

VICTOR NEVES DA SILVA^{1*}, RUBENS ALVES DA SILVA¹.

¹Centro Universitário Luterano de Manaus (CEULM/ULBRA), Manaus – AM.

*E-mail: victor.elfadavis@gmail.com

RESUMO

A necessidade de garantia de direitos à criança e ao adolescente, relacionado ao espaço familiar como base de formação e desenvolvimento pleno, emerge como um campo indiscutível para o campo do direito e dos embates de discussões sobre a sociedade e a garantia fundamental do ser humano, entretanto, o debate sobre o direito do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro ainda apresenta reflexões e discussões dentro de campos de análise divergentes entre si. Para esse estudo o objetivo da análise de pesquisa foi de observar, dentro do contexto jurídico e da compreensão da sistemática de proteção jurídica na legislação brasileira, os direitos legais do nascituro sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e das demais doutrinas, normativas e jurisprudências. Assim, verifica-se que não existe uma perspectiva uniforme quanto ao que marca o início da personalidade jurídica, daí emergindo a polêmica quanto ao direito do nascituro à proteção integral na forma da adoção.

Palavras-chave: Nascituro, Proteção, Adoção, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

UM BREVE ESTUDO SOBRE A PROTEÇÃO DO NASCITURO À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**INTRODUÇÃO**

A proteção jurídica de crianças e adolescentes inscreve-se entre as medidas essenciais para assegurar o direito fundamental à diferença, pressuposto da garantia da inviolabilidade de outros direitos, tais como: direito à vida e à personalidade enquanto elemento subjetivo que define o sujeito como ser único e concreto.

Para esse estudo, o objetivo da análise de pesquisa é foi de observar, dentro do contexto jurídico e da compreensão da sistemática de proteção jurídica na legislação brasileira, os direitos legais do nascituro sob a ótica do Estatuto da Criança e do

Adolescente (ECA). Para tal, considerou-se que sob a ótica que a não a do direito extensivo a uma comunidade indistinta.

Trata-se de um tema de interesse e relevância por focar a heterogeneidade que serve de fundamento para a tutela de crianças e adolescentes, possibilitando adentrar no espaço normativo pátrio para buscar elementos de análise significativos, particularmente com relação à problemática da adoção do nascituro, mais precisamente no âmbito da proteção, que se inscreve nesse eixo protetivo, mas que tem encontrado interpretações contrárias diante do que prevê a Constituição Federal de 1988, o ECA e o Novo Código Civil Brasileiro.

Portanto, esta pesquisa também aborda a sua contribuição na produção de novos conhecimentos sob a ótica da discussão de doutrinas e jurisprudências sobre o âmbito da análise das teorias, conceitos, normas e decisões jurisprudenciais, a partir da perspectiva pessoal sobre a essa questão, constituindo assim de uma revisão de literatura sobre o tema da pesquisa.

Adoção

A adoção é um instituto essencial para garantir direitos aos ser humano, tais como a dignidade e reconhecimento social e a formação e a proteção em uma família. Também para os pais adotivos, resguarda-se o direito de ter um filho quando isso não é possível por meios naturais. A Constituição Federal 1988 diz em seu art. 227:

“[...] **§ 5º** A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 1988, p.3)

Na origem do conceito sobre “família” sob a ótica de Beviláqua (1976) o início da concepção teórica do termo deu-se a partir das situações jurídicas especiais destinadas para assegurar um representante, ou continuador, no culto doméstico. Historicamente, a concepção sobre a adoção originou-se nos primeiros registros das civilizações mais antigas, entre egípcios e gregos, Beviláqua (1976) cita o Código de Hamurabi (2.283-2.241 AC) como uma lei que já continha regulamentações detalhadas a respeito da adoção, sendo prática na Mesopotâmia, Atenas e no Egito.

Esse conceito histórico que envolve a adoção demonstra que a preocupação pelo anseio familiar sobre a adoção remonta a um percurso de aprimoramento das instituições familiares. No Brasil, com a promulgação do Código Civil Brasileiro e com a Lei nº 3.071 houve a legalidade do termo “adoção” como sendo um ato civil, para o qual é “quem aceita um estranho na qualidade de filho” (LOPES, 2008).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, que de acordo com o seu art. 3º:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (ECA, 1990, p.3).

Roberto (2004) define que, de acordo com o ECA, a adoção consiste em seu art. 39 em: *“a adoção da criança e do adolescente reger-se-á segundo o disposto nessa lei”*. De todo modo, observa-se que nela não se faz qualquer menção a proteção do nascituro, apenas a criança, entendendo-se essa referência apenas para aquele nascido com vida ou à vida extrauterina.

No Brasil, a adoção constituiu-se como um imperativo de ordem ética formalizada em caráter constitucional. Gatelli (2003) afirma que a modalidade caracteriza-se por ter como escopo o atendimento as reais necessidades no amparo a criança e ao adolescente, assegurando-lhe o devido amparo por meio dos dispositivos legais, a fim de conceber para a convivência familiar uma via jurídica de respeito e cumprimento constitucional para com esse grupo social (SINISCALCHI, 2005).

