



A adoção do nascituro sob a égide do Código Civil de 2002

The adoption of the unborn under the Civil Code of 2002

MARINA PACHECO CARDOSO

Advogada, pós-graduanda em Direito de Família da Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sócia do IBDFAM.

RESUMO: O presente estudo aborda a possibilidade de incidência do instituto da adoção de seres humanos já concebidos e que vivem no ventre materno. A questão é controversa, uma vez que a legislação civil atual silenciou quanto à possibilidade de aplicação do referido instituto em se tratando de nascituros. A divergência está presente também na conceituação do termo nascituro, o que enseja diversas discussões sobre a matéria. Muito embora haja grande preocupação sobre a possibilidade de venda de crianças ou da conhecida “barriga de aluguel”, o instituto merece atenção, e análise minuciosa, vez que, se aceito, poderá contribuir, em grande monta, na diminuição de casos de abandonos de recém-nascidos.

Palavras-chaves: Nascituro; adoção; abandono; ser humano; sociedade.

ABSTRACT: The present study approaches the incidence of human beings in fetal stages, thus yet in the maternal womb and the possibility to adoption. The subject is controversial once the current civil legislation silenced as for the possibility to apply the referred institute in treating of the antenatals. The divergence is equally noticed in the concept and definition of the antenatal term, which triggers several discussions on the matter. Even though there are major concerns about the possibility for infant commerce or surrogate pregnancy, the subject deserves attention and meticulous analysis, since, if ever accepted or ruled, it could generate enormous contribution to reduce cases of abandonment of the newborn.

Keywords: Antenatal; adoption; abandonment; society.

INTRODUÇÃO

A preocupação por indagar sobre adoção de nascituro advém de um relevante valor jurídico e social dos efeitos da aprovação do instituto, da inadequação do sistema e, também em razão de não haver enfrentamento desejável da matéria no sistema jurídico brasileiro.

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. Infelizmente, existirão pessoas que, de forma draconiana, se utilizarão de alguns benefícios legais para tirar proveito indevido, por essa razão a adoção de nascituro deve ser analisado com extrema atenção, para que atinja seu objetivo fim de maneira eficaz.

Importante informar que não será objeto da presente pesquisa a análise da fecundação *in vitro*, uma vez que majoritariamente entende-se que o nascituro

surge com o fenômeno da nidação, isto é, com a implantação do zigoto no útero da genitora, não sendo considerado, portanto, nascituro o embrião fecundado em laboratório não inserido no organismo humano.¹ Desta forma, passaremos abordar algumas questões relevantes referente a possibilidade de adoção daquele que já inserido no ventre materno e que, todavia, não nasceu.

1 A OMISSÃO DA LEGISLAÇÃO CIVIL ATUAL

O Código Civil atual, diferente da codificação anterior silenciou sobre a adoção de nascituro, o que enseja diferentes interpretações sobre o tema. Diante da necessidade fática e da lacuna legislativa, pergunta-se: O silêncio do legislador recepciona a possibilidade da adoção do nascituro? Ou a falta de alusão àquele que está para nascer, deve ser compreendida como impedimento de se proceder a adoção?

Este assunto merece ser enfrentado, pois a simples ausência de regulamentação da matéria não pode

servir de fundamento para não aplicação do instituto, até mesmo porque, o fato existe e não pode o poder judiciário simplesmente fechar os olhos. Assim, utilizando-se dos princípios gerais do direito, dos costumes e da analogia deve-se encontrar uma solução jurídica para suprir este espaço vazio, até que advenha legislação específica que regulamente a matéria.

O Código Civil de 1916 disciplinava a possibilidade de adoção do nascituro em seu art. 372, e nele dispunha que era necessário o consentimento, do adotado ou de seu representante legal, caso fosse incapaz ou nascituro. Ou seja, era possível a adoção daquele que estava por nascer, desde que o seu representante legal consentisse com a adoção. Importante destacar que, o consentimento mencionado no referido artigo, deveria ser livre de coação ou ameaças e remuneração, para que a adoção se concretizasse sem vícios. Na falta dessa exigência legal, o ato seria considerado inexistente, pois a ausência de consentimento era considerada um requisito essencial de existência da adoção, nas hipóteses mencionadas.²

