



A ADOÇÃO DO NASCITURO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Larissa Lauda Bumann¹
Lidia Almeida de Paula²

Resumo: O Código Civil de 2002 (CC/02), bem como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõem que a adoção deve ser feita respeitando o princípio do melhor interesse do menor, não fazendo menção ao nascituro. O tema não é pacífico, o que enseja diversas discussões sobre a matéria, motivo pelo qual investiga-se as possibilidades legais de adoção do nascituro. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se do cruzamento de dados com os registros bibliográficos e análises jurisprudenciais. Do ponto de vista humano e legal, é necessário identificar o momento a partir do qual a pessoa encontra-se amparada pelo sistema de proteção legal. Assim, partindo do entendimento de que o nascituro é considerado pessoa, desde a concepção, em atenção aos direitos postos a salvo na legislação, em consonância com arts. 7º, 13º e 19-A, do ECA, princípio da igualdade jurídica entre os filhos, princípio do melhor interesse do menor e da afetividade, conclui-se pela possibilidade de adoção dos nascituros no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: adoção; não nascido; princípio do melhor interesse do menor.

Abstract: The Civil Code of 2002 (CC/02), as well as the Child and Adolescent Statute (ECA) provide that adoption must be carried out respecting the principle of the best interest of the minor, not mentioning the unborn child. The theme is not peaceful, which gives rise to several discussions on the matter, which is why the legal possibilities of adopting the unborn child are investigated. For the development of the research, data were crossed with bibliographic records and jurisprudential analyses. From a human and legal point of view, it is necessary to identify the moment from which the person is supported by the legal protection system. Thus, based on the understanding that the unborn child is considered a person, from conception, in compliance with the rights set forth in the legislation, in line with arts. 7th, 13th and 19-A, of the ECA, principle of legal equality between children, principle of the best interest of the minor and of affectivity, it is concluded by the possibility of adoption of the unborn children in the Brazilian legal system.

Keywords: adoption; unborn; principle of the best interests of the child.

Introdução:

As discussões a respeito do nascituro, do momento em que adquire personalidade jurídica ou de sua concepção como pessoa humana, bem como da proteção de seus direitos não

¹ Doutoranda em Direito pelo PPGD da UNISC. Doutora em Gerontologia (UCB). Bolsista Prosuc/Capes. E-mail: laraburmann@hotmail.com

² Discente na UFMT. E-mail: lidiaadepaula@hotmail.com



é nova no Direito brasileiro.

Nesse contexto, contemporaneamente, na doutrina, se tem divergido sobre a possibilidade de adoção do nascituro, ou seja, daquele pré-nascido, posto que o Código Civil vigente, diferente da codificação anterior, silenciou sobre essa espécie de adoção de nascituro.

Para investigar os entendimentos sobre o tema, em um primeiro momento foi realizado um breve apanhado histórico sobre o instituto da adoção e sua positivação no sistema jurídico. Após, são estudados alguns entendimentos sobre o conceito de nascituro e as principais teorias sobre personalidade civil do nascituro, uma vez que o art. 2.º do CC/2002 continua as colocando em colisão. Por fim, analisa-se normas legais e posições doutrinárias sobre essa espécie de adoção.

1. Considerações gerais sobre a positivação da adoção no Brasil

A palavra adoção teve origem no latim com o termo *adoptar*, que significa escolher, acolher, dar o seu nome (MARINHEIRO, 2008).

No Brasil a adoção passou a ser regulamentada somente em 1916, com a promulgação do Código Civil (CC/16). Este instituto propôs a adoção sob um viés bastante rígido e preconceituoso, em comparação a legislação contemporânea, dispondo diversos empecilhos para sua formalização. Exemplo disso é que um casal poderia optar pela adoção após 5 anos de casados. Além disso, os filhos adotados não possuíam os mesmos direitos dos filhos biológicos, conforme dispunha o parágrafo único do art.368.

Outrossim, o art. 336 daquele diploma, redigia que a adoção estabelecia um parentesco meramente civil entre o adotante e o adotado, realizado mediante escritura pública, podendo ser revogação, gerando, dentre outros, insegurança para o adotado.

No tocante a esse assunto, Gonçalves (2018, p.375) leciona que “no sistema do Código de 1916, era nítido o caráter contratual do instituto, tratava-se de negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública”, além do mais, explica que o CC/16 era inspirado no princípio romano de adoção, no qual era utilizada para dar continuidade a uma família de casais estéreis.

