

ADOÇÃO DE NASCITURO

Aluna: Rosimar Teles Rafael*

Orientadores: Willian Quintino de Oliveira**

Maria Inês de Assis Romanholo***

SUMÁRIO: Introdução. 1. Teorias Aplicadas ao Marco da Aquisição da Personalidade Jurídica pelo Indivíduo. 1.1. Teoria Natalista. 1.2. Teoria da Personalidade Condicional. 1.3. Teoria Concepcionista. 2. Evolução Histórica do Instituto da Adoção no Brasil. 2.1. Adoção no Código Civil de 1916 e a Possibilidade de Adoção do Nascituro trazida pela Lei nº 3.133 de 1957. 2.2. A Constituição da República Federativa do Brasil e a Adoção. 2.3. A Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.4. A Adoção no Código Civil de 2002. 2.5. A Nova Lei de Adoção- Lei 12.010. 3. Principais Direitos do Nascituro no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3.1. Constituição da República Federativa do Brasil e a Convenção Internacional sobre Direitos Humanos. 3.2. Direitos do Nascituro Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente. 3.3. Constitucionalização do Código Civil. 3.4. O Nascituro e o Código Penal Brasileiro. 3.5. O Nascituro e os Alimentos Gravídicos. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

RESUMO

A adoção é o ato jurídico pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consaguíneo ou afim, um vínculo

* Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC)- Ubá; Oficial de Justiça do TJMG; E-mail: teles.rose@yahoo.com.br.

** Professor graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Atualmente leciona no curso de graduação em Direito na Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) as disciplinas Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Direito Ambiental e Direito Civil.

*** Professora graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa e pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, que atualmente leciona no curso de graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC) as disciplinas Metodologia Científica, Direito do Trabalho.

fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha. Embora a adoção do nascituro estivesse prevista expressamente no Código Civil de 1916, através da modificação de sua redação pela promulgação da Lei nº 3.133 de 1957, o mesmo não ocorreu na elaboração do Novo Código Civil de 2002. Diante das profundas alterações jurídicas, políticas e sociais por que passou nosso país, necessário se faz o entendimento da evolução da norma e sua aplicação à figura do nascituro. No presente trabalho discorreu-se sobre a evolução do instituto da adoção no Brasil e a possibilidade de sua aplicação ao nascituro. Em sequência foi realizada a análise de um dos temas mais controvertidos no direito civil brasileiro, qual seja, o marco da aquisição da personalidade jurídica pelo indivíduo. Para isso, foram expostas as teorias aplicadas à aquisição da personalidade civil e qual o alcance de cada uma delas. Ainda como forma de esclarecer outros direitos assegurados ao nascituro, fez-se a exegese, à luz dos princípios constitucionais, de alguns dispositivos legais previstos em nosso ordenamento jurídico, que têm como legitimados ativados, entre outros, o nascituro. Para finalizar o trabalho, foi demonstrada a possibilidade de se adotar um nascituro, bem como a relevância do tema para toda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Nascituro. Personalidade Civil. Direitos do Nascituro.

INTRODUÇÃO

A redação original do Código Civil de 1916 (CC/16), Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, não previa a adoção do nascituro, contudo, seu texto foi modificado com a publicação da Lei nº 3.133 de 8 maio de 1957. Entre as alterações produzidas pela referida Lei no antigo Código, está a previsão de adoção do nascituro, conforme redação do artigo 372, visto que assim prescrevia o referido artigo “não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro”. Com essa redação, havia expressamente a autorização da adoção de nascituro. Porém, o Novo Código Civil de 2002 (CC/02), Lei 10.406 de janeiro de 2002, ao tratar do assunto, não mencionou o nascituro, pois segundo seu artigo 1621 “a adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar com mais de 12 anos”. De acordo com o novo CC/02, não há previsão expressa sobre a possibilidade da adoção de nascituro.