A inserção do nascituro no texto legal do art. 372 ocorreu com advento da Lei de nº 3.133, de 08 de maio de 1957, pois em sua versão original mencionava que era necessário o consentimento de quem detinha a guarda do adotando menor ou interdito. Muito embora, a legislação anterior previsse expressamente a possibilidade de adoção do não nascido, alguns doutrinadores defendiam a impossibilidade desse instituto, pois o nascituro não possui idade, portanto não seria satisfeito o requisito do art. 369 do Código Civil, o qual exigia a diferença de pelo menos dezesseis anos de idade entre adotante e adotado.³ Esse argumento, *data máxima vênia*, é vazio de fundamentação lógica, vez que a lei na época, exigia a idade mínima de 50 anos, e, posteriormente, de 30 anos como idade mínima do adotante. Portanto, não haveria chance de não ser cumprido o requisito da diferença de idade dos partícipes da relação.

Para negar a possibilidade de adoção do nascituro, diziam também que, o art. 377 do Código de 1916 excluiu o adotando da sucessão hereditária quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos. Afirmção que caiu por terra com advento da Constituição Federal de 1988, com o princípio fundamental de igualdade entre os filhos, o qual proíbe qualquer tipo de discriminação.⁴

Conforme já mencionado, esse dispositivo que possibilitava esta espécie de adoção, não foi mantido pela legislação em vigor, ou, como preferimos entender foi olvidado pelo legislador.⁵

2 O NASCITURO COMO SUJEITO DE DIREITOS

O nascituro é um ser humano, já concebido que vive no ventre materno, que tem seus interesses protegidos pelo art. 2º do atual Código Civil. A dificuldade surge no momento em que a legislação civil reconhece a proteção jurídica para os interesses deste, mas, não o considera expressamente como sujeito de direito, razão pela qual surge dúvida no que tange o início da personalidade, isto é, se esta inicia na concepção ou no nascimento com vida.

Antes de adentrar na análise do início da personalidade, para melhor compreensão do tema, necessário e apresentar seu conceito:

Personalidade, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito. Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes. A pessoa natural, para o direito, é, portanto, o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações.⁶

Para a determinação do princípio da existência da personalidade da pessoa, surgem três teorias: a natalista, a personalidade condicional e a concepcionista.⁷

Para os adeptos da teoria natalista o início da personalidade se dá com o nascimento com vida, e os direitos do nascituro são apenas resguardados pela legislação pátria. Aqueles que defendem a teoria da personalidade condicional sustentam que existe a personalidade desde a concepção, sendo o nascimento com vida uma condição. Já os concepcionistas dizem que os nascituros são dotados de personalidade jurídica, podendo desde a concepção ser considerado um sujeito de direito.⁸

Muitos doutrinadores confundem personalidade com capacidade. Entretanto, cabe frisar que esses institutos não são sinônimos e apresentam diferenças relevantes, como bem aborda Francisco Amaral:

Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é uma projeção desse valor que se traduz em um *quantum*. Capacidade de *capax* (que contém), liga-se a ideia de quantidade e, portanto, à possibilidade de medida e de graduação. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Compreende-se, assim, a existência de direitos da personalidade, não de direitos da capacidade. O ordenamento jurídico reconhece a personalidade e concede a capacidade, podendo considerar-se esta como um atributo daquela. A capacidade é então a ‘manifestação do poder de ação

implícito no conceito de personalidade’, ou a ‘medida jurídica da personalidade’. E, enquanto a personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor.⁹

Como lembra o autor supracitado “Pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade [...]”.¹⁰

É indispensável entender que existe vida intrauterina, ou seja, desde a concepção do ser humano até a morte. O processo vital tem origem na junção dos gametas: feminino e masculino, transformando-se e progredindo, mas sempre mantendo a sua identidade. Assim, é possível dizer que *todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser*.¹¹

Sobre o assunto, Sônia Maria Monteiro, salienta:

Do ponto de vista biológico, a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, de onde resulta um ovo ou zigoto. Mas a vida viável somente começa com a nidação, quando se inicia a gravidez.¹²

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 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.

Demonstrado, que personalidade se difere de capacidade, e que o nascituro deva ser considerado ser humano dotado de personalidade jurídica desde a concepção, não apresentando, apenas, capacidade de exercê-la, abordaremos a possibilidade da adoção do nascituro.