Outrossim, o CC/16 garantia a possibilidade de adoção do nascituro, dispondo sobre o tema em seu art. 372 com a seguinte redação a seguinte redação: “Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro”.

Em meio a tantas críticas e discrepâncias normativas, em 1988, a Constituição Federal (CF/88) trouxe importantes mudanças para o instituto da adoção, principalmente com o



princípio da igualdade jurídica entre os filhos, em seu art. 227, § 6º. A respeito disso, Dias (2020) explica que o advento da CF/88 assegurou a igualdade de direitos para filhos biológicos, quer tenham ou não sido concebidos na relação do casamento e para os filhos adotivos.

Já no ano de 1990, a adoção de menores passou a ser regulamentada pela Lei n. 8.069/1990, que acabou por fortalecer e estruturar os direitos expostos no art. 227 da Constituição Federal, afirmando ser “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...”, tendo como base principiológica o exposto no seu artigo 100: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

Apesar de sua completude e importante papel na proteção da criança e do adolescente, o estatuto ainda demonstra ser um sistema ainda muito retrógrado e ineficiente no tocante à adoção. Em observação a este ponto, Dias (2020) leciona que o ECA coloca a adoção como a última opção possível a ser utilizada apenas quando não há mais outros meios para se recorrer, visando sempre a manutenção dos laços consanguíneos.

Prosseguindo, em 2002, o CC/02, nos artigos 1.618 a 1.629, trouxe contribuições para o estatuto da adoção, ratificando diversos artigos já existentes no ECA, como o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, bem como promovendo algumas mudanças, como a alteração para 18 anos a idade mínima para ser adotante. Ainda, destaca-se que o CC/02 uniu a regulamentação da adoção de maiores e menores, que até então ficavam a cargo de institutos diferentes.

Em 2009, a Lei n. 12.010, denominada Lei Nacional da Adoção, alterou o ECA e o CC/02. Nesse último, revogou os artigos 1.620 a 1.629 e alterou os artigos 1.618 e 1.619, determinando que a adoção de crianças e adolescentes devem ser realizadas em observação ao exposto pelo ECA, posto que o Código Civil brasileiro regulava a adoção juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Nesse sentido Gagliano e Filho (2019, p.706) lecionam que: “essa duplicidade normativa, então explicada pela existência de uma “adoção civil” e outra “estatutária”, não era de todo cômoda, pois gerava insegurança jurídica”. Dessa forma, com o advento do ECA, a matéria passou a ser regulada pela lei especial, que, inclusive, passou a ter aplicação subsidiária na adoção de maiores.

Por fim, em 2017 foi promulgada a Lei n. 13.509, denominada Nova Lei de Adoção, a qual inclui o inciso V no artigo 1.638 do Código Civil, acrescentando a possibilidade de destituição do poder familiar em caso de adoção mediante entrega irregular pelos genitores.



Atualmente, o instituto da adoção é regulamentado pelo ECA, o qual exige o cumprimento de alguns requisitos subjetivos e objetivos para a efetivação da adoção. Os primeiros podem ser considerados como a) a idoneidade do adotando; b) a manifesta vontade de exercer efetivo vínculo de filiação; c) resultar em reais vantagens para o adotando. No pertinente aos requisitos objetivos, destacam-se: a) a idade mínima de 18 anos ;b) o consentimento dos pais e do adotando, que será dispensado no caso de os pais serem desconhecidos ou destituídos do poder familiar e, se o adotando contar com 12 anos completos, deverá manifestar sua concordância com a adoção (ECA, art. 45, § 2º); c) a realização de estágio de convivência; d) e o prévio cadastramento, podendo ser dispensada, conforme hipótese do § 1º do artigo 46 do Estatuto. (MADALENO, 2021)

Dentre os princípios que a norteiam, destacam-se três, sendo eles: o princípio do melhor interesse do menor, o princípio da afetividade e o da dignidade da pessoa humana. O princípio dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental garantido pela Constituição Federal que se expande para todos os ramos do direito, buscando proteger os direitos inegociáveis para o ser humano, aquilo que é mais básico e vital. Na adoção, esse princípio assume o papel de proteger os todos os direitos garantidos ao adotado, a fim de promover a uma adoção segura e com resultados positivos.