A situação jurídica do nascituro é, sem dúvida, um dos temas mais complexos no Direito, e a questão não é pacífica na doutrina. Existem três teorias que a referendam: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista. Apesar da polêmica doutrinária existente, ninguém discute que o nascituro tem direito à vida e não mera expectativa. O

CC/02 em seu artigo 4º, caput, dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro”. Na ótica da teoria concepcionista, o nascituro adquire personalidade jurídica desde a sua concepção, sendo, portanto, considerado pessoa. O direito moderno assevera que pessoa é sinônimo de pessoa de direito e é sob essa perspectiva que a personalidade do nascituro lhe confere aptidão para titularidade de vários direitos. Assim, seria o nascituro considerado pessoa pelo CC/02? Quais seriam seus direitos segundo o referido Código?

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8069 de 13 de julho 1990, em seu capítulo dedicado à adoção, apenas menciona a criança e o adolescente, não fazendo qualquer referência quanto à possibilidade de adoção do nascituro. De acordo com o artigo 2º do ECA “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e, adolescente aquela entre doze e dezoito anos”. A Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009, introduziu mudanças no ECA, porém manteve-se omissa quanto ao nascituro. Sabendo-se que pessoa, termo derivado do latim *persona*, no sentido natural, exprime ou designa todo ser humano, se o nascituro for considerado ser humano e, portanto, pessoa, estaria ele protegido pelo referido estatuto e, conseqüentemente, aplicar-lhe-ia as normas estatutárias, incluindo-se a possibilidade de sua adoção?

Por não haver norma expressa, quer seja no novo CC/02 ou no ECA, quanto à adoção de nascituro, teria o legislador deixado-o em situação de inferioridade frente à criança e ao adolescente? Ao colocar o nascituro em condição paritária da criança e do adolescente nas normas expressas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e do ECA poderia ele ser adotado, incluindo-o no instituto da adoção previsto tanto no CC/02 (artigos 1618 à 1629) quanto no ECA (artigos 39 à 52) ?

O direito à vida é um direito de todo ser humano, inerente à própria pessoa. Trata-se de direito constitucionalizado, previsto na CRFB/88, em seu artigo 5º, caput, com status de direito e garantia fundamental, sendo verdadeira cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV CRFB/88). Por sua vez, o artigo 227 da mesma, assegura especificamente à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, entre outros, o direito à vida, à saúde, à alimentação e à dignidade.

O presente trabalho teve por objetivo avaliar a possibilidade de adoção do nascituro, através da constitucionalização do Direito Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por vivermos em um Estado Social Democrático voltado para a tutela da coletividade, necessário se faz buscar meios que garantam essa proteção. A adoção do nascituro torna-se,

desse modo, uma das formas de aplicação concreta dessa busca, uma vez que contribui para a garantia do exercício do direito maior: o direito à vida.

Ao analisar as normas relacionadas à adoção previstas no CC/02 e no ECA, segundo a ótica dos princípios constitucionais assegurados na CRFB/88, a adoção do nascituro, embora não esteja expressamente regulamentada no atual ordenamento jurídico, tornar-se-á uma efetivação da própria Constituição.

A adoção do nascituro terá grande relevância no campo social do país, contribuindo significativamente para a concretização dos princípios ditados pela Constituição. Além disso, por não haver até o presente momento, nenhuma regularização quanto ao tema, esse estudo poderá se apresentar como contribuição original à área de conhecimento.

O instituto da adoção passa por mudanças revolucionárias quanto à sua natureza. Na vigência do CC/16, era nítido o caráter contratual do instituto. Tratava-se de verdadeiro negócio jurídico bilateral e admitia-se a dissolução do vínculo pelo acordo de vontade das partes. A partir da CRFB/88, a adoção passa a ser matéria de interesse geral, de ordem pública e não mais apresenta o caráter contratualista de outrora, mas assume preponderantemente a natureza institucional, correlata ao princípio da proteção integral previsto no texto constitucional.

É preciso demonstrar que no atual conceito de adoção deve ser destacada a observância ao princípio do melhor interesse da criança, sendo verdadeiro princípio Constitucional. A adoção passa a ser vista como medida de proteção integral, pois ela é mais do que uma questão jurídica, sendo considerada instrumento de transformação social e garantidora do princípio da dignidade da pessoa humana. A inclusão do nascituro entre os legitimados a serem adotados, atenderia à função social do instituto da adoção, contribuindo para a efetivação dos preceitos constitucionais, pois assegura ao nascituro a concretização de seus direitos, uma vez que ao adotante são gerados deveres que efetivariam a garantia constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

1. TEORIAS APLICADAS AO MARCO DA AQUISIÇÃO DA PESSOALIDADE JURÍDICA PELO INDIVÍDUO

A personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e obrigações, ou entre outras palavras, é uma das formas de se constituir em sujeito de direito. Há muito se

discute a questão da aquisição da personalidade jurídica da pessoa natural, pois a sua regular caracterização é premissa para aplicação de todo e qualquer direito.

