para exercer o direito de visitas e de convivência familiar ao nascituro. 5. Possibilidade de verificar doenças hereditário-genéticas, DSTs, dentre outros meios extraordinários para exercer o direito protetivo. 6. Esperançosas palavras finais. 7. Referências.

1. Apresentação do tema

(Miguel Borghezan)

Em nosso direito de família estamos habituados a tratar do regime de visitas e da convivência familiar do pai em casos de separação (de fato e de direito, e. g., separação de corpos), divórcio, dissolução de união estável, ou ainda em hipóteses de rompimento de concubinato, sempre que haja filhos menores e quando a guarda for atribuída à mãe. Não raro nesses casos o pai, de modo intolerante, por motivos pessoais ou às vezes escusos e inconfessados interesses, disputa judicialmente a guarda como se os filhos menores lhe pertencessem, tudo para não pagar-lhes os adequados alimentos devidos. Não há dúvida de que ao Judiciário compete impedir e evitar os abusos, os excessos, tendo sempre em conta os princípios da proteção integral e do superior interesse da criança/adolescente. Diminutas as vezes em que a mãe requer o estabelecimento do regime de visitas e de convivência familiar, pelo fato dela não ter a guarda.

Nesse cenário trabalha-se com o pressuposto da existência de um ser já nascido, que vive de modo independente e autônomo no âmbito das realidades concretas, sem manter mais a ligação umbilical biológica intrauterina com a mãe, por onde se alimentava. Recém chegado ao mundo extrauterino, a relação materno filial tem no peito da mãe a fonte alimentícia principal, que pode estender-se a 6 (seis), 12 (doze), 18 (dezoito) ou até mais meses de vida. Parece fora de dúvida que, em geral, a relação mãe-filho é naturalmente por isto muito mais intensa e densa do que a presença física e psíquica do pai. Essa especial natureza precisa ser respeitada, valorizada e preservada, na medida em que produz estabilidade e segurança ao filho, bases centrais do desenvolvimento integral saudável. Somente quando houver visível prejuízo permitir-se-á, excepcionalmente, o afastamento dele da convivência prioritária infantil junto com a mãe.

¹ Mestre em direitos fundamentais e relações sociais. Professor universitário. Advogado.

² Mestre em direitos fundamentais e relações sociais. Professor Universitário. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Santarém. Advogado.

³ Mestre em direitos fundamentais e relações sociais. Professora Universitária. Advogada e Dentista.

⁴ Médica pediatra com título de Especialista em Pediatria pela AMB/SBP. Professora Coordenadora da Residência de Pediatria do Curso de Medicina da UEPA - Campus de Santarém, Pará.

Além desses influxos positivos benéficos, favoráveis e vantajosos em todos os sentidos, procedentes do incondicional amor materno, o filho também precisa saber da existência do pai, por quem na grande maioria das vezes também é igualmente amado incondicionalmente. Essa maior conjugação natural (mãe e pai), quando produtora de vida digna, promove ao filho comum um imenso estado de bem estar geral, de segurança total, produzindo um desenvolvimento equilibrado e integral nos âmbitos físico e psíquico. Assim, mostra-se extremamente relevante para o pleno e completo desenvolvimento da pessoa em formação que ocorra e permita-se, desde o mais cedo possível, meios e formas de contato saudável e de convivência com ambos os pais, expressão natural da família.

É justamente neste aspecto que buscamos dirigir uma palavra de conforto ao pai que tenha interesse de manter contato e convívio com o filho, antes mesmo do nascimento biológico dele. A ciência já demonstrou incontestavelmente a todos nós que a mãe conversa, transmite sentimentos, emoções, estabelece comunicação e se faz entender pelo filho quando ele ainda está no seu ventre, muito antes do período da gestação completar as 38 (trinta e oito) semanas, quando estará pronto para nascer. Ele no ventre também reage, demonstra sensações e se manifesta ao seu modo, retribuindo e respondendo do jeito que pode, deixando bem visível que percebe a comunicação e o teor dos sentimentos. Se a mãe apanha, é agredida aqui fora, lá dentro também o filho sofre e chora junto. Mas na medida em que o pai acalenta, acaricia e conversa amorosamente com a mãe, os bons fluídos também chegam ao que está no útero. Nessa perspectiva, pensamos ser atitude elevada e de bom conselho consentir que o pai possa construir pontes de afeto, amor, apoio, carinho e bem estar, se comunique e até conviva com o filho desde o momento em que seu desenvolvimento natural no útero da mãe permita, quando as condições biológicas e psicológicas forem favoráveis. Para isto o direito precisa de contribuições da medicina e também da psicologia, dentre outras áreas, determinando o momento a partir do qual o filho já pode perceber, sentir e compreender falas, contatos e emoções vindos do mundo externo, especialmente dos pais. No ventre materno também há um processo natural de desenvolvimento do ser humano, de amadurecimento contínuo, tal qual sucede após o nascimento. Essa evolução pré-natal haverá de ser melhor se tiver a colaboração e contribuição afetiva e afetuosa dos pais. Eis um pouco da perspectiva, discussão e desafio que propomos tratar neste singelo artigo, no qual teremos a contribuição preciosa de profissional médica especializada. Você leitor está convidado a meditar e refletir sobre os efeitos deste profundo e complexo assunto, que pretende contribuir para diminuir, reduzir e evitar problemas entre pais e filhos desde cedo, promovendo e resguardando a saúde e a dignidade na vida de todos os envolvidos afetivamente.

2. Conteúdo e abrangência do direito de visitas e de convivência familiar

(José Ricardo Geller)

O direito de visitação e de convivência dirige-se à proteção e cuidado dos pais para com os filhos, decorrência da parentalidade de origem biológica e afetiva. Trata-se em verdade de um direito-dever, daqueles cuja carga jurídica encerra faculdades, mas traz conjuntamente correspondentes obrigações. No regime do Código Civil de 1916, dentre as

atribuições dos pais em relação aos filhos quanto ao exercício do então pátrio poder (hoje poder familiar), inseria-se o de “tê-los em sua companhia e guarda” (art. 384, II, CC/16). No vigente Código, norma com igual dicção inscrevia-se no art. 1.634, II, no âmbito do exercício do poder familiar, que tem dimensão jurídica mais alargada do que o velho pátrio poder. Com a edição da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014⁵, houve alteração do art. 1.634, II, do Código Civil, que passou a ter esta redação: “art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584”. Percebe-se uma mudança de concepção e de amplitude do direito-dever dos pais, que permanece igual “qualquer que seja a sua situação conjugal”, isto é, mesmo que estejam divorciados ou separados (de fato ou de direito).

Esse sentido e significado jurídico ampliado derivam essencialmente da norma-princípio inserta no art. 227, *caput*, da Constituição, que confere proteção especial à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, atribuindo esse dever protetivo de modo concorrente (e não sucessivo) à família, à sociedade e ao Estado. Na família tradicional, monogâmica e nuclear temos a presença corresponsável dos pais para a criação, educação, sustento, profissionalização, lazer, cultura, respeito, convivência familiar e também comunitária, manifestação da liberdade, igualdade e fraternidade, tudo com saúde e dignidade em relação às pessoas dos filhos menores. Essa compreensão jurídico-familiar-social superior primordialmente deixá-los “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227, *caput, fine*, CF). Eis porque expressamos o entendimento de que o chamado *direito de visitas* dos pais aos filhos menores, e o de convivência, não constituem apenas faculdades próprias, pessoais, no interesse particular dos genitores. Configura de modo especial, em verdade, um direito dos próprios filhos de poderem ser visitados, de serem cuidados, educados, mantidos, respeitados, profissionalizados, sempre com adequada saúde física e mental, para poderem ter uma regular e normal convivência familiar e comunitária, desenvolvendo-se de modo integral como pessoas humanas.