Já o melhor interesse do menor busca considerar sempre qual é o caminho mais benéfico para a criança ou o adolescente na tomada de todas as decisões em relação ao menor, este princípio é frequentemente utilizado pelos tribunais em diversas decisões como de guarda, alimentos e adoção, como observado no julgado abaixo:

HABEAS CORPUS. GUARDA DE MENOR. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR E REVOGAÇÃO DE GUARDA. INDÍCIOS DE ADOÇÃO IRREGULAR E DE MAUS-TRATOS À CRIANÇA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). MEDIDA DE PROTEÇÃO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ORDEM DENEGADA.

1. Esta Corte Superior tem entendimento de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional, devendo ser prestigiada, sempre que possível, a sua manutenção em um ambiente de natureza familiar, desde que este se mostre confiável e seguro, apto a receber a criança com conforto, afeto e zelo.

2. Na hipótese, o Ministério Público ajuizou ação de destituição de poder familiar cumulada com revogação de guarda e ação de acolhimento institucional, em razão de denúncias de "adoção à brasileira" e prática de maus-tratos contra a criança por parte da guardiã. A tutela de urgência foi deferida para determinar o acolhimento institucional da criança. Manejado agravo de instrumento, foi denegado efeito suspensivo ao recurso, ensejando o presente writ.

3. No contexto, a jurisprudência desta Corte, em observância aos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança, opta pelo acolhimento institucional do menor, em detrimento de sua manutenção na família que a recebeu.

4. Ordem denegada.



(HC 625.030/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021)

Mesmo compreendendo que o acolhimento institucional não é a melhor opção, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que essa atitude seria a mais assertiva na defesa do princípio do melhor interesse do menor, vez que este além de estar sob uma forma irregular de adoção, ainda sofria maus tratos. Ainda demonstrando a amplitude e superioridade deste princípio, Tartuce (2019, p. 54) que de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, nem mesmo o Ministério Público pode alegar nulidade processual “nos casos em que o processo de adoção for realizado de acordo com os ditames que protegem o menor”.

Ainda, destaca-se que o mencionado princípio é o critério primário para a interpretação de toda a legislação pertinente a menores, capaz de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada (REsp 1635649 / SP).

Já o princípio da afetividade, não menos importante, elenca o afeto como base das relações familiares, proporcionando um novo enfoque sobre a adoção. Apesar de não ser amparado pelo texto da lei, cada vez mais é reconhecido pela doutrina, pelos costumes e pela jurisprudência. Segundo Tartuce (2019, p.55), o afeto tem sido o fundamento das relações familiares contemporâneas. Embora não conste positivado, “pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana. Por isso é que, para fins didáticos e metodológicos, destaca-se o princípio em questão”.

Esses três princípios convergem entre si, exemplo é que uma das formas de verificar qual é o melhor interesse do menor para fins de adoção é observar as relações afetivas entre adotante e adotado, além de estruturarem e garantirem diversas novas formas de adoção como o reconhecimento socioafetivo.

2. Nascituro e embriões: uma possível modalidade de adoção no sistema jurídico

No sistema jurídico brasileiro, há várias possibilidades de adoção. Amparadas pela doutrina, lei, jurisprudência. Pela lei pode-se mencionar adoção unilateral, que trata da possibilidade de adoção por apenas uma pessoa, com a substituição de apenas um dos genitores, regulamentada no parágrafo 1, do art. 41 do ECA.

Sob a égide da jurisprudência, pode-se citar a adoção homoparental e adoção realizada



por avós. A primeira trata da possibilidade de a adoção ser realizada por casais homoafetivos. Essa modalidade passou a ser permitida a partir de 2011 com o reconhecimento da união homoafetiva pelo STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF. De acordo com Dias (2020) embora seja um tema que ainda divide opiniões, não há nenhum impedimento para esse tipo de adoção, inclusive os tribunais têm se posicionado a respeito do tema, como pode ser observado na Apelação Cível n. 0002583-11.2017.8.24.0036, do TJSC.

Quanto a adoção realizada por avós, embora a regra do artigo 42, parágrafo 1º, do ECA vede expressamente, o referido dispositivo legal tem sofrido flexibilizações, seja por razões ou mesmo para preservar situações de fato consolidadas, por exemplo, como pode ser verificado no Resp 1.635.649.

Além dessas formas, a doutrina ainda vem propondo debates sobre a possibilidade de novos tipos de adoção que ainda não possuem previsão legal e que são de grande valia tanto para aquelas que possuem interesse em adotar como para os adotados, como por exemplo, a adoção de embriões e adoção do nascituro, que podem ser confundidos ou mesmo tratados como sinônimos.

