

A ADOÇÃO DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mayummy Cyrne Tani

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Advogada.

Resumo— considerando os inúmeros casos de abortos e abandonos de recém-nascidos no Brasil, o presente artigo discute a possibilidade da adoção do nascituro na ordem jurídica. Para tanto, analisando as teorias doutrinárias natalista, concepcionista e da personalidade condicional, bem como o entendimento jurisprudencial dos tribunais do país, defende-se que o nascituro é sujeito de direitos e, logo, pode figurar como adotando em eventual processo de adoção. Diante da omissão legislativa do Código Civil de 2002, a partir do exame dos apontamentos controvertidos da doutrina e jurisprudência a respeito do tema, conclui-se pela possibilidade da adoção do ente concebido, especialmente, a modalidade *intuitu personae* à luz do princípio do melhor interesse da criança. Assim, a adoção do nascituro funcionaria como um instrumento jurídico na tutela dos direitos à vida e à convivência familiar da criança em todas as suas fases do desenvolvimento humano.

Palavras-chave— Nascituro. Sujeito de direitos. Personalidade jurídica. Adoção *intuitu personae*. Adoção do nascituro.

Sumário— Introdução. 1. O nascituro como sujeito de direitos na ordem jurídica interna. 2. A controvérsia acerca da possibilidade de adoção do nascituro. 3. A eventual adoção *intuitu personae* no direito brasileiro. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade da adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, a *intuitu personae*. Para tanto, abordam-se as controvertidas teorias doutrinárias e a jurisprudência dos tribunais pátrios, diante do silêncio legislativo a respeito do tema.

No que tange aos direitos do nascituro, verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil assegura o direito à vida (art. 5º, *caput*, CRFB) e o direito à convivência familiar (artigo 227, CRFB). No entanto, um enorme desafio imposto aos juristas brasileiros e aos demais membros da comunidade humana é o de efetivamente protegê-los.

Nesse cenário, embora inexistam dados oficiais completos sobre os números de abortos e do abandono de recém-nascidos no Brasil, é notável que tais violências contra crianças são uma realidade marcante na sociedade brasileira.



Assim, emerge a necessidade de examinar o cabimento da adoção do nascituro, como um instrumento jurídico cabível para coibir essas práticas e assegurar de forma efetiva os direitos e garantias constitucionais das crianças (nascituras e nascidas). Destarte, essa análise perpassa pela observação de algumas questões a seguir expostas.

Considerando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de quando se dá o início da personalidade jurídica da pessoa humana, pode-se entender que o nascituro é um sujeito de direitos? E, afinal, o nascituro pode figurar como adotando em um processo de adoção?

Além disso, tendo em vista a omissão legislativa do Código Civil de 2002 sobre a possibilidade da adoção do nascituro, analisando as posições doutrinárias acerca do tema, há se falar em sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro?

Ainda, a adoção *intuitu personae* é cabível no ordenamento jurídico brasileiro? A adoção *intuitu personae* é a que efetivamente adequa-se à situação do nascituro?

Posto isso, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho defendendo que ao analisar as teorias doutrinárias - natalista, concepcionista e condicionada - e a jurisprudência dos tribunais no Brasil sobre o início da personalidade civil da pessoa humana, o nascituro é considerado um sujeito de direitos na ordem jurídica interna. Em razão disso, pode figurar como adotando em eventual processo de adoção.

No segundo capítulo, por sua vez, objetiva-se demonstrar a compatibilidade da adoção do nascituro com o ordenamento jurídico pátrio, apesar da omissão legislativa do Código Civil de 2002 e da controvérsia doutrinária a respeito do seu acolhimento.

Por fim, no terceiro capítulo, examina-se o cabimento da adoção *intuitu personae* no direito brasileiro, tendo em vista as posições da doutrina e da jurisprudência. Dessa forma, procura-se concluir que tal modalidade é possível e, também, a mais adequada ao caso do adotando nascituro.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois a pesquisadora pretende mapear a bibliografia pertinente à temática em foco - legislação, doutrina e jurisprudência - analisada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar fundamentadamente a tese defendida.

