

Lei permite responsabilizar os pais por danos causados ao nascituro



O dano, como sabemos, consiste em uma lesão a um interesse juridicamente

protegido, quer seja a destruição ou deterioração de uma coisa inanimada, quer seja a ofensa à integridade física ou moral de uma pessoa. Na relação paterno-filial os pais podem provocar danos à integridade física e moral dos filhos, a exemplo do castigo imoderado, do cárcere privado e do abuso sexual, que são ofensas à dignidade humana susceptíveis de reparação^[1].

Na relação gestante-nascituro, os danos mais comuns são o dano genético e o dano pré-natal. O dano genético pode ser compreendido como uma agressão aos genes do nascituro que tenha afetado o seu genoma e provocado consequências que impossibilitem, dificultem ou reduzam a qualidade de vida da pessoa nascida, podendo resultar de contaminação por substâncias tóxicas ou radioativas ocorrida durante a gravidez (teratógenos) ou ainda da condição hereditária de ambos os pais.^[2]

Pessoas portadoras de determinados fatores de risco possuem maior potencial de conceberem filhos com malformação genética^[3]. Por isso, a lei exige dos colaterais de terceiro grau exame médico preventivo para que possam contrair matrimônio entre si (Decreto-Lei nº 3.200/41). Mulheres com idade mais avançada, para engravidar, precisam de cuidados médicos muito maiores do que aquelas mais jovens^[4]. Algumas doenças são transmissíveis dos pais para o filho. Em muitas situações, existe tratamento e o risco pode ser evitado^[5]. Em outras, é a gravidez que deve ser evitada. O contrário seria admitir que alguém pudesse realizar um projeto parental para satisfação de suas exclusivas e egoísticas aspirações, sem qualquer preocupação com a saúde e a qualidade de vida do filho a ser gerado.

Sabendo ou devendo saber dos fatores de risco, os pais mostram-se negligentes quando deixam de procurar um especialista antes da gravidez, para realizar o histórico clínico do casal. A conduta responsável e esperada, no caso, é consultar um profissional para ter o aconselhamento genético, de modo a evitar a concepção de um filho com malformação congênita^[6].

O dano pré-natal, por sua vez, é causado exclusivamente por fatores ambientais, normalmente condutas inapropriadas ou imprudentes adotadas pela gestante durante a gravidez, expondo a risco o nascituro.

Entre as mais comuns, podemos mencionar a ingestão de determinadas substâncias, como é o caso da cocaína, do fumo e do álcool, aptas a prejudicar o desenvolvimento ou a comprometer a saúde do nascituro, ou ainda interferir negativamente na qualidade de vida após o seu nascimento.

Silma Mendes Berti, em sua acurada pesquisa, refere-se a estudos científicos comprobatórios de que “o consumo de cocaína pela mulher, durante a gravidez, pode causar diversas complicações: contrações uterinas prematuras, abortos espontâneos; diretamente, no feto, foram comprovados, dentre outros males, o retardo no crescimento, anomalias congênitas, malformações cardíaca e urogenital e anomalias nos membros. Os estudos comprovam ainda que uso de cocaína pode provocar o nascimento de crianças com cérebros deformados em decorrência de lesões hemorrágicas (...) Os efeitos do álcool não são menos perniciosos. O consumo de álcool comporta um risco elevado de malformações congênitas, associada a retardo de crescimento, disfunção do sistema nervoso central, malformações faciais e cardiopatias congênitas. A síndrome do alcoolismo fetal é considerada importante causa de malformações congênitas e retardos mentais (...) O fumo é outra droga que inquieta. Em mulheres que fumam durante a gravidez constatam-se, além de outros males, partos prematuros e principalmente nascimento de crianças de baixo peso”[7].

Uma indagação que habitualmente arrosta esse tema é saber se as técnicas tradicionais, em matéria de responsabilidade civil, são suficientes e adequadas à reparação desses novos danos, ocorrentes no âmbito das relações materno-filiais. Em outras palavras: o fundamento da responsabilidade civil será o mesmo quando a vítima do dano for o nascituro e o agente causador a mãe e gestante?