O tratamento legal à questão dos direitos do nascituro não é uniforme na legislação brasileira, envolvendo assim uma polêmica doutrinária que tem dado margem a diferentes concepções e análises teóricas no campo jurídico (ROBERTO, 2003). As diferentes interpretações sobre a inclusão ou não do nascituro na tutela do Direito para reconhecimento da sua personalidade e dos efeitos jurídicos permeia um amplo debate até os dias de hoje.

O entendimento da personalidade jurídica, à luz do direito privado no escopo do direito civil é compreendida por Gonçalves (2014) como a aptidão genérica cuja titularização

dos direitos e a contração de obrigações definem-se como atributos necessários para um sujeito adquirir um caráter de personalização social e jurídica, ou seja, um ser humano com direitos, deveres e obrigações perante a justiça.

No âmbito da legislação público, o Projeto de Lei (PL) de nº 1999 de 2007 trata em sua concepção o nascituro nas seguintes definições:

“Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido. Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos “in vitro”, os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito. Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal. Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade” (BRASIL, 2007, p.2).

Para os direitos fundamentais do nascituro, a PL nº 1999/2007 compreende:

“Art. 7º O nascituro deve ser objeto de políticas sociais públicas que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso e o seu nascimento, em condições dignas de existência.

Art. 8º Ao nascituro é assegurado, através do Sistema Único de Saúde – SUS, o atendimento em igualdade de condições com a criança.

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevida.

Art. 10º O nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar suas deficiências, haja ou não expectativa de sobrevida extrauterina.

Art. 11 O diagnóstico pré-natal respeitará o desenvolvimento e a integridade do nascituro, e estará orientando para sua salvaguarda ou sua cura individual. § 1º O diagnóstico pré-natal deve ser precedido

do consentimento dos pais, para que eles deverão ser satisfatoriamente informados.” (BRASIL, 2007, p.3)

Ao observar o debate sobre a natureza jurídica do nascituro é fundamental compreender que a doutrina que contempla essa análise divide-se em três entendimentos: teoria da personalidade condicional, teoria concepcionista e a teoria natalista. Salienta-se então que o debate sobre o ordenamento jurídico sobre o nascituro considera o momento da existência da vida para que haja a titulação sobre seus direitos e obrigações (ALBERTON, 2001; ROBERTO, 2003).

A teoria concepcionista tem por base a concepção de entendimento para o nascituro como pessoa a partir do momento que o ordenamento jurídico já o protege. Essa concepção observa que o direito privado considera toda pessoa como sujeita de direito, tal qual o nascituro, que ao ser amparado por lei – de acordo com a teoria – já é considerado uma personalidade jurídica (GIORGIS, 2010; CHAVES, 2000).

Com essa normatização, revogou-se o que era antes disciplinado pelo Código de Menores e pelo Código Civil de 1916. Esse último admitia a adoção do nascituro em seu artigo 372, relacionado também aos direitos previstos no artigo 4º: *“A personalidade civil do homem começa no nascimento com a vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”*.

Problemática quanto a aplicação da adoção ao nascituro

Coloca-se nesse enfoque a questão da natureza do direito, assim comenta Fiuza (2004):

“O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir, pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir ao nascer.” (Fiuza, 2004, p.114)

Assim sendo, é indissociável a extensão dos direitos assegurados à criança nascida, de forma que também o feto deve ter os mesmos tutelados, inserindo-se nesse sentido no contexto da tutela jurídica ampla protagonizada pela norma.

De Plácido, Silva (2005) explanam que:

“Derivado do latim *fetus* ou *foetus* (fruto, embrião), é, na terminologia jurídica, compreendido como o produto da concepção, depois que adquire forma humana. O feto, pois, é o nascituro com forma humana. E daí ter significação não somente daquele que já está concebido no ventre materno ou simplesmente formado, mas que já apresenta a forma de um ente humano.” (PLÁCIDO, SILVA, 2005, p. 789)

Ressalta Zanoni (1982 *apud* ALMEIDA, 2000):

“Mesmo que não se reconheça personalidade do nascituro, admitindo-se apenas a existência da vida humana, ainda que sem personalidade, há de se concordar que existe no *conceptus* o direito de nascer, como particular manifestação do direito de viver” (ZANONI, 1982 *APUD* ALMEIDA, 2000, p.12)

Penteado (1999) comenta a posição da jurisprudência consagrando esses direitos do nascituro ao afirmar que outra manifestação no mesmo sentido é o reconhecimento da proteção conferida aos direitos da personalidade, de onde deriva a tutela do nascituro com a realização do exame de DNA para efeito de aferição de paternidade.

