



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da possibilidade de adoção do nascituro.

Rafael Izaú Diniz

Rio de Janeiro
2012

RAFAEL IZAÚ DINIZ

Da possibilidade de adoção do nascituro.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2011

DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO NASCITURO

Rafael Izaú Diniz

Graduado em direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Juiz-leigo em exercício junto ao III Juizado Especial Cível da Comarca de Nova Iguaçu do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: Adoção, no Direito Civil, é o ato jurídico no qual um indivíduo é permanentemente assumido como filho por uma pessoa ou por casal que não são os pais biológicos do adotado. O pretérito Código Civil de 1.916, em seu artigo 372, expressamente previa a possibilidade de adoção do nascituro. Hoje, o atual regramento legal sobre o tema não acena nesse sentido. Mantendo-se acesso, portanto, o debate acerca da adoção daquele que ainda não nasceu, especialmente nas situações em que se configura uma adoção dirigida, comumente chamada pela doutrina pátria como adoção *intuitu personae* (ou adoção pronta), que é vedada pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Adoção. Nascituro. Adoção *intuitu personae*.

Sumário: Introdução. 1. Conceitos jurídicos determinantes. 2. Análise do ordenamento jurídico pátrio acerca do tema. 3. O tratamento jurídico do nascituro: 3.1. Da teoria concepcionista; 3.2. Da teoria natalista; 3.3. Da teoria condicionista. 4. Da adoção *intuitu personae* e da ‘barriga de aluguel’. 5. Argumentos favoráveis e desfavoráveis à possibilidade de adoção do nascituro. 5.1. Do entendimento que veda a possibilidade de adoção do nascituro. 5.2. Do entendimento que permite a adoção do nascituro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da adoção do nascituro, isto é, daquele que ainda não chegou a nascer. Para tal, estabelece como premissa o confronto existente entre as normas legais, ao lado dos princípios jurídicos, que fundamentam a possibilidade de se realizar o referido ato, bem como daqueles que o negam. Diante desse panorama, a adoção do

nascituro sinaliza como uma forma de solucionar algumas questões de ordem social, tais como as situações de “barriga de aluguel” e dos correntes “partos anônimos”, favorecendo, principalmente aquelas crianças que venham a nascer em lares com dificuldade de subsistência e até mesmo da própria convivência familiar.

Busca-se chamar a atenção pelo número de crianças que são abandonadas ao nascer, questão de ordem prática e social que não é solucionada pelo ordenamento jurídico em si, o que demanda uma série de interpretações e alterações de cunho legislativo.

Objetiva-se trazer a tona a possibilidade de se adotar o nascituro como forma de se tutelar os seus interesses, pois este como sujeito jurídico, tem direito à proteção legal, sendo resguardados os seus interesses. Procura-se demonstrar o tratamento dado por parte da doutrina que veda tal possibilidade, deixando de lado os direitos inerentes àquele que ainda não nasceu como pessoa humana, o que vai de encontro à própria Constituição Federal.

Ao longo do artigo serão analisados os seguintes tópicos: o regramento do tema sob a égide do Código Civil de 1.916, a adoção do nascituro no ordenamento jurídico em vigor, a adoção *intuitu personae* e a possibilidade da adoção do nascituro. A metodologia será pautada pelo método bibliográfico, qualitativo e parcialmente exploratório.

Restar a saber, assim, se a adoção daquele que já inserido no ventre materno e que, todavia, não nasceu, possui a almejada concretude no plano fático, por meio da tutela dos interesses do nascituro, dentre os quais se insere o dever da família e do Estado de assegurar à criança, com absoluta prioridade, os direitos inseridos no rol previsto no caput do artigo 225 da Constituição Federal.

1. CONCEITOS JURÍDICOS DETERMINANTES

Antes de adentrarmos ao cerne da problemática tratada no presente artigo científico é mister ressaltar os conceitos jurídicos sobre ‘adoção’ e ‘nascituro’.

Segundo as lições de Clóvis Bevilacqua¹ adoção é o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho. Não era um modo normal de constituir a família, mas um meio supletivo de ter filhos. Já para Caio Mário da Silva Pereira² a adoção é “o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consangüíneo ou afim”. Daniel Ribeiro do Valle³ acrescenta aos conceitos dos diversos autores, o sentimento humano mais nobre, ao dizer: “Realmente ser pai ou ser mãe não está no ato de gerar, mas nas circunstâncias de amar e servir: pai não é só o que gera, é antes o que ama.

Adoção, portanto, é considerada uma modalidade de colocação em família substituta, de caráter excepcional e irrevogável, com a atribuição do estado de filho ao adotado, impondo os direitos e deveres intimamente ligados à filiação.

E nascituro, conforme os ensinamentos de Rubens Limongi França⁴ é “a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno”. Daí se extrai a ideia de que o nascituro é aquele ser já concebido, mas que ainda não nasceu.

Silmara J.A. Chinelato e Almeida⁵ afirma:

Somente se poderá falar em nascituro quando houver a nidação do ovo. Embora a vida se inicie com a fecundação é a nidação – momento em que a gravidez começa – que garante a sobrevivência do ovo, sua viabilidade. Assim sendo o embrião na fecundação in vitro não se considera nascituro.