3 A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO NASCITURO

Silmara Chinelato e Almeida, defensora da teoria concepcionista, com inteligência e domínio da matéria, explica que a personalidade do nascituro não está condicionada a seu nascimento com vida, mas, apenas alguns efeitos de direitos patrimoniais materiais, como doação e herança, são condicionados a este fato. Sendo assim, o nascimento um dos elementos desses negócios jurídicos que garante suas eficácias totais.¹³

O Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, no julgamento da apelação de nº 70020535118, sendo voto vencido, mencionou com sabedoria:

O que não pode passar despercebido é que entre nós, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (art. 2º do CCB).

É certo que é o nascimento com vida que concretiza aqueles direitos do nascituro “colocados à salvo” pelo legislador.

Contudo, mais do que qualquer coisa, aqueles direitos “colocados à salvo” pelo legislador, enquanto persiste a condição de nascituro, dizem respeito ao âmbito patrimonial.

Dito de outro forma, são os direitos patrimoniais – como por exemplo a herança ou a doação – que estão “à salvo” enquanto persistir a condição de nascituro, e ficam garantidos a partir do nascimento com vida ou fulminados – por perda do objeto – em caso de criança natimorta.

Mas para os direitos não patrimoniais, mais especificamente, para os direitos de personalidade, a concepção e a condição de nascituro bastam para assegurar-lhes a eficácia.

Na Apelação Cível nº 70002027910, julgada na vigência do Código Civil de 1916 (daí a referência ao art. 4º, o art. 2º do atual CCB), o Relator – o então Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira – tratou assim dessa questão:

“Já o grande Teixeira de Freitas, adotando posição muito à frente de seu tempo, afirmava que ‘pessoas por nascer existem, porque, suposto não sejam ainda nascidas, vivem já no ventre materno’ (Esboço do Código Civil, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1952, vol. I, nota ao art. 53), reconhecendo também o início da personalidade do nascituro desde a sua formação no ventre materno.

Em verdade, o Código Civil, em seu art. 4º, quando trata do nascituro, apenas condicionou ao nascimento com vida alguns direitos patrimoniais, como, por exemplo, aqueles relativos à herança e à doação.

Procede, pois, o pleito formulado pelos autores, visto que os filhos então concebidos já gozavam, mesmo no ventre da mãe, da condição de pessoas, protegidas pela ordem jurídica, condicionados apenas alguns direitos patrimoniais ao efetivo nascimento com vida.”

A verdade é que a legislação civil em vigor confere personalidade jurídica formal ao nascituro desde a sua concepção, garantindo assim o direito de personalidade.

Os direitos postos à salvo enquanto perdurar a condição de nascituro são apenas os patrimoniais; os direitos de personalidade são de imediato garantidos.

Assim, detectado que a legislação pátria concede a personalidade jurídica formal ao não nascido, desde

sua concepção e, que o direito a vida, bem como a garantia da dignidade da pessoa humana estão presentes, também, do início da vida intrauterina, por certo que o direito de ser adotado também está resguardado.

Muito embora a maioria dos doutrinadores entenda que o nascituro não tem personalidade jurídica e sim expectativa de direito, invocando o art. 2º do Código Civil. É possível perceber que o ordenamento pátrio, sob a égide da Carta Magna de 1988, considera aquele que está por nascer como um ser humano, pois lhe garante o direito à vida, podendo concluir-se que o nascituro é um sujeito de direito e, portanto, dotado personalidade jurídica.¹⁴

A Constituição Federal em seu art. 227 garante a criança e ao adolescente a proteção integral. A Lei Maior também garante à criança e ao adolescente o direito a convivência familiar, que nem sempre consegue ser cumprido pela família biológica. Além disso, os artigos 542, 1.609, parágrafo único, 1.798, todos do Código Civil, possibilitam, respectivamente, o nascituro receber doação, ser reconhecido antes do nascimento e receber herança. Desta forma, utilizando-se da melhor interpretação, conclui-se que sendo o nascituro um sujeito de direito, não há razão para que este não possa ser adotado desde a concepção, uma vez que, aqueles que estão por nascer têm garantia constitucional de receber um tratamento digno desde sua existência.

Do texto do art. 2º do Código Civil, que expressa: *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.* Não se pode fazer uma interpretação isolada da primeira parte, como indesejavelmente fazem alguns doutrinadores, haja vista que, se assim interpretado, frustrará os direitos postos a salvo pela segunda parte do referido artigo.¹⁵ E, sendo inviolável o direito à vida, não se pode deixar a margem da legislação pátria qualquer questão que envolva os direitos fundamentais da pessoa humana em prejuízo do ser humano.