1. O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITOS NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

Inicialmente, o Código Civil de 2002¹ prescreve em seu artigo 2º que a personalidade civil da pessoa humana se inicia do nascimento com vida, mas a lei protege os direitos do nascituro desde a concepção. Dessa forma, a partir da análise do mencionado dispositivo legal, emerge uma questão de alta investigação na doutrina acerca de quando se dá o início da personalidade civil humana.

Acerca desse questionamento, Caio Mário da Silva Pereira² apontava que o problema do início da personalidade jurídica “[...] fala de perto à indagação de quando tem começo a existência do ser humano confundindo-se numa só a resposta a ambas as perguntas.”

Nesse sentido, Gonçalves³ aponta que há três teorias explicativas da situação do nascituro, são elas: a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicional. Assim, vejam-se as bases de cada uma delas a seguir expostas.

A teoria natalista é adotada pela doutrina tradicional, estando entre os seus adeptos, Caio Mário da Silva Pereira⁴. Essa linha de entendimento, de acordo com a lição do doutrinador, compreende que o nascituro não é considerado uma pessoa, logo, não possui personalidade jurídica. Isso porque, se entende que esta última pressupõe a existência de duas condições, quais sejam, o nascimento e a vida.

Desse modo, o Código Civil brasileiro teria adotado a teoria natalista, explicando Pereira⁵ sobre o preenchimento dos requisitos supracitados o seguinte:

[...] é necessário e suficiente para preencher a condição do nascimento, que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria. A *vida* do novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca ox carbônica no meio ambiente. Viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que pereça em seguida. Desde que tenha respirado, viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical e a sua prova far-se-á por todos os meios, como sejam o choro, os movimentos e essencialmente os processos técnicos de que se utiliza a medicina legal para a verificação do ar nos pulmões [...].

Já a teoria da personalidade condicional, a qual se filia Miguel Maria de Serpa Lopes, Arnaldo Rizzardo e Washington de Barros Monteiro⁶ conclui que:

¹BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181.

³GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 19. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 39.

⁴PEREIRA, op. cit., p. 184.

⁵Ibid.

[...] discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade [...].

Em outras palavras, como também assevera Gonçalves⁷, esta teoria aduz que o nascituro é uma espécie de pessoa condicional, na medida em que seus direitos estão sob condição suspensiva, a saber, o nascimento com vida. Motivo pelo qual os citados civilistas prelecionam que se trata de um desdobramento da teoria natalista, visto que o nascituro seria apenas titular de uma expectativa de direitos.

No entanto, uma das críticas feita aos adeptos desta corrente do pensamento jurídico por Tartuce⁸ é a de que se estaria condicionando ser uma pessoa ou não aos direitos patrimoniais. Pois, afinal, uma pessoa não poderia ser considerada como tal apenas por sua capacidade de titularizar direitos patrimoniais, uma vez que existem os direitos pessoais, como o direito à vida, fonte primária dos demais direitos.

Por último, a teoria concepcionista defende que o nascituro é pessoa humana e, portanto, possui personalidade jurídica desde a concepção. Essa é considerada a corrente doutrinária majoritária e assinalada por Tartuce⁹, tendo como principais expoentes, Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal.

Segue nessa mesma toada, o Enunciado nº 1, do Conselho da Justiça Federal¹⁰, aprovado na I Jornada de Direito Civil preceitua que a proteção legal do art. 2º do Código Civil abrange os direitos da personalidade – nome, imagem e sepultura – do nascituro e do natimorto.

Outrossim, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a inviolabilidade do direito à vida, bem como possui como objetivo fundamental da República, a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação e o dever da família, da

⁶MONTEIRO apud GONÇALVES, op. cit., p. 40.

⁷Ibid.

⁸TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 126/127.

⁹Ibid.

¹⁰BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. *Enunciadonº 1*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/647>>. Acesso em: 05 out. 2021.



sociedade e do Estado de assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, consoante disposto nos artigos 3º, 5º e 227, da CRFB/88¹¹.