¹ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol.1, ed. Histórica, Rio de Janeiro, 1956, p. 822.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1997, p. 213.

³ VALLE, Daniel Ribeiro apud FELIPE, J. Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 9.

⁴ ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁵ ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.225.

Dos conceitos supramencionados podemos afirmar que a adoção de nascituro implica em dar a qualidade de filho, em consequência, todos os direitos inerentes à filiação, para aquele que ainda sequer nasceu. Possibilidade que não é unânime na doutrina e na jurisprudência pátrias.

2. ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ACERCA DO TEMA

Em termos de legislação sobre o tema ‘adoção’, a Lei nº 3.071 de 1º janeiro de 1.196 - Código Civil - foi de suma importância, pois deu um tratamento legal e jurídico a um instituto que enfrentava certa resistência à época. O Código Civil de 1916 no Capítulo V do Título V - Das Relações de Parentesco - regulamentava a adoção em seus artigos 368 a 378 e, especialmente quanto à adoção do nascituro havia uma regra específica, prevista no artigo 372: *“Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal, se for incapaz ou nascituro”*.

Então é evidente que o *codex* civilista não fazia qualquer distinção entre a adoção de pessoa e adoção do nascituro, pois dizia somente que não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro. Ou seja, para se adotar aquele que ainda não nasceu a única exigência que a lei fazia era a anuência expressa do representante legal deste. Registre-se que tal consentimento não poderia estar viciado, isto é, deveria estar livre de qualquer coação, erro ou dolo, pois se assim estivesse a adoção não produziria os seus efeitos, pois o consentimento era um requisito essencial da adoção.

É mister ressaltar que a inserção do termo ‘nascituro’ na redação do dispositivo legal supramencionado se deu com a edição da Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1.957 – Código de Menores.

E já neste período havia uma divergência na doutrina, pois um bloco de entendimento sustentava que havia o requisito mínimo a ser atendido que era diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado, antes de 50 (cinquenta) anos e depois de 30 (trinta) anos, conforme preconizava o artigo 369 do Código Civil de 1916 – dispositivo legal que sofreu ajuste com o advento do Código de Menores.

Art. 369, CC/1916. O adotante há de ser, pelo menos, dezoito anos mais velho que o adotado.

Art. 368, CC/1916. Só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar. (Redação dada pela Lei nº 3.133, de 1957).

Não obstante, a Constituição Federal de 1988 (publicada em 05 de outubro de 1988) e, posteriormente, a regulamentação pela Lei nº 8.069/90 (publicada em 13 de julho de 1990) - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - operaram profunda modificação no Instituto da Adoção. Deixavam de existir, quando se tratava de adotando criança e adolescente, a classificação e os efeitos distintos até então vigentes: adoção civil, adoção simples e adoção plena. A nova normatização da adoção defluiu dos princípios constitucionais e do regrado no artigo 227, § 5º, da CRFB: “ *A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.*”

A ilustre doutrinadora Rosângela de Moraes Souza⁶ quando comenta as alterações trazidas pela Carta Magna no campo da adoção aduz que:

(...) a adoção ainda possuía o cunho de solução dos problemas do adotante, ou seja, de dar filhos ao casal que não os tivesse biologicamente e, para a perpetuação do nome da família, distinto dos dias atuais, quando predomina o caráter humanitário e protetor do direito da criança e do adolescente, fazendo da adoção um dos institutos mais nobres do mundo.

⁶ SOUZA, Rosângela de Moraes. *Evolução histórica da adoção*. Revista humanidades, n.27. 1992, p.45.

No mesmo sentido são as palavras de Sônia Maria Monteiro⁷:

O instituto da adoção recebeu profundas modificações em obediência ao princípio contido no art. 227, §6º da Constituição Federal; o legislador promoveu a fusão das três espécies de adoção existentes: a simples e a plena, do Código de Menores e a adoção do Código Civil, tornando-a una e irrevogável, quando se trata de criança e de adolescente.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, aponta a existência entre pais e filhos um vínculo de natureza civil, ou seja, que é regulado em lei, conforme se extrai do *caput* do seu artigo 39, que assim institui: " *A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.*"

Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) prevê algumas restrições e regras no que tange à adoção *lato sensu*:

- A idade mínima para se adotar é de 21 (vinte e um) anos, sendo irrelevante o estado civil. Sendo os adotantes casados, ou se estiverem vivendo em concubinato, basta que um deles possuam mais de 21 (vinte e um) anos de idade, comprovando, no entanto, a estabilidade da família (artigo 42, §2º, ECA);
- O menor a ser adotado deve ter no máximo 18 (dezoito) anos de idade, salvo quando já convivia com aqueles que o adotarão (artigo 40, ECA), caso em que o limite máximo de idade é de 21 (vinte e um) anos;
- O adotante, isto é, aquele que vai adotar, deve ser pelo menos 16 (dezesesseis) anos mais velho que a criança ou adolescente a ser adotado (artigo 42, §3º, ECA);
- Os ascendentes (avós, bisavós) não podem adotar seus descendentes; irmãos também não podem;
- A adoção depende da concordância, perante o magistrado e o membro do Ministério Público, dos pais biológicos, salvo quando forem desconhecidos, ou destituídos do pátrio poder, proibindo-se o consentimento via mandato (artigo 45, *caput* e §§, ECA);
- Tratando-se de adotando adolescente, isto é, maior de 12 (doze) anos de idade, a adoção depende de seu expresso consentimento;
- Antes da prolação da sentença da adoção, exige-se o cumprimento do chamado período de convivência entre adotante e adotado, durante um prazo estipulado em juízo pelo magistrado (artigo 46, *caput* e §§, ECA), podendo ser dispensado se a criança tiver menos de um ano de idade ou se já estiver sob a guarda do(s) adotante(s) por tempo suficiente;
- Somente será deferida quando apresentar reais vantagens e fundar-se em motivos legítimos (artigo 43, ECA).

Restaram, revogados, pois, no cenário normativo nacional o Código de Menores e o Código Civil de 1916 no que respeitava à adoção de crianças e adolescentes. O espírito que

⁷ MONTEIRO, Sônia Maria. Aspectos Novos da Adoção (Adoção Internacional e Adoção do Nascituro). Rio de Janeiro: Forense, 1.997, p.42.

animava as palavras da nova legislação decorriam da tradução do exposto nos princípios da proteção integral, do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, da proibição de designações discriminatórias relativas à filiação, da irrevogabilidade da adoção, da preservação da dignidade familiar do adotado e do interesse maior da criança, por tal razão atingindo também a proteção da saúde e o bem-estar da gestante e da família que irá integrar, seja natural ou substituta.

Seguindo a mesma linha de orientação, o Novo Código Civil, instituído pela Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002, contemplou o regrado na Carta Magna e não se desgarra do visado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Hugo Nigro Mazzilli⁸ aponta que hoje a adoção do Código Civil aplica-se somente a nascituros ou, então, a adolescentes maiores de 18 (dezoito) anos, mesmo que se trate da adotando capaz.

Entretanto, o dispositivo (artigo 372, CC/1916) que contemplava a adoção do nascituro não foi repetido, sendo tal previsão extinta do ordenamento jurídico pátrio em vigor. Segundo, Marina Pacheco Cardoso⁹ o referido diploma legal teria sido olvidado, de forma proposital, pelo legislador.

Nas palavras de Silmara J.A. Chinelato e Almeida¹⁰, a não previsão do adoção do nascituro no atual sistema normativo configura um verdadeiro retrocesso (tão combatido pela jurisprudência em diversas ocasiões – princípio da vedação ao retrocesso).

Esta falta de expressa previsão legal quanto à possibilidade da adoção do nascituro é que leva a atual discussão existente no âmbito doutrinário e jurisprudencial, pois elevadíssimos autores vendo levantado teses divergentes baseadas em princípios e regras

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Notas sobre adoção*, em *Revistas dos Tribunais*, nº667.

⁹ CARDOSO, Marina Pacheco. *A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002*. *Direito & Justiça*, v.35, n.1, p.52-60, jan./jun.2009.

¹⁰ Silmara J.A. Chinelato e Almeida, *ob. cit.*, p.5.

constitucionais, bem como nas teorias civis que tutelam os direitos da personalidade, e por conseguinte os direitos do nascituro.

A título de exemplo, a supramencionada autora sustenta que é defensável a tese no sentido de que é cabível a adoção do nascituro, que destarte, incluir-se-á entre seus direitos não taxativos.

3. O TRATAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO

O nascimento com vida é o marco do início da personalidade humana. A verificação do nascimento com vida, em alguns casos, é dificultosa, pelo quê se aplicavam métodos físicos para tal identificação, como o *teste hidrostático de Galleno*, consistente na imersão do feto natimorto em um recipiente com água, para a aferição da entrada de ar nos pulmões: se houvesse bolhas, significa que houve respiração, e portanto houve vida. Não havendo bolhas, não respirou, e não houve vida. Hoje, a respiração não é mais o marco da vida, e sim a verificação de uma atividade cardiovascular, respiratória e cerebral mínima.

A Lei nº 10.406/2002 - Código Civil - é expressa quanto a isso: a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, e, como consectário, a capacidade jurídica começa também neste exato momento, vez que é coincidente com a personalidade jurídica.

Não obstante quando da análise da dos direitos que antecedem o nascimento, temos que não há uma unanimidade na doutrina e na jurisprudência acerca do tratamento jurídico do nascituro. Em especial quanto da interpretação do artigo 2º do Código Civil em vigor, que tutela os direitos da personalidade. Advindo dessa divergência três teorias sobre o tema.

3.1. DA TEORIA CONCEPCIONISTA

Em primeiro lugar, a *Teoria Conceptionista*¹¹, inspirada no Direito Francês, se baseia na existência, no Código Civil, de diversos dispositivos que garantem direitos a quem, já concebido, ainda não nasceu. Como por exemplo, os artigos 542, 1.609, parágrafo único, e 1.779 do CC.

