



ANA LUIZA ABREU SILVA

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: DA TEORIA AO
PROCEDIMENTO.**

**LAVRAS – MG
2019**

ANA LUIZA ABREU SILVA

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO NASCITURO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: DA TEORIA AO PROCEDIMENTO.**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof(a). Dr(a). Luciana Fernandes Berlim
Orientador(a)

**LAVRAS – MG
2019**

ANA LUIZA ABREU SILVA

**DA (IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO NASCITURO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO: DA TEORIA AO PROCEDIMENTO.**

**THE (IM) POSSIBILITY OF BIRTH ADOPTION IN THE BRAZILIAN LEGAL
ORDER: FROM THEORY TO THE PROCEDURE.**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADA em 05 de dezembro de 2019.

Dra. Luciana Fernandes Berlini	UFLA
Dra. Isabela Neves Silveira	UFLA
Dra. Lívia Lopes de Souza Pereira	UNILAVRAS

Prof(a). Dr(a). Luciana Fernandes Berlini
Orientador(a)

**LAVRAS – MG
2019**

*À minha Maria, que fez de cinco corações, um só, transbordando com o
mais puro amor.*

AGRADECIMENTOS

As primeiras palavras de gratidão serão dirigidas a Deus, que até agora tem me sustentado com tanto fervor e me conectado com a missão de vida que Ele escolheu para mim.

À minha vida e todo meu sol, minha mãe amada, para mim, verdadeira representação do amor de Deus na Terra. Obrigada por viver todos os meus sonhos comigo, pelo colo aconchegante, pelo amor incondicional e doce, por secar minhas lágrimas e alimentar meus sorrisos mais puros. Antes de ser sua, eu já era sua e para sempre vou ser.

Meu querido pai, por todo afeto e preocupação diários. À cada uma de minhas três irmãs e irmão. Pelo cuidado, pelos conselhos, pelo nosso lar repleto de amor. Vocês são o mundo para mim.

Ao meu namorado e sua família que me mostraram que anjos realmente existem na Terra para nos salvar e mostrar o caminho lindo e iluminado que nos aguarda pela vida afora.

À minha psicóloga, que me mostrou a fortaleza que habita em mim e que posso ser a escritora da minha própria história.

À minha doce orientadora, que emana paz, sabedoria e serenidade aos meus dias e à minha jornada acadêmica e profissional, abençoada por sua presença. Sempre estará em meu coração a cada passo que eu trilhar, como exemplo de humanidade, competência e bondade.

Aos meus lindos avós, que agora me protegem junto às estrelas... Vocês sempre serão as jóias mais preciosas e perfeitas da minha coleção. Mal espero a hora de reencontrá-los e contar o quão emocionante foi a minha jornada por aqui. O quanto pude sorrir e ser feliz, tal como era na infância, embalada em seus abraços e ouvindo suas vozes tão puras.

Quanta sorte a minha por ter cada um de vocês como benção em minha vida...

Não consigo pensar em melhores maneiras de agradecer do que dizendo, simplesmente, que nasci para amar cada um de vocês e que só por isso, ou por tudo isso, minha vida já valeu a pena.

Eternamente, muito obrigada!

Ana Luiza

RESUMO

O trabalho pretende analisar (im) possibilidade jurídica de adoção do nascituro, com a intenção de demonstrar a atual regulamentação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e seus desdobramentos. Para tanto, serão apresentadas as peculiaridades da natureza jurídica do nascituro, do instituto da adoção, bem como a verificação da possibilidade de se realizar a adoção do nascituro. Assim, analisa-se a posição ocupada pelo nascituro dentro do sistema jurídico nacional, principalmente pela óptica do Estatuto da Criança e do Adolescente. Além disso, serão expostos os dados, teorias e decisões jurisprudenciais sobre o nascituro, sua concepção e os direitos atribuídos a ele na legislação brasileira.

Palavras-chave: Nascituro. Adoção. Possibilidade

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	6
2	O INSTITUTO DA ADOÇÃO E SUA ESTRUTURA NO DIREITO BRASILEIRO.....	8
3	PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO.....	13
	3.1 Personalidade <i>versus</i> Capacidade	13
	3.2 Teoria Natalista	14
	3.3 Teoria Concepcionista.....	16
	3.4 Teoria da Personalidade Condicionada.....	17
4	OS DIREITOS DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..	19
	4.1 Direitos Existenciais do Nascituro	19
	4.2 Direitos Patrimoniais do Nascituro	20
5	DA (IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	22
	5.1 Da viabilidade jurídica	27
	5.2 Viabilidade quanto às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990)	30
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
	REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como ponto principal de análise a viabilidade jurídica de se aplicar ao nascituro o instituto da adoção. Pensar sobre a adoção do nascituro implica em conceber uma ideia de possível benefício para os envolvidos e principalmente para o feto em gestação.

Nesse sentido, é importante destacar que muitos problemas sociais envolvendo crianças, paternidade e famílias são de amplo conhecimento e debate jurídico, tais como: o crescimento do número de abortos clandestinos, o aumento de crianças recém-nascidas abandonadas, a precariedade do sistema brasileiro de acolhimento de crianças órfãs, entre outros. Assim, faz-se necessário analisar doutrinária, legislativa e jurisprudencialmente toda a seara envolvendo a temática da possibilidade de adoção do *conceptus*, dentro do ordenamento jurídico pátrio, haja vista as demandas sociais que ensejam tal reflexão.

A partir desse viés, analisar-se-á a hipótese de se a adoção do nascituro por família substituta pode ser possível, de modo a buscar-se garantir, principalmente, a melhor tutela possível aos interesses e direitos do feto e da gestante. Além disso, tutelar paralelamente os interesses da família biológica e da família substituta na medida do possível, - conforme será exposto – por meio da viabilidade de aplicação do instituto no caso em questão.

Para tanto, foi tratado no primeiro capítulo sobre a estrutura do instituto da adoção dentro do ordenamento jurídico brasileiro, apontando seu desenvolvimento histórico, as inovações legislativas que passaram a conceber cada vez mais a função existencial do instituto, bem como a visualização do mesmo como um mecanismo de efetivação de direitos fundamentais tão caros ao pleno desenvolvimento humano, como o cuidado, o afeto e a dignidade da pessoa humana.

Depois, abordou-se no segundo capítulo as teorias da personalidade dentro do Direito Civil, expondo quais as ideias doutrinárias sobre o início da personalidade, se antes ou após o nascimento e sob quais condições, para analisar qual a posição ocupada pelo nascituro dentro da legislação nacional – se como sujeito de direitos já plenamente efetivados ou como ser que carece da proteção de tais direitos, que futuramente serão reconhecidos.

Logo mais, no terceiro capítulo, cuidou-se de apresentar os direitos já reconhecidos ao nascituro dentro do ordenamento jurídico, para analisar se o caminho para o reconhecimento e aplicação do instituto da adoção ao feto é, de fato, viável. Levantou-se o reconhecimento de tais direitos em inúmeras esferas jurídicas, tais como o direito a receber doação, direito à indenização por violação de direitos da personalidade, como a honra e a imagem, entre outros.

O último capítulo, atento à problematização do trabalho, cuidou sobre a principal parte dos estudos, qual seja: a análise concreta da viabilidade jurídica de inserção do instituto no Brasil, com base nos entendimentos jurisprudenciais mais relevantes envolvendo o nascituro e os direitos à ele circundantes e, principalmente, sob as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, que, em seu atual artigo 19, acaba por legislar – mesmo que indiretamente e sem todas as nuances necessárias – sobre boa parte do procedimento.

Além disso, durante o desenvolvimento do capítulo, são expostos argumentos, teorias e entendimentos considerados adequados para solucionar o problema exposto, tal como a introdução do instituto do parto anônimo como mecanismo de proteção da criança e da gestante que deseja entregar o filho, que não possui reivindicação paterna, para que lhe possam ser assegurados sigilo, auxílio psicológico e social, entre outros.

Assim, após a construção argumentativa que permeia a incorporação do instituto no direito brasileiro e as consequentes hipóteses levantadas, são apresentadas as considerações finais e as conclusões obtidas após toda a elaboração do estudo em pauta, que desencadeia o interessante e importante debate que o permeia.

2 O INSTITUTO DA ADOÇÃO E SUA ESTRUTURA NO DIREITO BRASILEIRO

As complexidades envolvendo o instituto da adoção sempre foram objeto de debate e questionamento frente o ordenamento jurídico brasileiro. Toda a problemática envolvendo o instituto ocorre devido à sensibilidade do tema em questão, seja por se tratar da relação de filiação, considerado por muitos o vínculo mais forte existente entre os seres humanos, seja pela regulamentação muitas vezes insuficiente frente às demandas sociais pertinentes à adoção.

Antes de mais nada, cumpre destacar o atual papel desempenhado pelo Direito das Famílias frente aos novos arranjos familiares e a concepção *eudemonista* de família. O núcleo familiar hoje busca tutelar as realizações pessoais de seus integrantes, primando pela felicidade e amparo afetivo dos membros de determinada família. Ou seja, diferentemente do que ocorria no Código Civil de 1916, onde a família era vista sob um prisma exclusivamente patrimonial e patriarcal, onde as vontades humanas ali existentes eram sucumbidas em prol de um arranjo economicamente favorável e protegido.

A família como grupo de amor não era o foco de estudos do Direito, e todas as relações ali desenvolvidas, ali permaneciam, estritamente fechadas, uma vez que não havia abertura para tanto. Contudo, obviamente, ano após ano, os seres humanos foram abrindo os olhos para o verdadeiro significado de “*família*” e de “*ser família*”, possibilitando que o Direito passasse a proteger as pessoas ali envolvidas e seus interesses não mais apenas patrimoniais, mas sim, *existenciais*.

