

LESÕES DO NASCITURO E DANOS GENÉTICOS DE ORIGEM NUCLEAR

Um ensaio de formulação jurídica do problema no direito comparado.

Jorge Fontoura (*)

O uso da energia nuclear na vida moderna tem trazido grandes modificações, não excludentes sequer do campo jurídico com algumas de suas certezas. A excepcionalidade dos riscos por ela encetados têm imposto ao Direito algumas acrobacias, muitas vezes geradoras de novos conceitos, da mesma forma que tais riscos, extraordinários.

Em que pese esta dinâmica de adaptação — o avanço tecnológico como inelutável vetor de transformação do Direito — a novidade e abrangência de hipotéticos danos de origem nuclear, deixa-os ao total desabrigo de qualquer possibilidade de formulação jurídica. Não é sem propósito a afirmação de René Rodière, um dos pioneiros do "jus-nuclearismo": "Os acidentes devidos à utilização, mesmo pacífica, da energia nuclear nos conduzem a um mundo no qual o espaço se encontra desmedidamente alargado e o tempo extremamente distendido".(1)

Com relação aos assuntos propostos como tema do presente trabalho, devemos considerar a sua acentuada natureza especulativa, diante, felizmente, da pouca experiência prática que se tem em relação a acidentes nucleares, bem como da inabrangente jurisprudência sobre acidentes radiológicos, que parece não suficientemente consciente das dificuldades intrínsecas da questão: são de agressões não perceptíveis aos sentidos, que podem provocar lesões diferenciadas no tempo, aleatórias e não especificadas e, principalmente, diante da quotidianização do nuclear na vida moderna, que transforma tais agressões em fatos estatísticos bem mais incidentes.

DANOS SOFRIDOS DURANTE A VIDA EMBRIONÁRIA (INFANS CONCEPTUS)

Grande parte de crianças nascidas com características anormais são devidas a um patrimônio genético defeituoso ou a algo como que uma tra-

(*) Jorge Fontoura é Doutor em Direito pela Universidade de Parma — Itália — e professor dos cursos de graduação e pós-graduação da UDF/Brasília.

(1) "Les accidents dus à l'utilisation même pacifique de l'énergie nucléaire nous transportent dans monde ou l'espace se trouve demesurément élargi et le temps extrêmement distendu...", René Rodière in "Responsabilité civil et risque atomique", CNRS, France, 1965.

ma ancestral, atávica, dificilmente individuável causuisticamente. A outra parte, no entanto, é conformada entre a concepção e o nascimento (ou durante o mesmo), seja por traumatismos mecânicos sofridos pelo foetus ou infecções (rubéola, sífilis) e intoxicações de origem química, em geral decorrentes de substâncias abortivas, como foi amplamente divulgado, derivados da "Talidomida - Contergan", dentre outros fatores.

No que diz respeito aos danos causados por irradiação *in utero*, diversos trabalhos estatísticos têm sido publicados, tratando diretamente das propaladas induções cancerígenas e leucêmicas que se lhes derivariam. Tais formulações não se encontram, no entanto, isentas de criteriosas críticas científicas. Em todo caso, vale salientar a corriqueira praxe de saúde pública de não proceder a exames radiológicos das regiões geneticamente sensíveis em mulheres ainda não menopáusicas.

Outro material de estudo é constituído pelo exame de amostragem que se fez em 199 crianças irradiadas *in utero*, em Nagasaki⁽²⁾. Os exames realizados na época da puberdade confirmaram as observações precedentes sobre o retardamento mental dos filhos destas mães que se encontravam a menos de 2.000 metros do *burst point*, bem como desfavorável desenvolvimento antropométrico, não sendo entretanto detectado qualquer caso de câncer, leucemia ou complicações de tiróide.

Suponhamos, tomando o exemplo do jurista A. Heldrich⁽³⁾, um caso plenamente exequível de formulação factual da questão: a má formação congénital de uma criança nascida de uma mulher moradora ao lado de um centro radiológico, com isolamentos plúmbeos deficientes em relação à vizinhança.