Se a lei garante todos estes direitos ao nascituro, perguntar-se-ia: existe direito sem sujeito? Alguém pode titularizar direitos, sem ao menos ser “alguém”, no teor da lei (sem capacidade jurídica)?

Segundo quem defende esta tese conceptionista, o artigo 2º do Código Civil contradiz os demais artigos que garantem direitos ao nascituro, justamente por ser impossível a titularização de direitos por quem não tem personalidade: se entendido que só há personalidade após o nascimento, os direitos do nascituro são “direitos sem sujeito”. Por isso, pretende que o artigo 2º seja interpretado sistematicamente, havendo personalidade para o nascituro, o já concebido ainda não nascido.

Para este bloco de entendimento doutrinário, então, a natureza jurídica do nascituro é de sujeito de direito, vez que há direitos a si conferidos, definindo sua personalidade jurídica. O Superior Tribunal de Justiça é conceptionalista, conforme se depreende da ementa abaixo transcrita:

*REsp 1120676 / SC – Relator Ministro MASSAMI UYEDA - TERCEIRA TURMA – Em 07/12/2010 – RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74. 1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. **3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.** 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º). 5 - Recurso especial provido, vencido o*

¹¹ A título de ilustração, são defensores da Teoria Conceptionista: Teixeira de Freitas Pontes de Miranda, J.M. Leoni Lopes de Oliveira, Flávio Tartuce, Francisco Amaral, dentre outros.

relator, julgando-se procedente o pedido. (grifos não constantes do original).

Não sendo diverso o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o que se lê no julgado abaixo transcrito:

*Apelação Cível n. 0042789-65.2007.8.19.0001 (2008.001.54961) - DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 08/10/2008 - SEGUNDA CAMARA CIVEL - AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. INDENIZAÇÃO POR MORTE DE FETO. NASCITURO. NATIMORTO. PERSONALIDADE CIVIL. DIREITOS PATRIMONIAIS. Pretende a autora obter a indenização securitária (DPVAT), em razão do óbito de seu filho, ocorrido ainda no ventre, em razão de acidente automobilístico ocorrido no dia 26 de agosto de 2006. No tocante aos legitimados para pleitear tal indenização, a Lei nº. 6.194/74, em seu art. 4º, dispõe que a indenização será paga ao cônjuge sobrevivente e, na falta deste, aos herdeiros legais. Entretanto, há uma particularidade nestes autos: a verdadeira vítima do acidente foi a própria autora, que, por estar grávida, sofreu um aborto do qual resultou o nascimento de um feto morto. Ressalte-se que a autora não pleiteia indenização por invalidez permanente ou por eventuais despesas médicas por ela suportadas. O fundamento do pedido indenizatório reside na morte do seu filho natimorto. O art. 3º da lei supracitada dá direito à cobertura securitária em razão da morte de pessoa vitimada. **Em que pese as controvérsias vigentes acerca da interpretação do art. 2º do Código Civil vigente ("a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"), sobretudo quanto ao momento de aquisição da personalidade pelo nascituro, certo é que em um ponto convergem todas as teorias doutrinárias, qual seja, de que é necessário que aquele efetivamente nasça com vida para que possa titularizar direitos patrimoniais. Mesmo que se analise a controvérsia sob a ótica da moderna teoria concepcionista, não se pode conferir ao natimorto capacidade para titularizar e transmitir direitos de natureza patrimonial.** Não se está aqui a negar ao nascituro o reconhecimento dos direitos necessários para que venha a nascer vivo (direitos da personalidade), enfim, os direitos ligados à sua condição essencial para adquirir personalidade e, até mesmo, à tutela jurisdicional, na forma do que dispõe o ordenamento jurídico vigente. Isto porque o que o nascituro não possui é a capacidade plena de direito (possibilidade de ser sujeito de direitos), uma vez que esta só é adquirida concomitantemente ao nascimento com vida. Embora, à luz da teoria supra mencionada, possa ser reconhecida personalidade ao nascituro, isto não significa que possa ele titularizar, antes do nascimento com vida, todo e qualquer tipo de direito, sendo certo que, no tocante aos direitos patrimoniais, o legislador expressamente lhe conferiu capacidade sob a condição de que nasça com vida. Dessa forma, considerando que o seguro obrigatório do DPAVT possui inequívoca natureza patrimonial, não há como, à luz do ordenamento jurídico vigente, amparar a pretensão recursal. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (grifos não constantes do original).*

3.2. DA TEORIA NATALISTA

De outro lado, a *Teoria Natalista*¹² simplesmente lê o artigo 2º do CC na sua literalidade, tal como ele dispõe. Assim, a personalidade jurídica somente é adquirida pelo nascimento com vida. Qualquer atributo anterior a este nascimento com vida – aferido da forma que melhor a ciência entender – será mera *expectativa de direito*, e não o direito em si.

Desta forma, os artigos 542, 1.609 e 1.779 do CC seriam meras previsões de direitos potenciais, que podem ser frustrados na inocorrência do nascimento com vida.