A situação jurídica do nascituro é um dos temas mais controvertidos no Direito Civil. O nascituro é definido como o ser concebido, mas ainda que está por nascer e, é nesse contexto que foram elaboradas diversas teorias a respeito da personalidade jurídica do nascituro.

1.1. Teoria Natalista

Essa teoria defende o posicionamento de que o nascituro não é pessoa, não tem personalidade jurídica, e que a mesma só é adquirida com o nascimento com vida. Para os adeptos dessa teoria, é razoável o entendimento de que não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direitos.

Na fala de Pereira:

Nascituro não é ainda pessoa, não é ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já sujeito de direito.¹

1.2. Teoria da Personalidade Condicional

Os adeptos dessa teoria sufragam o entendimento de que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, ou seja, ao ser concebido já pode titularizar alguns direitos extrapatrimoniais, como o direito à vida, mas só adquire completa personalidade, quando implementar a condição de seu nascimento com vida. Nesse sentido, preleciona Wald: “A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver.”²

¹ PEREIRA, 2001, p.79.

² WALD, 1995, p.120.

1.3. Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista entende que a nidação, processo de fixação do óvulo fecundado pelo espermatozóide no útero, seria o marco inicial da existência da pess. Como consequência, posiciona-se no sentido de que a personalidade jurídica é adquirida a partir do momento da concepção, sendo assim, o nascituro considerado pessoa e, portanto, sujeito de direito. Esse é o entendimento da moderna doutrina civilista. E, nos dizeres de Monteiro: “Se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege, cominando pena contra provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa, como o fizeram vários códigos e projetos.”³

Não há como considerar que o nascituro tenha apenas expectativas de direito. Ele é pessoa natural, mesmo sem ter nascido, tem personalidade e esta só se extingue com a morte. Afirma Almeida que o nascituro é pessoa desde a concepção e nessa condição é dotado de personalidade, “considerando que muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, o de ser adotado, o de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.”⁴

Apesar da polêmica doutrinária existente, ninguém discute que o nascituro tenha apenas mera expectativa de direito, mas dispõe do direito à vida na sua integralidade, e nessa seara deve-se utilizar de todos os meios necessários para resguardá-la.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL

2.1. Adoção no Código Civil de 1916 e a Possibilidade de Adoção do Nascituro trazida pela Lei nº 3.133 de 1957.

Nas primeiras tentativas de legislação do direito civil pátrio, Clóvis Bevilácqua, no seu Projeto de Código Civil de 1916 sustentou a doutrina que reconhecia o começo da personalidade anteriormente ao nascimento, sob a invocação da impossibilidade de existir

³ MONTEIRO, 1997, p.65.

⁴ ALMEIDA, 2000, p.380.

direito sem sujeito jurídico. E, como percebia que o ente concebido e não nascido tinha direitos, compreendeu que a atribuição da personalidade ao nascituro seria consequência natural.

Contudo, com a discussão do projeto Bevilacqua preferiu-se rejeitar aquela doutrina e adotar a concepção romana, do início da personalidade a partir do nascimento com vida. Assim, transformando o referido projeto na Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916, que instituiu o Código Civil de 1916 (CC/16), ficou definido o tema acerca do início da personalidade e da condição de nascituro nos seguintes termos: “ A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.” Diante dessa concepção, o nascituro não seria titular do direito de ser adotado.