No plano infraconstitucional, o crime de aborto encontra-se classificado no Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no capítulo “Dos Crimes Contra a Vida” do ¹²Código Penal. Em suma, a vida do feto é o bem jurídico tutelado penalmente pela legislação brasileira, adotando-se a teoria concepcionista.

Além disso, Gonçalves¹³ destaca que há um sistema de proteção ao nascituro no ordenamento jurídico interno:

[...] assim, é obrigatória a nomeação de um curador, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art. 1.779); pode o nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único); pode receber doação (art. 542) e ser contemplado em testamento (art. 1.798); tem direito a uma adequada assistência pré-natal (ECA, art. 8º) [...].

Nesse liame, cumpre ressaltar também o advento da Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008¹⁴- lei dos alimentos gravídicos - como um marco na proteção dos direitos do nascituro e reforço à teoria concepcionista, embora Chinelatto¹⁵ critique a terminologia adotada pelo legislador. Isso porque o foco não deveria estar na mãe ou no estado biológico gestacional da mulher, mas sim no nascituro, que é o verdadeiro titular de direito dos alimentos.

Gonçalves¹⁶ frisa que o Supremo Tribunal Federal possui um entendimento controvertido acerca das teorias do início da personalidade jurídica. Desse modo, com a finalidade de exemplificar a polêmica, o referido jurista menciona alguns julgados da Corte Suprema.

O primeiro é o julgamento do RE nº 99.038, no ano de 1993, em que a 2ª Turma do STF¹⁷ decidiu que a proteção do nascituro é apenas da expectativa do direito, caso ele venha a

¹¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹²BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹³GONÇALVES, op. cit., p. 40.

¹⁴BRASIL. *Lei nº 11.804*, de 5 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

¹⁵CHINELATTO apud TARTUCE, op. cit., p. 131/132.

¹⁶GONÇALVES, op. cit., p. 40.

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 99038 MG*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14685789/recurso-extraordinario-re-99038-mg>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

nascer vivo. De outra forma, na Reclamação nº 12.040/DF, por seu Tribunal Pleno¹⁸, fora reconhecido o direito ao reconhecimento da filiação do nascituro com a garantia da perfilhação.

Outrossim, Gonçalves¹⁹ afirma que na ADI nº 3.510/2008²⁰, em que fora declarada a inconstitucionalidade da autorização legal para a manipulação de células-tronco de embrião excedentário sem finalidade reprodutiva, o relator destacou que apenas seriam pessoas físicas as que sobrevivessem ao parto. Ou seja, nessa perspectiva, adotou-se a teoria natalista.

Por outro lado, Tartuce²¹ aponta que a teoria concepcionista é acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, cita alguns julgados, entre eles: a) o reconhecimento de dano moral ao nascituro pela morte de seu genitor antes do seu nascimento no REsp nº 399.028/SP²², 4.^a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.02.2002, *DJ* 15.04.2002, p. 232; b) o reconhecimento de dano moral ao nascituro no caso envolvendo Rafinha Bastos e Wanessa Camargo, então grávida, no REsp nº 1.487.089/SP²³, 4.^a Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 23.06.2015; c) o tratamento igualitário entre filhos nascidos e o nascituro na hipótese de acidente do trabalho que vitimou o seu genitor no REsp nº 931.556/RS²⁴, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.06.2008, *DJe* 05.08.2008 e d) a indenização do seguro obrigatório por acidente de trânsito - DPVAT – em razão da morte do nascituro no REsp nº 1120676/SC²⁵, 3.^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 12.040 DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/141710782/reclamacao-n-12040-do-stf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

¹⁹GONÇALVES, op. cit., p. 40.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=61172>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²¹TARTUCE, op. cit., p. 128/133.

²²BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 399082 SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=20020415&formato=PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1487089 SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 931556 RS*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790512/recurso-especial-resp-931556-rs-2007-0048300-6/inteiro-teor-12802310>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1120676 SC*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19127963/recurso-especial-resp-1120676-sc-2009-0017595-0-stj>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.12.2010, *DJe* 04.02.2011 e no REsp nº 1.415.727-SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.09.2014, *DJe* 29.09.2014²⁶.