É dentro desse contexto mais ampliado que precisamos compreender e analisar a abrangência do designado *direito de visitas* dos pais aos filhos menores, como também *o de convivência familiar*, considerando todo o espectro multifacetário e a gama de relações deles derivados, direta e reflexamente. O ponto central desses importantes direitos não é mais o pai ou a mãe, mas sim o filho. É no interesse superior dele que devem os pais estabelecê-los, aperfeiçoá-los e modificá-los conjuntamente, e quando não tiverem essa grandeza e maior compreensão, diante do litígio ou rompimento violento da relação de convivência, competirá ao juiz estabelecê-los da forma mais razoável e adequada possível. Divergências, brigas e rancores existentes entre os pais no divórcio ou na extinção de união estável não podem prejudicar a implementação desses direitos, necessários ao integral e saudável desenvolvimento dos filhos menores.

⁵ Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Há uma mudança de paradigma na constituição e desenvolvimento da família atual, que designaremos de pós-positivista (os autores em geral a chamam de *contemporânea*). Tal qual o pós-positivismo diante da sociedade, onde os valores, a cultura e a ética passaram a ter peso e importância na organização e estrutura social, a família atual não deseja mais a armadura forte e inflexível do poder dos pais sobre os filhos. Os herdeiros da geração da comunicação, do celular, *ipod*, *tablet*, *internet* e computador querem ser considerados, querem argumentar, participar das decisões, conviver, conversar, discutir, estar junto dos adultos, sentir-se valorizados e por isto (e muito mais) protegidos, estarem bem e desse modo contribuir para o fortalecimento dos laços afetivos no grupo familiar, favorecendo o sentimento amoroso e o cuidado parental. É nessa direção o pensamento analítico de Maria Celina Bodin de Moraes⁶, segundo a qual a tendência da designada instituição familiar contemporânea é a de se tornar um grupo baseado mais em sentimentos e em valores compartilhados do que nas velhas relações de poder, independentemente até de laços consangüíneos exclusivos. Institui-se assim uma família mais democrática, onde os filhos menores também são ouvidos antes das decisões.

Por aí confere-se que o foco dos direitos de visita e de convivência familiar e comunitária não está centrado fundamental e prioritariamente nos pais, mas sim nos filhos. É por eles e para o integral desenvolvimento deles que esses direitos devem ser exercidos e estabelecidos. Eles estão materialmente alinhados aos princípios constitucionais maiores da proteção integral e do superior interesse da criança e do adolescente, que inspiram as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90), as da alienação parental (Lei nº 12.318/10), as que instituíram o Sistema de Atendimento Socioeducativo (SINASE) para jovens e adolescentes (Lei nº 12.594/12), e as do Estatuto da Juventude (SINAJUVE, Lei nº 12.852/13), que dispõe sobre os direitos dos jovens, estabelece os princípios e as diretrizes das políticas públicas para a juventude brasileira. É necessário olhar esse contexto abrangente para bem compreender a extensão e o direcionamento dos direitos de visita e de convivência familiar. Todos estamos querendo que nossos filhos desde cedo tenham estabilidade, paz de espírito, saúde física e mental plenas, a fim de que possam desenvolver-se integralmente, contribuindo para uma família melhor, uma sociedade melhor e um país melhor. Esse compromisso de nossa geração deve ser firme e invariável, para evitar retrocessos. Dentro dessa dimensão é que sentimos estarem os pais deste início de Século XXI cumprindo de forma adequada os deveres jurídicos que lhes compete com os filhos e a família brasileira. O direito precisa ser dinâmico para acompanhar essas mudanças, e estar atento ao processo evolutivo, buscando sempre dar alternativas promissoras, alvissareiras, para o progresso humano em sociedade, da qual a família continua sendo a base essencial. Sem essa compreensão elevada, a dignidade dos filhos (e de todos) restará agredida, e todos sentiremos efeitos danosos e prejudiciais. Quem ama cuida, protege, educa e favorece o integral desenvolvimento dos filhos, que

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 617.

devem ser criados em ambiente saudável, seguro e engrandecedor, que lhes dê condições de lutar respeitando todos, e assim ver a beleza da vida, atingir ideais e realizar sonhos.

3. O princípio do superior interesse da criança estende-se ao nascituro

(Tânia Mara Sakamoto Borghezan)

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), “criança” é o ser humano já nascido, vivendo autonomamente fora do ventre materno, e até 12 (doze) anos de idade incompletos (art. 2º, Lei nº 8.069/90). Assim, enquanto não deixar o aconchegante *ninho* do útero materno, onde se alimenta e respira por meio e com auxílio da mãe, o ser humano em formação ainda não pode ser legalmente chamado de *criança*. Ganha esse *status* após nascer com vida, mesmo prematuramente e dependendo de cuidados especiais, quando então passará a ter individualidade e autonomia como pessoa humana, vivendo conforme a força dos próprios sistemas químicos, físicos, biológicos e psíquicos, sem dependência direta nem ligação umbilical com os sistemas maternos.

Começamos traduzindo que o princípio do superior interesse da criança tem fundo constitucional, especificamente no art. 227⁷, *caput*, da Constituição de 1988. Divisa-se de maneira absoluta no texto da norma essa especial proteção deferida pelo constituinte aos superiores interesses da criança. Cabe também desde logo anotar que, em âmbito infraconstitucional, o ECA “dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, consoante expressa dicção do seu art. 1º, que remete à doutrina da proteção integral⁸.

A fonte dessa especial proteção do menor tem inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. De maneira mais específica, após longa análise e avaliação, em 1959 a ONU aprovou a Declaração dos Direitos da Criança⁹ que, pelo peso e importância que teve, culminou com a proclamação da Convenção sobre os Direitos da Criança, ocorrida em 20.11.1989. Esse instrumento normativo internacional inspira

⁷ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁸ A doutrina de proteção integral à criança foi consagrada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (1989), corolário da Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU de 1959. Assim foi acolhida na Constituição de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Designa um sistema em que crianças e adolescentes, até 18 (dezoito) anos de idade, são considerados titulares de direitos e interesses prioritários, isto ante a família, a sociedade e ao Estado, cujos princípios centrais estão sintetizados no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal.

A teoria de proteção integral parte da compreensão de que as normas que cuidam de crianças e de adolescentes devem concebê-los como cidadãos plenos, porém sujeitos à proteção prioritária, tendo em vista que são pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral.

(http://www.crmr.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21021:a-doutrina-de-protacao-integral-a-crianca&catid=46:artigos. Acesso em 26.07.2014).

⁹ PEREIRA, Tânia Maria da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios consolidados na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 3, p. 89-109, jul./set. 2000. “A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidades e serviços a serem estabelecidos em lei ou por outros meios de modo que possa desenvolver-se física, mental, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar lei com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”.

valores, princípios, diretrizes e condutas governamentais, constituindo-se num marco divisório na busca de maior proteção aos direitos de crianças e adolescentes em todo o mundo¹⁰ dito civilizado. Cabe acrescentar que a Constituição brasileira inseriu essa idéia da proteção integral no art. 227, antes mesmo da assembléia da ONU aprovar e proclamar formalmente o texto final da Convenção sobre Direitos da Criança em 1989, ratificada no Brasil no ano de 1990¹¹. Na Convenção da ONU restou reconhecido ser um direito da criança e do adolescente poder conhecer, manter contato e convivência com ambos os pais, salvo quando isto prejudicar o seu melhor interesse, mesmo que eles não mais convivam juntos sob o mesmo teto. Essa proteção integral precisa começar pela compreensão estatal de que as políticas públicas devem favorecer, priorizar e valorizar as crianças de modo concreto, efetivo, continuado e verdadeiro. Quando visível esse reconhecimento oficial da especial proteção, seus efeitos benéficos se irradiarão às instituições públicas e privadas que tratam da questão menorista e, por natural e lógica derivação, para dentro dos lares, fortalecendo crianças e adolescentes no seio das famílias.