Com base na visão sobre o direito aplicável apenas àquele que já nasceu, afirma Rodrigues (1997) que:

“Não tendo o nascituro, personalidade, a qual só será adquirida se nascer com vida, a doação a ele feita se resolverá, se nascer morto. Isso porque ficará faltando, na relação contratual, a presença de um elemento básico, isto é, o donatário”. (RODRIGUES, 1997, P. 207)

Rodrigues (1997) observa em relação a criança nascida viva:

“Suponha-se que um individuo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do *de cujus* passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver; se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe. Todavia, essa via de regra parte da conotação da lei por meio de uma análise factual do caso.” (RODRIGUES, 1997, P. 37)

Ademais, ele não pode ser reconhecido como igual no contexto do convívio humano, pois de acordo com a doutrina defendida pelo autor, ele ainda não pode ser reconhecido

como um ser único e distinto, dotado de plena liberdade. Portanto, entende-se por esse prisma doutrinário, que a titularidade do direito só se consuma com o nascimento da vida. Por isso afirma Bordallo (apud COSTA, 2004) que a adoção não pode ser estendida ao nascituro:

“O Novo Código [...] não faz menção à adoção do nascituro [...] não mais cabe tal modalidade, pois o conceito de criança, fornecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, refere-se a ser humano quem tem zero a doze anos incompletos de idade, logo, já nascido. [...] Ademais, a sobrevivência do nascituro ao parto é incerta [...] não se pode sujeitar a adoção a fato futuro e incerto” (BORDALLO APUD COSTA, 2004, p. 129)

Assim sendo, observa-se que a discussão dentro da corrente doutrinária sobre a proteção do nascituro é permeada de embates sobre a consumação a partir do nascimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento sobre a proteção no processo de adoção ao nascituro ainda é permeado de diversas discussões e embates por correntes teóricas no campo jurídico. Debater sobre o nascituro em sua concepção personalíssima no âmbito jurídico é crucial para observar a importância do aprimoramento no entendimento jurídico para melhor atender a esse grupo social, cujo alinhamento normativo ainda não unilateralizado.

O ECA, como dispositivo de proteção à criança e ao adolescente, também figura de ampla relevância para a proteção ao nascituro, tendo em vista que o direito à vida deve ser a garantia precípua de direitos básicos. Como tal, observar o nascituro sob a perspectiva legal precisa, antes de tudo, ser emanada de concepções que prevaleçam sob a égide da proteção da vida e dos direitos fundamentais do nascimento.

Assim, verifica-se que não existe uma perspectiva uniforme quanto ao que marca o início da personalidade jurídica, daí emergindo a polêmica quanto ao direito do nascituro à proteção integral na forma da adoção. A guisa de arremate e entendimento do exposto no estudo observa-se que o reconhecimento da proteção do nascituro sob o ordenamento jurídico não deve prevalecer mediante a concepção de interrupção da vida, tendo em vista que meios de compreensão sob a ótica jurídica devem analisar o tema sob o fundamento constitucional de garantia e do direito à vida.

REFERÊNCIAS

1. ALBERTON ALM. O direito do nascituro a Alimentos. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
2. ALMEIDA SJAC. Tutela Civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000.
3. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/>. Acesso em: 30 set. 2019.
4. BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 29 set. 2019.
5. BRASIL. Código de Menores. Lei nº. 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 30 set. 2019.
6. BRASIL. PL nº 199 de 2007. Projeto de Lei para o Nascituro. 2007. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584&file_name=PL+478/2007. Acesso em: 28 set. 2019.
7. BEVILACQUA C. Direito de família. Rio de Janeiro: Histórica, 1976.
8. CANOTILHO JGG. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2000.
9. CHAVES A. Direito à Vida e ao Propósito do Corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
10. COSTA LP. Adoção de nascituros: discussão doutrinária no direito positivo brasileiro. 2004. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Clarice%20Regina%20Dionisio%20dos%20Santos.pdf>. Acesso em: 29 set. 2019.
11. DINIZ JS. A adoção: Notas para uma visão global. Abandono e Adoção: Contribuições para uma Cultura da Adoção. I. p. 67.
12. FIUZA C. Direito Civil: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
13. FRANÇA RL. Instituições de Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
14. GAGLIANO PS. Personalidade Jurídica. Nascituro. Embrião. Pessoa Física. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53671/o-inicio-da-personalidade-civil-e-os-direitos-do-nascituro>. Acesso em: 1 set. 2019.
15. GATELLI JD. Adoção Internacional: de acordo com o novo Código Civil - procedimentos legais utilizados pelos países do Mercosul. Curitiba: Juruá, 2003.
16. GIORGIS JCT. Adoção ao nascituro. 2010. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:1987;000478176>. Acesso em: 1 out. 2019.
17. GONÇALVES CR. Direito Civil Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.
18. LEME LM. Adoção antes do Código Civil. Revista dos Tribunais, v. 52, n. 335, p. 82-83, 1963.
19. LOPES CRA. Adoção: aspectos históricos, sociais e jurídicos da inclusão de crianças e adolescentes em famílias substitutas. Lorena: UNISAL, 2008.