Sobre o assunto, Tartuce (2021), considerando nascituro como aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu, entende ser mais correta a tese, encabeçada pela Professora Titular da USP Silmara Juny Chinellato, de que a proteção referente ao nascituro abrange também o embrião - aquele que não foi introduzido no ventre materno – ou seja, a expressão nascituro, constante do art. 2º do Código Civil, deve ser lida em sentido amplo, incluindo também o embrião. Todavia, existe a corrente liderada por Maria Helena Diniz. Para essa, o embrião não está abrangido pelo art. 2.º do CC/02, diferenciando-se do nascituro por ter vida extrauterina.

Madaleno (2021) considera que que pré-nascido (nascituro) tem personalidade jurídica desde a concepção, sendo retroativamente desconsiderada sua personalidade se morrer antes de nascer. Mesmo o embrião, desenvolvido em laboratório, deve ser considerado indivíduo em formação da espécie humana, dotado de atributos da existência humana, tendo direito à vida, à integridade corporal e à dignidade humana. Dessa forma, o autor entende que todo ser humano concebido é sujeito de direitos, cuja capacidade de exercício está condicionada ao seu nascimento com vida.

Entretanto, uma das maiores controvérsias envolvendo ambos é a que se refere à personalidade civil do nascituro, uma vez que o art. 2.º do CC/2002 continua colocando em colisão, em especial, as teorias natalista e concepcionista.



2.1 Teorias acerca do nascimento da personalidade

A personalidade é a aptidão que o indivíduo recebe para contrair direitos e deveres na esfera civil. Tartuce (2018) conceitua como soma de caracteres corpóreos e incorpóreos da pessoa. O começo da personalidade, disposta no art.2º do CC/02, tem a seguinte redação: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Entretanto, o tema não é pacífico. Na tentativa de solucionar a questão, destacam-se três correntes teóricas que adotam momentos distintos para o nascimento da personalidade, sendo elas: concepcionista, natalista e personalidade condicional, também conhecida como Teoria Mista.

A teoria concepcionista defende que a personalidade começa com a concepção, ou seja, o nascituro é pessoa e, conseqüentemente, um sujeito de direitos (Tartuce, 2019). Segundo Gagliano e Filho (2019, p.171) “a teoria concepcionista, em sua forma mais pura, ao reconhecer o nascituro como pessoa – desde a concepção – alcançaria, inclusive, determinados efeitos patrimoniais”. Em crítica a esta teoria, Venosa (2005, p.53) rebate com o seguinte argumento: “o fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade”.

Na seara jurisprudencial, Gagliano e Filho (2019) afirmam que a teoria concepcionista vem ganhando espaço para o reconhecimento de direitos ao nascituro, como mostra a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

[...]

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fíncam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz



sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.415.727/SC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 4/9/2014, DJe de 29/9/2014.)

De igual modo, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, seguindo o entendimento da corte suprema assentou que:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – MULHER GRÁVIDA – ACIDENTE DE TRÂNSITO - MORTE DE NASCITURO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA – SUJEITO DE DIREITO – INDENIZAÇÃO DEVIDA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

O nascituro não tem somente expectativa de direitos, sendo sujeito de direito. Assim, todos os fatos relacionados à sua vida (direito de personalidade), desde o momento da concepção, geram consequências jurídicas. No caso, impedida a vida extrauterina, fato incontroverso, legítima a pretensão de recebimento da indenização pelo seguro obrigatório (DPVAT).

(N.U 1002425-30.2019.8.11.0003, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, ANTÔNIA SIQUEIRA GONÇALVES, Terceira Câmara de Direito Privado, Julgado em 26/08/2020, Publicado no DJE 31/08/2020)

O julgado adotou a teoria concepcionista para a decisão da lide, levando em consideração o momento da concepção para a geração de efeitos jurídicos. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu o direito a danos morais para avó do nascituro, em virtude do falecimento deste.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. MORTE DA FILHA E DO NETO NASCITURO POR APONTADO ERRO MÉDICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Conforme disposto no decisum agravado, o Tribunal de origem, ao reconhecer a responsabilidade estatal sobre os danos morais sofridos pela recorrida em decorrência do óbito de sua filha e de seu neto nascituro, majorou o quantum indenizatório com base nos seguintes fundamentos: "Em casos de danos morais decorrentes de negligência médica que resulta na morte do filho (encontrado nos precedentes desta Câmara Cível), a indenização tem sido fixada em quantias que variam entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), adotando-se este último montante como valor básico inicial, considerando a gravidade e a extensão do abalo emocional.