O TRATAMENTO JURÍDICO APLICÁVEL

De imediato surge a dificuldade técnica da distinção entre a ação da criança e a ação dos pais. O que em princípio não era problema jurídico porque não cogitável científica e mesmo filosoficamente (o inquestionável unicismo mãe/feto), com a sofisticação dos riscos trazidos pela evolução tecnológica, onde o efeito de manifestação do dano diferenciado no tempo é irrefragável fato subsertedor, implicou a própria alteração substancial do Direito. A evolução da jurisprudência americana das últimas décadas é um eloquente exemplo. Assim é que até 1946 ("a idade do átomo", segundo a prospecção de alguns historiadores) as ações fundadas em danos pré-natais eram liminarmente recusadas porque a "criança em ventre

(2) Gérard Burrow, "Study of adolescents exposed in utero to the atomic bomb", Nagasaki, J.A.M.A., 1965;

(3) A HELDRICH, "Der Deliktschutz der Ungeborenen", obra citada in "Droit Nucléaire Européen", Colliard Claude-Albert, P.U.F., 1966, France.

materno" era considerada como *pars matris*, sem existência jurídica distinta. Por consequência não existia em relação a ela, individualmente, o que o direito anglo-saxão designa de *duty of care*, do qual a transgressão constituía a *negligence*. Daí, além da dificuldade das provas de nexo de causalidade, sobrevinha o espectro da ação dirigida contra a própria mãe ou por *contributory negligence* ou aceitação de riscos.⁽⁴⁾

Posteriormente a "idade do átomo", assistiu-se a uma efetiva rotação jurisprudencial, com a prevalência do princípio do caráter indenizável de tais danos, considerando-se que, do ponto de vista biológico, o *infans conceptus* é um ser diferente de sua mãe e que as dificuldades de prova não podem constituir barreira impeditiva do exercício de tal pretensão. Depois, não seria razoável que o mesmo Direito que reconhece ao nascituro rígida tutela em matéria sucessória e penal, o ignorasse quanto à retribuição indenizatória.

Do direito alemão, também podemos colher significável subsídio, na pressão da doutrina e jurisprudência recentes para a alteração do entendimento derivado do parágrafo 1º do B.G.B., *Buergerliches Gesetzbuch*, pelo qual a personalidade do começo com o nascimento, em entendimento comum ao direito privado dos países não só de direito germânico, como ainda de direito latino. Porém, em 20 de dezembro de 1952, a Corte Suprema Federal (B.G.H.) concede indenização a uma criança nascida sifilítica, como consequência de uma transfusão negligente de sangue que se fez em sua mãe. Esta decisão, embora considerada exageradamente pretoriana em certos círculos da doutrina alemã, pelo manifesto choque com o direito positivo, tem servido como precedente apreciável em inúmeros casos subseqüentes.

No direito francês, o dano corporal pré-natal ainda não deteve a atenção da doutrina, ao contrário dos danos não-corporais, já criteriosamente analisados. O caso padrão é a morte acidental do pai de um *infans conceptus*, caso que se estende e é contemplado também pelo direito do trabalho gálico. Da mesma forma que a jurisprudência americana "pré-idade do átomo" afirmava que o *infans conceptus* não possuía vida distinta antes de seu nascimento — a idéia consagrada pelo direito justineano — *pares viscerum matris* —, o direito francês também assevera que a personalidade começa como o nascimento, porém vincula-o a uma estrita aplicação do princípio fictício contido no adágio *infans conceptus pro nato havetur, quoties de commodis ejus agitur* ao qual a jurisprudência empresta cunho de princípio geral.⁽⁵⁾

(4) P.H. Winfield, "The unborn child", Cambridge Law Journal, USA.

(5) Planiol e Ripert, "Traité élémentaire de Droit Civil", 10ª edição, tomo 1, 1950, França.

DANOS AO PATRIMÔNIO GENÉTICO

A partir dos trabalhos de Müller em 1927 sabe-se que as radiações ionizantes, assim como diversos produtos químicos (alcalóides e esteróides, por exemplo) podem provocar mutações cromossômicas e muitas outras anomalias no patrimônio genético.

Embora não se tenha efetiva e indiscutível formulação científica da cadeia mutagenética por radioindução, pode-se afirmar, considerando que os mecanismos de transmissão hereditária parecem fundamentalmente os mesmos em todas as formas de vida, que as possibilidades de tal processo devem ser tomadas, no mínimo, com grande circunspeção.

Em verdade, o primeiro reator nuclear, construído em 1942, e a própria descoberta da radioatividade natural (Henri Becquerel, em 1895) são tão recentes a ponto de não permitirem a sucessão de gerações, a única e efetiva possibilidade de verificação de tão pavoroso efeito.