O princípio protetor evidencia-se como verdadeiro condutor da compreensão para decisões em todos os assuntos, públicos e privados, que versam sobre direitos e interesses de crianças e adolescentes. Agora é preciso ter o discernimento elevado de que é preciso priorizar e sobrevalorizar “as necessidades da criança em detrimento dos interesses dos pais, devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto”¹². Esse reconhecimento e a proteção do superior interesse devem ser considerados, percebidos e protegidos na análise de cada caso concreto, visto que seu conteúdo jurídico é de cláusula geral aberta, tomando-se em conta os elementos fáticos e jurídicos em cotejo com os valores e os fundamentos normativo-constitucionais. No fundo, a matéria tem relação com os direitos humanos e a dignidade humana, que são bases fundamentais de nossa Constituição e do Estado de Direito, pedra de toque da harmonia familiar e social.

A juridicidade das normas encontra maior densidade e respaldo quando lastreia-se nesses fundamentos centrais. Segundo ensina Maria Celina Bodin de Moraes, “é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e constitui-se”¹³. Tomando em conta que o grupo de pessoas formado por crianças e adolescentes é visivelmente mais vulnerável que grupos de adultos, a natural consequência para promover algum equilíbrio e harmonia das forças é conferir aos vulneráveis especial proteção. Isto é derivação pura do princípio da igualdade, basilar na aplicação das normas em nossa sociedade tão desigual, sem cuja visão o conteúdo ético do direito e o valor justiça tornar-se-ão inatingíveis,

¹⁰ TEJADAS, Sílvia da Silva. *Juventude e Ato Infracional: as múltiplas determinações da reincidência*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 41. “A proposta da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança traz consigo outra dimensão ética, pois se reconhece que ao Estado não cabe tutelar pessoas, mas tutelar o direito que é reconhecido às crianças e aos adolescentes, como sujeitos e cidadãos”.

¹¹ A Convenção da ONU sobre direitos da criança e do adolescente foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 14.09.1990, e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21.11.1990.

¹² PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 117.

inalcançáveis. Ao invés de constituir-se em meio de quebra do princípio reitor da igualdade, a especial proteção justamente configura e constitui aspecto necessário da sua elevada manifestação. É imperioso tratar de modo diverso os desiguais, na medida de suas desigualdades (elemento dirigente e determinante do princípio), sem o que não se estará concretamente fazendo atuar o conteúdo jurídico da igualdade.

Com maior vigor e intensidade o conteúdo jurídico dessa superior proteção deve ser estendida ao nascituro, posto ser visível *prima facie* e a olhos vistos sua maior fragilidade física e psicológica natural. Embora a personalidade jurídica se reconheça irrefutavelmente à pessoa nascida com vida, e assim de modo expresso no Brasil (art. 2º, Código Civil), não há dúvida alguma de que, na compreensão unânime dos juristas, o nascituro deve receber proteção especial. Um dos intuitos é garantir-lhe condições de desenvolver-se de modo saudável integralmente, para que desde o ventre tenha e possa nascer com dignidade. E isto só irá acontecer na medida em que, ainda no útero materno, suas necessidades básicas forem devidamente supridas.

Essas condições adequadas para que este novo ser possa se desenvolver de forma digna e plena é obrigação dos pais. Ou seja, ambos devem praticar ações e fazer concessões considerando o melhor interesse do filho em desenvolvimento. O que se deseja e pleiteia é que os pais, com suas atitudes, possam favorecer o desenvolvimento pleno de todas as potencialidades do filho, para que ele possa nascer, crescer e se tornar um adulto plenipotenciário, autônomo e sem limitações.

A paternidade responsável hoje, em regra, só é exigida após o nascimento da criança. No entanto, os deveres paternos (morais, afetivos, financeiros, etc.) deveriam ser atendidos a partir da concepção. Comprovadamente, através de pesquisas e experiências, é sabido que o feto apresenta funções senso perceptivas muito complexas no interior do útero materno. Lá ele já pode sentir, manifestar e apresentar emoções, sensações, pois o útero não é mais considerado o “ninho” escuro e silencioso, mas sim um local interativo capaz de receber e decifrar muitos estímulos externos, principalmente os vindos da própria mãe. Portanto, o feto é capaz de sentir, ouvir e perceber sons internos (o pulsar do coração da mãe, por exemplo) e também reagir a estímulos externos, expressando-se por meio de chutes, pontapés, movimentos bruscos, rápidos, intensos. Assim, parece-nos que uma maior convivência do pai com o filho, antes do nascimento deste, mostra-se importante, e na medida do possível necessário mesmo, vital para o desenvolvimento integral e completo da criança, pois esse vínculo afetivo estreito, verdadeiro, sob todos os ângulos benéfico, pode e deve iniciar-se o mais cedo possível, ainda na vida intrauterina.

4. Limitações e dificuldades para exercer o direito de visitas e o de convivência familiar

(Miguel Borghezán)

Dentro do espectro ampliado das providências pertinentes e mesmo necessárias ao regular e adequado amadurecimento e crescimento da vida humana que se desenvolve no ventre materno, também com recomendações e cuidados da experiência de avós e tias, de modo acentuado na primeira gestação, difícil pensar na presença e participação do pai

quando ele não é concretamente o marido/companheiro em plena comunhão de vida com a mãe. A rigor, parece que a só presença do pai, o estar próximo acompanhando a gravidez e gestação do filho no ventre materno, quando a comunhão de vida já findou por divórcio, separação de corpos ou de fato, tenderá a produzir na mãe (e ipso facto, no filho) apenas intranqüilidade, irritação e mal estar. Se houver insistência forçada, as coisas pioram, o clima pode ficar tenso e o resultado ser ainda mais desastroso, prejudicial para todos, de modo acentuado para o filho indefeso na barriga da agora intranqüila e nervosa mãe.