Pelo exposto, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria concepcionista, de maneira que o nascituro é considerado pessoa e, portanto, sujeito de direitos. Em razão disso, vislumbra-se que caso seja cabível a adoção do nascituro, esse terá legitimidade para figurar como adotando em eventual processo de adoção.

2. A CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DO NASCITURO

Após a conclusão de que o nascituro é sujeito de direitos na ordem jurídica, de acordo com a teoria concepcionista, cabe o exame acerca do cabimento da adoção daquele ente concebido e ainda não nascido no Direito brasileiro.

Sérgio Abdalla Semião²⁷ preleciona que o Código Civil de 1916²⁸ em sua redação original possuía previsão em seu artigo 372²⁹ de que não se poderia adotar sem o consentimento da pessoa, debaixo de cuja guarda estivesse o adotado menor ou interdito.

Contudo, como aponta Abdalla³⁰, a Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957³¹ alterou a redação original do supracitado dispositivo legal, a fim de assentar que não é possível a adoção sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal, tratando-se de incapaz ou nascituro. Destarte, por meio desta alteração legislativa passou a ser nítido o acolhimento do instituto da adoção do ente concebido e não nascido.

Posteriormente, o autor³² afirma que a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990³³ (Estatuto da Criança e do adolescente) reproduziu o teor original do já revogado art. 372 do Código Civil de 1916³⁴, dispondo acerca da necessidade de consentimento dos pais ou representantes legais do adotando, sem mencionar o nascituro.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 547*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/informjurisdata/issue/view/661/showToc>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁷SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2000, p. 80.

²⁸BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

²⁹Ibid.

³⁰SEMIÃO, op. cit., p. 80.

³¹BRASIL. *Lei nº 3133*, de 8 de maio de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3133.htm#:~:text=LEI%20No%203.133%2C%20DE,Art>. Acesso em: 13 fev. 2022.

³²Ibid.

³³BRASIL. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 28.

Entretanto, o Código Civil de 2002³⁵ silencia acerca da possibilidade da adoção do nascituro. Por isso, em razão da referida omissão legislativa, cumpre perquirir as posições doutrinárias sobre o tema.

Para autores como William Artur Pussi³⁶ não seria possível a adoção do ente concebido e não nascido. Na medida em que o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁷ ao tratar do tópico da adoção não menciona os nascituros, mas apenas crianças e adolescentes, além de ser necessária a intervenção judicial.

A civilista Maria Berenice Dias³⁸, por sua vez, também defende a impossibilidade da adoção do nascituro. Isso porque configuraria uma adoção *intuitu personae*, a qual não seria cabível pela necessidade de um estágio de convivência entre o adotante e o adotado, bem como em razão de uma apontada incompatibilidade entre o nascimento da criança (acontecimento incerto) e a natureza do regime definitivo de parentesco.

Além disso, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³⁹ mencionam que o Brasil encontra-se comprometido com a Convenção de Haia⁴⁰. E, esse diploma internacional à luz do princípio de proteção das crianças, enuncia em seu artigo 4º, letra “c”, item 4 que o consentimento da mãe na adoção deve ser manifestado após o seu nascimento.

Todavia, considerando que o nascituro é pessoa humana e sujeito de direitos, conforme o prisma da teoria concepcionista, não há se cogitar a impossibilidade da adoção daquele no ordenamento jurídico pátrio. Assim, com a devida vênia, defende-se que a corrente doutrinária, a qual preconiza uma incompatibilidade entre o mencionado instituto e o Direito brasileiro, não merece prosperar, sob pena de violação à isonomia e aos direitos do nascituro.

Nessa perspectiva, ao dissertar brilhantemente acerca da tutela civil do nascituro, Silmara Juny A. Chinelato e Almeida⁴¹:

[...] professa a possibilidade de adoção de nascituro ao argumento de que o ordenamento jurídico reconhece a tutela jurídica dos seus interesses. Enfatiza que, a partir da leitura do texto legal, conferindo proteção aos direitos do nascituro, não se pode negar a possibilidade, afinal, quem afirma direitos e obrigações afirma

³⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁶PUSSE, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 375/376.

³⁷BRASIL, op. cit., nota 33.

³⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 504.

³⁹FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias I*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 983/984.

⁴⁰BRASIL. *Decreto nº 3.087, de 21 de junho 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

⁴¹CHINELATO apud FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 40.

personalidade, sendo a capacidade de direito e o status atributos da personalidade [...].

Outrossim, o art. 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴² (Pacto de São José da Costa Rica), promulgado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 determina que o direito à vida deve ser protegido pela legislação em geral, desde a concepção. Portanto, adota-se a teoria concepcionista.

Ainda no âmbito convencional, a Convenção internacional sobre os direitos da criança (Decreto nº: 99.710/1990⁴³) afirma em seu preâmbulo que “a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”, bem como na parte I, artigo 1⁴⁴ considera como criança todo ser humano com menos de 18 (dezoito) anos. Logo, uma vez que o nascituro é um ser humano com menos de 18 (dezoito) anos, também é considerado criança, a qual deve ser protegida ainda no ventre materno.

Em termos constitucionais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁵ assegura em seu art. 5º⁴⁶, os direitos à igualdade e à vida e no art. 227⁴⁷, o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à convivência familiar e comunitária. Dessa forma, deixar de conferir tratamento igualitário aos nascituros, proibindo-se a adoção desses como instrumento na proteção de direitos, assim como na prevenção de abortos e abandonos de recém-nascidos, sob argumentos meramente procedimentais, não possui respaldo constitucional.

No que tange à legislação pátria, o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁸ prevê que a criança e o adolescente possuem direito à vida e à saúde, por meio de políticas sociais públicas, de forma a garantir o nascimento, como também o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Isto é, interpreta-se que esse diploma legislativo ao consagrar o direito à vida, mencionando o nascimento, considera o nascituro como “criança”. Por conseguinte, o argumento de William Artur Pussi

⁴²BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

⁴³BRASIL. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Disponível em: 13 fev. 2022.

⁴⁴Ibid.

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 11.

⁴⁶Ibid.

⁴⁷Ibid.

⁴⁸BRASIL, op. cit., nota 33.

de que o ECA⁴⁹ ao tratar da adoção não menciona os nascituros, mas apenas “crianças e adolescentes” é infundado.

Ademais, seguindo o entendimento supracitado de Chinelato, Tartuce⁵⁰ também defende que:

[...] é possível o reconhecimento do nascituro como filho conforme prevê especificamente o art. 1.609, parágrafo único, do CC. Se for possível reconhecê-lo como filho, porque não seria possível adotá-lo? Entendemos que há um contrassenso nesse entendimento que nega a possibilidade de adoção. Alias, há quem entenda que a adoção não é possível, pois há necessidade de consentimento da mãe, após o nascimento da criança. De qualquer forma, esse último entendimento está balizado em uma análise específica da inviabilidade da medida, o que, contudo, não significa o amparo na doutrina natalista [...]. (...) Ora, a norma autorizadora para a adoção de nascituro é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990).

Assim, não obstante a omissão do Código Civil de 2002⁵¹, constata-se que há compatibilidade entre a adoção do nascituro e o ordenamento jurídico brasileiro. Embora, certo é que melhor seria se houvesse previsão explícita na lei, a fim de evitar qualquer discussão sobre a legitimidade do nascituro para figurar como adotando em eventual processo de adoção. Portanto, considerando as razões expostas, o ente concebido e não nascido, como criança e sujeito de direitos, possui o direito à vida e à convivência familiar, os quais podem ser concretizados por meio da adoção.

3. A EVENTUAL ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE* NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com o entendimento da doutrina, a adoção é um instrumento de determinação da filiação, tanto é que o civilista Orlando Gomes a define como “o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente de procriação, o vínculo da filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta [...]”.⁵²

Nesse sentido, os civilistas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald dissertam sobre os aspectos valorativos que envolvem a adoção:

⁴⁹Ibid.

⁵⁰TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro*. Questões controvertidas do Código Civil. Parte Geral. São Paulo: Método, 2007, p. 83/104.

⁵¹BRASIL, op. cit., nota 1.

⁵²GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 340.