No CC/16, a adoção era um instituto de restrita aplicação, pois sua disciplina era baseada nos princípios romanos, como intenção destinada a propiciar a continuidade da família dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negara. Assim, Bevilacqua: “(...) dentro da visão da época de que a adoção tinha por escopo propiciar filhos a quem não os tinha pela natureza, empenhou-se no seu surgimento, por entender desempenhar função valiosíssima.”⁵

Nos dizeres de Siqueira, “o autor do projeto do Código Civil, Bevilacqua, conceitua a adoção como ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho. Não era um modo normal de constituir família, mas um meio supletivo de ter filhos.”⁶ Assim, “ Por essa razão, só os maiores de 50 anos sem prole legítima ou legitimada poderiam adotar, pressupondo-se que nessa idade era grande a probabilidade de não virem a tê-la.”⁷ Além disso, o adotante deveria ser, pelo menos, 18 anos mais velho que o adotado.

Esses requisitos foram alterados pela Lei 3.133 de 8 de maio de 1957 que introduziu mudanças no CC/16, reduzindo a idade mínima do adotante para 30 anos e a diferença de idade entre adotante e adotado passou a ser de 16 anos. A Lei deixou de exigir a necessidade do casal adotante não possuir filhos, exigindo apenas o lapso temporal de 05 anos após o casamento, para que o casal pudesse adotar. Foi a referida Lei que introduziu no Código de 1916 a possibilidade de adoção do nascituro, ao dispor sobre a necessidade do consentimento do adotado ou de seu representante legal se fosse incapaz ou nascituro. Na lição de Monteiro, a mudança no artigo 372, “Passou, assim, a exigir o consentimento legal, na adoção do

⁵ BEVILACQUA, 1956, p.820.

⁶ SIQUEIRA, 1993, p.14.

⁷ GONÇALVES, 2007, p.339.

incapaz ou nascituro, tornado evidente a intenção da lei em prever expressamente a adoção do nascituro (...).”⁸

De qualquer forma, vigorou unicamente em nosso país, consoante o CC/16, durante anos, um sistema de adoção que privilegiava dar filhos aos casais que não os podia ter, sem dar muita ênfase aos direitos dos filhos adotivos. Pois, conforme preleciona Gonçalves, embora

A aludida Lei nº 3.133/57 permitisse a adoção por casais que já tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, não equiparava a estes os adotivos, pois nesta hipótese, segundo prescrevia o artigo 337, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária.⁹

Excetuando-se o pátrio poder que era transferido do pai natural para o adotivo, o filho adotivo não rompia o vínculo com sua família biológica, podendo, inclusive, permanecer com o nome originário, bem como com os direitos e deveres alimentícios face aos pais consanguíneos. Mudou-se apenas o enfoque, perdurando essa situação até a entrada em vigor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que proclama em seu texto que “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

2.2.A Constituição da República Federativa do Brasil e a Adoção

A adoção, na concepção clássica do direito, "é um instituto jurídico que procura imitar a filiação natural"¹⁰, ou, nas palavras de Wald, "É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexiste naturalmente."¹¹

A legislação, em regra, reflexo do tempo e da cultura vivida pela sociedade em que ela emergiu, partiu de uma total discriminação quanto à figura dos filhos adotados, para a elevação dessa mesma categoria à igualdade plena com relação aos filhos biológicos. Tanto é, que atualmente, o texto constitucional, mais precisamente o art. 227, § 6º, da CRFB/88 revela-nos o valor da igualdade entre os filhos como um dos princípios vetores do Direito de Família.

⁸ MONTEIRO, 1997, p.36.

⁹ GONÇALVES, 2007, p.340.

¹⁰ OLIVEIRA, 2000, p.147.

¹¹ WALD, 2002, p.217.

De forma diversa, a discriminação para com os filhos adotados pelo CC/1916 era patente, dispondo-se no artigo 377 do referido diploma que a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária, e no artigo 378 que os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, com exceção do pátrio poder, cuja resolução se operava com a mera transferência do pai natural para o pai adotivo.

A ideologia de hoje não é mais a mesma de ontem e, no caso específico da adoção, não mais se admite, seja no âmbito da sociedade e de seus valores morais, seja no campo estritamente jurídico e da Teoria do Direito, qualquer tipo de discriminação voltada contra os filhos adotivos, pelo simples fato de estarem investidos desta condição.