Por lógica conseqüência, desde logo nos parece que o primeiro pressuposto para o reconhecimento de eventual direito de visitas e de convivência do pai nessa especial condição do filho em formação, ainda no ventre materno, é que a medida não importe prejuízos, de qualquer ordem, para o desenvolvimento integral saudável da potencial criança, e nem à mãe. E essa análise deve ser feita de forma ampliada, abrangendo tanto a parte biológica/fisiológica quanto a psicológica. Aqui os princípios da proteção integral e do superior interesse da criança precisam ter compreensão ainda mais ampliada, segura e protetiva. Não será admissível por sob risco qualquer situação da natural estabilidade no desenvolvimento hígido e saudável do filho em formação continuada, no ventre da mãe. As leis da biologia também podem/devem contribuir protetivamente nesta fase especial, onde os olhos de expectativa e ansiedade da mãe fazem disparar o coração de pais e avós, pondo em permanente vigilância suas mentes. Exemplificativa e analogicamente, lembramos aqui grandiosas lições de vida deixadas pelo saudoso jurista Sobral Pinto, usadas na defesa do teórico e ativista marxista, o então ex-deputado alemão Harry Berger¹⁴, preso no levante comunista de 1935, que desafiou o imenso e consolidado poder de Getúlio Vargas. Registra a história que em 1937 o destemido causídico humanista, por convicção contrário ao comunismo, invocou como fundamento de defesa da vida humana em *Habeas Corpus* perante o controlado e militarizado Tribunal de Segurança Nacional¹⁵ a lei de proteção dos animais, objetivando livrar da pior sina o acusado Berger, já severamente torturado no

¹⁴ Assim registra a Wikipedia: “No caso do alemão Harry Berger, que também fora preso e severamente torturado após o mesmo levante (trata-se do levante comunista ocorrido em 1935, liderado por Luiz Carlos Prestes), Sobral Pinto exigiu ao governo a aplicação do artigo 14 da Lei de Proteção aos Animais ao prisioneiro, fato bastante inusitado” (www.wikipedia.pt/wiki/heraclito_fontoura_sobral_pinto, acesso em 03.03.2014). Trata-se do Decreto-Lei nº 24.645, de 10.07.1934. Para compreender a invocação do art. 14, citado na Wikipedia, é necessário ler o art. 13 da mesma norma, que transcrevemos:

“art. 13 - As penas desta lei aplicar-se-ão a todo aquele que infligir maus tratos ou eliminar um animal, sem provar que foi por este acometido ou que se trata de animal feroz ou atacado de moléstia perigosa”.

“art. 14 - A autoridade que tomar conhecimento de qualquer infração desta lei, poderá ordenar o confisco do animal ou animais, nos casos de reincidência”. Registramos que Sobral Pinto também foi advogado de Luiz Carlos Prestes, no levante comunista de novembro de 1935.

¹⁵ O Tribunal de Segurança Nacional (TSN) foi um órgão da justiça militar do Brasil criado pela lei nº 244, de 11.09.1936, durante o primeiro governo de Getúlio Vargas. Tinha o objetivo de julgar matérias ligadas à segurança nacional durante períodos de guerra; Foi extinto em 1945 com o fim do Estado Novo.

Este tribunal de exceção possuía a função de julgar crimes políticos e contra a economia popular. Sua criação teve início em 1935, e em 1936 assumiu uma forma instrumental onde os atos para julgar tais tipos de crimes passaram a ser realizados por um Tribunal Militar, cujas atividades voltavam-se contra grupos comunistas. Posteriormente, com uma maior instrumentalização, sua estrutura passou a ser prevista pela Constituição de 1937, nos artigos 122, 141 e 172. (pt.wikipedia.org/wiki/Tribunal_de_Segurança_Nacional, em 11.06.2014).

cárcere – o que em grande parte conseguiu. As leis naturais da biologia podem acabar por produzir alguma incidência protetiva benéfica importante também neste caso, em pontos onde a maternidade humana mostrar-se necessitada, carente, fragilizada, quando a proteção das normas jurídicas produzidas pelo Estado não for adequada e suficiente.

Contudo, essas limitações e dificuldades, embora consideráveis em termos gerais, não podem impedir sem mais que o pai possa, de modo saudável, complementar e em tom extraordinário, participar do desenvolvimento do filho amado mesmo quando ele ainda está no ventre materno. Os benefícios que a medida poderá produzir seguramente serão, em si e de per si, causa biológica e jurídica suficientes para construir modelo seguro que permita algum contato natural, biológico, lingüístico, semântico, sensitivo, característico de afeto entre o pai e o filho em desenvolvimento. A partir do momento em que a medicina e a psicologia confirmem que a presença, o contato biológico natural, sensível e afetivo do pai com o filho no ventre materno produzirá, com certeza, bons fluidos, bom proveito, bons resultados, a visitação e a convivência próxima do pai ao filho não pode ser impedida injustificadamente, por abuso da mãe ou razões formais do Estado. É evidente que essa visitação e convivência extraordinárias precisam e devem em geral ser acompanhadas de profissional especializado, a fim de que não se converta em causa e fonte de problemas e prejuízos ao filho em desenvolvimento, nem consista em meio/modo que possa alterar a tranqüilidade, segurança e saúde da mãe. Ninguém, em sã consciência, poderá impor a visitação e a convivência do pai ao filho em formação no ventre materno sem que a medida seja antes analisada por profissionais técnicos especializados, inclusive com parecer médico e psicológico sobre os prováveis efeitos (favoráveis ou desfavoráveis) que a presença física do pai, próximo do filho em formação e, por óbvio, do ventre da mãe, tenderá a produzir, provocar e causar.

Nesta fase, a proteção da criança em formação deverá ser no grau máximo, integral, total, ampliada, irrestrita e plena, afastando-se quaisquer riscos que a medicina, a psicologia e o direito conheçam (ou venham conhecer no futuro), visto que eventuais seqüelas poderão produzir traumas, problemas ou efeitos negativos (físicos e/ou psíquicos) para o resto da vida dessa frágil criatura, pessoa humana potencial. Não há dúvida de que, se o Estado-Juiz autorizar a visitação e/ou a convivência sem as cautelas e os cuidados devidos, necessários, poderá produzir danos irreversíveis, e por isto ser responsabilizado então pelas conseqüências gravosas advertidas pela medicina ou a psicologia nos autos do processo, ao tempo da pretensão manifestada pelo pai. Em qualquer caso, a autorização para visita e convivência do pai com o filho em formação no ventre da mãe deverá sempre produzir, com a certeza possível, dentro dos níveis do conhecimento existentes, só e só benefícios, vantagens e resultados favoráveis a todos. Os interesses dos pais devem ser considerados secundários ante o caso concreto e em situação de dúvida, visto que o direito deve primeiro proteger e resguardar de modo decisivo os incapazes, os que não podem por si só defender-se e, conseqüentemente, dependam por inteiro da atuação de representantes do Estado, em especial do Poder Judiciário. A existência de algum eventual acordo prévio escrito entre o pai e a mãe sobre o assunto deverá ser interpretado sob esse sentido maior,

pois o ajuste convencional dos genitores não poderá se sobrepor aos prioritários e superiores interesses e direitos da criança em formação.

Já se sabe que a estabilidade de uma pessoa depende do equilíbrio natural que existe naturalmente e deve continuar a existir entre suas complementares forças e funções, biológicas e psicológicas. A construção desse equilíbrio inicia, com certeza, ainda no ventre materno. A integridade psíquica constitui um dos elementos fundamentais dos direitos da personalidade¹⁶ (arts. 11 a 21, do Código Civil), pois permitirá que o ser em desenvolvimento possa, após nascer, reconhecer nas diferenças quem lhe dá proteção, afeto, amor e cuidado, moldando, pelo exemplo, boa parte dos valores e fundamentos de vida desde o início da formação. A psicanalista e advogada Giselle Câmara Groeninga indica noção segura do que deve ser entendido por integridade psíquica:

A integridade psíquica é o resultado do livre desenvolvimento da personalidade para o quê se fazem necessárias condições mínimas de sobrevivência digna – que atenda à vida e à condição humana. O estado de privação obviamente gera um estado de desconfiança e vitimização que afetará toda a personalidade. São também essenciais as experiências com mãe, pai ou substitutos, em uma estrutura familiar – com a diferença essencial de funções e gerações¹⁷.