Entendo que sim. A gravidez e a maternidade certamente constituem os maiores privilégios concedidos pela natureza ao ser humano do sexo feminino. Aceitá-las requer sacrifícios e ciência dos escolhos ao longo de uma jornada de nove meses. Máximo bônus, sumo ônus. O que implica, para a mãe, abster-se de muitos direitos em favor do filho que espera e, acima de tudo, reconhecer que os conflitos gerados na relação mãe e filho, enquanto gestante e nascituro, devem razoavelmente pender para o inerte, o vulnerável, o incapaz de se defender ou de clamar por socorro e que não pediu para nascer[8].

Todos os direitos inerentes à pessoa humana, nascida ou concebida, devem ser tutelados dentro do núcleo familiar, sobretudo nas relações materno-filial, e a quebra de quaisquer desses direitos poderá caracterizar dano moral indenizável. O Código Civil de 2002 trouxe norma específica e genérica de tutela dos direitos da personalidade, consubstanciada no artigo 12[9]. O dispositivo versa sobre os mecanismos de tutela dos direitos da personalidade, tanto na prevenção e cessação da lesão quanto na reparação dos possíveis danos daí advindos. Abriu-se aqui a possibilidade de cumulação dessas medidas com pedido de perdas e danos e com quaisquer outras sanções previstas em leis especiais[10].

Finalmente, resta saber se o nascituro poderá deduzir essa tutela contra a genitora e gestante, enquanto nascituro, ou se o filho poderá deduzir posteriormente a tutela contra os pais por danos causados durante a vida intrauterina ?

A resposta é afirmativa. Não vemos como se possa estabelecer qualquer tipo de restrição, salvo aquelas previstas em lei e referentes à capacidade e legitimidade processuais. Fora disso, não existe óbice a que o filho, nascido ou nascituro, possa valer-se de todas as medidas para defesa de seus direitos da personalidade, incluindo a pretensão de reparação civil.

O filho nascido e maior ou emancipado poderá deduzir de forma autônoma a pretensão de reparação civil contra a mãe, tão logo alcance a plena capacidade civil (CC, art. 197, II). Enquanto incapaz, o filho nascido só poderá propor a ação representado ou assistido.

Já o nascituro tem legitimidade para propor a ação através do outro representante legal, no caso o pai, ou de curador especial. A curatela do nascituro pressupõe a prévia interdição ou destituição do poder familiar da gestante[11].

Também nada pode obstaculizar ao Ministério Público, como legitimado extraordinário, à luz da dicção final do artigo 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis, combinado com o artigo 201, incisos III e VIII do ECA,[12] propor as medidas pertinentes para fazer cessar a ameaça contra a integridade biofísica do feto[13], aí incluídas, entre outras, a destituição do poder familiar, a interdição e a internação compulsória e provisória da mãe, para interromper a ingestão de substâncias ou prática de condutas que coloquem em risco a vida e à saúde do nascituro ou ainda para compelir a gestante a se submeter a tratamento médico necessário à garantia dos direitos do conceito.

Ao nascituro vítima do dano genético ou do dano pré-natal, como a qualquer outro membro da família, não pode ser subtraído o direito à reparação integral tão somente porque o agente causador foi a sua própria mãe. O ordenamento jurídico brasileiro não alberga imunidade ou inimizabilidade à gestante que, de forma culposa ou dolosa, ocasionar qualquer espécie de dano ao nascituro. A doutrina da imunidade parental, muito aplicada nos países de *common law* até meados do século passado e segundo a qual a preservação da harmonia familiar deveria se sobrepor a toda e qualquer compensação eventualmente devida pelos pais aos filhos, encontra-se em franco declínio[14].