Com a CRFB/88, o Brasil aderiu a um movimento quase globalizado de constitucionalização de direitos que até então eram tratados apenas no âmbito da legislação infraconstitucional. Conforme dispõe Tepedino:

A partir da Constituição de 1988, há a funcionalização das entidades familiares para a realização da personalidade de seus membros, em especial dos filhos, a despatrimonialização das relações entre pais e filhos e a desvinculação da proteção conferida aos filhos com a espécie de relação dos seus genitores, consagrando uma nova tábua de valores em matéria de filiação.¹²

O artigo 227, parágrafos 5º e 6º, trouxe alterações significativas, dentre as principais destacam-se: a previsão constitucional do instituto adoção, a obrigatoriedade de assistência pelo Poder Público, a igualdade absoluta entre os filhos biológicos e adotivos, e a proibição de quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, passando todos os filhos a gozarem dos mesmos direitos, inclusive os sucessórios.

Ademais, a Constituição introduziu direitos fundamentais específicos da criança e do adolescente, como no *caput* do artigo 227, deixando claro que passa a ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ao regulamentar os direitos sociais, a Constituição prevê em seu artigo 6º a proteção à maternidade e à infância. Ainda, o texto constitucional consagra especial proteção ao nascituro, quando garante proteção à maternidade e à gestante (artigo 201, CRFB/88). Dessa forma, ao buscar assegurar o nascimento e o desenvolvimento sadio, visa a alcançar a todas as fases, desde a concepção.

¹² TEPEDINO, 2001, p.395-396.

Apesar da CRFB/88 não prever expressamente a adoção do nascituro, é certo que, o texto constitucional ao estabelecer como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, quis que estivesse aí incluso a figura do nascituro.

2.3. A Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

O espírito que animava as palavras da nova legislação decorria 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.

Em 1990, entrou em vigor o ECA, Lei 8.069, publicada em 13 de julho do referido ano. Esse estatuto representou um marco para as relações entre pais e filhos, inclusive os adotados, e, principalmente, na proteção dos filhos, uma vez que passam a ter seus direitos amplamente protegidos e respeitados, inclusive acima de qualquer interesse que aqueles que os criam eventualmente possam ter.

Na leitura do ECA, aspectos importantes podem ser destacados. O legislador fixa como critério interpretativo de todo o estatuto a tutela incondicionada da formação da personalidade do menor, mesmo que em detrimento da vontade dos pais; a lei determina um controle ostensivo dos pais e educadores em geral, reprimindo não só os atos ilícitos, mas também o abuso de direito.

O ECA veio também, para fortalecer o instituto da adoção que se caracteriza como uma forma de amenizar a falta que essas crianças e adolescentes sentem de uma proteção familiar mais presente, uma vez que a adoção efetiva-se com a ficção legal que concede a paternidade ao titular da ação, se tornando assim, o legítimo pai, e propiciando ao adotando a condição de filho, que antes não a tinha. Assim, é que a adoção serve como instrumento fundamental para a colocação dessas crianças e adolescentes em novas famílias, devendo ser, portanto, disciplinada, direcionada e interpretada de forma a facilitar a adequação dessas vidas em desenvolvimento, a uma nova realidade.

A adoção rompe com muitos preconceitos e simboliza uma nobre iniciativa daqueles que optam por assumir a responsabilidade de criar crianças ou adolescentes estigmatizados pelo abandono e pelos maus-tratos.

Com a vigência do ECA, o instituto da adoção sofreu inúmeras modificações, entre elas, a de que poderia adotar os maiores de 21 (vinte e um) anos, independente do estado civil, possibilitando a adoção inclusive por concubinos desde que comprovada a estabilidade familiar e que um deles tivesse completado o requisito da idade. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, passando a garantir-lhe os mesmos direitos, inclusive os sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. A adoção passa a ser deferida sempre que se fundar em motivos legítimos e desde que apresente reais vantagens ao adotando.