Na segunda fase para a fixação definitiva da indenização, sem descuidar do valor básico anteriormente determinado, ajustando-se às circunstâncias particulares do caso, devem ser considerados os seguintes fatores: a) a vítima era uma jovem de 18 (dezoito) anos, residia com a sua genitora, a parte Autora, e não exercia ocupação laboral; b) a gestação tinha ultrapassada a 37ª (trigésima sétima) semana, ou seja, havia alcançada a etapa final, aproximando-se da data do parto; **c) o nascituro estava bem desenvolvido, ou seja, era plenamente viável o seu nascimento com vida, de modo que ele também pode ser considerado vítima da negligência médica, nos termos do art. 2º, última parte, do CC/2002. Desse modo, considerando especialmente o**



óbito do nascituro, entende-se por bem adotar como referência da indenização o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), haja vista que a jurisprudência iterativa das Câmaras Cíveis estabelece que, em caso de morte do ser humano já concebido, cujo nascimento é dado como certo. Por consequência, nesta segunda fase, soma-se o valor de referência da indenização com o valor estabelecido na primeira fase (R\$ 100.000,00 + R\$ 50.000,00), totalizando a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), a qual reduz para o montante R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), adequando-a ao pedido formulado nas razões recursais e aos parâmetros do método bifásico de liquidação das indenizações de danos morais" (fls. 310-311, e-STJ) (...) (AgInt no REsp n. 1.948.045/AC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/3/2022, DJe de 12/4/2022.)

Já a teoria natalista, consoante na primeira parte do art.2º do CC/02, dispõe que a personalidade se inicia com o nascimento com vida, sendo necessária a expansão dos pulmões do neonato, mesmo que seja por uma única vez, a fim de se considerar que este nasceu com vida. Destarte, para esta corrente teórica o nascituro não é pessoa, o que leva ao questionamento de que se o nascituro não é pessoa, ele poderia ser considerado uma coisa (TARTUCE, 2019). Outra crítica apontada a esta teoria reside no fato desta negar até os direitos mais fundamentais ao nascituro, posto que esta teoria considera que o nascituro possui uma expectativa de direitos.

Por fim, os defensores da teoria da personalidade condicional, como por exemplo Washington de Barros Monteiro, justificam que a personalidade fica sob caráter suspensivo até que o nascimento com vida ocorra, tendo o nascituro apenas uma expectativa de direitos. Gonçalves (2018) explica que a teoria em comento é alvo de críticas pois ela induz o entendimento de que o nascituro possui direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, uma expectativa de direitos, não sendo correto mencionar em condição, pois, tecnicamente, só se pode considerar condição uma cláusula voluntária, não existindo no ordenamento jurídico brasileiro a denominada condição legal (*conditio iuris*) (cf. CC, art. 121).

Tartuce (2019) menciona que o legislador perdeu a oportunidade de solucionar este conflito adotando uma teoria, embora se persista o debate é possível perceber que há um cenário de proteção aos direitos do nascituro em diversos ramos do direito, como por exemplo: a) o exposto no art. 650 do CPC, dispondo que “se um dos interessados for nascituro, o quinhão que lhe caberá será reservado em poder do inventariante até o seu nascimento”; b) artigo 542 do CC/02, que resguarda direitos patrimoniais do nascituro, ao prever que: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”; c) o Código Penal criminaliza a prática do aborto, salvo as circunstâncias do art. 128 do referido diploma, garantindo assim o direito à vida ao nascituro; d) é obrigatória a nomeação de um curador, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar, nos termos art. 1.779 do CC/02; e) pode o



nascituro ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação e ser contemplado por testamento, conforme art. 1.609, parágrafo único, e 1.798 do CC/02; f) ainda, tem direito a uma adequada assistência pré-natal, à luz do que art. 8º, do ECA.

O ordenamento jurídico brasileiro, de modo geral, segue uma tendência em adotar a teoria concepcionista, visto que se observa todo um sistema de proteção e garantia aos direitos do nascituro, reconhecendo-o como sujeito de direitos, e conseqüentemente como pessoa, embora o CC/02 tenha adotado a teoria natalista. Há um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas acepções atribuídas aos demais indivíduos dotados de personalidade. Ademais, a própria Constituição Federal, em ser art.5º, assegura a todos, sem distinção, o direito à vida.