Seguindo esta linha de pensamento, Caio Mário da Silva Pereira, sustenta que o nascituro não é uma pessoa de direito, e por conseguinte, nega-lhe a personalidade jurídica, admitindo, tão somente, a condição de um ser humano em potencial e em favor do qual a ordem jurídica põe a salvo eventuais direitos, no aguardo do seu nascimento, entretanto é inquestionável que desde o momento da fecundação, quando surge o zigoto (primeira célula humana), o que se tem é vida, e uma vida inteiramente diferenciada dos gametas masculinos e femininos que lhe deram origem¹³.

3.3. DA TEORIA CONDICIONISTA

Por derradeiro, a tem-se a *Teoria Condicionista* que é intermediária entre as anteriormente citadas, por assim dizer. É condicionalista por entender que os direitos do nascituro são sujeitos a uma condição suspensiva: só se implementarão com a ocorrência do evento futuro e incerto do nascimento com vida. Assim, o nascimento com vida é a condição suspensiva dos direitos do nascituro.

¹² Defendida, por exemplo, por Sílvio Rodrigues e por Arnodl Wald, sendo este último enfático: “o nascituro não é sujeito de direito, embora mereça proteção legal”.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.1. Rio de Janeiro: Forense. 1992.

Nessa linha de entendimento, Fábio Ulhoa Coelho¹⁴ sustenta que ‘a condição para que o nascituro seja sujeito de direito, isto é, tenha seus direitos legalmente protegidos, é a de que venha nascer com vida’.

Destarte, pelo quê é disposto no artigo 125 do CC, o direito do nascituro ainda não é adquirido, enquanto não implementada a condição suspensiva, seu nascimento com vida:

Veja que a diferença da teoria condicionalista em relação à teoria concepionalista é que, nesta última, o direito do nascituro é adquirido desde a concepção; na condicionalista, só se torna adquirido no nascimento com vida.

Quanto aos efeitos e conseqüências, as teorias natalista e condicionalista parecem indicar resultados idênticos: sem o nascimento com vida, não há direitos, e ponto. Fosse o nascimento considerado um *termo*, seria diferente: como se sabe, nas obrigações sujeitas a termo, o direito é adquirido desde o início, no que difere da condição.

Em que pese haver esta digressão, a teoria que prevalece sob a ótica simplesmente civilista, pelo amparo legal, é a natalista, pois o artigo 2º do CC não é letra morta: é a vontade do legislador atribuir personalidade apenas aos nascidos com vida.

Entretanto, essa visão simplesmente pragmática da norma, não leva em conta a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, bem como os interesses em pauta na discussão no presente trabalho.

Neste sentido, temos que a Constituição Federal ao estabelecer no *caput* do seu artigo 227 a proteção integral à criança e ao adolescente abandona a antiga doutrina assistencial, passando a adotar a doutrina da Proteção Integral, passando a enxergar tais sujeitos como titulares de diversos direitos inerentes à personalidade, dentre os quais cito a mais importante, que é o direito à vida.

¹⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol.1. São Paulo: Saraiva. 2003.

Portanto, tomando-se por conta a doutrina da Proteção Integral, não há que se cogitar quanto aos direitos do nascituro outra teoria que não a concepualista. Afinal, é ela que está em posição ao encontro com a doutrina da proteção integral.

Ademais, o direito à vida previsto no *caput* do artigo 227 da CRFB nada mais é do que uma repetição do direito fundamental inserido no *caput* do artigo 5º da Carta Magna, que como tal tem aplicabilidade imediata na forma do parágrafo primeiro do artigo supra.

E sendo, assim a adoção do nascituro seria permitida, pois é garantido a ele o seu direito de nascer com vida, consectário do próprio direito à vida. Ademais, está é a própria linha de pensamento do Estatuto da Criança e do Adolescente que em seu artigo 2º enumera as garantias, em consonância com o preceito contitucional previsto no artigo 227 da Carta Magna da República (dispositivo legal supra citado).

Voltando a trazer à tona a interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, temos que a proteção ao direito à vida do nascituro como sujeito de direitos, conforme previsto na doutrina da proteção integral ora vigente, deve prevalecer de forma absoluta. Sendo assim, s.m.j., é possível entender que a norma legal permissiva previsto no inciso II do artigo 128 do Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1.940, com redação da Lei nº 7.209/1984 - Código Penal - chamado aborto sentimental – seria inconstitucional¹⁵.

Veja que a interpretação constitucional impõe o direito à vida da criança e do adolescente de forma absoluta. O que não se coaduna com a possibilidade do aborto do feto, cuja gravidez é oriunda de um delito de estupro (previsto no artigo 217 do Código Penal). Ora, por óbvio que o direito deste feto de nascer deve prevalecer sobre o saúde psicológica da gestante vítima de um crime. Lembrando, que pela hierarquia das normas, a previsão constitucional é superior ao ditames da legislação ordinária quando contrários entre si.