O Estatuto ao prever em seu artigo 45 a necessidade de consentimento dos pais do representante legal do adotando, não mencionou a figura do nascituro, mas como o ECA funda-se na “Doutrina da Proteção Integral”, servindo de base para transcrição de inúmeras de suas regras pelo Código Civil de 2002 (CC/02), há de se buscar pela aplicação do instituto da adoção ao nascituro. É importante ressaltar que a proteção do instituto da adoção é de fundamental importância, não só para o Estado, que deve se preocupar em manter os interesses dos adotados salvaguardados, mas, principalmente, para os próprios adotados. Afinal, é o que rege o princípio do melhor interesse da criança, consagrado no artigo 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU,1989) ao declarar que: “(...)todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

2.4.A Adoção no Código Civil de 2002

O Novo Código Civil de 2002 regula a adoção em seus artigos 1618 a 1629, e trouxe como principal mudança no instituto o requisito da idade mínima exigido ao adotante que passou a ser de 18 (dezoito anos). O instituto adoção passa a ser tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo o procedimento judicial em ambos os casos (artigo 1.623). Em muito se repetiu da redação do ECA e novamente a lei estabelece a necessidade do consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar, e da

concordância deste se contar com mais de doze anos e, mais uma vez deixou de prever expressamente a possibilidade de adoção do nascituro repetindo o que ocorreu no CC/16 que só foi alterado em 1957 com a Lei 3.133 que permitiu a adoção do nascituro ao estabelecer a necessidade do consentimento do adotado ou do representante legal se fosse incapaz ou nascituro.

2.5.A Nova Lei de Adoção- Lei 12.010

A nova Lei de adoção, Lei 12.010 de 4 de agosto do ano de 2009, dispõe sobre a adoção no Brasil e altera a Lei 8.069 de 1990-Estatuto da Criança e do Adolescente, e, revoga dispositivos da Lei 10.046 de 10 de janeiro de 2002-Código Civil.

A nova Lei estabelece ao adotante a idade mínima de 18(dezoito anos), independente do estado civil, sendo que a adoção conjunta poderá ser feita por quem seja casado ou por quem mantenha união estável. Ela amplia de forma indireta, a proteção ao nascituro, ao estabelecer em seu artigo 8º,§5º que a assistência psicológica à gestante, no período pré e pós-natal deverá ser prestada à gestante que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção. Estabelece ainda, no seu artigo 13 que a gestante que manifestar interesse em entregar seu filho à adoção será **obrigatoriamente** encaminhada à Justiça da Infância e Juventude. Com essa redação, parece prudente o entendimento de que não muito distante a adoção do nascituro será regulamentada de forma expressa em nosso ordenamento jurídico.

3. PRINCIPAIS DIREITOS DO NASCITURO PREVISTOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nascituro é aquela “pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (*in anima nobile*), a qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz.”¹³

¹³ ALMEIDA, 1992, p.21-30.

Após o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental inerente a todo ser humano, a teoria concepcionista ganha forte impulso na defesa dos direitos do nascituro, estendendo-se a ele todos os direitos previstos no ordenamento pátrio.

3.1. Constituição da República Federativa do Brasil e a Convenção Internacional sobre Direitos Humanos

O direito à vida é um direito fundamental do homem, inerente a todo ser humano, sendo que dele decorrem todos os outros direitos. Está previsto no artigo 5º da CRFB/88 e sua garantia é aprimorada ao constituir verdadeira cláusula pétreia constitucional, jamais podendo ter seu âmbito de aplicação restringida pelo legislador. Prevê o mesmo artigo 5º, em seu § 2º, que os direitos e garantias previstos 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.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos subscrita em 22 de novembro de 1969, foi aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil em 26 de maio de 1999 (Decreto Legislativo nº 27), tendo o Governo brasileiro determinado sua integral observância em 06 de novembro de 2000 (Decreto nº 678). A referida Convenção estabelece em seu artigo 1º, que “Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”, sem fazer distinção entre o ser humano em sua vida extrauterina ou intrauterina. Estabelece ainda em seu artigo 4º que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” A junção dos dois artigos leva a uma conclusão lógica de que o nascituro é pessoa e, portanto, destinatário da norma na condição de ser humano.

Pelo exposto, é evidente a aplicação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais ao nascituro, pois outra interpretação feriria o disposto em nossa Carta Magna.