[...] por certo, a adoção se apresenta como muito mais do que, simplesmente, suprir uma lacuna deixada pela Biologia. É a materialização de uma relação filiatória estabelecida pela convivência, pelo carinho, pelos conselhos, pela presença afetiva, pelos ensinamentos... , enfim, pelo amor.

Bem por isso, mereceu de João Baptista Villela o comentário de que "somente ao pai adotivo é dada a faculdade de um dia poder repetir aos seus filhos o 'que Cristo disse aos apóstolos: 'não fostes vós que me escolhestes, mas fui eu que vos escolhi a vós'. Suprema expressão da autonomia paterna que liberta, gratifica e faz crescer quem a pode manifestar e quem a pode ouvir. Seja dito, a propósito, que o ideal no Novo Testamento é sobretudo eletivo" [...].⁵³

Acerca do aspecto objetivo do procedimento da adoção, o Estatuto da Criança e do adolescente prevê a existência de dois cadastros nacionais, um formado pelas crianças em condições de serem adotadas e outro composto pelos pretendentes aptos à adoção, consoante o disposto no artigo 50 da Lei nº 8.069/90⁵⁴. Mas, diante das inúmeras modalidades de adoção, como a *intuitu personae* ou dirigida, faz-se necessário que o mecanismo dessa forma de colocação em família substituta - art. 28, ECA⁵⁵ - seja analisado à luz do princípio do melhor interesse da criança, o qual possui previsão no art. 227, CRFB/88⁵⁶, art. 4º, ECA⁵⁷ e na Convenção de Haia⁵⁸.

Especialmente no que tange à adoção *intuitu personae*, como ensina Maria Berenice Dias⁵⁹ configura-se “quando há o desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a intenção de alguém em adotar certa criança [...]”. Desse modo, existem duas conjunturas dessa espécie de adoção, quando os pais biológicos entregam o filho para um terceiro e na hipótese de uma pessoa unilateralmente ou um casal pretender adotar uma criança, em razão de laços de afinidade, afetividade.

Nesse sentido, além daquelas circunstâncias descritas no rol do art. 50, §13, ECA⁶⁰, a admissão da adoção *intuitu personae* também mitiga a obrigatoriedade do cadastro em prol dos interesses da criança. Isso porque a lógica do sistema é de que todo o procedimento deve servir à tutela dos direitos da criança e do adolescente, e não ao contrário.

O Superior Tribunal de Justiça⁶¹ vem se posicionando sobre a possibilidade da adoção *intuitu personae* ao compreender que caso haja o vínculo socioafetivo decorrente da posse de

⁵³FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 966.

⁵⁴BRASIL, op. cit., nota 33.

⁵⁵Ibid.

⁵⁶Ibid.

⁵⁷Ibid.

⁵⁸BRASIL, op. cit., nota 40.

⁵⁹DIAS, op. cit., p. 496.

⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 33.

⁶¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.911.099 SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1259264950/recurso-especial-resp-1911099-sp-2020-0323659-9/inteiro-teor-1259264954>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

fato, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto. Dessa maneira, deverá prevalecer a solução que melhor atenda aos interesses da criança. Nesse sentido, veja-se o trecho da ementa abaixo colacionada:

[...] 4. O legislador ordinário, ao estabelecer no artigo 50, § 13, inciso II, do ECA que podem adotar os parentes que possuem afinidade/afetividade para com a criança, não promoveu qualquer limitação (se aos consanguíneos em linha reta, aos consanguíneos colaterais ou aos parentes por afinidade), a denotar, por esse aspecto, que a adoção por parente (consanguíneo, colateral ou por afinidade) é amplamente admitida quando demonstrado o laço afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, bem como quando atendidos os demais requisitos autorizadores para tanto. (...) 7. Ademais, nos termos da jurisprudência do STJ, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente [...].

Assim, nota-se que o mencionado entendimento jurisprudencial da Corte Superior pelo acolhimento no ordenamento jurídico da adoção dirigida pressupõe que exista a relação de afinidade/afetividade com a criança. No entanto, não há menção sobre a admissão da adoção dirigida naquelas situações em que a genitora entrega o seu bebê a terceiro, independentemente da existência de vínculo com a criança, ou quando consente com a adoção do nascituro. Diante disso, cinge-se à controvérsia sobre o tema.