¹⁵ Não é demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal, na discussão a respeito da admissibilidade do aborto do feto anencéfalo, adotou o posicionamento no sentido de não ser permitida a interrupção da gestação fora dos casos permitidos na própria legislação penal (STF, Tribunal Pleno, ADPF 54-2/DF).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁶ apontam que:

No mesmo passo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispara que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (artigo 4º), deixando antever um amplo sentido, tutelando, inclusive, o nascituro. Mais incisiva, a Convenção Americana dos Direitos do Homem (Pacto de São José da Costa Rica), acolhida regularmente no plano jurídico-interno, anuncia, expressamente, proteção ao nascituro: “qualquer pessoa tem direito ao respeito pela sua vida. Este direito deve ser protegido por lei, e em geral a partir da concepção”.

Para adequar esse conflito aparente de normas, e porque não dizer de direitos, seria adequado se permitir que essa mãe, desde logo, possa manifestar o seu direito de não conviver com o fruto de um ato violento pretérito, porém, sem que tal fato impossibilite ao direito à vida do feto, que nada teve a ver com a forma em que ele foi concebido. Logo, a adoção do nascituro se mostra como o meio mais adequado.

4. A ADOÇÃO ‘INTUITO PERSONAE’

Na possibilidade acima descrita os pais biológicos (ou somente a mãe como se dá na maioria dos casos) concorrem para a escolha da família adotante, porque a aproximação entre eles se dá durante todo o período da gestação, seja por vínculo de amizade ou por confiança, com os futuros adotantes, ora indicados.

Esta é a denominada adoção ‘*intuitu personae*’. Segundo leciona Galdino Augusto Coelho Bordallo¹⁷: “*Nesta modalidade de adoção há a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta, ocorrendo esta escolha em momento anterior à chegada do pedido de adoção ao conhecimento do Poder Judiciário*”.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. 8 ed., 2ª Tiragem. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2010.

¹⁷ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4ª ed. Rev. e Atual. Conforme Lei nº 12.010/2009. 3ª Tiragem. Lumen Iuris. Rio de Janeiro. 2010.

Adoção *intuitu personae* é aquela em que os pais dão consentimento para a adoção em relação a determinada pessoa, identificada como pessoa certa ou para um casal específico, estando presentes os demais pressupostos para a adoção.

Não obstante, a adoção *intuitu personae* não é vista com bons olhos por parcela significativa da doutrina. Neste sentido é a lição de José Carlos Teixeira Giorgis¹⁸ para quem o catálogo protetivo dos infantes recomenda um estágio de convivência entre o adotando e o adotado, o que se se revela incompatível em relação a um ser enclausurado no corpo feminino; ademais, sendo a sobrevivência do nascituro mera cogitação, a adoção não pode ser atrelada a acontecimento incerto, o que conflitaria com a própria natureza do regime, que aspira a um parentesco definitivo e irrevogável.

De outro lado, há quem preste a devida defesa ao instituto, conforme pode-se extrair, por exemplo, das lições do professor Galdino Augusto Coelho Brandão¹⁹ (em sua obra supracitada), “ Devemos aceitar as adoções *intuitu personae*, pois esta é a única forma que o Estado terá de controlar o estabelecimento das filiações socioafetivas e verificar se as crianças estarão sendo protegidas de forma efetiva”.

Do ponto de vista jurisprudencial, não parece haver nenhum óbice aos pais biológicos poderem entregar seu filho à adoção a quem eles acharem que possui melhores condições de melhor exercer o poder familiar, de forma a tutelar à proteção integral da criança:

TJRS – Apelação Cível 70006597223 – 7ª Cam. Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos – julgado em 12/08/2003 – Apelação Cível. Adoção. Tendo a genitora da menor entregue sua filha em adoção a um casal determinado (adoção intuitu personae), não se pode desconsiderar tal vontade, em razão da existência de listagem de casais cadastrados para adotar. A lista serve para organizar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, não podendo ser mais importante que o ato de adoção em si. Desproveram. Unânime (segredo de justiça).

¹⁸ José Carlos Teixeira Giorgis. A adoção do nascituro, disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em primeiro de julho de 2012.

¹⁹ *Ob. Cit.*

TJPR – Recurso de Apelação n. 96629-6 – Rolândia – Rel. Juiz Convocado Milani de Oliveira, AC. n. 1300 – 1ª Cam. Crim. – julgado em 02/02/2001 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Extinção do pátrio poder. Sentença formal e substancialmente correta. Adoção intuito personae. 1. Como regra geral a perda do pátrio poder, e isto resta claro na lei de regência, será decretada judicialmente em procedimento contraditório. Estando todavia os pais concordes com a sua extinção, comparecendo em juízo e isto declarando de forma inequívoca e expressa, ‘inexistirá lide ou pretensão e a questão passa a ter caráter meramente administrativo ou de jurisdição voluntária’. 2. Quando, à luz da atual legislação menorista, não se possa negar a possibilidade, da ocorrência da adoção intuito personae, é inegável também que ao Judiciário cumpre o dever de assisti-la, não passivamente, mas nela interferindo, até mesmo obstá-la, de modo a resguardar, em sua inteireza, os superiores interesses do perflhado. Assim, determina a regra constitucional inserta no §5º do art. 227 da CF.

No Recurso Especial n. 1.172.067/MG, de relatoria do ilustre Ministro Massami Yueda, na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 18 de março de 2010, foi mantida a criança com o casal de adotantes não cadastrados, que durante os oito primeiros meses de vida estavam na posse da criança, sob o lúcido argumento de que a escolha cronológica dos candidatos inscritos em cadastro oficial nem sempre atende ao princípio dos melhores interesses da criança, quando se estabelece relevante vínculo socioafetivo.