A partir dessa construção e compreensão do arranjo familiar com prioridade na existencialidade, o papel da adoção foi se modulando e recebendo destaque. A adoção é o instituto através do qual cria-se o parentesco civil, sem que haja, entre adotante e adotado, um vínculo biológico oriundo de procriação natural. Por meio da adoção, inúmeras pessoas conseguem efetivar o desejo de possuírem filhos, bem como o desejo de *serem filhos*. Ou seja, trata-se da possibilidade de se construir laços familiares filiais, baseados no afeto, no sentimento.

Para além do aspecto interno, a adoção também tangencia questões sociais extremamente pungentes, conforme será demonstrado mais adiante. Ao mesmo tempo em que existem pessoas que almejam veementemente o vínculo da filiação, existem aquelas que o repulsam por completo ou que por algum motivo não o desejam ou não podem assumi-lo naquele determinado momento da vida.

As atitudes humanas desencadeiam inúmeros acontecimentos, sejam eles positivos ou negativos. Dentre esses acontecimentos, destaca-se o abandono de crianças, que apresenta números alarmantes em nosso país:

Um carro em movimento joga um saco em uma rua de Guarulhos, na Grande São Paulo. Horas depois, outro carro passa por cima do saco. Ali havia um recém-nascido.

O trágico caso de abandono se soma a pelo menos outros 19 no último ano no país, segundo levantamento feito pela Folha a partir de notícias divulgadas pela mídia.

(...)

O Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente, órgão do governo paulista, planeja um diagnóstico da situação de bebês abandonados para propor projetos na área da prevenção. Dos 20 casos de bebês abandonados, 16 foram no Estado. (IBDFAM, 2011).

Nesse contexto, cabe inicialmente fazer uma análise histórica do instituto da adoção, logo mais demonstrando sua relação com os direitos fundamentais e, finalmente, sua relação com a figura do nascituro.

Na maioria dos povos antigos, a adoção visava produzir herdeiros àqueles que podiam conceber filhos de maneira natural. Mais uma vez, o passado nos mostra como a preocupação patrimonial era latente àquela época. No Direito Romano, existiam três tipos de adoção: a *adoptio per testamentum*, na qual a última vontade do falecido era respeitada, produzindo efeitos após a sua morte, mas que necessitava da aprovação da chamada cúria (uma assembleia de votação formada por patrícios – homens livres); a adoção *ad-rogatio*, que se realizava diretamente e em ato bilateral de vontade entre a pessoa do adotante e do adotado; e a adoção *datio in adoptionem*, na qual o adotante recebia o adotado incapaz por ato de livre vontade (MONTEIRO, 1997, p. 11-14).

Séculos depois, pelo Código Napoleônico, a adoção tornou-se deveras onerosa, com complicadas condições, como aplicação restrita aos maiores, idade mínima de 50 do adotante – característica que seria copiada à legislação civil brasileira de 1916 - e período de convivência mínimo de seis anos entre adotante e adotado. Além disso, também existia a figura da adoção remuneratória e a tutela oficiosa. (MONTEIRO, 1997, p. 14-16). Com o passar do tempo e a evolução das relações sociais, a legislação francesa foi sendo remodelada e assumindo um caráter cada vez mais íntimo do instituto da adoção, sendo a pioneira na consagração da adoção plena, tornando o adotado, *filho legítimo* do adotante.

No Direito Brasileiro, poucos artigos do diploma civil de 1916 destinavam-se a regulamentar a matéria, além de criarem diversos obstáculos aos menores necessitados de amparo¹.

Com o advento da Lei nº 3.133, de 1957, foram modificados alguns desses artigos, passando a exigir como requisitos a idade mínima do adotante de 30 anos, a diferença de 16 anos entre adotante e adotado, o consentimento do adotado ou de seu representante legal, se fosse incapaz ou *nascituro*, entre outros. No que tange à essa última modificação, percebe-se claramente que o legislador possuía intenção de tutelar a adoção do ser em gestação.

Atualmente, a legislação brasileira que regula a adoção teve sua origem na Lei Nacional da Adoção (12.010/2009) passando a ser regulada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 1990) e no Código Civil – quando trata da adoção dos maiores de idade. Inúmeras espécies de adoção são admitidas em nosso ordenamento: adoção internacional, adoção póstuma, adoção unilateral, entre outras. (DIAS, 2017, p. 506)

O procedimento de adoção - apesar das tentativas de agilizá-lo - é algo burocrático em sua essência e talvez, seja necessária tal burocratização, a depender da análise de cada caso específico. Contudo, trata-se de processo longo, que perpassa estágios de convivência e apresenta requisitos e regras específicas a serem observadas em análise individual. Com o correr do tempo, muitas crianças acabam perdendo a oportunidade real de serem adotadas, haja vista as preferências ainda existentes por parte dos adotantes e principalmente por toda a burocratização envolvida no procedimento.

¹ DA ADOÇÃO

Art. 368. Só os maiores de cinqüenta anos, sem prole legítima, ou legitimada, podem adotar.

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

Art. 370. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher.

Art. 371. Enquanto não der contas de sua administração, e saldar o seu alcance, não pode o tutor, ou curador, adotar o pupilo, ou o curatelado.

Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento da pessoa, debaixo de cuja guarda estiver o adotando, menor ou interdito.

Art. 373. O adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade.

Art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção:

I. Quando as duas partes convierem.

II. Quando o adotado cometer ingratidão contra o adotante.

Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, em termo.

Art. 376. O parentesco resultante da adoção (art. 336) limita-se ao adotante e ao adotado, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, á cujo respeito se observará o disposto no art. 183, ns. III e V.

Art. 377. A adoção produzirá os seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adoção.

Art. 378. Os direitos e deveres que resultam do parentesco natural não se extinguem pela adoção, exceto o pátrio poder, que será transferido do pai natural para o adotivo.

Através dos dados disponibilizados pelo Cadastro Nacional da Adoção - CNA, há 42.682 pessoas habilitadas à adoção, das quais apenas 2.654 aceitam crianças com deficiências, 4.942 crianças e adolescentes cadastrados no total, dos quais: 60.51% possuem irmãos e 35.37% tem problemas de saúde. Há 39 crianças com HIV, 271 com deficiência física, 691 com deficiência mental, 2.468 crianças pardas e 964 crianças negras. (CNJ, 2019).

Há que se pensar que, a possibilidade de adoção de uma criança ainda não nascida, a pouparia dos danos sociais e psicológicos eventualmente ocasionados pelo sistema e pela sociedade. Ao ser amparada ainda em processo gestacional, a criança já nasceria em um lar estável, não necessitando de ser alocada em abrigos, instituições ou famílias de acolhimento.

Por óbvio, as modificações legislativas que nos trazem aos estágios atuais em matéria de adoção devem procurar constantemente a evolução e a proteção do maior número de direitos fundamentais possíveis, conforme consagrado na Carta Magna, e não apresentar interpretações que possam conduzir ao retrocesso e eventual falta de tutela efetiva.

Nesse momento, cumpre destacar o papel da adoção na efetivação dos direitos fundamentais. Trata-se de um instituto que visa conceder a uma criança uma vida digna, com todo o amparo necessário ao seu desenvolvimento pleno físico, psicológico, afetivo e social.

Além disso, o vínculo estabelecido pela adoção também efetiva o direito dos pais adotivos de constituírem como família e realizarem-se pessoalmente por meio dela. Maria Berenice Dias inicia seu Manual de Direito das Famílias, com um trecho de Fabrício Carpinejar que expressa bem a ideia de adoção como efetivação de direitos fundamentais da pessoa humana:

Sempre me emociono quando reparo o quanto filhos adotivos passam a se parecer com os seus responsáveis. Ninguém diz que foram adotados: o mesmo olhar, o mesmo andar, a mesma forma de soletrar a respiração. Há um DNA da ternura mais intenso do que o próprio DNA. Os traços mudam conforme o amor a uma voz ou de acordo com o aconchego de um abraço. (...) Dividir o teto não garante proximidade, o que assegura a afeição é dividir o destino. (CARPINEJAR *apud* DIAS, 2017, p.11).

Ou seja, pela adoção, são diretamente concretizados direitos como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade e à segurança. Trata-se de muito mais do que apenas resolução de problemas sociais ou individuais, sem diminuir em nada a magnitude destes. Porém, trata-se de completude de direitos existenciais mínimos para que o ser humano, possa, de fato, ser humano em toda a sua potencialidade.

Nesse ínterim, insere-se a figura do nascituro. Trata-se de ser vulnerável e dependente em toda sua integralidade, fato este que faz dele, objeto de proteção. Pensando nesse sentido,

a adoção destinada à ele é forma inegável de amparo ao mesmo – ou da própria *atribuição de direitos*, a depender de qual interpretação deseja-se aplicar - desde que seja necessária a instituição do sistema, impulsionado por manifestação de vontade dos pais biológicos ou – na maioria dos casos, por vontade exclusiva da mãe, conforme será exposto mais adiante - mediante família substituta devidamente apta e realizado em moldes racionais e responsáveis.

Assim, há que se pensar na aplicação do instituto ao concebido, visto o diálogo interno existente entre ambos, por meio da concretude do amparo afetivo e da primordialidade da medida.

3 PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

O estudo sobre a personalidade jurídica do nascituro perpassa questões de complexa análise e debates, haja vista que atualmente existem correntes distintas quanto à existência ou não de tal atributo ao concebido. Antes de mais nada, cumpre ressaltar o que seria a definição jurídica do instituto da personalidade, abaixo elencado por Francisco Amaral:

A personalidade é, sob o ponto de vista jurídico, o conjunto de princípios e de regras que protegem a pessoa em todos os seus aspectos e manifestações. O instituto da personalidade compreende, basicamente, o reconhecimento da pessoa como centro e destinatário do direito civil, como expressão da filosofia do personalismo ético. A personalidade é, então, o instituto básico do direito civil, e a pessoa o seu núcleo fundamental. O instituto da personalidade compreende, assim, as normas sobre o princípio e o fim da existência, qualificação e exercício dos direitos das pessoas físicas e jurídicas. Projeção imediata do personalismo ético é o reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos e deveres (...) (AMARAL, 2003).