Sônia Maria Monteiro salienta:

Importante lembrar, ainda, que o verdadeiro método de interpretação da lei é aquele que busca demonstrar-lhe a finalidade prática, perquirindo sobre os interesses que se destina proteger. E, quanto ao nascituro, a finalidade da lei foi proteger seus interesses.¹⁶

O Estatuto da Criança e do Adolescente evidentemente garante e protege o nascituro, pois, apesar de não regulamentar expressamente adoção deste, prevê a proteção à vida e à saúde. Percebem-se, com clareza cristalina as ditas garantias, quando o artigo 7º da Lei

menciona que a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e a saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Por óbvio, que o nascituro está abrangido pelo termo “criança”, de outra banda não haveria porque constar a expressão “que permitam o nascimento”.¹⁷

Outro subsídio importante para demonstrar a possibilidade de adoção de nascituro é o já referido, direito de igualdade dos filhos, exposto no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, no art. 1.596 do Código Civil e no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, não importa a origem da filiação, sendo esta biológica ou civil, todos serão tratados de maneira homogênea. A legislação civil possibilita, ainda, o reconhecimento dos filhos antes mesmo do nascimento, conforme acima exposto, o que significa dizer que o nascituro pode ser reconhecido como filho.¹⁸

O próprio Código Penal tipifica no Capítulo do Crime contra a Pessoa, o aborto, independente do estágio de desenvolvimento em que se encontra o nascituro.

Nesse sentido, Fernando Capez, se manifesta:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofre processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses) ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer, entre a concepção e o início do parto [...].¹⁹

É primordial à proteção a integridade física e o direito a vida do não nascido. O bem jurídico tutelado é a vida do nascituro, assim a interrupção da vida intrauterina, em qualquer fase da gravidez configura o delito tipificado nos art. 124 a 128 do Código Penal brasileiro. No que tange o objeto jurídico do crime de aborto, o mesmo autor, expõe:

No autoaborto só há um bem jurídico tutelado, que é o direito à vida do feto. É, portanto, a preservação da vida humana intrauterina. No abortamento provocado por terceiro, além do direito à vida do produto da concepção, também é protegido o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante.²⁰

Dessa forma, percebe-se que o sistema jurídico brasileiro, como em diversos outros países, concedem cada vez mais direitos e garantias ao nascituro. Além disso, nosso país é signatário do Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança que dão proteção a esta desde a concepção, considerando, assim, como pessoa e não como mera expectativa de tornar-se uma.²¹

Não considerar o nascituro um sujeito de direitos, seria um contra senso, uma vez que a própria Constituição Federal, e diversos ramos do direito, garantem aos não nascidos o direito à vida, sendo este, o bem jurídico de maior valor a ser protegido para a pessoa humana. No que tange a adoção do nascituro, se fosse intenção do legislador não permitir, teria proibido expressamente, o que não o fez, sendo dentre outras razões outro argumento para que se entenda a permissão do instituto em tela.

4 A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO INTUITO *PERSONAE* DE NASCITURO NO ECA E NA NOVA LEI DE ADOÇÃO

A Nova Lei da Adoção²², se aprovada nos termos em que atualmente se apresenta, também terá presente uma norma em que é possível se apoiar para conceder a adoção *intuitu personae* de nascituro. É o art. 166,²³ que refere que os pais biológicos poderão de forma expressa requerer o pedido de colocação em família substituta, de forma consensual. Evidente que o legislador elaborou essa regra com a intenção de permitir aos pais biológicos escolherem a família adotiva, na qual seu filho será inserido.

O futuro texto legal, muito embora mencione no parágrafo sexto que “*O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança*”, seguirá sendo um forte argumento para embasar a adoção do nascituro e a escolha da família adotiva.

O *caput* do mencionado artigo da Nova Lei da Adoção tem praticamente o mesmo teor do art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas com acréscimo da dispensa de assistência de advogado para o ato. Os citados dispositivos devem permitir que os pais biológicos façam um consentimento expresso, que desejam entregar o filho a determinada família, devendo ser de igual forma em relação ao nascituro, uma vez que, além de preservar o melhor interesse do menor, desde já haverá uma segurança para todos os integrantes da relação.