3. Adoção do nascituro e a lacuna legislativa

Conforme já mencionado, a adoção do nascituro recebia amparo legal no CC/16, desde que fosse cumprido o requisito exigido pelo então art.372, o qual dispunha sobre a necessidade de consentimento do representante do nascituro na entrega para adoção, que deveria ser livre de vícios, vez que o contrário poderia gerar nulidade do ato (CARDOSO, 2009)

No entanto, o atual Código Civil excluiu essa possibilidade, não mais dispondo sobre a adoção do nascituro. De igual modo, o ECA, o que gerou uma lacuna legislativa e divergências doutrinárias a respeito do tema.

Além das implicações teóricas já tratadas sobre o início da personalidade, a adoção do nascituro encontra uma série de empecilhos diante dos requisitos necessários para a formalização da adoção, como é o caso do estágio de convivência. Nas palavras de Gagliano e Filho (2019, p. 713) “esse estágio de convivência é fundamental, a fim de que seja firmada a consciência e a certeza no coração dos adotantes acerca da importância e da definitividade do ato de adoção”. No entanto, no caso do nascituro não há a possibilidade de se exercer esse procedimento na forma exigida pelo ECA, vez que este ainda se encontra no ventre materno.

Outro aspecto complexo da referida adoção são as incertezas a respeito do nascituro, que pode vir ou não a nascer com vida. Madaleno (2021), ao considerar, conforme já mencionado, que todo ser humano concebido é detentor de personalidade, cuja capacidade de exercício está condicionada ao seu nascimento com vida, e por ser titular de expectativas de direito condicionadas, também sua adoção pode restar condicionada ao seu nascimento com vida.

O §2º do artigo 5º da Constituição Federal, dispõe que os direitos e garantias expressos nela, 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. Pelo fato do Brasil ser signatário da Convenção de Haia, deve respeitar os princípios por ela reconhecidos, dentre os quais, cita-se o artigo 4º, alínea “c”, item 4, da referida Convenção, que dispõe sobre o dever da necessidade do consentimento da mãe, quanto à adoção de seu filho, ser manifestado somente após o seu nascimento, priorizando, a manutenção daquele em sua família biológica.

Madaleno (2021) complementa que “o artigo 45 do ECA excluiu a adoção do nascituro em seu texto, ao consignar que a adoção depende do consentimento dos pais ou do consentimento legal do adotando”. Ainda, o art. 166, §6º do ECA, ao estabelecer que o consentimento dos titulares do poder Familiar relacionado ao pedido de colocação em família substituta “somente terá valor se este for dado após o nascimento da criança”, também poderia ser um argumento contrário para a adoção de nascituro.

Apesar das problemáticas levantadas, nota-se que a omissão a respeito tema, pode atingir de forma prejudicial tanto aos não nascidos, cujo os genitores por algum motivo não podem assumir sua guarda legal, seja por falta de condições financeiras, físicas ou psicológicas, que acabam por entregar seus filhos à abrigos ao nascerem, ou pior, os abandonam a sua própria sorte, quando poderiam ser entregues diretamente à adotantes com condições de acolher o neonato e fornecer o necessário para o seu bem estar e uma vida digna, considerando o princípio do melhor interesse do amor e da afetividade.

Cardoso (2009, p. 58) levanta ainda algumas hipóteses em que a vontade de adotar acontece de forma inesperada, trazendo benefícios para todas as partes envolvidas, adotante, adotado e genitores, como por exemplo, pode se verificar quando pessoas que não desejam filhos, acabam entregando a amigos e conhecidos. Diante dessas circunstâncias, “a família que recebeu a criança inesperadamente, além de mudar o sentido de vida, forma um vínculo afetivo tão forte com aquele bebê, não somente pela adoção, mas pelas circunstâncias que ela aconteceu”.

Em sentido semelhante, Dias (2021, p.359) afirma não existir impedimento para adoção de nascituro, “quer pela existência de um vínculo de confiança da gestante com os candidatos à adoção só vem em benefício da criança, quer em face das modernas técnicas de reprodução assistida”, que têm desmotivado quem quer ter um filho de optar pela adoção. Entende que essa espécie de adoção deveria ser admitida, em especial, em casos em que, por exemplo, o núcleo familiar é totalmente desestruturado e o filho, ao nascer, precisa de cuidado e afeto.