Assim, partindo do pressuposto de que a personalidade é o instituto de direito civil que permeia a pessoa humana e a nutre sua qualificação como pessoa, propriamente dita, passa-se agora às diferenciações cabíveis das teorias da personalidade que são atualmente aplicadas ao nascituro, para fornecer ampliação do estudo em questão.

3.1 Personalidade *versus* Capacidade

Equivocado é o entendimento de que personalidade e capacidade são institutos semelhantes ou idênticos. De forma breve, pode-se dizer que a capacidade é a medida da personalidade. É a maneira através da qual a personalidade será efetivada e aplicada na vida prática. (PUSSI, 2012, p. 31-32).

Ao nascer, o ser humano não é capaz de exercer todos os atos da vida civil inerentes à sua condição de ser humano. Contudo, à medida em que vai adquirir substrato físico, psicológico e social através da passagem do tempo, ele vai se capacitando para exercer todos os direitos. A capacidade de gozo está intimamente relacionada com a aquisição de direitos. A capacidade de fato, por sua vez, está ligada ao “agir” humano.

Possuindo personalidade, o ser é capaz de titularizar diversas relações jurídicas, sem, contudo, ser capaz. Com a capacidade – seja ela de gozo ou de fato – o ser humano adquire caráter mais ativo. Para Pussi, tal quadro pode ser sintetizado:

Aliás, a própria derivação etimológica apresenta bem tal conceito, visto que “capacidade” tem origem no verbo latino *capere*, que significa “agarrar, prender, tomar nas mãos, adquirir. *Capax* será então aquele que tem essa aptidão. (...) Dessa forma, apresentados os conceitos, as diferenças e superada a tradicional ideia de igualar personalidade com capacidade de direito, poder-se-ia dizer, em termos práticos, que personalidade é o homem jurídico em um estado “estático”, e capacidade é o homem jurídico no estado “dinâmico”. Em síntese, para ser pessoa, basta que o homem exista [nascimento com vida] e para ser capaz, o homem precisa ter os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo em uma relação jurídica. (PUSSI, 2012, p. 33)

Assim, na medida em que os dois institutos jurídicos jamais se confundem, entende-se que o nascituro, ao ser adotado, não estaria possuindo capacidade, mas apenas reivindicando determinado direito que, de qualquer maneira, lhe seria atribuído após o nascimento.

Em tal ponto do debate, após as referidas explanações teóricas e jurisprudenciais, pode-se concluir que independentemente da teoria da personalidade que se busque adotar, resguardar ao nascituro seu direito de ser adotado, é passível de efetivação dentro de quaisquer das teorias, seja como *atribuição* ou *proteção* de direitos. Seja como *pessoa* ou *potencialidade de pessoa*. O diploma Civil atual fala expressamente em efetiva proteção dos *direitos* do nascituro, desde sua concepção.

Por óbvio, o nascituro deverá nascer com vida para que a adoção siga seu caminho natural, caso contrário, a relação perde seu sentido de existir. Ao nascer com vida, o nascituro adquire capacidade plena para exercer seu direito de ser adotado; capacidade que antes não era plena por ausência de critérios biológicos, mas que já existia e possuía todo o principal substrato para o ser.

3.2 Teoria Natalista

Segundo a visão da teoria Natalista, adquire personalidade apenas o ser humano nascido com vida, e logo após o momento de seu nascimento, exclusivamente. Ou seja, ao nascituro não caberia reconhecimento de personalidade, uma vez ainda habitante do ventre materno, mesmo que tal condição seja temporária. Nesse contexto, o nascituro não possui personalidade jurídica. Ele somente a possuirá após vir ao mundo com vida. O atual Diploma Civil brasileiro tentou fazer opção por tal teoria, na primeira parte de seu artigo 2º (PUSSI, 2012, p. 82 a 84): “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002).

Contudo, a Codificação Civil não foi capaz de adotá-la em sua integralidade, haja vista que busca tutelar a proteção aos direitos do nascituro, reconhecendo que independentemente da nomenclatura destinada ao conjunto de direitos atribuídos ao *conceptus*, tais direitos existem inegavelmente – independentemente de quando serão de fato aplicados ao ser - e, na observância prática deve-se sempre buscar ampará-los e respeitá-los. Uma interpretação mais aguçada nos permite compreender que para essa teoria, o nascituro não possui personalidade nem tampouco capacidade, porém possui expectativas de direitos que devem ser resguardados.

O Supremo Tribunal Federal – STF, utilizou e defendeu a visão natalista quanto à personalidade do nascituro. Em um desses debates, através de uma ação direta de inconstitucionalidade, procurou-se discutir sobre a violação de direitos fundamentais como a vida e a dignidade da pessoa humana no que tange às células embrionárias utilizadas com fins científicos de pesquisa, através de análise da Lei nº 11.105/2005, a Lei de Biossegurança. Ao longo do julgamento, foi proferido trecho que explicitou a posição defendida pelo Tribunal quanto à análise da personalidade do nascituro, todos os fundamentos que permeiam a conclusão e que merece leitura e análise. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANCA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANCA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANCA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANCA. (...)

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos

"direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (...) (BRASIL. STF, 2010).

Assim, através do importante julgado transcrito, é possível compreender o desenvolvimento do raciocínio jurídico em torno da aplicação da teoria natalista, que, conforme exposto, atribui personalidade à pessoa apenas após o nascimento com vida, e a visão preponderante do STF. Contudo, torna-se imprescindível expor e analisar as demais teorias a respeito da personalidade do nascituro para que seja possível construir uma ideia comparativa justa e adequada e, principalmente, que viabilize justificar a adoção do feto.

3.3 Teoria Concepcionista

Silmara Juny Abreu Chinellato e Almeida, em sua principal obra, intitulada "*Tutela Civil do Nascituro*", constrói uma base teórica sólida a respeito de inúmeros aspectos pertinentes ao estudo em questão, tais como: a concepção e conceito de nascituro; o nascituro e os direitos da personalidade; a personalidade jurídica do nascituro; o nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, entre outros. (ALMEIDA, 2000).

Para a autora, o nascituro é sujeito dotado de personalidade desde a sua concepção e tal fato faz com que inúmeros direitos sejam inerentes a ele, assim como a qualquer outro ser humano amparado pelo sistema jurídico:

Segundo pensamos, o nascituro tem personalidade desde a concepção. Quanto à capacidade de direito, que não se confunde com personalidade, apenas

certos efeitos de certos direitos, notadamente os patrimoniais materiais, dependem do nascimento com vida, como o direito de receber doação e o de receber herança (legítima e testamentária).

Os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física (*stricto sensu*) e à saúde, espécies do gênero direito à integridade física (*lato sensu*), independem do nascimento com vida.

O direito a alimentos – estreitamente ligado ao direito à vida – também independe do nascimento. O mesmo se afirma quanto ao *status* de filho, ao direito à representação, à curatela, à adoção e ao reconhecimento.

O nascituro é titular desses direitos desde a concepção e independentemente do nascimento com vida. (ALMEIDA, 2000, p. 348).

No mesmo pensamento da autora, já havia doutrinado e legislado Teixeira de Freitas em seu *Esboço de Código Civil*, adotando postura claramente concepcionista na medida em que dispunha em seu artigo 221: “(...) desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas e, antes de seu nascimento, elas podem adquirir direitos, como se já estivessem nascidas.” (FREITAS *apud* ALMEIDA, 2000, p. 148).

Nesse sentido, para essa corrente doutrinária, o nascituro é pessoa desde o momento em que fixa residência no ambiente intrauterino, podendo ser titular de quaisquer espécies de direitos e obrigações desde que condicionadas à sua capacidade de fato. O direito à adoção inclui-se nesta seara de direitos, haja vista que assim como qualquer criança nascida, o nascituro poderá nascer e, negar-lhe um direito que só traria benesses ao mesmo não parece condizente com uma conduta legislativa justa e igualitária.

3.4 Teoria da Personalidade Condicionada

Partindo do pressuposto de que o feto é ainda um ser humano condicionado e em potencial, mas que o ordenamento jurídico confere direitos a ele, tem-se o desenvolvimento da teoria da Personalidade Condicionada. O que para alguns impede o nascituro de ser detentor de capacidade de direitos ou capacidade de gozo é a mera condição de dependência com o organismo materno, sem ainda possuir vida própria extrauterina. (PUSSI, 2012, p. 85-87).

Contudo, o desenvolvimento da teoria da Personalidade Condicionada vem mostrando-se capaz de apaziguar em certa medida o debate acerca da atribuição ou não de personalidade ao nascituro. Para essa teoria, o concebido é detentor de personalidade desde sua concepção, desde que venha, necessariamente, a nascer com vida. A diferença entre a Teoria Natalista e a Teoria da Personalidade Condicionada é tênue, mas trata-se de observar a

partir de quando a personalidade será atribuída ao *conceptus*: será considerado pessoa somente após o seu nascimento – quando adquire personalidade – ou é considerado pessoa no ventre materno desde já, com atribuição efetiva de direitos e personalidade – sob a condição subordinada de nascimento com vida, quando irá adquirir capacidade. Contudo, uma vez natimorto, por óbvio tem-se extinguida tal personalidade. (PUSSI, 2012, p. 85-87).

Plenamente viva, a criança torna-se detentora da capacidade de direito e nenhuma proteção e tutela lhe foram negados quando do estágio gestacional. Por outro lado, se natimorto, não há que se falar em personalidade, uma vez que não há, sequer, vida. A condição na qual o nascituro encontra-se inserido é aquela responsável por viabilizar a vida humana plena.