Cabe perceber que a integridade psíquica é resultado de um conjunto de fatores que formam, conformam e informam a personalidade de toda e qualquer pessoa humana, e tem início já no ventre materno. O desenvolvimento da personalidade há de ser livre, dentro do contexto amplo do espírito humanista e das liberdades públicas protegidas pelo Estado de Direito, acrescido de valores culturais, éticos e morais complementares da família e da comunidade. Nesta altura mostra-se necessária alguma noção de *personalidade*, para melhor apreender, perceber e compreender os âmbitos, sentidos e significados da integridade psíquica. Recorremos a um dicionário especializado para transmitir ao leitor especificidades ampliadas, próprias e pontuais, e assim permitir segura compreensão. Nicola Abbagnano define *personalidade* como

a organização mais ou menos estável e duradoura do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa: organização que determina sua adaptação total ao ambiente. O caráter denota o sistema de comportamento conativo (vontade); o temperamento denota o seu sistema de comportamento afetivo (emoção); o intelecto, o seu sistema de comportamento cognitivo (inteligência); o físico, o seu sistema de configuração corpórea e de dotação neuro-endócrina, sendo todos estes elementos mais ou menos estáveis e duradouros¹⁸.

Nesse contexto percebemos a amplitude, dimensão e importância da função paterna para a formação, estruturação e regular desenvolvimento saudável, organizado e hígido da integridade psíquica de um filho. A imensa responsabilidade precisa considerar os quatro sistemas que constroem e moldam a personalidade do ser humano, cujas ações e condutas devem sempre buscar promover o equilíbrio natural entre vontade, emoção, inteligência e a

¹⁶ Sobre *Direitos da Personalidade nas Relações de Família*, ver artigo com ampla abordagem de Mário Luiz Delgado. In Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 679 a 739.

¹⁷ Gisele Câmara Groeninga. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 439 a 455 – transcrito da p. 452.

¹⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Editora Mestre Jou, p. 327.

configuração corpórea. Parece-nos fora de dúvida que a adequada construção de condições ideais para a formação da personalidade produzirá força interior bastante para enfrentar o mundo, auto determinar-se e conduzir-se dentro da organização familiar e sócio-jurídica, inclusive podendo analisar, fazer julgamentos, contrariar *standards* e modelos postos, pensamentos, condutas, estereótipos havidos por dominantes, e até construir e implementar nova linha de conduta pessoal e social, diversa da inicialmente transmitida pela família. Mas para poder ter condições de fazer isto é preciso de autonomia, estar seguro, saudável e equilibrado nos âmbitos do caráter, do temperamento, do intelecto e do sistema físico (neuro-endócrino), o que reclama integridade psíquica e hígida personalidade.

Eis um pouco das causas determinantes da importante presença de ambos os pais para a construção desse equilíbrio sistêmico amplo, central e fundamental ao filho. Já não há mais dúvida de que esse equilíbrio pode e deve ser edificado desde as primeiras condições de vida possíveis, quando ainda no ventre materno. Ausente um dos pais, as dificuldades e riscos serão crescentes, que podem vir a lume e tornarem-se imensos e intensos mais tarde, os quais podem entremostrarem-se por meio de ações e reações em parte incompreensíveis, incongruentes, desajustadas, vistas até como desequilibradas. É para produzir um maior equilíbrio e evitar problemas futuros que sugerimos à discussão de todos a instituição do direito de visitas e o de convivência do pai para com o filho em formação, ainda no ventre materno. Com mais razão caberá reconhecer esses direitos e instituir um regime de visitas e de convivência saudáveis e engrandecedores quando ocorrer o nascimento prematuro, e o filho ainda se encontrar em maternidade neonatal. Muito importante perceber que o interesse cuidadoso do pai merece a atenção do direito. As dificuldades para estabelecer de modo concreto um coerente e adequado *regime de visitas* e um modo de convivência saudável nos desafiam, mas isto não pode determinar a negação do direito do filho ter a visita e a convivência com o pai. O filho tem o direito de ter desde cedo a proximidade, a presença amorosa, cuidadosa e carinhosa também do pai. Impedir isto será maldade e até crueldade com uma indefesa criança.

Falamos aqui em defesa dos direitos de quem verdadeiramente é *pai*, em seu significado ampliado e abrangente, não daquele que é confundido com o simples progenitor ou reprodutor biológico. *Pai* aqui tem sentido incomensurável e dinâmico, denso em conteúdo, intenso em sentimento, amplo e pleno de cuidados, transcendendo o aspecto registral estrito. É esse pai que deseja e precisa necessariamente participar, auxiliar e cuidar do filho, contexto cujo significado jurídico vai muito além dos efeitos formais derivados da transmissão dos caracteres biológico-hereditários, ou do simples pagamento de pensão alimentícia e outros auxílios materiais. Mister consignar aqui que nem tudo na vida é dinheiro, e o que tem efetivamente valor não há dinheiro que pague. É o caso do amor, do afeto, do cuidado, do carinho, da atenção, do respeito, da proteção e dignidade, isto não tem preço que pague. São valores insubstituíveis, incomensuráveis e significantes para a vida toda de uma pessoa, estão fora do comércio, de farmácias e drogarias. O amor da mãe e o do pai ao filho em formação, estão dentro desse contexto superlativo.

É para o engrandecimento de todos e de cada um dos partícipes da relação familiar que apresentamos e defendemos essas idéias e medidas, cujos resultados por certo haverão de favorecer o pleno desenvolvimento das pessoas assim tratadas e cuidadas, as quais interagirão nos variados *fronts* da vida com autonomia, espírito público, sentimento de igualdade, solidariedade, amor, segurança e verdade, abominando todas as formas de violência. Por meio dessa conduta pensamos que o direito cumprirá sua insuperável função de produzir justiça e paz, protegendo amplamente o valor humano da dignidade, visto que os resultados certamente serão favoráveis nos âmbitos individual, familiar e social. O

sentido humanista, democrático e cidadão nesse contexto será mais consistente, firme e forte, permitindo o estabelecimento de relações saudáveis, a convivência mais tolerante e sadia de contrários, os quais poderão agir e interagir de modo dialético para o bem, exigir conjuntamente condutas públicas sérias no interesse do bem comum, produzir laços de afeto verdadeiros, na direção do que é justo, promovendo o crescimento ampliado de todos, com fortalecimento especial de cada pessoa, na família e na sociedade em geral.

Para além desses fundamentos principais das ciências humanas aplicadas, com realce para o direito, facultar-se-á ao pai também a possibilidade certa de colaborar na verificação de doenças hereditárias, as de cunho genético e as sexualmente transmissíveis, de uma maneira ampla e geral, aquelas que possam afetar o regular desenvolvimento e a saúde do nascituro, passíveis de serem descobertas, diagnosticadas e até medicadas antes do nascimento do filho. Essa situação valorosa, de precaução e prevenção da higidez física e mental, torna ainda mais ampliado e elasticado o espectro de atuação elevada e de colaboração cuidadosa do pai. O bem-estar do filho é a causa final do direito de visitas e do de convivência. Neste ponto insere-se com peso e importância em níveis diferenciados e superlativos a participação dos pais com formação na área da saúde, e os estudiosos dela. No fundo, tudo isto contribui para valorizar a grandeza e dimensão expressiva do amor sem limites entre pais e filhos, que deve merecer consideração copiosa, amparo abundante e protetivo do direito, desde o princípio da vida, ainda no ventre materno.