É preciso, apenas, demonstrar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil: a ação ou omissão que viola direito, ligada, pelo nexo causal, ao dano à integridade física ou psíquica do nascituro. Só não haverá que se falar, por ausência de previsão legal, em responsabilidade objetiva. A investigação da culpa em sentido lato é fundamental. Mister identificar no fato concreto qual foi a ação ou omissão negligente ou imprudente da gestante que violou direito do nascituro, demonstrando sua ligação com o dano, bem como a inexistência das excludentes clássicas de responsabilidade civil, como o estado de necessidade, a força maior e a culpa exclusiva de terceiro.

[1] Cf. BAPTISTA, Silvio Neves. Teoria geral do dano. São Paulo: Atlas, 2003, p. 122.

[2] Os chamados teratógenos são agentes ambientais que, agindo na gestante, tornam-se passíveis de acarretar malformação congênita no nascituro. São produtos com elevado potencial de lesar células do embrião e provocar alteração em seus cromossomos.

[3] “Quando um ou os dois membros do casal são portadores de uma anomalia genética ou conceberam um filho com uma doença de transmissão hereditária, a gravidez é igualmente classificada de alto risco.

A gravidade destes antecedentes varia segundo o tipo de problema. Em alguns casos, como acontece com a fibrose cística, a fenilcetonúria e a talassemia, o problema apenas se manifesta quando os dois pais são portadores da anomalia genética que o provoca, mesmo que nenhum dos dois seja afetado, algo que é muito comum. Todavia, noutros casos, basta que um dos dois pais seja portador da anomalia genética, independentemente de ser ou não afetado pela anomalia genética, para que a gravidez seja considerada de alto risco, como por exemplo, em caso de coreia de Huntington e osteogénese imperfeita. Deve-se igualmente fazer referência à especificidade da hemofilia e de outras doenças provocadas por anomalias no cromossoma sexual X, pois costumem ser portadoras destas anomalias genéticas, o problema afeta quase exclusivamente os filhos do sexo masculino”. (Disponível em: <http://www.medipedia.pt/home/home.php?module=artigoEnc&id=747#sthash.AeCRjusU.dpuf>. Acesso em: 30/01/2015)

[4] Estudos médicos demonstram que as mulheres acima de 35 anos, regra geral, não deveriam conceber, em razão dos riscos de malformações no conceito. Segundo Tânia Schupp Machado, a gravidez é considerada de risco depois dos 35 anos, uma vez que a probabilidade de conceber um filho com síndrome de Down (um dos maiores problemas na idade avançada) e do procedimento invasivo para fazer o diagnóstico é de um em cada 300 casos. (Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez-apos-os-35-anos/> Acesso em: 30/01/2015)

[5] Observa Giorge André Lando que “determinados danos genéticos podem ser evitados pelos progenitores. Ao planejar uma gravidez, os futuros pais devem procurar um profissional especializado em genética para realizar a anamnese (história clínica) minuciosa do casal para verificar se existe a possibilidade de os pais transmitirem genes que causarão anomalia no filho que pretendem ter. O geneticista irá fazer o aconselhamento genético e relatar aos progenitores a respeito dos riscos de ocorrência de malformação. Portanto, a anamnese e o aconselhamento genético são medidas preventivas no sentido de identificar o potencial de danos, tentar sanar o problema quando possível ou mesmo orientar pela não gravidez, em razão da elevada probabilidade de causar danos ao nascituro”. (Tese cit.)

[6] Podemos afirmar, tomando por empréstimo a oração de Giorge André Lando, que “a violação dos direitos descritos nos artigos 196, 227 e 229 da Constituição Federal, e artigo 4.º da Lei n.º 8.069/90, quando cometidos pelos genitores, ao se negarem a procurar um profissional de saúde para saber sobre as possibilidades de causar dano genético a sua futura prole, configura uma conduta voluntária e omissiva e, verificada a ocorrência de dano, observa-se que todos os pressupostos estão presentes para a responsabilização civil dos pais”. (Op. cit.)