Ou seja, todos os seres humanos efetivamente detentores atuais de direitos, já estiveram em condição nascitura, posteriormente nascendo com vida e adquirindo seus direitos. Tal raciocínio também se mostra favorável à tese de adoção do feto, uma vez que, mesmo que não nasça com vida, enquanto exista no útero, pode ser-lhe viabilizado o direito de ser adotado.

Como adepto da Teoria da Personalidade Condicionada tem-se Clóvis Beviláqua que no art. 3º do Projeto de Código Civil dispõe que: A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida. (PUSSI, 2012, p. 85).

Trata-se, portanto, do entendimento de que ao nascituro cabe personalidade desde sua concepção com uma condição suspensiva que efetivaria a aquisição desses direitos, qual seja, o nascimento com vida.

4 OS DIREITOS DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trata-se de fato inquestionável que o nascituro possui proteção do direito brasileiro. Em algumas searas, a proteção é nítida e ampliada, enquanto em outras ainda se mantém pouco desenvolvida. Contudo, os direitos – assim como os deveres do embrião – existem independentemente de seu nascimento com vida ou não. Ou seja, uma vez fixado no útero materno, o ser já recebe tal atenção do sistema jurídico nacional.

4.1 Direitos Existenciais do Nascituro

Os direitos existenciais do nascituro são aqueles que buscam sua proteção intrauterina, bem como a garantia de que terá amparo físico e psicológico após seu nascimento.

Nesse sentido, no Direito do Trabalho, a gestante possui a chamada licença-maternidade como forma de se recuperar após a experiência exaustiva de dar à luz a um ser humano, bem como de estabelecer condições físicas e psíquicas para que possa cuidar do recém-nascido de forma digna e saudável, para que a mãe e a criança não sofram quaisquer tipos de transtornos.

Mesmo tratando-se de um direito *da mãe* após o parto, a atribuição de tal direito à mulher influencia diretamente na vida do recém-nascido, que poderá contar com os cuidados e presença materna integral em seus primeiros meses de vida. Além disso, uma vez que as mulheres contem com a certeza da efetivação desse direito, poderão se sentir mais seguras para conceber e gerar um bebê ou prosseguir com uma gestação, fatos que influenciam diretamente na segurança da vida do nascituro.

Além disso, a proteção da inalterabilidade salarial da mulher em licença maternidade também é uma forma de amparo à criança, uma vez que inúmeras mulheres dependem unicamente de seu salário para se manter e principalmente sustentar a nova vida dependente dela. Muitas dessas mulheres não possuem qualquer tipo de amparo por parte de seus parceiros ou família, sendo imprescindível que possuam, no mínimo, uma correta base de sustento.

No Código Civil, há previsão expressa de vários direitos ao nascituro. Para além da interpretação abrangente da segunda parte do artigo 2º do referido diploma, que confere personalidade ao *conceptus*, muitos outros direitos são assegurados a ele na seara cível. Entre os principais, destacam-se o direito de receber doação, bem como o direito de receber herança, em caráter de sucessão legítima, que será aprofundado mais adiante e também o

direito de ser curatelado, direitos esses consagrados nos artigos 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil. Além disso, também deve-se mencionar o direito do nascituro a alimentos, elencado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Direito do Consumidor também não faz distinção entre os seres nascidos e aqueles já concebidos, quando afirma que consumidor é qualquer pessoa destinatária final de produtos ou serviços. Dessa forma, o nascituro pode ser vítima de danos materiais, morais e estéticos, possuindo o direito de ser considerado consumidor.

Nesse ínterim, na seara da Responsabilidade Civil, o nascituro é amplamente tutelado ou pelo menos deveria sê-lo em todos os casos. Fala-se em responsabilização civil da gestante, quando dolosamente, incute dano ao embrião, causando-lhe danos que podem ser genéticos – diretamente relacionados ao conjunto biológico do ser em formação, ou seja, ao seu DNA – ou pré-natais – que abrangem todas as condutas praticadas pela gestante que visem minar a saúde ou a vida do feto. Trata-se dos deveres parentais de cuidado e de responsabilidade extensivos ao nascituro. (DELGADO, 2015, p. 299)

Além disso, notória é a proteção destinada à *vida plena em potencial do feto* pelo Direito Penal, criminalizando a conduta abortiva. É mister ressaltar que o presente trabalho não busca adentrar na discussão sobre a possibilidade/necessidade de descriminalização do aborto, haja vista tratar-se de estudo que abrange sopesamento de inúmeras questões em inúmeros contextos. Contudo, para o estudo em foco, não se pode ignorar o fato de que, até os dias atuais, a conduta abortiva dolosa da mulher é criminalizada pelo Direito Penal e que, tal postura do legislador, inquestionavelmente é protetiva – direta ou indiretamente – dos direitos assegurados ao nascituro.

Consoante e de extrema relevância, é no âmbito constitucional que o nascituro possui a maior gama de direitos elencados. Através dos julgados que serão expostos abaixo, será possível compreender que o nascituro possui, de fato, proteção dos seus direitos da personalidade, além da proteção do princípio da dignidade, dos direitos da gestante e consequentemente ao filho concebido, dos direitos fundamentais da pessoa humana, tais como o direito ao nome, à honra e principalmente, o direito à vida.

4.2 Direitos Patrimoniais do Nascituro

No que tange aos direitos patrimoniais do concebido, o mais relevante de todos é o direito de herança. O Código Civil dispõe que filho ainda não nascido, mas já concebido no

momento da morte do genitor, fará jus a seu devido quinhão hereditário, uma vez que nasça com vida, mesmo que essa vida dure apenas alguns minutos.²

Jurisprudencialmente, tal direito resta-se reconhecido e afirmado, conforme julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO INTERNO. DIREITO CIVIL. SUCESSÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS ANTERIOR AO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. DIREITOS DO NASCITURO A SEREM ASSEGURADOS. Ainda que tenha nascido em data posterior ao ato, o agravado tem seus direitos assegurados por lei, na condição de nascituro, na forma do artigo 2º do CCB.RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70057748634, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/12/2013) (BRASIL, TJRS, 2014).

Atualmente, ainda é importante frisar o reconhecimento de tal direito ao nascituro, inclusive no que tange à paternidade *post mortem* de embriões congelados que serão viabilizados por meio de técnicas de reprodução assistida. A reprodução humana vem passando por inúmeras modificações de extrema significância, uma vez que o direito à constituição de uma família, seja ela de qual forma for, é direito fundamental de qualquer cidadão. Por esse motivo, a efetivação do princípio de isonomia entre os filhos não comporta aplicações restritivas: não se trata mais de filhos concebidos naturalmente ou artificialmente, mas apenas de *filhos*, que merecem a guarida de todos os direitos a eles inerentes.

Ainda quanto aos demais direitos patrimoniais do nascituro, é válido mencionar que no Direito Processual Civil, o nascituro pode figurar no polo ativo e passivo da ação, devendo ser representado, assim como o incapaz. No Direito Tributário, o nascituro deve pagar o imposto de transmissão *inter vivos*, quando receba qualquer tipo de doação, e recebendo herança com partilha efetivada antes de seu nascimento, também é sujeito ativo para instituição do imposto *causa mortis*. (ALMEIDA, 2000, p. 286).

Dessa forma, mediante a existência inegável de tantos direitos atribuídos ao embrião, tem-se pontos favoráveis para atribuir-lhe legalmente mais um direito, frente a uma necessidade latente: a possibilidade de ser adotado.

² Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

5 DA (IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mediante o exposto, faz-se necessário realizar uma análise jurisprudencial e tecer agora as considerações a respeito das diversas posições assumidas pelos principais tribunais brasileiros sobre o nascituro e os direitos atribuídos a ele de forma a demonstrar a possibilidade de adoção do mesmo, para então partir para a explanação de argumentos e possíveis soluções envolvendo a temática.

O primeiro julgado a ser analisado, datado do ano de 2014, apresenta situação na qual uma gestante é vítima de acidente automobilístico fatal, que incorreu na morte de seu marido e do bebê que estava esperando, de aproximadamente 4 meses.

Mediante tal ocorrido, foi pleiteado o direito do nascituro à indenização por morte pelo seguro DPVAT:

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.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam 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. (BRASIL. STJ, 2014).

Em primeira instância, o pedido foi julgado procedente e a ré condenada ao pagamento de indenização no valor de treze mil e quinhentos reais. Em sede de apelação, porém, foi negado o pleito autoral. Ocorre que, pela interposição do recurso especial, a indenização acabou sendo concedida, por reconhecimento expresso dos direitos atribuídos ao nascituro desde sua concepção, mediante a brilhante reflexão do Tribunal, conforme exposto acima.

O segundo julgado a ser analisado, do ano de 2008, diz respeito à indenização pelos danos morais sofridos pelo nascituro, ocasionados pela morte do pai e com consequente alegação promovida pela parte Ré de que o dano sofrido pelo nascituro não possui a mesma importância que o dos demais filhos já nascidos. Veja-se:

RIO DE JANEIRO. TJRJ. Apelação Cível n.º 2008.001.47220. 2ª. Câmara Cível. Rel.: Des. Carlos Eduardo da Fonseca PASSOS. Julgamento: 10/09/2008. No STJ, relevante discussão foi travada no tocante à cabimento de danos morais ao nascituro, por falecimento do pai, a qual se tornou mais interessante, diante da alegação da parte Ré, no sentido de que o dano do nascituro é inferior ao dos filhos já nascidos. Declinou a Min.^a Nancy ANDRIGHI, após examinar a tutela do dano moral, seu acento constitucional e a inerente dificuldade na fixação do quantum indenizatório: “se fosse possível alguma mensuração do sofrimento decorrente da ausência de um pai, arriscaria dizer que a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida”. Destacou-se a relação “necessariamente imprecisa” entre a dor e o sofrimento causado, a imensurabilidade da dor e, por via de consequência, a,

“inexistir fórmula matemática” hábil a dirimir a questão. (BRASIL. STJ. 2008).