Pertinente incluir aqui outros pontos de intervenção especializada na saúde humana, como casos de gravidez ectópica¹⁹, por exemplo, onde mãe e filho podem enfrentar sérios riscos de morte, gravíssimos e extraordinários, determinantes mesmo de urgência e emergência médica, nas mais das vezes com necessária interrupção precoce da gravidez para salvar a vida da mãe. Assim também em casos de afecções benignas no útero, no endométrio, na trompa de Falópio e na pelve (ou pélvis), inclusive em situações tormentosas como no rastreamento do carcinoma ovariano e uterino. Eis mais razões fundamentais para reconhecer o direito de visitas e o de convivência do pai ao nascituro, organizando-se algum regime benéfico para seu exercício, acompanhado e orientado. Por conta desses suportes específicos é que pedimos e contamos com a contribuição de um profissional médico especializado no presente trabalho, permitindo melhor compreensão e visão situacional, com análise e apreciação numa perspectiva interdisciplinar do tema.

5. Possibilidade de verificar doenças hereditário-genéticas, DSTs e outros meios extraordinários para exercer o direito protetivo

(Terezinha Leão de Oliveira)

A gestação de uma nova vida provoca grande alegria e realização para a mulher. Na gravidez, o corpo feminino apresenta transformações que garantem o desenvolvimento do feto e preparam seu nascimento. O psiquismo da mulher também necessita de alterações peculiares à nova identidade que começa a surgir, a de mãe.

¹⁹ O que é gravidez ectópica? Após a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, que ocorre na porção da trompa que está em contato com o ovário, o ovo fecundado caminha pela trompa em direção ao útero por duas semanas, onde por meios fisiológicos irá aninhar-se e desenvolver-se. Porém, em aproximadamente 2% (dois por cento) das gestações o ovo sofrerá algum desvio, e irá fixar-se anormalmente em qualquer parte do trajeto entre o ovário e o útero, ou até bem distante dali, como no caso da *gravidez hepática*. A isso em medicina chamamos de Gravidez Ectópica, que é a implantação da gravidez fora da cavidade uterina. “A demonstração de um embrião vivo extra uterino é o único achado que indica a presença de gravidez ectópica com certeza absoluta”. David A. Nyberg. *Gravidez Ectópica*. cap 6, p. 113.

Porém, não é só a mulher que passa por adaptações e transformações durante a gravidez, que se constitui um fenômeno diferenciado na vida de um casal. Dessa forma, o homem tende a participar cada vez mais ativamente da gestação e do processo de desenvolvimento intrauterino integral do filho, que pode e deve ser vivido a dois.

O papel da mãe é essencial para a formação do psiquismo (parte psicológica) do futuro bebê. Os acontecimentos que envolvem o binômio **mãe-filho**, e até o trinômio **mãe-pai-filho**, são fundamentais para a adequada estruturação da personalidade do pequeno ser. Já está amplamente reconhecida pela ciência a relevância do vínculo materno-infantil desde o útero para o desenvolvimento emocional, social e cognitivo saudável da criança, e ao longo de toda a sua vida. A atitude emocional da mãe orienta o bebê hoje e a pessoa de amanhã, conferindo-lhe a qualidade de seu estado interior e sua experiência de vida, os quais servem como base orientadora e núcleo duro da vida psíquica em formação.

Contudo, hoje procuramos descobrir e reunir a força da relação **mãe-pai-bebê** para construção do psiquismo do bebê para o futuro, o qual começa de fato no período pré-natal, quando os pais, baseados em informações médicas sobre o sexo do bebê e a sua movimentação dentro do útero, começam a interagir com o feto e depois bebê, acentuando a comunicação recíproca na fase de nascituro.

A vida em formação no estágio de feto já demonstra capacidade de audição desde a sexta semana da gravidez, podendo reconhecer a voz dos pais e os batimentos cardíacos de sua mãe. Além das vozes de seus pais, essa criatura extraordinária está plena de vida e é capaz de captar todas as emoções que acompanham a gama de relações com os pais. Dessa forma, o bem estar físico e emocional da gestante e a presença do pai são essenciais para promover boas condições para o adequado crescimento e desenvolvimento fetais, evitando o nascimento de recém-nascidos com recorrentes problemas de baixo peso, hiperatividade, dificuldades alimentares e a considerável possibilidade de apresentar futuros distúrbios psíquicos.

A gestação não pode ser encarada como um momento especial só para a mulher/mãe. O homem/pai pode e deve compartilhar os sentimentos de alegria, tristeza, preocupação, medo, sonhos, fantasias e angústias, embora com características e intensidade diferentes das da mãe. O papel multifacetário do pai na gravidez tem sido cada vez mais valorizado e reconhecido.

Os maus-tratos que eventualmente inflige na gestante ou o abandono dela pelo companheiro podem afetar profundamente o feto e o nascituro em seu normal, regular e integral desenvolvimento.

O pai não carrega o filho no ventre durante os nove meses da gestação, nunca o amamenta depois de nascido e só ocasionalmente permanece ao lado do filho tanto tempo quanto a mãe. No entanto, é natural e biologicamente indiscutível a possibilidade de que o vínculo que se forma entre pai e filho pode ser tão importante, forte e vital quanto o vínculo que se forma entre mãe e filho.

O que o pai de modo mais singelo pode fazer? Ele pode manter contato físico com o seu filho por meio de carícias no abdome materno e ainda comunicação verbal com o feto/nascituro que lhe escuta dentro do útero. “Conversar com uma barriga” pode parecer

um pouco estranho ou até constrangedor, mas é por intermédio dessa atitude que o feto/nascituro se sente amado, desejado, compreendido e respeitado. Deve mostrar-se disponível e participativo nas tomadas de decisões que envolvam o futuro bebê. Cabe a mãe deixar que ele se aproxime do feto/nascituro para contato físico ou no mínimo comunicação verbal, incluindo-o desde cedo nessa afetuosa e grandiosa experiência.

Durante o pré-natal a gestante deve ter acesso a exames laboratoriais (sorologias, dosagens bioquímicas, etc.) e de imagem (ultrassonografia obstétrica, etc.), cujo objetivo é detectar eventuais problemas, má-formações e patologias o mais precoce possível e intervir de forma eficaz a fim de garantir o bom desenvolvimento e reduzir riscos à saúde da mãe e do feto/nascituro. Durante a realização desses exames podem ser detectadas doenças congênitas e hereditárias, má-formações congênitas que poderão consistir desde um pé torto congênito até alterações irreversíveis como a Síndrome de *Down*, ou ainda má-formações complexas que necessitam de múltiplas cirurgias e cuidados especiais que decorrem de “acidentes” durante a vida embrionária, as quais podem afetar seriamente um ou mais sentidos, levando a uma dependência para toda a vida caso não possam ser tratadas ainda no útero, como são os casos de hidrocefalia, mielomeningocele, e encefalocele. Quando o pai for da área da saúde ou mais esclarecido nesse âmbito, poderá auxiliar na descoberta desses problemas e patologias, contribuindo de modo importante e até decisivo para a vida saudável do filho após o nascimento.

A presença do pai na sala de parto para acompanhar o nascimento do filho tem sido cada vez mais estimulada e incentivada. Desse modo a mãe normalmente sente-se mais segura, estável e confiante, enquanto o pai tende a interagir durante todo o processo podendo encorajado e orientado até cortar o cordão umbilical.

Alterações também podem ocorrer durante o parto, apesar de todos os cuidados com a mãe e o feto/nascituro tomados durante a gravidez. Essas intercorrências podem levar a redução do aporte de oxigênio ao feto/nascituro no período perinatal chegando a produzir lesão cerebral de graus variados, conduzindo às paralisias cerebrais, que podem ter graus variados.

A aceitação de uma malformação pela criança e demais pessoas do círculo familiar é mais fácil quando os pais a aceitam previamente e organizam-se para propiciar condições adequadas ao desenvolvimento dessa criança assim esperada, tomando previamente as devidas providências que favoreçam sua adequada evolução.