3.2. Direitos do nascituro segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente

O ECA foi elaborado na defesa do melhor interesse da criança e do adolescente. E, apesar de em sua redação não haver expressamente a figura do nascituro, é possível, diante da análise de alguns artigos, perceber que queria a norma estatutária que o nascituro fosse por ela, alcançado. É o que se verifica na análise do artigo 26, parágrafo único, ao dispor que é possível que o reconhecimento da filiação ocorra antes do nascimento. Do disposto no referido artigo, outra interpretação não há, senão a de que é o nascituro o destinatário da norma e, portanto, sujeito de direito. Por consequência extrai-se que o legislador estatutário, apesar de não o fazer expressamente, protegeu o nascituro, abraçando a teoria concepcionista. Nessa ótica, é de entender que todas os direitos protecionistas previstos no ECA devem ao nascituro ser aplicadas.

Afirma o admirável Venosa sobre a legitimidade para a propositura da ação de investigação de paternidade:

São legitimados ativamente para essa ação o investigante, geralmente menor, e o Ministério Público. O nascituro também pode demandar a paternidade, como autoriza o art.1.609, parágrafo único, CC/02 (art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo disposição semelhante ao parágrafo único do art.357 do Código Civil de 1916).¹⁴

3.3. Constitucionalização do Código Civil

Na elaboração do novo Código Civil brasileiro, perdeu o legislador a oportunidade de encerrar a grande controvérsia doutrinária quanto ao momento em que adquire o indivíduo a personalidade jurídica. Na redação do artigo 2º do CC/02 o legislador praticamente copiou o que previa o CC/16, apenas trocando a palavra homem pela expressão pessoa, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Está certo que há de se considerar que a alteração foi benéfica, porém, em relação ao nascituro, não tivesse o legislador feito a ressalva, não haveria na doutrina, polêmica existente quanto a considerar ou não o nascituro como pessoa.

Para a solução da controvérsia doutrinária, necessário se faz buscar a publicização do Código Civil. Segundo Tepedino, um dos principais idealizadores do tema consitucionalização do Direito, é “imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e

¹⁴ VENOSA, 2004, p.317.

das leis especiais à luz da consituição”.¹⁵ Pois, não se poderia deixar o nascituro em situação de inferioridade em relação à criança e ao adolescente, como defendem alguns autores.

O CC/02 dedica um capítulo à regulamentação dos direitos da personalidade, prevendo em seu artigo 12, parágrafo único, que mesmo após a morte, poderá o de cujus ter seus direitos da personalidade protegidos diante da legitimação que o código confere a algumas pessoas, na defesa do direito do morto. Ora, se há proteção daquele que já não mais vive, é inevitável que se proteja aquele que já vive no útero materno.

3.4. O Nascituro e o Código Penal Brasileiro

Aborto é a interrupção da gravidez, sendo considerado crime previsto no Código Penal Brasileiro (CPB). É importante ressaltar que o crime de aborto está previsto no capítulo I do CPB, destinado a elencar os crimes cometidos contra a vida. Assim, há de se entender que o legislador ao tipificar o aborto no título I, parte especial do CPB “dos crimes contra a pessoa”, considerou o nascituro sujeito de direito, sendo ele o sujeito passivo desse tipo penal.

3.5. O nascituro e os alimentos gravídicos

Na lição de Sílvio Rodrigues:

Alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender às necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui se trata não só do sustento, como também do vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim, de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança abrange o que for preciso para sua instrução.¹⁶

A lei 11.804 de 5 de novembro de 2008 disciplina o direito de alimentos dispensados à gestante, no período da gravidez. A garantia dos alimentos gravídicos consagra o princípio da dignidade da pessoa humana e a teoria concepcionista, visto que a proteção ao nascituro

¹⁵ TEPEDINO, 2004, p.1.

¹⁶ RODRIGUES, 1993, p.380.

ganha forte aliado com a promulgação da lei que fixa os alimentos gravídicos devidos ao nascituro e que serão percebidos pela gestante.

É necessário apenas que o magistrado esteja convencido da existência de indícios da paternidade, para a fixação dos alimentos gravídicos, os quais perdurarão até o nascimento da criança, sendo que após o parto, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite sua revisão.