Nesse sentido, merece destaque a argumentação da ministra Nancy Andrighi, ao reconhecer não apenas que o nascituro possuía o direito à indenização, como também que o dano ao qual foi ou ainda seria submetido era de proporção extremamente maior que o dos filhos nascidos, haja vista que nunca poderia desfrutar da companhia e do amor paternos.

O terceiro julgado em análise, traz o famoso caso do “*bebê de Wanessa Camargo*”. A cantora pleiteou indenização por danos morais mediante pronunciamento esdrúxulo e desnecessário proferido por popular comediante brasileiro.

O infeliz comentário feriu não apenas a honra e a imagem da cantora, bem como do filho em gestação, sendo reconhecido o direito do nascituro de figurar no polo ativo da demanda, uma vez que lhe devem ser resguardados os direitos desde a concepção, incluindo os direitos da personalidade inerentes a ele, conforme mostra a ementa abaixo:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA - NASCITURO ILEGITIMIDADE ATIVA - Inocorrência - Inteligência do art. 2º, do CC - Capacidade ativa, de ser parte; estar em juízo - Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial. DIREITO DE EXPRESSÃO - ABUSO - Configuração - Uso deste que deve se dar com responsabilidade - Impossibilidade de se tentar justificar o excesso no bom uso de tal direito, sob a alegação de que apenas se pretendeu fazer humor - Agressividade contida nas palavras trazidas na vestibular que afasta se tome o dito como piada. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - Comprometimento - Situação que leva ao sopesamento dos direitos envolvidos - Precedência, no caso, da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão - Inteligência dos art. 1º, inc. III; 5º, inc. IX e X; 220, § 2º; e 221 inc. I todos da CR. DANO MORAL - Ocorrência - Indenização\Valor que merece incremento em virtude da gravidade da conduta do réu e de suas consequências. Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo ao qual se dá provimento. (BRASIL, TJSP, 2012).

Por fim, traz-se mais dois relevantes julgados dentro dos quais foi reconhecida e aplicada a proteção intrauterina ofertada ao nascituro, em conduta ética e consoante ao que lhe é assegurado em lei. Ambos os casos versam sobre acidentes automobilísticos, sendo o primeiro, datado de 2011, um caso no qual a gestante foi tragicamente atropelada e acabou perdendo o filho em vias de nascer, poucos dias depois.

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 intrauterina, 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 relator, julgando-se procedente o pedido.
(BRASIL, STJ, 2011).

DPVAT. EVENTO MORTE. NASCITURO. SÚMULA Nº 14 DAS TURMAS RECURSAIS. I. O nascituro, porque provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, também é sujeito da cobertura conferida pelo seguro DPVAT, sendo devido o pagamento da indenização em caso de a interrupção da gestação decorrer de acidente de trânsito. Precedentes das TRRS e do TJRS. II. Lide que se solve à luz de entendimento sumulado pelas Turmas Recursais Cíveis (verbete nº 14). III. Substituição processual pela Seguradora Líder impossível. Recurso desprovido. Unânime. (BRASIL, TJRS, 2009)

Após a exposição de todos os casos acima, é possível entender que os tribunais brasileiros vêm buscando efetivar a proteção dos direitos do nascituro, não apenas resguardando a expectativa de tais direitos, mas reconhecendo explicitamente que os mesmos já existem e podem ser atribuídos ao concebido.

Através dessa corrente de argumentos, cabe agora analisar os principais projetos de lei que iniciaram a tentativa de regulamentar a matéria dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Primeiramente, é imprescindível mencionar o projeto de lei nº 138 de 2013, que apresentou e demandou exatamente o escopo de regulamentação da adoção do nascituro. O projeto acabou sendo arquivado por mera ausência de cumprimento de requisitos formais de tramitação, advindos pelo término da legislatura vigente, já tramitando a matéria por tempo excedente há duas legislaturas, *não sendo requerida* a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento.³ O projeto – que não conseguiu, portanto, concluir sua tramitação - dispunha expressamente:

³ CAPÍTULO XVII DAS PROPOSIÇÕES DE LEGISLATURAS ANTERIORES

Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas; II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos; III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato; IV – as com parecer favorável das comissões; V – as que tratem de matéria de

§ 2º Na impossibilidade de permanência na família natural, o nascituro, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda, observadas as regras e princípios contidos na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e na Constituição Federal.

(...)

§ 4º Aplicam-se ao nascituro, quando compatíveis, todos os direitos assegurados às crianças e aos adolescentes.

(...)

§ 6º Os processos de adoção dos nascituros tramitarão em sigilo, especialmente no que se refere à qualificação da mãe biológica, cujo nome poderá, por meio de decisão judicial, ser substituído por pseudônimo. (BRASIL, 2013).

Dessa forma, mesmo que o projeto apresente lacunas a serem preenchidas ou talvez reformadas - tais como o procedimento adequado que será utilizado para cada caso específico que necessite de uma tutela mais direcionada, como será realizada a assistência prestada à gestante e ao bebê durante o processo de “*gestação-adoção*”, entre outros - trata-se de claro exemplo da necessidade de aprovação para disciplinar juridicamente não apenas a adoção do nascituro, mas também institutos como o parto anônimo - conforme será debruçado em tópico mais adiante - de modo a oferecer guarida mais ampla ao feto e à gestante perante a fragilidade da situação vivenciada por ambos, conforme elucidado na exposição de motivos do projeto de lei em destaque:

A garantia de acesso à informação e aos serviços de assistência à saúde reprodutiva, bem como iniciativas de conscientização contrárias ao abortamento voltadas para gestantes que, num primeiro momento, estão decididas a interromper a gravidez, representa uma forma de proteção à vida e à saúde da própria gestante.

Em inúmeros casos, a criação de alternativas e opções pelos governos, para abrigar, proteger as crianças após o nascimento e assegurar o sigilo da gravidez, pode defender a vida e evitar a morte, riscos, consequências e complicações, causados por abortamentos realizados em condições precárias de higiene, por pessoas não qualificadas e com o emprego de métodos perigosos. (BRASIL, 2013).

competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49); VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52); VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3o e 4o , EC no 35/2001).

§ 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado. § 2º Na hipótese do § 1º , se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente.

A possibilidade de adoção do nascituro, é, sem dúvida, uma alternativa em defesa de sua vida e da vida da gestante, que, diante da falta de opção, opta pelo abortamento e acaba desencadeando graves sequelas, a morte do nascituro e, às vezes, a sua própria morte. Inquestionavelmente, a possibilidade de adoção do nascituro, como opção e alternativa ao aborto, representará um significativo avanço em defesa da vida. (BRASIL, 2013).

5.1 Da viabilidade jurídica

Iniciando análise da aplicação concreta do instituto da adoção ao nascituro, percebe-se que os motivos que viabilizam a efetivação da adoção são mais encorpados do que aqueles que a rejeitam – se é que existem, de fato, tais motivos.

Primeiramente, cumpre destacar a benesse advinda do instituto no que tange à questão do aborto e da autonomia dos pais. Os pais que optam por colocar o filho para adoção ainda em processo de gestação apresentam atitude que respeita e resguarda o direito da criança de ser amparada e amada por alguém que queira e possa cumprir tal tarefa. Não há que se falar em sobreposição dos direitos do feto frente à autonomia materna, haja vista que oferecer à gestante mais uma possibilidade – e uma possibilidade segura e benéfica a todos os envolvidos – apenas amplia seu poder de tomar suas próprias decisões, sem desconsiderar a vontade paterna, por óbvio, haja vista que, uma vez que o pai não deseje colocar o feto em adoção, tal fato não ocorrerá.

Não obstante, é possível também vislumbrar a viabilidade jurídica do caso em questão quando se pensa nos critérios de adoção nacionais das pessoas habilitadas. Indiretamente, a aplicação da adoção ao nascituro promove diminuição das preferências ao adotar. Ao se adotar um bebê ainda não nascido, muitas vezes ainda não se sabe sobre a existência ou potencialidade de uma deficiência ou de determinada característica física ou psicológica, não diminuindo ou retirando da criança a oportunidade de ser adotada.

Nesse sentido, a situação presente é de carência do ser em desenvolvimento quanto ao afeto destinado a ele, e principalmente quanto à efetivação da proteção jurídica que lhe é assegurada em lei, não existindo, portanto, argumento suficiente para negar um direito ou a proteção de um direito a um ser que seria beneficiado em demasia e que necessita dele:

(...) nada justifica impedir a adoção antes do nascimento, quer porque a 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 estão desmotivando quem quer ter um filho de

optar pela adoção. Essa possibilidade de adoção deveria ser admitida, principalmente naqueles casos em que, por exemplo, a mãe é usuária de drogas, em uma família totalmente desregrada e o filho, ao nascer, não teria nenhum tipo de cuidado e afeto. Sabe-se que aquela criança iria ficar jogada à própria sorte, de modo que é injustificável não conceder essa adoção. (DIAS, 2017, p. 533.)

Além disso, há que se destacar a perpetuidade dos problemas sociais já elencados, que poderiam ser evitados ou pelo menos diminuídos através da adoção do nascituro, tais como a continuação do crescimento de abandonos de recém-nascidos, a perpetuação das mortes de mulheres por abortos clandestinos que poderiam ser evitados, crianças nascidas e criadas em lares desestabilizados e sem condições dignas, fatores diretamente influenciadores do aumento da mortalidade infantil, entre outros.