[7] BERTI, S. M. . Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 5, p. 141-142. Colhe-se do estudo de Giorge André Lando que “crianças nascidas de mães alcóolatras apresentam um padrão comum de alteração característica, conhecida como Síndrome Alcóolica Fetal (SAF), trazendo como alterações: um grupo de anomalias craniofaciais (principalmente microcefalia, fendas palpebrais encurtadas, achatamento da região central da face e pregas epicantais), disfunção do SNC (hiperatividade, déficits de atenção, retardo mental e dificuldade de aprendizagem) e, por fim, atraso do crescimento pré-natal e/ou pós-natal . (*Responsabilidade civil da gestante por condutas prejudiciais à saúde do nascituro*)

. Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, sob a orientação da Professora Fernanda Tartuce).

[8] Reforça esse entendimento o “princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”, cujas raízes estão fincadas na doutrina da “proteção integral”, a abranger, segundo propugnamos, não só a criança nascida, mas igualmente o nascituro, inclusive por sua especial fragilidade e vulnerabilidade, a demandar, com ainda mais premência do que a criança nascida ou o adolescente, a proteção integral dos pais para que possa nascer e bem desenvolver suas potencialidades.

[9] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

[10] Cf. nosso *Código Civil Anotado. Inovações comentadas artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2005.

[11] Com o objetivo de resguardar os direitos do nascituro, o art. 1.779 do CC/2002 prevê a nomeação de curador especial ao conceito, se o pai falecer ou for desconhecido e a mãe grávida tiver sido interditada ou destituída do poder familiar. Ou ainda se ambos os pais forem destituídos do poder familiar. A nomeação do curador não está relacionada aos bens que porventura a criança venha a receber por sucessão ou doação depois de nascida. O principal dever do curador é garantir ao nascituro seu nascimento com vida e saúde. Após o nascimento com vida, a curadoria do nascituro será extinta e, permanecendo a mãe, ou ambos os pais, destituídos do poder familiar, será nomeado tutor para a criança.

[12] Art. 201. Compete ao Ministério Público: (...)III – **promover** e acompanhar as ações de alimentos e os **procedimentos de suspensão e destituição do poder familiar**, nomeação e remoção de tutores, curadores e guardiães, bem como officiar em todos os demais procedimentos da competência da Justiça da Infância e da Juventude; (..) VIII – **zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças** e adolescentes, **promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis**;

[13] Já decidiu o STJ, em ação proposta pelo Ministério Público para pleitear, em favor de menor, o fornecimento de medicamento, que “o direito à saúde, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria”.(REsp nº 716512, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux). Em outra demanda, em que o Ministério Público atuou em defesa de interesses mediatos do nascituro, assim decidiu o STJ: PROCESSUAL CIVIL. GESTANTE. ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDISPONÍVEL.1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público.2. "Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se

tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis" (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07).3. Agravo regimental não provido.(AgRg no REsp 1045750/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 04/08/2009)

[14] Segundo o princípio da imunidade parental (*parental immunity doctrine*), os filhos não podem acionar seus pais, nem os pais podem acionar seus filhos, por responsabilidade civil, na vigência do poder familiar. O princípio foi descoberto pela jurisprudência estadunidense em 1861 a partir do caso HEWLETT v. GEORGE, onde a Corte assentou que enquanto os pais detiverem os deveres de cuidado, assistência e controle e os filhos os respectivos deveres contrapostos, nenhuma pretensão de reparação civil poderia ser deduzida. Baseia-se na política pública de manutenção da paz e da harmonia familiar, além de prevenir o comprometimento do exercício da autoridade parental que poderia advir pelo receio dos pais de serem processados pelos filhos. A proteção das crianças contra eventual violência dos pais seria exercida exclusivamente pelo Estado, por meio do Direito Penal. (Cf. HOLLISTER, Gail D. "Parent-Child Immunity: A Doctrine in Search of Justification". *Fordham Law Review*. Volume 50 | Issue 4 Article 1. 1982)

Date Created

05/11/2017