Se a chegada de uma criança normal para um casal que está separado de fato ou divorciado pode vir a ser uma experiência por vezes em alguns aspectos conflitante, é de indagar-se como será a chegada de uma criança especial, cuja necessidade de auxílio especializado e apoio ampliado será para a vida toda? Salvo raras exceções são as mães que abdicam de vida pessoal, social e até da carreira profissional (total ou parcialmente) para se dedicarem ao cuidado com essa criança especial.

A banalidade, como o sexo é vivido nestes tempos cheios de riscos em nosso país, gera relações instáveis e imaturas, podendo gerar também filhos indesejáveis. A vivência diária em maternidades públicas põem médicos ginecologistas, obstetras e pediatras de frente com uma realidade preocupante, onde grande parcela das mães que chegam ao nosso

serviço sequer sabe o nome do pai do bebê que esperam. E outras vezes, a pessoa do sexo masculino, gerador daquela vida em desenvolvimento, nem imagina que um filho seu está para nascer. Dentro dessa realidade, parece grandioso sob o ponto de vista médico permitir àquele que deseja ser pai, além de gerador biológico de uma vida, tenha a possibilidade de participar o mais cedo possível do processo de desenvolvimento integral do seu filho, acompanhando a mãe grávida e mantendo alguma convivência com o bebê em formação, mesmo quando ele ainda é apenas feto e nascituro no ventre materno.

6. Esperanças palavras finais

(Miguel Borghezán)

Nesta altura do desenvolvimento da ciência, especialmente na área da saúde com a decodificação do genoma humano, o direito não pode ficar isolado no passado, preso a concepções e compreensões conservadoras, reducionistas, supondo que com essa atitude, em tudo ultrapassada, ainda poderá continuar a promover/realizar o valor justiça no seio da sociedade, diante desse renovado mundo. O aperfeiçoamento dos processos humanos pelas vias ágeis da informática, da telemática e da internet é realidade material e virtual. Hoje temos problemas, interações e condutas que nos surpreendem por conta da impressionante evolução do conhecimento, das tecnologias e técnicas, da área médica e dos meios de comunicações. Em termos gerais, o direito até poderá proclamar ainda os fundamentos superiores de nossa vida e convivência, mas sem evoluir não conseguirá responder e corresponder às novas realidades e expectativas com justiça. É necessário aperfeiçoar, melhorar a administração da justiça, realizar um *upgrade* para poder tornar mais concretos os efeitos do princípio da igualdade material. Nessa direção pensamos que uma de suas principais funções, nas palavras da Constituição portuguesa, é a de propiciar a todos e cada um o “direito ao desenvolvimento da personalidade”, uma espécie de “direito moral à felicidade”, na grandiosa expressão do eminente, acatado e catedrático professor da Universidade de Coimbra, Francisco Pereira Coelho²⁰, hoje na altura da sabedoria dos seus 90 (noventa) anos. Precisamos reconhecer que há uma escada de valores a serem vistos e analisados. A base inicial é a lei, norma geral que a todos obriga igualmente; mas o direito está um degrau acima porque é mais do que a lei; e a justiça está em ponto ainda mais elevado, valor que nos conforta, acalma e apascenta. Caminhar e evoluir nessa direção é medida técnica e ética, preciosa razão da dinâmica da vida e das realidades. Assim também deve ser na interpretação das normas (em sentido amplo), para poder-se reconhecer e assegurar novos direitos, tendo em conta ser a omissão o pior dos pecados.

A lentidão conservadora, a demora formalista do Judiciário fará com que a Justiça acabe sendo mais e mais agredida, malferida, arranhada na sua essência equitativa. É certo

²⁰ Essa elevada referência o eminente Prof. Dr. Francisco Pereira Coelho, catedrático de direito privado em Coimbra (aposentado), na altura dos seus admiráveis 89 anos de existência digna, fez em correspondência pessoal a dois dos co-autores deste artigo (Miguel e Tânia Borghezán), datada de 12.03.2014, por meio do amigo comum e Conselheiro da Suprema Corte de Portugal, Joaquim José Sousa Dinis, após receber e comentar um artigo dos dois (*Ilha do Sabiá: Pluralidade familiar, Poligamia e Felicidade*, apresentado no IX Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM, em Araxá, 2013). NP.

que para tentar evitar esse desrespeito e desprestígio podemos recorrer à normatividade dos princípios, uma das preciosidades maiores do pós-positivismo, onda que mostra-se benéfica para auxiliar a resolver adequadamente, com justiça pronta e expedita, as questões mais tormentosas e prementes. A força normativa dos princípios pode fundamentar suficientemente decisões judiciais e administrativas, comandando mudanças importantes sob a égide da justiça, mesmo na ausência de leis e regras específicas. As novas bases, fundamentos e valores humanos, derivados da teoria social, exigem essa tomada de consciência e atuação. As questões podem ser decididas apenas com base nos princípios, em razão da normatividade deles, com mais razão quando são derivados da textura constitucional. Mostra necessário considerá-los, tê-los em conta na tomada de decisões em âmbito geral, de modo especial no Judiciário, último bastião e socorro da cidadania e da Justiça nas condutas humanas. Sem essa dimensão evoluída a atuação do Estado será retrógrada, incongruente, ultrapassada, sem respaldo verdadeiro atual para amparar por inteiro todos os legítimos projetos de ideais e sonhos de felicidade das pessoas.

Para melhorar essa situação parece necessário proteger e amparar o começo da vida, onde a autonomia, a segurança, a estabilidade e o equilíbrio da pessoa são forjados. E ninguém mais duvida de que a força e o vigor dessa base central, fundamental, precede o nascimento de um filho. Mais do que imaginar como será a existência de um ser ainda em potência, em desenvolvimento, os pais podem/devem atuar desde cedo, de modo preventivo, e assim contribuir para o integral, pleno e saudável desenvolvimento deste ser amado. Em substância, essa compreensão elevada é medida que pode exigir (e nas mais das vezes exige) a colaboração, o cuidado e o auxílio de ambos os pais em benefício do filho, e isto pode/deve ocorrer ainda no ventre, antes do nascimento dele. É justamente essa atuação preventiva favorável que engrandecerá os filhos e os pais perante os semelhantes, o Estado e o mundo, considerando os elevados efeitos e resultados que poderá produzir em prol da vida saudável e da dignidade humana. Leia com atenção o relato emocionado de Lorena, mãe de Samuel, que dimensiona e ilustra mais o assunto versado neste artigo:

E a cirurgia fetal promete reverter não só a mielomeningocele, mas também tumores nos pulmões. Até hoje, duas crianças com a doença foram operadas ainda no útero. Este foi o caso de Samuel, de apenas dois meses. “Eu fui ao ginecologista e ele disse que era para eu não ter esperança que o neném ia falecer dentro da barriga, ou morrer logo depois. Como ele não tinha pulmão, não tinha como respirar e ia morrer. A gente saiu desesperado sem ter para onde correr. E descobrimos a cirurgia. Quando ele nasceu, a minha maior vontade era ver ele chorar. Na hora que eu vi ele chorando já agradeci muito pelo milagre. Foi muito emocionante”, disse Lorena, mãe do pequeno Samuel.

(www.gshow.globo.com/maisvoce/cirurgiafetal/3223, acesso em 22.03.2014).