É possível observar que o aborto no Brasil é comum e ocorreu com frequência entre mulheres comuns, isto é, foi realizado por mulheres: a) de todas as idades (ou seja, permanece como um evento frequente na vida reprodutiva de mulheres há muitas décadas); b) casadas ou não; c) que são mães hoje; d) de todas as religiões, inclusive as sem religião; e) de todos os níveis educacionais; f) trabalhadoras ou não; g) de todas as classes sociais; h) de todos os grupos raciais; i) em todas as regiões do país; j) em todos os tipos e tamanhos de município. (DINIZ; MEDEIROS e MADEIRO, 2017)

Nesse diapasão, dados coletados pelo IPEA em 2003 (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) para o desenvolvimento de estudo denominado: *O Direito à Convivência Familiar e Comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*, demonstram as afirmações acima elencadas:

Segundo o Levantamento Nacional de Abrigos realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2003, p. 17), o motivo mais citado para o acolhimento institucional de crianças e adolescentes foi a pobreza (24,2%), entre outros se encontram: abandono (18,9%), violência doméstica (11,7%), dependência química (incluindo alcoolismo) dos pais e responsáveis (11,4%), situação de rua (7%) e orfandade (5,2%). (IPEA, 2003).

Buscando maiores compreensões sobre o tema, deve-se citar o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que disciplina sobre o direito da criança à vida e à convivência familiar e comunitária, direitos que o instituto da adoção é capaz de viabilizar. Também merecem destaque os artigos 3º e 7º da Lei nº 8.069/90, os quais determinam a ampla proteção à vida e à saúde, não havendo exclusão dos nascituros de tal abrangência.

É de se destacar que o revogado Código Civil de 1916, em seu artigo 372, previa a possibilidade de adoção do nascituro quando dispunha: “Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro”. (BRASIL, 1916).

O código atual optou por omitir tal afirmação, contudo não instituiu nenhum artigo capaz de proibir a adoção do nascituro ou a tutela jurídica dos interesses deste, principalmente ao dispor em seu artigo 2º que “a lei coloca a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Nesse ínterim, é possível observar que o ponto em questão carece de estudo mais aprofundado no âmbito jurídico e que apresenta abertura para tal feito, podendo ou não ser aplicado no âmbito social, buscando a produção de efeitos positivos.

Faz-se necessário discutir a questão da possibilidade jurídica de adoção do nascituro porque a normatização do instituto no caso em questão ainda não foi realizada no Brasil, nem tampouco estudada mais a fundo no âmbito da pesquisa jurídica. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta lacunas nesse sentido – conforme vem sendo mostrado ao longo do trabalho - que necessitam de análises e complementos interpretativos mais aguçados, mas que não rechaçam por completo a possibilidade de adoção daquele que está por nascer, motivo pelo qual é possível depreender que aparentemente tal ato não encontra quaisquer justificativas plausíveis para ser proibido.

Trata-se, portanto, de assunto capaz de elucidar aspectos primordiais de desenvolvimento para o Direito Civil, tais como elucidada Marina Pacheco Cardoso em sua obra “*A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002*”:

O assunto em tela precisa ser abordado, pois além de haver uma lacuna na legislação vigente, flagrante são os efeitos positivos da aprovação da adoção do nascituro, principalmente, para satisfação de melhor interesse da criança que está por nascer, e, também em virtude da garantia da saúde e bem-estar da gestante. (...) Diante dessas circunstâncias, importante frisar que, desde a gravidez, já há vida intrauterina a qual deve ser zelada, garantida e protegida pelo sistema. E, a adoção de nascituro, se procedida dentro dos parâmetros legais, será além de uma proteção para a criança, uma garantia tanto para os pais biológicos como para os adotivos, e, principalmente, uma garantia de ter um núcleo familiar daquele que está por nascer. (CARDOSO, 2009, p. 52-54).

Trata-se de tentativa pura de aplicação de um instituto benéfico e nobre a um ser em desenvolvimento, de modo que se busque efetivar a maior gama de direitos fundamentais dos envolvidos, seja os direitos do feto, independentemente da existência ou não de personalidade

do mesmo, bem como os direitos da gestante, de possuir amparo em um momento de sensibilidade aguda na vida da mulher, independentemente de suas escolhas, crenças e opiniões, bem como os direitos da família substitutiva que ao amparar a mãe e o ser em gestação, procura construir para si e para a sociedade, uma base de respeito e amor.

Não é possível presumir que uma mulher, ao engravidar, será capaz de criar e amar o filho gerado e nem incumbir a ela tal obrigação. Os aspectos biológicos e psicológicos da maternidade embora interligados, não se confundem, necessitando ser analisados em sua essência pura. Ou seja, não se pode obrigar alguém a possuir determinado sentimento, muito menos condenar a conviver com ele por todos os dias de sua vida:

Apesar da falta de visibilidade a respeito do infanticídio, este constitui uma prática de violência antiga e corriqueira, praticada pela mulher que, devido a condições objetivas e subjetivas, não se adéqua ao ideário convencional de ser mãe. E isto demonstra que o ato de violência não está relacionado à predisposição de um determinado sexo. Desse modo, infere-se que a publicização do infanticídio depõe contra a ideologia dominante da “santa-mãe”, concebida como ser doméstico imbuído de amor e ternura, dedicada à proteção dos filhos. (PINHEIRO, 2018, p. 11)

5.2 Viabilidade quanto às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990)

Nesse sentido, cumpre agora demonstrar a viabilidade jurídica do instituto em questão quanto às disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. A legislação prevê claramente a possibilidade de entrega do filho por vontade dos pais, independentemente da motivação específica para tanto. Inclusive, ressalta a importância de se prestar assistência psicológica adequada às gestante e mães que desejem entregar seus filhos para adoção:

(...) § 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§ 5º A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade. (BRASIL, 1990).

Porém, realizando uma análise pormenorizada do artigo 19-A e seus parágrafos, é que se pode chegar a compreensões interessantes. Ao longo de todo o artigo são explicitadas as providências cabíveis àqueles pais que não desejam ou não conseguem criar o filho – *nascituro ou recém-nascido* – e por tal, manifestam desejo de entregá-lo à adoção. São assegurados serviços de assistência psicológica, bem como a manifestação formalizada do

interesse em sede de audiência, após o nascimento da criança. Além disso, também é prevista a possibilidade de retratação ou desistência, prezando-se pela manutenção da criança em família biológica, contudo, mediante acompanhamento judiciário. Veja-se:

Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude.

§ 1º A gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal.

§ 2º De posse do relatório, a autoridade judiciária poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado. (BRASI, 1990).

É importante mencionar que, logo no *caput* do artigo, é prevista e reconhecida a necessidade de algumas gestantes em entregarem seus filhos para adoção antes mesmo de terem nascido ou logo após o nascimento, fato de extrema relevância para todo o estudo em questão, haja vista que a própria legislação atual reconhece automaticamente a necessidade fática de aplicação da adoção ao nascituro, uma vez que admite a hipótese de entrega do filho – já nascido ou não.

Veja-se, é mencionada a obrigatoriedade do apoio de equipe inter profissional, tanto para apurar a saúde mental da mãe – em estado gestacional ou puerperal - quanto para fornecer apoio psicológico e pessoal. A equipe é responsável por redigir relatório que irá guiar a autoridade judiciária em suas ações seguintes: encaminhar a mulher a assistência especializada, para que não fique desamparada, e começar a busca pela família extensa da criança ou – como presume-se – do nascituro.

§ 3º A busca à família extensa, conforme definida nos termos do parágrafo único do art. 25 desta Lei, respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por igual período.

§ 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional. (BRASIL, 1990).

Cita-se então, que não havendo genitor indicado – no caso, o pai biológico da criança, que teria o poder de assumir a guarda – abre-se o prazo para a realização da busca pela família extensa, que pode durar de noventa a cento e oitenta dias. Quanto a tal prazo, não é certo afirmar que a quantidade de dias estipulada pelo Estatuto seja em todo coerente, quando se

trata de nascituro, principalmente a depender do estágio em que se encontra a gestação e quais as possibilidades de proteção da criança que está por nascer podem ser tolhidas com o prazo em questão. Trata-se de aspecto que necessita de análise e estudos pormenorizados que possam aferir com maior sensibilidade e destreza qual o melhor prazo para continuar a busca pela família extensa.

É disposto, então, no parágrafo quarto que não havendo representante apto a receber a guarda, o poder familiar será extinto e a criança será colocada sob proteção de instituição de acolhimento ou sob a guarda provisória da família substituta apta a adotá-la. Acontece que nesse ponto, o legislador parece se esquecer da condição nascitura a que faz menção no caput do mesmo artigo, pois não esclarece de que maneira ocorrerá o exercício da guarda para com o feto ainda dentro do ventre da mãe biológica. Não se especifica como poderá ser efetivada tal assistência e cuidado, quais informações serão prestadas à gestante e à família substituta sobre todo o procedimento, acompanhamento e riscos de desistência, nem quais medidas devem ser tomadas pelos envolvidos na relação. Mais uma vez, nota-se o reconhecimento jurídico do procedimento de adoção do nascituro, sem oferecer, contudo, um aparato legislativo adequado ao caso.

§ 5º Após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada na audiência a que se refere o § 1º do art. 166 desta Lei, garantido o sigilo sobre a entrega.

§ 6º Na hipótese de não comparecerem à audiência nem o genitor nem representante da família extensa para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la.

§ 7º Os detentores da guarda possuem o prazo de 15 (quinze) dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência. (BRASIL, 1990).