Certo é que há aqueles que defendem a importância do rigor da cronologia e da inscrição no cadastro de adotantes. Essa é a opinião de Murilo Digiácomo⁶², o qual aponta que essa situação configuraria má-fé, além de o crime previsto no artigo 238 do ECA⁶³, que criminaliza a conduta de prometer ou efetivar a entrega de filho a terceiro, mediante paga ou recompensa.

Nesse liame, colaciona-se decisão jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Paraná⁶⁴ que ratifica esse entendimento doutrinário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. REVOGAÇÃO DA LIMINAR DE GUARDA PROVISÓRIA DE RECÉM-NASCIDA CONCEDIDA A TERCEIROS. CRIANÇA ENTREGUE A ELES PELA MÃE BIOLÓGICA, LOGO APÓS O NASCIMENTO, POR NÃO TER CONDIÇÕES DE CRIÁ-LA. IRREGULARIDADE QUE LEVOU A INSTAURAÇÃO DE MEDIDA DE

⁶²DIGIÁCOMO apud GOMES, Manuela Beatriz. *Adoção intuitu personae no direito brasileiro: uma análise principiológica*. 2013. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 61. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde09122014135856/publico/Dissertacao_Adocao_intuitu_p_ersonae_ManuelaBeatrizGomes.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2022.

⁶³BRASIL, op. cit., nota 33.

⁶⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo de Instrumento nº 10079099229571/001*. Relator: Desembargador Armando Freire. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1006.html>>. Acesso em: 03 mar. 2022.



PROTEÇÃO DA INFANTE. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR E DETERMINAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DA INFANTE. GUARDA DE FATO EXERCIDA DE FORMA IRREGULAR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO DEFINITIVO ENTRE O BEBÊ E O CASAL [...].

Entretanto, o problema desse posicionamento é que se ignora a prática corriqueira de entregar filhos a padrinhos, ocasionando em irregularidades, tal como a denominada “adoção à brasileira”, conduta tipificada no art. 242 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶⁵. Prática essa que poderia ser prevenida se houvesse previsão legislativa específica sobre a adoção *intuitu personae* do nascituro, mediante o preenchimento de requisitos legais que atendessem ao melhor interesse da criança.

Além disso, há uma presunção de má-fé da genitora. Não se leva em consideração que, muitas vezes, a decisão de dar continuidade à gravidez representa um gesto de amor da genitora pela vida do seu filho. Caso assim fosse, aquela poderia participar da escolha daqueles que irão ser os pais do bebê gerado em seu ventre, bem como recorrer ao auxílio material a ser prestado por eles em benefício da criança, durante o período gestacional.

Por outro lado, assiste razão à doutrinadora Maria Berenice Dias⁶⁶ ao esclarecer que mesmo diante da ausência de disposição legal haveria essa possibilidade, uma vez que a lei, inclusive, autoriza aos pais o direito de nomear tutor ao seu filho, conforme excerto abaixo:

[...] e nada, absolutamente nada impede que a mãe escolha quem sejam os pais de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho. É o que se chama de adoção *intuitu personae*, que não está prevista na lei, mas também não é vedada. A omissão do legislador em sede de adoção não significa que não existe tal possibilidade. Ao contrário, basta lembrar que a lei assegura aos pais o direito de nomear tutor a seu filho (CC, art. 1.729). E, se há a possibilidade de eleger quem vai ficar com o filho depois da morte, não se justifica negar o direito de escolha a quem dar em adoção [...].

Ademais, frise-se a realidade das crianças que são vítimas de abortos e abandonos por seus genitores, como também o excessivo tempo que aquelas precisam aguardar em instituição de acolhimento até que eventualmente sejam adotadas. Assim, entende-se pelo cabimento da adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico pátrio e pela sua adequação à

⁶⁵BRASIL, op. cit., nota 33.