Muito embora o entendimento dominante seja a impossibilidade de adoção *intuitu personae* sem existência de vínculo de afetividade formado, urge

a necessidade de revisão pelos julgadores e fiscais da lei em face do princípio da proteção integral da criança e do adolescente e em decorrência da realidade social atual. A fim de ilustrar esta última, segue parte da reportagem da publicada em abril de 2009:

O Cadastro Nacional surgiu para tornar a busca por pais e filhos adotivos compatíveis mais fácil e rápida. Antes dele, quem pensava em adotar uma criança passava por um processo de seleção em seu estado; se surgia outra criança em outra unidade da federação, tinha de enfrentar novo processo – e assim por diante. Com o cadastro, uma única habilitação passou a ser válida para todo o país. Não funcionou, porém, e as adoções seguem sendo feitas estado a estado, fora da lista nacional. Segundo dados da Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção (Angaad), somente na cidade de Goiânia, 90 crianças ou adolescentes ganharam famílias novas em 2008 graças aos mecanismos tradicionais.²⁴

E, mesmo com os dados acima apresentados, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul adota como base para promoções desse condão a conclusão de nº 10, conforme segue:

CONCLUSÃO Nº 10 do Ministério Público Estadual e consignada no documento ‘Carta de Porto Alegre’ redigido em julho de 2004 durante o Seminário Regional ‘Viver em Família: Nosso Direito’, no sentido de que dever ser acolhida a ‘adoção *intuitu personae* como excepcionalíssima, exigidos os requisitos de colocação em famílias com vínculo parental ou afetivo’.

O entendimento do Tribunal de Justiça também segue no mesmo sentido:

Ninguém pode, simplesmente, abrir mão em definitivo dos deveres de cuidado e proteção de um filho para um terceiro, estranho à criança. Não existe essa disponibilidade ilimitada. Está o art. 30 do ECA a preceituar isso e tal norma é a base do princípio da oficialidade da adoção. Se uma mãe quer entregar um filho em adoção, deve fazê-lo para o Juiz na presença do Ministério Público, pois a estes órgãos foi incumbida a responsabilidade de assegurar os direitos fundamentais da criança, dentre eles o direito preferencial de ser criada e educada no seio de sua família biológica (art. 19 do ECA). O Judiciário e o Ministério Público têm o dever de analisar os motivos dessa genitora e, na medida do possível, tomar as medidas necessárias para a manutenção dos vínculos biológicos. Como diz a própria lei, a adoção, mesmo a oficial, já é uma exceção. De modo que, se fosse possível aos genitores abrir mão do poder familiar, sem qualquer controle estatal, restariam expostas as crianças e adolescentes, contradizendo frontalmente a doutrina

da proteção integral e o princípio da responsabilidade que lhe embasa.

Lamentavelmente, em que pese as boas intenções dos autores, nenhuma das hipóteses de fato que autorizam a adoção fora do sistema do cadastro estão presentes neste caso. A mãe da criança não é parente, nem por consanguinidade, nem por afinidade, dos requerentes. Logo, a criança não tem nenhum vínculo familiar a ser preservado com os adotantes.

Também não é a hipótese de se deferir a adoção em virtude de um vínculo de afetividade. Veja-se que a *relação de afetividade* tratada na lei não se refere ao relacionamento que os adotantes porventura mantenham com a mãe da criança, e sim com a própria criança. Essa relação de afetividade deve ser observada pela ótica do adotando, porque a adoção *intuitu personae* é uma exceção criada para *protegê-lo*. No caso, a criança Pedro nasceu em 16 de outubro de 2006.

Flagrante a inadequação do entendimento do poder judiciário, *data máxima vênia*, necessária a modificação, pois a realidade social não se coaduna com a orientação ora apresentada. Pois, qual mãe e pai, mesmo que, desrespeitando uma ordem legal, não preferirão entregar seu filho para uma pessoa que conhecem e têm a certeza que seu filho será criado com respeito e carinho, em prol de simplesmente entregar seu filho ao poder judiciário para encaminhamento de adoção?

O sistema não pode ser cego ou fingir que não enxerga situações relevantes, como o caso em análise, por ser respeito à legislação vigente. Em se tratando de menores a justiça não pode simplesmente trabalhar com aplicação de legislação, deve sempre buscar alcançar parâmetros que tragam maior proteção e bem-estar destes.