Os parágrafos seguintes tratam, então, sobre a audiência que será designada para o caso em questão, onde a mãe ou ambos os genitores – se houver pai indicado – devem manifestar sua vontade expressa de entregar o filho ou a desistência de fazê-lo. De acordo com o parágrafo sexto, não comparecendo os genitores, o poder familiar da mãe será suspenso e a criança será colocada sob a guarda provisória da família substituta - no caso de ter sido encontrada família extensa em momento anterior e por tal motivo a guarda provisória não tiver sido ainda estabelecida. A família substituta terá então, o prazo de 15 dias para propor formalmente a ação de adoção.

§ 8º Na hipótese de desistência pelos genitores - manifestada em audiência ou perante a equipe interprofissional - da entrega da criança após o nascimento, a criança será mantida com os genitores, e será determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

§ 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei.

§ 10. Serão cadastrados para adoção recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir do dia do acolhimento. (BRASIL, 1990).

Ao final do artigo, é disposto que os genitores podem desistir de entregar a criança, que nesse caso será mantida com os mesmos, devendo a família ser acompanhada por equipe profissional pelo período de cento e oitenta dias – outro prazo contraditório que merece melhor análise caso a caso. Faz-se menção ao respeito ao sigilo sobre o nascimento e entrega – aspecto extremamente necessário e justo - e por fim, tem-se mais um parágrafo problemático, que prevê cadastro de adoção apenas para recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de trinta dias, sem mencionar expressamente o nascituro e a situação peculiar em que ele se encontra, fato este que não poderia ser omitido.

Mediante todo o exposto, é reconhecível o fato de que o aparato legal do Estatuto apresenta total abertura para a implementação correta do instituto, bem como a necessidade de fazê-lo, uma vez previstos grande maioria dos aspectos a ele relacionados. Trata-se, primordialmente, de antecipação dos procedimentos já previstos, prezando pelo acolhimento da medida menos gravosa, quando regulamenta algo que já ocorre frequentemente no cotidiano de milhares de brasileiras.

O nascituro, em todo seu aspecto existencial, fato que não pode ser negado, enquadra-se na posição fragilizada de pessoa em desenvolvimento. Ou seja, tem-se um ser inegavelmente carente de proteção em inúmeros aspectos, principalmente o jurídico. Tanto que, mais um meio de comprovação da viabilidade de aplicação da adoção ao feto são os inúmeros direitos a ele reconhecidos ou assegurados pela lei, conforme exposto.

Portanto, se já existe um caminho legislativo, jurisprudencial e doutrinário calcado para efetivação da proteção por meio do reconhecimento dos direitos que o feto possui, não parece coerente negar proteção jurídica a um ser que necessita dela.

Não obstante, acrescenta-se o fato de que o bebê, futura criança em primeira idade, ficará submetido a todas as condições precárias de acolhimento no país, que se mantém com o mínimo necessário às crianças acolhidas, além de correr o risco de ser vítima dos efeitos imprevisíveis e muitas vezes letais, da negação da maternidade/paternidade. No Brasil, reiteradamente perpassam-se notícias de casos em que situações como esta ocorreram:

O abandono de crianças recém-nascidas no Ceará, em um ano, cresceu 300%. Muitos bebês são deixados na própria maternidade.

Em uma rua de Salvador, um recém-nascido foi abandonado dentro de uma caixa de sapato no último fim de semana. Muitas vezes, o abandono das crianças é de outra forma. Elas são deixadas pelas mães ainda na maternidade.

Em Belo Horizonte, no período de um ano, foram 32 nessa situação. Em Fortaleza, só no ano passado, foram 15. Os casos acontecem quando os bebês precisam ficar internados por mais tempo depois do nascimento e as mães recebem alta. Algumas vão para casa e não voltam para pegar as crianças. (GLOBO, 2013).

Além disso, ainda em relação às disposições do ECA, todos os princípios e diretrizes que o permeiam cumpre destacar aqui breves exposições quanto ao princípio do melhor interesse da criança, da afetividade e do instituto do parto anônimo. Faz-se necessário discutir tais aspectos no debate em pauta, haja vista sua forte ligação com a discussão no sentido de serem argumentos plausíveis e calcados no ordenamento jurídico pátrio, que não podem ser ignorados – quando fala-se no princípio do melhor interesse da criança e da afetividade – bem como apresenta um caminho mais sólido para que se possa legislar corretamente sobre o assunto – perpassando sobre o instituto do parto anônimo.

O princípio do melhor interesse da criança trata-se de um dos mais importantes princípios do Direito das Famílias. Diz respeito a sempre procurar adotar, dentro das relações jurídicas, a conduta que seja mais benéfica à criança ou ao adolescente, independentemente da idade ou de qualquer condição. Diz-se da tutela efetiva dos direitos dos menores, na medida em que abarca, inclusive, situações inusitadas, como o reconhecimento da multiparentalidade ou manutenção de pai afetivo no registro mesmo contra sua vontade, enquanto a criança não tiver ou não puder ter amparo do pai biológico.

Nesse sentido, ao se pensar sobre a aplicação de tal princípio no que tange à adoção do nascituro, entende-se que a admissibilidade do instituto no caso em questão, deve pautar-se primordialmente por tal máxima de proteção, buscando oferecer ao embrião a garantia de uma vida e uma vida digna. Assim, pondera Maria Berenice Dias:

A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí ser consagrado a crianças, adolescentes e jovens, com prioridade absoluta, direito à vida, à saúde, à alimentação, (...) à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (...) Em face da garantia à convivência familiar, há toda uma tendência de buscar o fortalecimento dos vínculos familiares e a manutenção de crianças e adolescentes no seio da família natural. Porém, no mais das vezes, melhor atende aos seus interesses a destituição do poder familiar e sua entrega à adoção. Deve prevalecer o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral. Mas infelizmente tais valores nem sempre são preservados pela família biológica ou extensa. Daí a

necessidade de intervenção do Estado, colocando-as a salvo junto a famílias substitutas. (DIAS, 2017, p. 57-58).

Além de todo o exposto, uma análise atual sobre o princípio da afetividade, comporta compreender que o Direito passou a assumir o valor jurídico que o afeto apresenta, não se tratando mais exclusivamente de um sentimento abstrato, sem dimensões fáticas. Na verdade, o afeto constitui um bem a ser tutelado e por esse motivo merece ser assegurado e protegido. As relações familiares, em sua essência, são pautadas primordialmente pelo afeto, que não necessariamente se confunde com o amor, e que acaba por promover responsabilidades distintas, mas igualmente intensas e importantes.

No caso 11, novamente tratando de adoção, percebe-se a tendência dos Ministros do STJ em reconhecer a socioafetividade como hipótese caracterizadora de situação que merece preferência, tendo-se como necessário fundamentar a decisão no princípio do melhor interesse, em razão de haver dispositivo legal em sentido contrário, também no interesse, genérico e abstrato, da criança. Na demanda, em primeira e segunda instância, entendeu-se que o curto lapso temporal de permanência da criança junto à família postulante não serviria a configurar um vínculo afetivo suficiente para afastar a ordem cronológica do cadastro de adoção (a lei exige esse tempo), de forma que mesmo habilitado, o casal não poderia permanecer com a criança. Já quando da análise pelo STJ, admitiu-se a relação socioafetiva existente entre a criança e os postulantes, hipótese que mais uma vez implicou o afastamento da exigência formal. (JUNIOR; RODRIGUES, 2018, p. 10)

A adoção do feto trata-se de questão que necessita de amparo procedimental básico para que possa ser efetivada. Nesse sentido, é de extrema relevância trazer ao debate a discussão sobre o parto anônimo no Brasil. Trata-se de uma espécie de análise procedimental que, em tese, deve ser debatida e possivelmente implementada, como passo anterior ao procedimento propriamente dito, já previsto e elucidado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mas que necessita de aprimoramentos.

O instituto do parto anônimo apresenta suas raízes em uma gravidez indesejada, não planejada e sequer esperada, fato extremamente presente na realidade de inúmeras meninas e mulheres brasileiras. Independentemente da causa que originou a gestação, não é vontade da mulher criar e muito menos amar aquela criança que está em seu ventre. Trata-se de aspecto interno de alta sensibilidade psicológica e muitas vezes física que impede que uma mulher consiga ter afeto ou desejo de amparar a vida que gera.

A obrigação de carregar a criança, a pressão moral e social do dever e amor maternos, por diversas vezes, levam mulheres a cometer numerosas atrocidades com recém-nascidos e

consigo mesmas – *abandono da criança em condições sub-humanas, infanticídio, aborto clandestino, suicídio* - na medida em que precisam aliviar o peso da ausência do sentimento que lhe foi imposto social e historicamente por muitos e muitos anos. (SILVEIRA, 2016, p. 39-40)

Em casos tão delicados como esses, não faz sentido exprimir qualquer espécie de julgamento ou sanção por simples sentimento inegável aflorado na gestante de não querer cuidar da prole, de não querer ser “mãe”. O que tal questão deve aflorar é unicamente o debate acerca da tutela e proteção do maior número possível de indivíduos dentro da relação, quais sejam: mulher e feto.

Nesse sentido, surge o debate sobre o instituto do parto anônimo no Brasil, que converge diretamente com o assunto debatido no presente trabalho. O parto anônimo prevê a entrega de filho recém-nascido não desejado pela mãe biológica diretamente para família substituta, renunciando à maternidade. (SILVEIRA, 2016, p.31). Contudo, garante ajuda sigilosa à mulher antes, durante e após o parto, além de fornecer auxílio psicológico e financeiro adequados. (SILVEIRA, 2016, p. 29-30).

A semelhança entre os institutos e seus procedimentos é notável: a família substituta sabe que receberá a criança e por isso é capaz de oferecer cuidados e conforto à gestante e ao bebê gerado, esta última poderá contar com uma opção para extinguir ou pelo menos diminuir a angústia de criar um filho indesejado sem julgamentos e sob a proteção do anonimato e, a criança nascerá em um lar onde possa ser cuidada e amada.