Desde já, no entanto, as normas de proteção sanitária fixam a níveis muito baixos os limites máximos de contaminação radioativa permitida de técnicos e trabalhadores, bem como de toda a população passível de exposição, em um limite que se sabe inócuo em relação a doenças radioativas imediatas.⁽⁶⁾

Conforme já se tem doutrinariamente concebido, considera-se como dano genético passível de enquadramento jurídico as mutações de gens ou aberrações cromossômicas induzidas por radiações ionizantes⁽⁷⁾; como exemplo, temos o caso de uma criança mongolóide, nascida da esposa de uma vítima de exposição de radiações ionizantes acidentais, ocorrida 5 anos antes do nascimento.

TRATAMENTO JURÍDICO

Em uma primeira hipótese tem-se a ação da criança, ou seja, do descendente da pessoa irradiada contra o responsável da irradiação. Na doutrina alemã, elaborou-se a questão do momento de verificação do dano: seria necessária à legitimação da pretensão que este se verificasse antes do nascimento? O próprio avanço da medicina pré-natal, em especial nos países industrializados, tem-se encarregado de dilatar desmesuradamente tal questão. No entanto, neste nosso trabalho, nos limitamos aos problemas formulados pelo estabelecimento do nexo de causalidade.

No que concerne ao estabelecimento do vínculo causal de tais casos, o prejuízo alegado como fulcro indenizável parece poder ser analisado

(6) E. Jacchia, "Atome et securité", Dalloz, 1964, Paris.

(7) Estep e. Forgotson, "Atoms and the law", Un. of Michigan, 1959, USA.

como um "prejuízo por ricochete", na formulação do clássico estudioso da responsabilidade civil, Mazeaud,⁽⁸⁾ ou no que a doutrina alemã designa por "distanzdelikt"⁽⁹⁾. Trata-se de um dano que não obstante ser pessoal a um determinado sujeito é, de fato, conseqüência de um prejuízo sofrido por um outro. Parece pacífico que se em tantos outros casos tem a jurisprudência reconhecido tais prejuízos como indenizáveis, desde que demonstrado o nexo de causalidade entre o fato gerador e o dano, aqui também o faça. Lembrando a inexistência de experiências práticas, pois ainda não estamos a duas gerações da proliferação do atomicismo e com a certeza da potencialidade e emergência irreversível de tais riscos — há quem compare a era nuclear com o mito clássico da "caixa de Pandora" —, temos todo um campo de elaboração jurídica a ser trilhado.

Outro caso derivado e de grande significado doutrinário, gerador de grandes dissensões acadêmicas, diz respeito à ação da criança vítima de tal quadro contra seus pais ou terceiros, em razão da sua própria concepção.

A criança nascida com uma má formação poderia agir contra seus pais, argüindo o prejuízo que lhe foi causado pela sua própria concepção? A veemência de tal formulação, não inédita na matéria de responsabilidade civil, ganha, no contexto que analisamos, inaudito significado.

Provavelmente, tal ação enfrentaria, desde logo, as dificuldades derivadas do entendimento da não-autonomia da vida intra-uterina *pars viscerum matris*, com todas as dissensões supravistas. Curioso antecedente resguardante de certa analogia é o caso julgado pelo direito norte-americano, no qual se rejeitou a pretensão de indenização pleiteada por um filho adúlterino contra o próprio pai, baseado na dedução do prejuízo derivado de seu status de bastardo e da sua privação a um lar normal.⁽¹⁰⁾

Em matéria de danos ocasionados ao patrimônio genético, certamente, no decorrer de algumas gerações, os exemplos não serão só de escola ou meramente episódicos. É necessário que à excepcionalidade do quadro se agregue também uma doutrina perscrutadora e conceptiva, que torne o Direito em prazo consideravelmente curto, apto para fazer face a tais situações.

(8) Mazeaud e Mazeaud, "Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle", Sirey, Paris.

(9) Hans Stoll, "Zur Deliktftung für vorgeburtliche gesundheitsschaden", 1965, Berlin, op. cit. in Colliard, "Droit Nucléaire European".

(10) Tratou-se do caso Zepeda versus Zepeda, 41 Ill App.2 d. 240 190 (Illinois, 3-4-1963) citado em Colliard, "Droit Nucléaire European".

Assim, mais uma vez, propulsionada pelo avanço tecnológico, a chamada Ciência do Direito estará prosseguindo no inexorável processo de sistematização de suas abstrações, como a da responsabilidade civil, no caso, o que, se em nada o altera com relação aos juristas anestesiados de verdades, pelo menos lhe acrescenta em termos de dignidade epistêmica.