Ademais, o Cadastro Nacional de Adoção, criando em abril de 2008, surgiu para agilizar o processo de adoção e diminuir o número de crianças em abrigos públicos. Ocorre que, depois de um ano de existência do CNA, diante de um balanço, 80.000 mil crianças estão espalhadas por abrigos pelo país a espera da inserção em família substituta, e *“apenas 2.307 crianças estão judicialmente aptas a ganhar uma nova família e 14.536 pretendentes a adotá-las constam do cadastro. Além disso, só 32 processos de adoção estão em andamento e o número de ações já efetivadas é reduzidíssimo: 15”*.²⁵

O ECA também considera o nascituro como filho, quando no art. 238²⁶ tipifica como crime prometer ou entregar o filho à terceiro, mediante recompensa. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão exarada em 1995, também entendeu nesse sentido, conforme se verifica na ementa colacionada:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIME DE PROMESSA DE ENTREGA DE FILHO MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA.

O vocábulo “filho”, empregado no tipo penal do art. 238 da Lei 8.069/90, abrange tanto os nascidos como os nascituros.

Todavia, a proposta genérica, sem endereço certo, sem vínculo de qualquer natureza entre a PROMITENTE e TERCEIRA PESSOA que se proponha a realizar a condição, e ato unilateral imperfeito, sem maiores consequências, que não preenche os elementos essenciais do tipo em exame. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 48.119/RS, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, Quinta Turma, julgado em 20/03/1995, DJ 17/04/1995 p. 9587)

Na decisão supra, apesar de não haver condenação em razão de não ter sido preenchido os elementos essenciais para enquadramento no tipo, é de suma importância por considerar o nascituro como filho. Pois, reforça o entendimento aqui defendido, vez que, conforme já explanado, é constitucionalmente impossível fazer qualquer diferenciação entre filhos. Assim, inviável considerar o filho já nascido um ser humano, um sujeito de direito possível de ser inserido em uma família substituta, mediante adoção, e outro, por ainda viver no ventre materno não ser considerado como tal.

Muito embora, a possibilidade de adoção à época da gestação fosse expressa na legislação pretérita a maioria dos doutrinadores rechaça a adoção de criança antes do nascimento, pois sustentam que a não abordagem do assunto pela legislação atual demonstra a intenção do legislador em proibir este tipo de adoção, e invocam a Convenção de Haia, a qual regula a adoção internacional, e exige o consentimento da mãe após o nascimento da criança.

Esse entendimento não pode prevalecer, uma vez que coloca o nascituro em situação de inferioridade perante os menores, e concede um tratamento desigual o que é injusto e desproporcional, como bem destaca Sílvio de Salvo Venosa.²⁷ Além disso, proibir a possibilidade das crianças, em diversas situações, receberem um melhor amparo desde a sua concepção, seria um retrocesso. Por fim, estar-se-ia estimulando o abandono de crianças recém nascidas, já que proibida adoção desta enquanto estava no ventre materno. É de cristalina evidência que se adotado pelos Tribunais o entendimento sustentado, haverá enorme diminuição no número de abandonos de crianças recém-nascidas, de crimes cometidos no estado puerperal, de abortos, violências, abuso sexual, dentre outras crueldades cometidas com estes seres humanos tão frágeis e desprotegidos.

5 QUANDO A SURPRESA APARECE

Não é incomum acontecer, de pessoas que nunca imaginaram adotar uma criança se depararem com algumas situações específicas surgindo a vontade de criar aquela determinada criança como se filho fosse. A título exemplificativo, uma pessoa que recebe a proposta de criar o bebê de uma empregada doméstica, de uma vizinha ou de uma amiga que não tem condições de criá-lo, tendo a possibilidade de acompanhar toda a gestação de futuro adotado, e proporcional aquele ser, desde a concepção uma vida intrauterina digna e saudável, porque não poderia adotá-lo? Ou um casal com impossibilidade de procriação encontrasse uma mulher grávida, que num ato de amor doasse seu filho a esse casal, pois este tem melhores condições de criar esta criança, não seria possível, por simples omissão legislativa? Não parece razoável que em situações como as recém narradas não se permitisse a adoção.

Em muitos casos os pais adotivos não tinham a intenção de adotar uma criança e, de repente, um neném surge em suas vidas e tudo muda. Esse surgimento ocorre em diversas situações como padrões que ficam ou decidem ficar com filhos de empregadas ou conhecidas dessas que não têm condições de criar, como recém exemplificado, como pessoas que não desejam a criança e entregam a amigos e conhecidos, ou até mesmo quando são deixados em cestas na porta dos pais adotivos. Diante dessas situações a família que recebeu a criança inesperadamente, além de mudar o sentido de vida, forma um vínculo afetivo tão forte com aquele bebê, não somente pela adoção, mas pelas circunstâncias que ela aconteceu.