Além do mais, cresce cada vez mais o número de crianças em instituições de



acolhimento. Segundo dados recolhidos pelo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) e divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2020, mostraram que mais de 30 mil crianças e adolescentes estão em situação de acolhimento em todo o país. Outrossim, os dados ainda informam que “do total de adoções realizadas, 5.204 (51%) foram de crianças de até 3 anos completos, 2.690 (27%) foram de crianças de 4 até 7 anos completos, 1.567 (15%) foram de crianças de 8 até 11 anos completos e 649 (6%) foram de adolescentes, ou seja, maiores de 12 anos completos”.

Ante o exposto, é possível notar com clareza que há uma preferência pela adoção de bebês, e que quanto mais velha for a criança, menor chance ela terá de ser adotada. Desse modo, a entrega segura para um adotante de escolha dos genitores, poderia evitar todo processo de encaminhar o neonato para um centro de acolhimento e submetê-lo a um processo burocrático e incerto de adoção, evitando também situações de abandono.

Ademais, a falta de regulamentação acerca da adoção acaba levando alguns genitores e adotantes a acordarem entre si e optarem por processos ilegais, como é o caso da adoção à brasileira, conduta tipificada como crime no nosso ordenamento jurídico, conforme expõe o art. 242 do Código Penal³. Embora o entendimento jurisprudencial venha preponderando o princípio do melhor interesse do menor em detrimento da adoção irregular, ainda há possibilidade de desconfiguração da adoção e penalização do adotante na esfera penal, conforme pode ser observado no AgRg no HC n. 610.647/SC, que esteve sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 17/5/2022.

Sob um enfoque legislativo, entendendo pela possibilidade da adoção do nascituro, Cardoso (2009), em análise ao art. 2º do CC, observa que embora o nascimento com vida concretize os direitos do nascituro, acaba por colocá-los “à salvo”. Enquanto persistir a condição de nascituro, àqueles direitos dizem respeito ao âmbito patrimonial, como por exemplo, o direito à herança, que estão “à salvo”. Quanto aos direitos não patrimoniais, mais especificamente, os direitos de personalidade, bastaria a concepção e a condição de nascituro para assegurar-lhes a eficácia.

O direito de igualdade dos filhos, exposto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, ratificado pelo art. 1.596 do Código Civil e art. 20 do ECA, podem possibilitar o

³ Art. 242, CP- Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.



reconhecimento dos filhos antes mesmo do nascimento, o que implica em afirmar que o nascituro poderia ser reconhecido como filho. Corroborando, O próprio Código Penal, conforme já referido, tipifica o aborto como Crime contra a Pessoa, independente do estágio de desenvolvimento em que se encontra o nascituro.

O ECA, apesar de não regulamentar expressamente a adoção do nascituro, prevê a proteção à vida e à saúde. Em seu artigo 7º, fica garantido à criança e ao adolescente o direito à proteção, à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. A expressão “que permitam o nascimento”, pode ratificar o entendimento da possibilidade da espécie de adoção mencionada.

Ainda, os arts.13 e 19-A do ECA determinam que a mãe ou gestante que manifestar interesse de entregar seu filho para adoção, antes ou depois do nascimento, deve ser encaminhada para à Justiça da Infância e da Juventude para demais providências. Pelo método interpretativo, é possível considerar a possibilidade de adoção de nascituro, contrariando a ideia de que essa espécie de adoção seria impossível, nos termos do art. 166, §5º do ECA, conforme já mencionado.

Nesse contexto, já existem alguns estímulos legislativos que propõe a regulamentação da adoção do nascituro, como é o caso do Projeto de Lei 478/2007, e do Projeto de Lei do Senado nº 138/2013. Já na esfera estadual, no Estado do Goiás, o parlamento aprovou o projeto que veio a se tornar a Lei nº 20.250, o qual busca promover a divulgação de que entrega do nascituro para adoção não é crime, por meio da afixação de placas contendo essa informação, nas unidades públicas e privadas de saúde localizadas no Estado.

Embora haja divergências doutrinárias, é possível perceber que o ordenamento jurídico brasileiro, considera aquele que está por nascer como um ser humano, sendo-lhe garantido o direito à vida. Utilizando-se dos princípios gerais do direito, dos costumes e da analogia, é necessária uma solução jurídica para suprir a lacuna legislativa, até que seja formalizada uma norma capaz de regulamentar a matéria.