De acordo com Cahali:

Desde o momento da concepção, o ser humano por sua estrutura e natureza, é um ser carente por excelência; ainda no útero materno ou já fora dele, a sua incapacidade ingênita de produzir os meios necessários à sua manutenção, faz com que se lhe reconheça, por um princípio natural jamais questionado, o superior direito de ser nutrido pelos responsáveis por sua geração. Subsiste essa responsabilidade (...) durante todo o período de desenvolvimento físico e mental do ser gerado.¹⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção há muito tempo era um assunto marginalizado e representava, na maioria das vezes, a última porta que alguém batia, quando após utilizar todos os métodos de fertilização, o sonho de se tornarem pais biológicos não se realizava.

Nos tempos atuais, a adoção é fruto de um gesto de amor, manifestado muitas vezes, até mesmo por quem possa ter filhos, mas preferem antes de tê-los naturalmente, adotar aquele que por não dispor de uma família em condições psico-socio-econômicas favoráveis, acabará por ser abandonado na rua, em uma instituição ou até mesmo dentro do próprio lar, vítima dos maus tratos.

É nesse contexto que a adoção do nascituro apresenta grande importância para todos: adotante, adotado, sociedade e até mesmo o próprio Estado. Apesar de não haver ainda, regulamentação quanto ao processo de adoção do nascituro, caberá ao legislador brasileiro disciplinar o procedimento da referida adoção, de forma a garantir àquela mãe que desde a gestação manifeste a vontade de entregar seu filho aos cuidados de outrem, possa ter seu filho, nascituro, adotado e assim, ele será amparado, antes mesmo de seu nascimento por aquele que o adotar.

A adoção do nascituro é uma forma de garantir àquela que está para nascer, todos os cuidados necessários a uma gestação saudável, o que muitas vezes não pode ser ofertado por

¹⁷ CAHALI, 1998, p.30.

seus pais biológicos. Similar ao que a Lei de Alimentos Gravidicos assegura, às expensas do suposto pai ao filho ainda não nascido, o nascituro, o instituto da adoção do nascituro garantir-lhe-ia a prestação de alimentos, assistência médica e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, segundo juízo médico.

Com a adoção do nascituro, a criança já naceria em um lar apto a recebê-la e cresceria de forma digna, evitando o que ocorre com muitas crianças que, após nascidas, são abandonadas à própria sorte e ficam na condição de uma espera contínua, na expectativa de que alguém desprovido de "pré-conceito" dê a ela a oportunidade de viver em um lar. Às vezes a espera é tão longa e o sonho e a necessidade de encontrar uma família substituta acabam por não acontecer. O tempo passa e elas crescem e, sem ter para onde ir, ficam nas ruas, onde marginalizadas pela sociedade vivem sem ter o que os contrário à adoção do nascituro lhe negaram: o direito de ter e ser família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Direitos da Personalidade do Nascituro. **Revista do Advogado**. São Paulo: n. 38, dez. 1992.

_____. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEVILACQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Volume I. ed. Histórica, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1956.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Instituiu o Código Civil. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/ccivil/leis/htm> > Acesso em 13 set. 2010.

BRASIL. Lei nº 3.133, de 08 de maio de 1957. Disponível em: < <http://www.soleis.adv.br/leis1957.htm> > Acesso em 14 set. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:< <http://www.presidencia.gov.br> > Acesso em 12 jul. 2010.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/Leis/L8069.htm> > Acesso em 14 set. 2010.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br> > Acesso em 10 set. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/lei/L11804.htm> > Acesso em 14 set. 2010.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/Leis/L8069.htm> > Acesso em 14 set. 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San José. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José de Costa Rica, 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992. Disponível em:< <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 15 set. 2010.

DECRETO-LEI nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>> Acesso em 15 set. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Volume VI: direito de família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. Volume VI: direito de família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Sônia Maria. **Aspectos novos da adoção**: adoção internacional e adoção do nascituro. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Aspectos Novos da Adoção**: Adoção Internacional e Adoção do Nascituro. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

OLIVEIRA, J.M.Leoni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2000.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito Civil**: Alguns aspectos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1993.

SIQUEIRA, Libordini. **Adoção no tempo e no espaço**. 2. ed. Rio: Forense, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas do Direito Civil**: Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. Volume V. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Introdução e Parte Geral. 8. ed. São Paulo: RT, 1995.

_____. **O Novo Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.