Nesses casos, é impressionante a conduta fria dos Tribunais que retiram essas crianças do seio familiar em razão de desrespeito a lista de adoção. A flexibilização das normas legais ocorre, excepcionalmente, quando configurado o vínculo afetivo consolidado.²⁸ Por óbvio, que o interesse do menor deve prevalecer, ocorre que nessas hipóteses não se está se respeitando o interesse do menor, mas o texto legal que determina a necessidade de prévia inscrição em lista de adoção. As famílias têm de torcer para que seja reconhecido o vínculo afetivo, caso contrário perderá um filho que amam para outra família adotiva inscrita na lista.

6 BARRIGA DE ALUGUEL

Este assunto merece atenção especial, para que a possibilidade de adoção de nascituro não se torne um comércio, o popularmente conhecido como “barriga de aluguel”. No Brasil, esta prática é proibida, mas, a legislação sobre o tema varia de país para país, em

alguns estados americanos o procedimento é passível de remuneração.²⁹ Essa maternidade de substituição é vedada pelo art. 199 § 4º da Constituição Federal, até mesmo porque uma criança não pode ser objeto de contrato, configurando de plano, contratação nula por objeto ilícito. Essa conduta também pode ser enquadrada como um ilícito penal, conforme dispõe o art. 242 do Código Penal, o qual tipifica como crime contra o estado de filiação, *dar parto alheio como próprio e registrar como seu filho de outrem* [...]. Em contrapartida, o Conselho Regional de Medicina permite a cessão gratuita do útero, desde que a cedente seja parente até segundo grau da mãe genética.³⁰

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 238, tipifica como crime a promessa ou a entrega de filho mediante recompensa, sendo a pena de um a quatro anos de reclusão. A penalidade deve ser fixada aos genitores que, violando o poder-dever familiar, visam receber compensação pelo ilícito cometido.

No entanto, o que se defende na presente é a possibilidade de ceder gratuitamente aquele que está para nascer, por um ato de amor da genitora, pela impossibilidade de criar uma criança e por outro lado pela vontade de ser mãe e pai daqueles que não puderam ou não quiseram procriar. Independente de qual razão, sendo feito de forma gratuita, e visando o melhor interesse do menor, não há o porquê proibir essas adoções.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se, por fim, ser possível a adoção de nascituro, pois evidente que este é um sujeito de direito, como qualquer ser humano já nascido. Ainda, conforme analisado são consistentes os argumentos que sustentam que a dignidade da pessoa humana deva atingir os nascituros, e conseqüentemente concessão de direitos e garantias aos que estão por nascer, inclusive o direito de ser adotado e ter uma vida digna desde a fecundação.

A adoção de nascituros, se procedida de acordo com os ditames legais, terão mais benefícios que prejuízos e efeitos consideráveis na redução de abandonos e violências cometidas com crianças recém-nascidas. Se autorizada, a mãe adotiva terá a oportunidade de acompanhar o desenvolvimento do neném no ventre materno, poderá fazer tratamento para futura amamentação, pois saberá quando será mãe, poderá, também, conceder melhores condições à gestante e propiciar melhores condições para nascituro, preservando assim a proteção integral dessa criança.

A incompletude da ordem jurídica e o avanço dos fatos que se operam na realidade atual exigem um real

posicionamento do legislador, que se omite a situações jurídicas que anteriormente eram previstas. Todavia, no momento que os problemas tornam realidade, surgem dúvidas quanto as relações jurídicas por ela gerada, cabendo à sociedade em geral, inclusive, os operadores do direito se manifestar sobre esta nova realidade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Aline Mignon de. *Barriga de aluguel. Bioética e Biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BADALOTTI, Damaris. O nascituro como sujeito de direitos. [Online]. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 2: Parte especial. 6. ed. Saraiva: São Paulo: 2006.

- CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. Parte geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MONTEIRO, Sônia Maria. *Aspectos novos da adoção*. Adoção internacional e adoção do nascituro. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. Malheiros Editores, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. revista. Rio Janeiro: Renovar, 2007. (Rafael Garcia Rodrigues – A pessoa e o ser humano no Código Civil.)
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- REVISTA VEJA. [Online]. <http://veja.abril.com.br/especiais_online/adocao/abre.html>. Acesso em; 19 abr. 2009.