⁶⁶DIAS, Maria Berenice. *Adoção e a espera do amor*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16336/adocao-e-a-espera-do-amor#:~:text=Diz%20a%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20em%20seu,exercido%20junto%20%C3%A0%20fam%C3%ADlia%20biol%C3%B3gica>>. Acesso em: 03 mar. 2022.



situação do nascituro, a partir do exame do caso concreto, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, tendo em vista o contexto nacional de inúmeros casos de abortos e abandonos de recém-nascidos, o trabalho objetivou demonstrar a possibilidade da adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, considerando a omissão legislativa, a partir do exame da doutrina e jurisprudência sobre o tema, buscou-se defender o entendimento que mais se coaduna com a proteção constitucional dada aos direitos à vida e à convivência familiar das crianças.

Antes de adentrar na matéria da adoção, foi necessário perquirir as teorias doutrinárias do início da personalidade civil da pessoa humana, quais sejam, a natalista, a concepcionista e a da personalidade condicional, bem como o entendimento jurisprudencial dos tribunais no Brasil. Com base nessa análise, acolheu-se à teoria concepcionista, sendo o nascituro considerado um sujeito de direitos na ordem jurídica brasileira.

Ato contínuo, diante da ausência de disposição legal expressa no Código Civil de 2002 acerca do instituto da adoção do nascituro, os apontamentos da doutrina foram apresentados, a fim de demonstrar a sua compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, verificou-se que uma boa parte dos civilistas, entre eles, Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem que não é cabível a adoção do nascituro, especialmente, pois haveria a necessidade de consentimento da genitora após o nascimento. No entanto, autores como Silmara Chinelatto defendem o seu cabimento, na medida em que como é possível o reconhecimento do nascituro como filho pelo Código Civil, também não haveria óbice a adoção do ente concebido, sob pena de violação à isonomia.

Assim, neste trabalho, defendeu-se o segundo entendimento esposado pela doutrina, uma vez que o nascituro é pessoa humana e sujeito de direitos, conforme o prisma da teoria concepcionista, não haveria se cogitar a impossibilidade da adoção daquele em atenção aos seus direitos à vida e à convivência familiar e comunitária.

Por fim, em que pese às divergências na doutrina e jurisprudência sobre a obrigatoriedade da observação do cadastro nacional de adotantes, concluiu-se pelo acolhimento da adoção *intuitu personae*, notadamente como modalidade mais adequada ao

caso do adotando nascituro. Tal conclusão deu-se em razão de uma interpretação efetivada à luz do princípio do melhor interesse criança, com o objetivo de dar amplitude aos instrumentos jurídicos de tutela dos direitos à vida e à convivência familiar e comunitária da criança em todas as suas fases do desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. *Código Civil de 1916*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 1*. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/647>>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. *Decreto-lei nº 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. *Decreto nº 3.087*, de 21 de junho 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. *Decreto nº 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Disponível em: 13 fev. 2022.

_____. *Lei nº 3133*, de 8 de maio de 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19501969/13133.htm#:~:text=LEI%20No%203.133%2C%20DE,Art.> Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. *Lei nº 8.069*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 13 fev. 2022.

_____. *Lei nº 11.804*, de 5 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm>. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1487089 SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em:



<https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/REsp%201487089.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 931556 RS*. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790512/recurso-especial-resp-931556-rs-2007-0048300-6/inteiro-teor-12802310>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 1120676 SC*. Relator: Ministro Massami Uyeda. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19127963/recurso-especial-resp-1120676-sc-2009-0017595-0-stj>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 547*. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informjurisdata/issue/view/661/showToc>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.911.099 SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1259264950/recurso-especial-resp-1911099-sp-2020-0323659-9/inteiro-teor-1259264954>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário nº 99038 MG*. Relator: Ministro Francisco Rezek. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14685789/recurso-extraordinario-re-99038-mg>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 12.040 DF*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/141710782/reclamacao-n-12040-do-stf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=61172>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso especial nº 399082 SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=18388&nreg=200101473190&dt=20020415&formato=PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravo de Instrumento nº 10079099229571/001*. Relator: Desembargador Armando Freire. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1006.html>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Adoção e a espera do amor*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16336/adocao-e-a-espera-do>>