Nesse caso foi da mãe a iniciativa grandiosa ante a situação dramática do filho que não tinha condições de defender-se no ventre materno, mas em outras tantas poderá vir do pai esse cuidado especial, nomeadamente quando ele interessado, estudioso ou pertencer à área da saúde. Este exemplo é apenas um dos muitos aspectos positivos importantes que o reconhecimento dos direitos de visitas e de convivência do pai com o nascituro poderá

produzir. Para efetivá-lo recomendável prévio estudo interdisciplinar com profissionais que possam esclarecer, informar e dar segurança ao juiz, sem o que será temerário e mesmo estabelecer algum regime de visitas ou de convivência saudável, engrandecedor, favorável. O estabelecimento dessas visitas e da convivência, sempre que possível, deve ser derivada da consciência superior evoluída dos pais, para que as medidas não prejudiquem o filho e não agridam a estabilidade gestacional e a dignidade da mãe. Todas as medidas a serem tomadas nesse âmbito deverão ficar subordinadas, submetidas e condicionadas mesmo aos protetores princípios do superior interesse da criança e da proteção integral, amplamente aplicáveis ao nascituro, requisitos indispensáveis à estabilidade da mãe.

Registramos tramitar na Câmara Federal o Projeto de Lei nº 478/2007, que “dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências”. Nele conceitua-se nascituro como “o ser humano concebido, mas ainda não nascido”, incluídos os seres concebidos *in vitro*, os produzidos através de clonagem ou outro meio (art. 2º). A questão da personalidade jurídica também mantém-se como está, ou seja, “ao nascer com vida”, acrescentando-se que “sua natureza humana é reconhecida desde a concepção”, razão porque tem ele “expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e todos os demais direitos da personalidade” (art. 3º). Essa compreensão normativa parece-nos nada avançar do cenário de meados do Século XX para o atual, mantendo no geral o que já existia – o que mostra-se insuficiente. Já é tempo e momento de reconhecer e consignar que dentro do útero a criança em desenvolvimento passa por várias fases evolutivas, inclusive aquela a partir de quando já ouve, percebe, tem reações derivadas de apelos do mundo exterior, se expressa ao seu modo, demonstra sentimentos e exprime ter sensibilidade a estímulos, nomeadamente os vindos da mãe e/ou do pai. Nessa altura já tem grandes possibilidades de nascer e desenvolver-se de forma viável fora do útero materno, fase avançada importante do processo gestacional. No campo do direito estrito, talvez seja este o tempo e momento para chamá-lo de *nascituro*, eis que já pode nascer e desenvolver-se de modo integral fora do útero, sem problemas físicos ou psíquicos, formativos ou deformativos, ingressando de modo desafiador neste mundo complexo, difícil e cheio de riscos, onde vivemos. Mais que isto, propomos que o direito institua tratamentos jurídicos diferenciados para o ser em desenvolvimento no útero materno, conforme a fase em que se encontra. De acordo com cada uma das quatro fases principais trabalhadas pelas ciências médicas, sugerimos o debate aberto do direito para as seguintes alternativas para caracterização e tratamento jurídico do bebê em formação: a) *zigoto* (da fecundação até o final da segunda semana de existência, quando aninha-se no útero); b) *embrião* (da segunda até a oitava semana de existência, quando forma-se o sistema nervoso central, os aparelhos digestivo, respiratório e circulatório, e o coração começa a bater); c) *feto* (da nona semana de gestação até quando pode nascer e vicejar fora do útero, inclusive com auxílio de aparelhos especiais, período em que forma-se o esqueleto, olhos, dedos e todos os órgãos internos, o bebê começa a sugar, engolir e se movimentar, passa a perceber gostos e alterações de luminosidade, nascem-lhe cabelos, cílios, sobrancelhas, e formam-se os órgãos genitais); d) *nascituro* (quando já puder nascer e vicejar fora do útero, mesmo com auxílio de aparelhos especiais, que ocorre em geral a partir da vigésima sexta ou vigésima sétima semanas, aos seis meses

de vida, período em que o bebê começa a reconhecer sons externos, distingue a voz da mãe e a do pai, formam-se as digitais, passa a bocejar, dormir, rir, chorar, reage de modo mais intenso a estímulos externos, tais como risos fortes, choros sentidos, percebe sons diferentes de músicas, ouve sons e barulhos, retribui carícias, assusta-se com gritos, etc.). Para cada uma dessas fases naturais evolutivas o direito pode atribuir obrigações, cuidados, deveres, providências e direitos aos pais, tratamento que passará a ser então diferenciado, visando garantir o pleno desenvolvimento físico e psíquico saudável do bebê, para que ele possa ser só e só motivo de alegria, satisfação e emoção quando chegar ao nosso mundo.

Por último, cabe uma palavra sobre a necessidade de avançar, de progredir, de ir além dos limites e contornos hoje postos para a proteção da criança e do adolescente. E essas mudanças devem ser para melhor, para que de fato constituam alterações positivas da conduta individual, da convivência familiar e do contexto social. Esse evoluir há de ser seguro sob todos os aspectos, e para isto deve ter em conta a importância do princípio da proibição do retrocesso social²¹. Assim verificado e confirmado, nos parece certo que o estabelecimento de um direito de visitas e de convivência do pai com o nascituro será uma pronunciada mudança favorável, benéfica, produtiva de resultados promissores nos âmbitos individual, familiar e social. Cabe a todos e cada um de nós, em cooperação compartilhada, dar mãos à obra nesse nobre e elevado sentido, que mais não é do que um gesto de amor incondicional. As crianças, adolescentes e adultos do amanhã agradecerão, pois poderão construir seus ideais profissionais e os elevados sonhos de amor e felicidade em segurança, passando a ser defensores desses novos direitos, promotores da saúde física e mental. Grande é a nação que protege e cuida adequadamente dos seus filhos desde o ventre materno.

7. Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5 edição. São Paulo: Mestre Jou, 2007.

COELHO, Francisco Pereira. Professor catedrático de direito privado em Coimbra (aposentado), na altura dos seus admiráveis 89 anos de existência, em correspondência pessoal a dois dos co-autores deste artigo (Miguel e Tânia Borghezán), datada de 12.03.2014, por meio do amigo comum e Juiz Conselheiro aposentado da Suprema Corte de Portugal, Joaquim José Sousa Dinis, ao comentar o artigo dos dois (*Ilha do Sabiá: Pluralidade familiar, Poligamia e Felicidade*, apresentado no IX Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM, em Araxá, 2013). NP.

²¹ Sobre o assunto, doutrina de José Vicente dos Santos Mendonça. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. In Gustavo Binembojn (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, v. XII (Direitos Fundamentais), p. 218. Ver também Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 85 a 130.

DELGADO, Mário Luiz. In Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. In Gustavo Binembojn (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, v. XII (Direitos Fundamentais), p. 218.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo W. (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. In Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

NYBERG, David A; HILL, Lyndon M; BÖHM-VÉLEZ, Marcelo; e MENDELSON, Ellen B. *Ultra-sonografia Transvaginal*. Cap. VI. Gravidez Ectópica. São Paulo: Revinter, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Tânia Maria da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios consolidados na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, vol. 3, p. 89-109, jul./set. 2000.

TEJADAS, Sílvia da Silva. *Juventude e Ato Infracional: as múltiplas determinações da reincidência*. Porto Alegre: EDIPUC-RS, 2008.

http://www.crmrr.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21021:a-doutrina-de-protecao-integral-a-crianca&catid=46:artigos. Acesso em 09.05.2014.

www.wikipedia.pt/wiki/heraclito_fontoura_sobral_pinto, acesso em 03.03.2014.

www.gshow.globo.com/maisvoce/cirurgiafetal/3223, acesso em 22.03.2014.