

O Nascituro órfão

Designa-se como nascituro aquele que concebido, há de nascer, e que em vida-intra-uterina tem sua existência já tutelada (a exemplo dos alimentos gravídicos), bem como os seus direitos postos a salvo, desde a concepção; tudo conforme a leitura concepcionista do artigo 2º do Código Civil, embora sua personalidade civil comece do nascimento com vida. Significa, assim, o ser já concebido e gestado, aguardando no ventre materno o evento maior, o de exsurgir para a vida terrestre com sua vida como pessoa. Aquele que ainda não nasceu e haverá, por certo, de nascer com vida.

Há quem sustente que o nascituro também será o ente concebido e ainda não gestado, ou mais precisamente, o que está em vida extra-uterina, conceituado como embrião pré-implantatório, resultado de técnicas de reprodução medicamente assistida, ou seja, aquele de concepção “in vitro” e crioconservado, em nitrogênio líquido. Significa, assim, que nascituro será também o embrião, como tem sustentado, modernamente, juristas do elevado porte de Silmara Juny Chinelato (autora da clássica obra “Tutela Civil do Nascituro”, 1999) e Flávio Tartuce (2007). De tal ordem, presente a figura do artigo 1.597, inciso IV, do Código Civil, ou seja, a do embrião excedentário, havido a qualquer tempo.

Pois bem: nessa ordem de ideias, dominante na doutrina moderna a teoria concepcionista, tendo o nascituro seus direitos reconhecidos desde a concepção, pontua-se, para o propósito do tema, a figura do nascituro órfão, certo que essa situação insere-se em três realidades assentadas por fatos da ciência ou da própria vida:

- (i) o havido por concepção artificial homóloga “post mortem”, por técnicas de inseminação do sêmen (artigo 1.597, III, Código Civil);
- (ii) o havido por ulterior implantação, como embrião excedentário, quando já falecido o genitor (artigo 1.597, III, Código Civil);
- (iii) o nascituro que durante a gestação, tem a perda superveniente do genitor, (por causas diversas), não o conhecendo ao nascer.

O tema tem sido enfrentado pela doutrina, designadamente quanto às duas primeiras hipóteses, quando indubitosa e admitida a paternidade póstuma, a teor dos reportados incisos do artigo 1.597 do Código Civil. A Resolução nº

1.957, de 06.01.2011, do Conselho Federal de Medicina, dispõe a respeito, ao dizer não constituir ilícito ético a reprodução assistida “post mortem”, “desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

A fecundação “post mortem” tem tratamentos diferenciado nas diversas legislações, bastando referir que a proíbem as leis da Suécia (1985) da Alemanha (1990) e de Portugal (Lei 32, de 26.06.2006, art. 22, 1. e 2.), certo ainda que (i) a lei portuguesa admite, porém, lícita a transferência “post mortem” de embrião, diante de projeto parental definido por escrito antes da morte do pai (idem, art. 22, 3) e (ii) a lei da Espanha, embora admita, impõe prazo máximo da inseminação “post mortem”, de doze meses após a morte do marido (Lei nº 35/1988, art. 9º).

Afinal, a inseminação “post mortem”, tem dois paradigmas emblemáticos: (i) O mitológico - quando encontra Isis reconstituindo os restos mortais de Osíris, para fecundar a si mesma e; (ii) o humanista – quando, por exemplo, do esforço afetivo de uma mulher enlutada, na corrida contra o tempo, para recolher, em no máximo trinta e seis horas, o sêmen de seu noivo Johnny Quintana, morto por ataque cardíaco. Ela, Gisela Marrero, obteve da corte do Bronx (NY, EUA), a autorização para a coleta.

Desde quando Corine Parplalaix reivindicou junto à corte de Creteil (França), o sêmen de seu marido falecido, Alain, e por ela autorizada à inseminação (08/1984), iniciaram-se nos âmbitos ético e jurídico, as inquietantes peculiaridades dos seus efeitos, com debates a respeito. O principal deles, sem dúvida, é o da criança ser gerada em situação de orfandade.

Na terceira hipótese, a orfandade, mais das vezes, porém, é situação imposta em decorrência de culpa de terceiro, quando por acidentes de trabalho ou por atos de uma criminalidade não controlada, adequadamente, pelo Estado. Essa orfandade é a mais cruel e dramática, porquanto as anteriores decorrem, como observado, de projetos parentais que, via de consequência, asseguram a vida a quem poderia não ter vindo ao mundo.

No ponto, assinala-se que “maior a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido 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” (STJ – REsp. nº 931556, j. em

17.06.2008). Nessa toada, tem sido de há muito admitido, pelos tribunais nacionais, que o nascituro tem direitos a danos morais, pela morte do pai - consagrando-se a teoria concepcionista, - e sem distinção de valor indenizatório em relação aos filhos já nascidos.

Agora, na mesma latitude, em acórdão de 03 de abril corrente, a 2ª Seção do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal acaba por findar séria controvérsia jurisprudencial ao reconhecer que uma criança, hoje com sete anos, deva receber uma indenização de 20 mil euros por danos morais e mais 45 mil euros pela perda de alimentos, causados pela morte do pai que nunca chegou a conhecer. O julgado reformou decisão do Tribunal de Relação do Porto.

“Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respectivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai”, subscreve o Relator Álvaro Rodrigues (Proc. 436/07.6TBVRI.P1S1). A decisão invocou o art. 26º da Constituição Portuguesa, para dar uma interpretação não limitativa ou discriminativa ao art. 496º do Código Civil, superando, destarte, o art. 66º, II do mesmo estatuto civil. (Web: <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>).

Diante de indicadores sociais de mulheres grávidas que perderam os seus maridos, por mortes provocadas pela insegurança pública do Estado, impotente em preservar a vida do cidadão comum, segue-se, então, considerar, que os nascituros órfãos serão havidos filhos do Estado. Com essa condição, merecedores de indenização civil, pela perda do pai e ao direito a uma vida digna, como a vida deve ser em sua dignidade existencial, indistintamente, a cada um.

JONES FIGUEIRÊDO ALVES – O autor do artigo é desembargador decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), coordena a Comissão de Magistratura de Família. Autor de obras jurídicas de direito civil e processo civil. Integra a Academia Pernambucana de Letras Jurídicas (APLJ).