REsp 1.172.067 Relator Ministro MASSAMI UYEDA - TERCEIRA TURMA – Julgamento em 18/03/2010 - RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Em outra lide submetida à Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto relatado pela Ministra Nancy Andrighi, proferida no Recurso Especial n. 1.106.637/SP, julgado em 1º de julho de 2010, foi decidido que a maternidade socioafetiva deve ser reconhecida, mesmo no caso em que a mãe tenha registrado filha de outro pessoa como sua,

porquanto, a maternidade que nasce de uma decisão espontânea – com base no afeto – dev ter guarida no Direito de Família, como os demais vínculos de filiação.

REsp 1.106.637 Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI – Julgamento em 01/07/2010 - Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança.

Neste diapasão, pode-se observar que a matéria está longe de ser considerada como pacífica, muito embora não sejam raros os casos em que se verifica a adoção de nascituro. Sendo assim, o tema precisa ser estudado à luz dos entedimentos acima expostos, como forma de se sedimentar juridicamente o instituto. Negando-o, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil ou, permitindo-o à luz do ordenamento jurídico constitucional e do diálogo entre as fontes.

5. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO NASCITURO

Na vigência do Código Civil de 1916 a possibilidade de adoção do nascituro era tranquila na doutrina e na jurisprudência, haja vista a própria previsão legal contida no artigo 316 já mencionado no presente trabalho. O que evidenciava o avanço do legislador no tratamento da matéria, o que não se repetiu quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ora vigente. Isto decorre da falta de expressa previsão legal e, das diversas interpretações do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, atualmente, não é errado dizer que a matéria é controvertida, tanto o é que se evidenciam vozes que defendem posicionamentos totalmente diversos. Existindo, um bloco de entendimento doutrinário que veda a referida possibilidade e, outro que permite a adoção do nascituro.

5.1. DO ENTENDIMENTO ACERCA DA PROIBIÇÃO DA ADOÇÃO DO NASCITURO

A primeira corrente de entendimento doutrinário, conforme aponta Thales Tácito Cerqueira, sustenta que não é possível a adoção de nascituro no Brasil, por força do parágrafo sexto do artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, in verbis:

Para os adeptos desta corrente como o Brasil é signatário da Convenção de Haia, encontra-se comprometido com os princípios por ela reconhecidos dentre os quais podemos citar àqueles atinentes à Proteção das Crianças, expresso no artigo 4º, letra “c”, item 4, da referida Convenção, que preconiza que o consentimento da mãe, quanto à adoção de seu filho, deve ser manifestado após o seu nascimento, priorizando, ainda a manutenção desta em sua família biológica.

Neste sentido, a adoção do nascituro estaria em conflito com a referida norma. Lembrando que, de acordo com o §2º do artigo 5º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ademais, para esta corrente, aderindo à Convenção de Haia, a Lei nº 12.010/2009, ao alterar o art. 166, §6º do ECA, estabeleceu que o consentimento dos titulares do poder familiar, quando decidirem expressamente pelo pedido de colocação em família substituta “somente terá valor se este for dado após o nascimento da criança”.

Para os adeptos desta linha de pensamento, a disposição legal supra implica em dizer que o legislador pretendeu conceder um prazo de arrependimento para a família natural, inclusive contando com a ajuda do Poder Público (art. 23, do ECA), porquanto a Lei nº

12.010/2009 tem como objetivo manter o infante em seu seio familiar primário, ou seja, de origem.

E o fato de o parágrafo único do artigo 13 do ECA (com redação dada pela Lei nº 12.010/2009) dispor que as mulheres grávidas que manifestem a intenção de colocar seus filhos em família substituta devem ser encaminhadas à Vara da Infância e do Adolescente, não implica em afirmar a possibilidade de adoção de nascituros, pois pela própria sistemática do Estatuto exige-se que antes do consentimento seja feito acompanhamento psicológico-social da familiar natural como um todo, por profissionais gabaritados, que alertarão sobre a irrevogabilidade do ato de adoção e de todos os seus consectários, tal como a perda do poder familiar, por exemplo. Outrossim, o §3º do dispositivo legal supramencionado impõe que o consentimento seja colhido perante a autoridade judiciária competente, estando presente o membro do Ministério Público estadual, garantida a livre manifestação e esgotados os esforços acerca da manutenção da família biológica ou natural. Acrescente-se ainda, o fato do consentimento ser revogável até o momento de publicação da sentença constitutiva de adoção (art. 166, §5º do ECA), o que reforça a ideia de que a adoção do nascituro seria impossível, afinal não se permitira um prazo razoável para os pais naturais se retratarem, afetando o objetivo central da Lei nº 12.010/2009, qual seja a manutenção do infante em sua família natural.

5.2. DO ENTENDIMENTO QUE PERMITE A ADOÇÃO DO NASCITURO

Não obstante o entendimento supra, um segundo bloco de entendimento doutrinário sustenta ser possível a adoção do nascituro no Brasil, por força do artigo 13, parágrafo único do ECA, com redação dada pela Lei nº 12.010/2008.