4. Conclusão

Embora o Código Civil tenha aparentemente adotado a teoria natalista para a o nascimento da personalidade, o nascituro é cercado por uma rede de proteção que o garante



diversos direitos, em vários âmbitos do ordenamento jurídico brasileiro, além do mais, a jurisprudência também prossegue reconhecendo direitos ao não nascido, o que nos leva a concluir que o nascituro é um sujeito de direito e, portanto, dotado personalidade jurídica.

Tanto a CF/88 (227, § 6º), CC/02 (art. 1596) e ECA (arts.7, 13 e 19-A), de forma implícita, garantem a possibilidade dessa espécie de adoção, não havendo como sustentar a impossibilidade absoluta de adoção antes do nascimento, o que também pode ser fundamentado pelo princípio do melhor interesse do menor e da afetividade.

Não havendo impedimentos para a regulamentação desta modalidade, este procedimento poderá ser uma alternativa mais segura e saudável para todas as partes envolvidas na adoção.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#indice. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 434/2021**, de 12 de março de 2021. Institui o Estatuto do Nascituro, que dispõe sobre a proteção integral do nascituro e dá outras providências. [S. l.], 11 fev. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1963422&filenam e =PL+434/2021. Acesso em: 08/03/2022.

CARDOSO, Marina Pacheco. A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 1, n. 35, p. 52-60, jan./jun.2009. Semestral. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/8211/5898>. Acesso em: 28 jul. 2022.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 08/03/2022.

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm em: Acesso em: 20/06/2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.



GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil. V 6. 9.** ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 1.

_____. **Direito Civil Brasileiro: direito de família.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 6

Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Projeto de lei que cria Estatuto do Nascituro volta à discussão na Câmara.** 2021. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/noticias/9170/Projeto+de+lei+que+cria+Estatuto+do+Nascituro+volta+%C3%A0+discuss%C3%A3o+na+C%C3%A2mara>. Acesso em: 03 mai. 2022.

_____. **Projeto que trata sobre adoção de nascituros é Lei no Estado de Goiás.** 2018. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/noticias/na-midia/16928/Projeto+que+trata+sobre+ado%C3%A7%C3%A3o+de+nascituros+%C3%A9+Lei+no+Estado+de+Goi%C3%A1s#:~:text=Projeto%20que%20trata%20sobre%20ado%C3%A7%C3%A3o%20de%20nascituros%20%C3%A9%20Lei%20no%20Estado%20de%20Goi%C3%A1s,-07%2F08%2F2018&text=Aprovado%20pe+lo%20Parlamento%20e%20sancionado,de%20autoria%20do%20deputado%20Dr.>. Acesso em: 03 mai. 2022.

Lei da entrega voluntária para adoção benéfica crianças e mães biológicas. MPPR, 2021. Disponível em:
<https://mppr.mp.br/2021/01/23315,10/Lei-da-entrega-voluntaria-para-adocao-beneficia-criancas-e-maes-biologicas.html>. Acesso em: 20 set. 2022

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 11. ed. São Paulo: Forense, 2021.

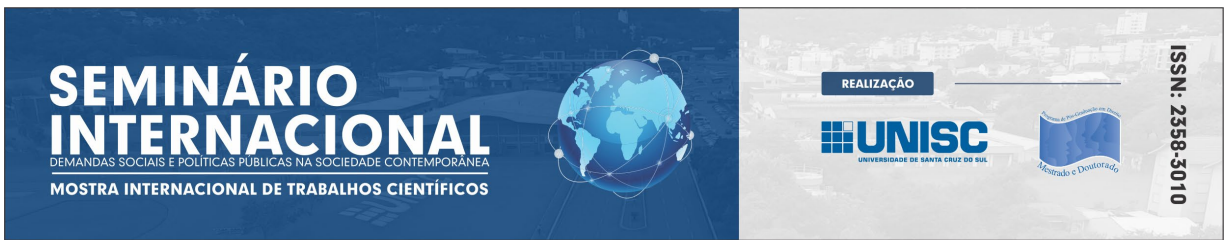
MARINHEIRO, Carlos. **'A etimologia de adoção e de adotar' in Ciberdúvidas da Língua Portuguesa.** 2008. Disponível em
<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/a-etimologia-de-adopcao-e-de-adoptar/24943>.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de direito civil : Direito de Família.** 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral.** 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

_____. **Direito civil: direito de família.** 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

_____. **Manual de direito civil: volume único.** 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021



VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.