O fato preponderante ao debate é que não há qualquer espécie de amparo para as mulheres e crianças em tal estado de fragilidade dentro da realidade jurídico-social brasileira e por esse motivo, a aplicação e regulamentação de institutos como o parto anônimo e a adoção do nascituro são de magnitude essencial para erradicar o sofrimento do cotidiano de grande parte da população feminina do país, especialmente daquelas que compõe as parcelas mais “minoritárias” e carentes de defesa.

Em brilhante obra de Mylena Rios Camardella da Silveira, são traçados os principais caminhos a serem percorridos para a regulamentação do instituto do parto anônimo no Brasil, que nada mais é do que a etapa vinda logo após a adoção do nascituro. Ou seja, uma antecipação do amparo pode ser ainda mais benéfico para todas as partes envolvidas, conforme dito no início do presente trabalho. Resumidamente, tem-se respeito efetivo ao direito de autonomia materna, ao direito do livre planejamento familiar da família substitutiva e principalmente, ao direito à vida do nascituro:

Assim, dedicamos esse vetor investigativo à análise da importância de proteger o direito à vida, refletindo se essa tutela deve iniciar-se desde o momento embrionário e, considerando uma análise da personalização do nascituro, concretizar a proteção subjetiva do embrião diante dos anseios abortivos femininos, fundamentando, por conseguinte, a importância de se conceder à mulher alternativa de comportamento que proteja a sua intimidade (anonimato) e previna seu desejo de recusa da maternidade, sem que se faça necessário desrespeitar o direito à vida intrauterina através do recurso à interrupção gestacional. (SILVEIRA, 2016, p. 52)

Assim, para que se possa trazer a aplicação legal do instituto no Brasil, faz-se necessário promover pesquisas de caráter econômico, geográfico, regional, sanitário, entre outras, para que se busque efetivar o instituto de forma realmente apta a salvaguardar direitos fundamentais da pessoa humana.

Nesse ínterim, por tudo que foi exposto e argumentado, caminha-se para as conclusões iniciais do presente trabalho a partir do que foi proposto inicialmente. A aplicação do instituto da adoção ao nascituro parece apresentar bases sólidas para ser erguida, contudo, mediante ponderação sobre todas as arestas que o caso enseja, de forma a procurar se desenvolver a melhor tutela jurisdicional possível, dentro e fora de todo o panorama apresentado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Iniciando a compreensão sobre os estudos realizados na temática, passa-se agora a analisar as conclusões que puderam ser obtidas por meio da estrutura pesquisada e levantada, bem como das contribuições oriundas do trabalho e as futuras pesquisas que poderão ser realizadas na área. A adoção do nascituro dentro do ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se em um primeiro momento, passível de concretização.

Veja-se, conforme restou comprovado, tem-se no direito brasileiro uma gama considerável de direitos que são aplicados ao nascituro de maneira coerente. Além disso, por meio das decisões jurisprudenciais analisadas, pode-se perceber que tanto o reconhecimento quanto a proteção desses direitos vem ganhando cada vez mais espaço na legislação nacional, haja vista que não parece coerente desproteger ainda mais, por ausência de tutela jurisdicional, seres fragilizados e vulneráveis como a gestante e o nascituro. Por meio do projeto de lei exposto, também se percebe nitidamente o anseio social e jurídico que a demanda proporciona.

Dessa forma, também parece ser favorável a aplicação específica do instituto quando realizada análise por meio da legislação mais pertinente ao tema: o Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme explanado, o artigo 19A da lei prevê a possibilidade de a mãe entregar o filho à adoção seja recém-nascido ou nascituro, fato que contribui exponencialmente para a conclusão de que o instituto não apenas é necessário e reconhecido, mas como também necessita de regulamentação adequada e específica.

Trilhando o mesmo caminho, também se percebe afeita à aplicação toda a seara social que permeia o assunto. Conforme exposto, os números de abortos clandestinos, infanticídios, entre outros inúmeros problemas só vem crescendo dia após dia e, regulamentando a adoção do nascituro na prática, tais problemas apresentariam chances grandes e reais de serem erradicados.

Ressalta-se a conclusão de que a adoção do nascituro já pode ser aplicada ou defendida dentro do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a previsão contida no ECA. Contudo, faz-se necessária a criação de uma legislação específica regulamentando o tema ou a implementação da legislação já existente, de modo que não restem lacunas a serem preenchidas e que o instituto seja mais amplamente difundido entre a sociedade.

Contudo, é imprescindível destacar que a efetivação prática do instituto na vida real carece de inúmeras outras pesquisas minuciosas para que seja aplicado de forma satisfatória e justa, sejam elas de caráter social, pedagógico, cultural, entre outras. Mas, a necessidade de

tais estudos não deve servir de óbice à melhor das intenções. O trabalho a ser desenvolvido é grande, mas, aparentemente, os resultados se mostrarão maiores ainda.

Por óbvio, a pesquisa aqui realizada não apresentou o condão de esgotar o assunto, mas extremamente o contrário: iniciar os debates sobre o mesmo. Toda a caminhada que perpassa a adoção do nascituro e a sensibilidade que o tema possui, merecem estudos mais aprofundados, que deverão ser desenvolvidos em oportunidades futuras, sempre em instigante escalada.

Daqui sai, esperançosamente, o passo inicial.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 5 ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ALBUQUERQUE, F. S. **O Instituto do Parto Anônimo à luz dos princípios constitucionais. Leituras Complementares de Direito Civil – Direitos das Famílias**. Em busca da consolidação de um novo paradigma baseado na dignidade, no afeto, na responsabilidade e na solidariedade. Salvador - BA: Editora *Jus Podium*, 2010.
- ALMEIDA, C. F; CARVALHO, J. M. **Introdução ao direito comparado**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- ALMEIDA, S. J. A. C. e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- ARAÚJO, N.; MAIA, A. C. Reflexões sobre a pesquisa jurídica. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 3, n.10, 2002, p. 261-274.
- BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.
- BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.
- BRASIL. **Projeto de Lei do Senado 138**. 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/112393>> Acesso em: 23/07/2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI**: 3510 DF. Relator: Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em: 29/05/2008. Publicado no DJe em: 27/05/2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp** 1415727/SC. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 04/09/2014. Publicado no DJe em: 29/09/2014
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp** 1120676/SC. Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em 07/12/2010. Publicado no DJe em: 04/02/2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP n.º 931556/RS**. Rel.: Min.^a Nancy Andrichi. Terceira Turma. Julgado em: 17/06/2008. Publicado no DJe em: 05/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação** 0201838-05.2011.8.26.0100. Relator: João Batista Vilhena; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 18ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/11/2012; Data de Registro: 27/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AGV**: 70057748634 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 18/12/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2014.

_____. **Recurso Cível** nº 71002001048 Relator: João Pedro Cavalli Junior. Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais. Julgado em 27/08/2009.

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

CNJ. **Cadastro Nacional de Adoção**. 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>> Acesso em: 18/07/2019 às 16:55 horas

DELGADO, Mário Luiz. **A responsabilidade civil da mãe gestante por danos ao nascituro**. In: MADALENO, Rolf; MADALENO, Rolf (Coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; MADEIRO, A. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciência & Saúde Coletiva**. Brasília, 2017.

DINIZ, R. I. Da possibilidade de adoção do nascituro. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2005.

FONSECA, C. Abandono, Adoção e anonimato: questões de moralidade materna suscitadas pelas propostas legais de parto anônimo. **Revista Latino-Americana**. ISSN 1984- 6487/ n. 1.2009, p. 30-62. Disponível em: <www.sexualidadsaluysociedad>

FURLAN, A. C.; PAIANO, D. B. Breves **Considerações a respeito da lei de adoção**. ETIC– Encontro de Iniciação Científica - ISSN 21-76-8498. v.6, n. 6. 2010.

GLOBO. Portal G1. **Abandono de recém-nascidos cresce 300% em um ano no Ceará**. Edição do dia 26/03/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2013/03/abandono-de-recem-nascidos-cresce-300-em-um-ano-no-ceara.html>>. Acesso em: 01 de outubro de 2019.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Abandono de bebês reacende debate sobre parto anônimo**. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/5133/Abandono+de+beb%C3%AAs+reacende+debate+sobre+parto+an%C3%B4nimo>> Acesso em: 17/07/2019 às 20:28 horas.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **O Direito à Convivência Familiar e Comunitária : os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Coordenadora: Enid Rocha Andrade da Silva. Brasília, 2004

JUNIOR, A. J. P.; RODRIGUES, F. F. S. **Aplicação do princípio do melhor interesse da criança pelo Superior Tribunal de Justiça de 2001 a 2018**. Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 615-630, maio/ago. 2018

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

NOVAES, B. de O. **A possibilidade jurídica da adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro**. Uniceub. Brasília, 2012.

PINHEIRO, V. O infanticídio como expressão da violência e negação do mito do amor materno. **Revista Estudos Feministas**. Universidade Estadual de Goiás. Florianópolis, 2018.

POMBO, O.; GUIMARÃES, H.; LEVY, T. **Interdisciplinaridade: reflexão e experiência**. 2 ed. rev. aum. Lisboa: Texto, 1994.

PUSSI, W. A. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2 ed. rev. Curitiba: Juruá. 2012

ROSA, E. R. F. **Acolhimento institucional de crianças e adolescentes: desafios à reintegração familiar**. Trabalho de Conclusão de Curso. São Borja, 2016.

SILVEIRA, M. R. C. da. **Parto Anônimo: Um passeio fascinante e sinuoso nos ladrilhos do constitucionalismo luso brasileiro**. Dissertação de Mestrado Científico, Área de Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Constitucional. Universidade de Coimbra. 2016

SOUSA, M. B. G.; DIAS, M. T. F. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. Editora Del Rey. 4ª ed. rev. Belo Horizonte, 2015.