Para essa corrente é permitida a adoção sob condição suspensiva (nascimento com

vida, o que gerará, direitos hereditários ao adotado). Se é possível fazer testamento ou doação ao nascituro, porque não adoção, inclusive para fins de sucessão de bens?

O argumento que proóbe a adoção do nascituro, para essa correntem não procede, pois o Pacto de San José da Costa Rica foi recepcionado pelo STF como lei ordinária, e não com *status* constitucional (artigo 5º, §3º da CRFB, incluído pela EC nº45/2004) e, como tal, não teve força para mudar a soberania nacional. Da mesma forma, o Decreto nº 3.087/1999 e os demais que se seguirem não podem alterar o artigo 5º da CRFB e o artigo 7º da LINDB, que asseguram igualdade a todos, inclusive aos nascituros, cujos direitos são adquiridos com o nascimento com vida.

Ademais, não somente é possível a adoção de nascituro, como testamento e adoção, por força dos seguintes dispositivos:

- Art.2º do CC – A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro;
- Art. 542 do CC – A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal;
- Art. 1.609, parágrafo único do CC – O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes;
- Art. 1.779 do CC – Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mãe, e não tendo o poder familiar;
- Art. 1.798 do CC – Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão;
- Art. 1.799 do CC – Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
- Art. 877 do CPC – A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser

provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz, que ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

A adoção de nascituro (chamada de ‘adoção de pessoa inexistente’), segundo esse entendimento, se for levada adiante, deveria ser tratada no Código Civil, e não no ECA. Isto porque o ECA foi omissivo a respeito, sendo a matéria regulada pelo Código Civil e, com a Lei 10.406/2002, a adoção do nascituro passou a ser plena, ou seja, sem possibilidade de revogação, e realizada por sentença judicial, e não mais por escritura pública. Ademais a Lei 12.010/2009 revogou todos os dispositivos do Código Civil referentes à adoção de criança e adolescente, estabelecendo, contudo, que a adoção de maiores de 18 anos dar-se-á pelo CC (art. 1.619), “seguindo, no que couber, as regras do ECA”, ou seja, a adoção de pessoas maiores de 18 será feita na Vara de Família, por sentença judicial e sem revogação, seguindo as novidades do ECA trazidas pela Lei nº 12.010/2009.

Desta forma, a adoção do nascituro, caso aceita pela jurisprudência, será regida pelo Código Civil (por falta de previsão expressa no ECA), analogia feita com a adoção de pessoas maiores de 18 anos (art. 1.619, CC).

Não obstante a solução acima aponta, mas ainda sob a ótica de se permitir a adoção do nascituro, Silmara Chinelato²⁰ aponta que a melhor solução seria a sua regulamentação, através de uma alteração legislativa alterando a redação do artigo 1.621 do Código Civil, a ser feita nos seguintes termos: “A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais do nascituro ou do incapaz, e da concordância deste, se contar com mais de 12 (doze) anos”. Proposta esta que parece acampar a teoria concepcionista, no que tange à personalidade civil da pessoa humana.

²⁰ Silmara J.A. Chinelato e Almeida, ob. cit., p.5.

6. CONCLUSÃO

A mera falta de previsão legislativa expressa quanto à adoção de nascituro não tem o condão de por si só afastar a realidade social que hoje se impõe. O tema já foi retratado no âmbito nacional através de novelas e internacionalmente em filmes (ver “Juno”), o que demonstra a sua relevância social, que não pode ficar a mercê de meras interpretações doutrinárias.

Ademais, o próprio postulado constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente aponta pela possibilidade de adoção do nascituro, pois o atendimento de situação peculiar em pessoa em desenvolvimento também estaria adstrita à vida intrauterina, que de igual forma deve ser assegurada, em detrimento do próprio poder familiar dos pais biológicos ou até mesmo dos eventuais adotantes que aguardam em cadastros oficiais. Igualmente aponta o princípio da dignidade da pessoa humana ao garantir a vida digna inclusive a partir da fecundação.

REFERÊNCIAS:

- ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol.1, ed. Histórica, Rio de Janeiro, 1956, p. 822.
- BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4 ed. rev. e atual. Conforme Lei nº 12.010/2009. Lumen Iuris. Rio de Janeiro. 2010.
- CARDOSO, Marina Pacheco. *A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002*. *Direito & Justiça*, v.35, n.1, p.52-60, jan./jun.2009.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil – Teoria Geral*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 8 ed., 2010.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A adoção do nascituro*. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em primeiro de julho de 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Notas sobre adoção*, em *Revistas dos Tribunais*, nº667.

MONTEIRO, Sônia Maria. *Aspectos Novos da Adoção (Adoção Internacional e Adoção do Nascituro)*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1997.

SOUZA, Rosângela de Moraes. *Evolução histórica da adoção*. *Revista humanidades*, n.27. 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 1. 1992.

VALLE, Daniel Ribeiro apud FELIPE, J. Franklin Alves. *Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato*. 9. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.