NOTAS

- ¹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 62.
- ² CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 688.
- ³ CHAVES, Antônio. *Adoção*, p. 159.
- ⁴ MONTEIRO, Sônia Maria. *Aspectos Novos da Adoção*. Adoção internacional e adoção do nascituro. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 71.
- ⁵ CHAVES, A. *Adoção*, p. 231.
- ⁶ GAGLIANO, Pablo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte geral, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-89.
- ⁷ TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil – Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. revista, Rio Janeiro: Renovar, 2007 (Rafael Garcia Rodrigues – A pessoa e o ser humano no Código Civil, p. 03-04).
- ⁸ *Ibidem*, p. 05.
- ⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220-221.
- ¹⁰ *Ibidem*, p. 220.
- ¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed., Malheiros Editores, 2006, p. 197.
- ¹² MONTEIRO, S. M. *Aspectos Novos da adoção*, p. 69.
- ¹³ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*, p. 81.
- ¹⁴ AMARAL, F. *Direito civil*, p. 223.
- ¹⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 121.
- ¹⁶ MONTEIRO, S. M. *Aspectos Novos da adoção*, p. 73.
- ¹⁷ ALMEIDA, S. J. A. C. e. *Tutela civil do nascituro*, p. 78.
- ¹⁸ BADALOTTI, Damaris. *O nascituro como sujeito de direitos*. [Online]. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 10 nov. 2008.
- ¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. v. 2: Parte especial. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 109.
- ²⁰ *Ibidem*, p. 110.
- ²¹ ALMEIDA, S. J. A. C. e. *Tutela civil do nascituro*, p. 84.
- ²² O Projeto de Lei foi aprovado na Câmara dos Deputados em agosto de 2008, tramita na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.
- ²³ Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de

colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência do advogado.

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, estes serão ouvidos pela autoridade judiciária e pelo representante do Ministério Público, tomando-se por termo as declarações.

§ 2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida.

§ 3º O consentimento dos titulares do poder familiar será colhido pela autoridade judiciária competente em audiência, presente o Ministério Público, garantida a livre manifestação de vontade e esgotados os esforços para manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.

§ 4º O consentimento prestado por escrito não terá validade se não for ratificado na audiência a que se refere o parágrafo anterior.

§ 5º O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção.

§ 6º O consentimento somente terá valor se for dado após o nascimento da criança.

§ 7º Não será admitido o consentimento prestado nos 30 (trinta) dias posteriores ao nascimento da criança.

²⁴ <http://veja.abril.com.br/especiais_online/adocao/abre.html>. Acesso em: 19 abr. 2009.

²⁵ <http://veja.abril.com.br/especiais_online/adocao/abre.html>. Acesso em: 19 abr. 2009.

²⁶ Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa:

Pena – reclusão de um a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 301.

²⁸ *EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. VIABILIDADE DA ADOÇÃO NO CASO CONCRETO. AFETIVIDADE. INTERESSE DO MENOR. Configurado abandono por parte dos genitores, impositiva a destituição do poder familiar, nos termos do artigo 1.638, II do Código Civil. Mesmo quando os adotantes não integrem a lista de habilitados para a adoção (art. 50, do ECA), existe a possibilidade jurídica da ação, especialmente quando o vínculo afetivo já está consolidado. Nessas situações, excepcionais, deve haver flexibilização das normas legais e autorizada a manutenção*

da criança onde já se encontra. Caso dos autos. APELO NÃO PROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70028661049, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 26/03/2009).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. PEDIDO DE ADOÇÃO. REQUERENTES NÃO HABILITADOS. ADOÇÃO DIRIGIDA. IMPOSSIBILIDADE. Inexiste cerceamento de defesa quando os requerentes, devidamente intimados acerca da audiência aprazada para oitiva dos genitores do menor, nada requereram. O desatendimento à ordem da *lista* de espera para *adoção* somente é admissível em casos excepcionais, em que evidenciada ampla e duradoura relação de afetividade entre o menor e o pretense adotante, situação não retratada

nos autos. Caso em que os genitores, quando da realização de estudo social, manifestaram interesse em receber de volta o filho, apresentando condições favoráveis para tanto. Recomendação de instauração de medida de proteção, com acompanhamento psicológico da família, a fim de evitar que entreguem, novamente, o filho a terceiros. REJEITARAM A PRELIMINAR E DESPROVERAM A APELAÇÃO. (Apelação Cível nº 70024893885, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 11/03/2009).

²⁹ ALMEIDA, Aline Mignon de. *Barriga de aluguel. Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 45-54.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed.. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 332-333.