
O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA E A CONDUTA DA JURISPRUDÊNCIA NA ESCOLHA DE CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR DAS INDENIZAÇÕES, EM ALGUMAS HIPÓTESES ESPECIAIS DE DANO CONTRA A SAÚDE¹

Luiz Rodrigues Wambier

Teresa Arruda Alvim Wambier

1. A propósito dos 20 anos da Constituição Federal de 1988

Em primeiro lugar, convém registrar a feliz oportunidade, tão bem compreendida pelo Senado Federal, de fazer editar coletânea de estudos em comemoração aos 20 anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

A CF/88 é um expressivo marco histórico, tanto do ponto de vista político quanto econômico, social ou jurídico.

Foi através dela que o constituinte democraticamente redesenhou o Estado brasileiro, após mais de duas décadas de regime ditatorial, que se seguiu, por sua vez, a período de intensa instabilidade política.

Ao definir o modelo de Estado, o constituinte de 1988 o fez privilegiando o método democrático de gestão do Estado e dos interesses da sociedade. Esta opção pelo modelo democrático é referida já no Preâmbulo da CF/88, servindo de vetor, portanto, para a interpretação de seus dispositivos, garantias e princípios.

Ao longo desses vinte anos muito se disse quanto à existência de certa desorganização do texto constitucional. Dizia-se, logo ao início de sua vigência, que se tratava de uma verdadeira “colcha de retalhos”, em que diferentes tendências econômicas e antagônicos matizes ideológicos haviam sido agrupados. As pressões sociais advindas de diferentes grupos de interesses e das diversas regiões do país, Estados-membros, corporações de servidores públicos etc, teriam desfigurado o texto

¹ Este trabalho também é publicado em edição comemorativa aos 20 anos de vigência da Constituição Federal, da Editora Revista dos Tribunais. Aqui, todavia, fazemos referência a outros trabalhos doutrinários, que lá não haviam sido objeto de nosso cuidado.

constitucional, na medida em que, para aprová-lo, o constituinte teria tido que fazer uma síntese “impossível”.

A Constituição Federal de 1988 é, em nosso sentir, uma síntese possível, verdadeira e bem sucedida da Nação, naquele momento histórico. Talvez tenha sido exageradamente tímida, diante do que se descortinava na economia internacional, ao manter “o viés, que se justificava nas décadas anteriores, de um controle estatal forte da produção, de inibição ao capital externo e uma estrutura tributária que ou deixaria o Estado à míngua ou as empresas e a população à morte”².

O agrupamento de diferentes tendências, tendo pontos centrais de convergência (como, por exemplo, o modelo democrático de governo ou os fundamentos da República) foi um exercício político dos mais requintados e, ainda segundo nosso modo de ver as coisas, foi extremamente bem sucedido, até porque criou o ambiente favorável à realização das necessárias mudanças (isto é, adaptações do texto constitucional à nova realidade econômica mundial)³.

Ademais, nada mais natural que houvesse essa multiplicidade de tendências, além de certo apego à estrutura econômica e jurídica de que se tinha pleno conhecimento. Tratava-se do processo de efetiva reconstrução do Estado, após mais de vinte anos de ditadura.

A nosso ver, é natural que as coisas tenham ocorrido dessa maneira, isto é, que múltiplas tendências tenham sido reunidas, pois estávamos, por assim dizer, na primavera da democracia, com a eclosão de movimentos de todas as cores e ordens, voltados, todos, à busca da prevalência de seus interesses, mas sob o fio condutor da ideia de convívio democrático.

É importante anotar que após o embate de opiniões e tendências, foi assentada a base da construção do Estado pretendido pela sociedade brasileira de então, projetando-se para o futuro um modelo que tem como fundamentos a própria soberania (art. 1º, I), a

² CARDOSO, Fernando Henrique. Um mundo surpreendente. *In*: BARROS, Octavio de e GIAMBIAGI, Fabio (org.). *Brazil globalizado*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008. p. 38.

³ A esse respeito ver, por todos, Fernando Henrique Cardoso, *op et loc cit*. Afirma o autor: “A Constituição de 1988 é a prova do que escrevi anteriormente: a Constituição-cidadã, como a chamava com razão Ulysses Guimarães por seu vigor democrático, capaz de desenhar um futuro social-democrático na área da Previdência, da Saúde, da Reforma Agrária e da Educação, não dotou o país, entretanto, das condições institucionais propícias para gerar a riqueza necessária ao custeio de tão altos propósitos”. Em seguida, o autor elenca medidas econômicas, algumas das quais exigiram, para sua realização, reforma constitucional, que ensejaram o alcance da posição de destaque, na economia, em que se encontra o Brasil contemporâneo (p. 44 e seguintes).

cidadania (art. 1º, II), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o trabalho e a livre iniciativa, como valores essenciais (art. 1º, IV) e o pluralismo político (art. 1º, V).

Não se desconhece, evidentemente, porque seria pueril, que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada tendo como pano de fundo mais de duas décadas de ditadura e, como ambiente, o cenário jurídico-econômico de então. Isso justifica, a nosso ver, o grande número de emendas que chamaríamos de modernizadoras, isto é, voltadas à necessidade de trazê-la à realidade contemporânea.

Mas a verdade é que o resultado positivo, após esses vinte anos, é escancaradamente evidente. O Brasil, sob o ponto de vista econômico é, hoje uma nação estável, capaz de atrair investimentos produtivos, geradores de empregos, divisas e, enfim, riquezas. Sob o aspecto social, isto é, sob o aspecto ligado à condição de vida dos brasileiros, parece-nos que igualmente houve expressivo progresso, apesar da tenaz persistência de gritantes discrepâncias de diferentes ordens, em boa parte decorrentes de erros que se foram acumulando ao longo do tempo, isto é, de políticas públicas equivocadas ou da inexistência de políticas públicas adequadas como, por exemplo, a que houvesse, ao longo das últimas décadas, planejado o crescimento populacional.

Quanto às instituições políticas, o amadurecimento é eloquente e, assim o sendo, fala por si mesmo, dispensando, neste texto, maiores comentários.

Mas nossa intenção não é a de analisar aspectos sócio-econômicos ou políticos das transformações provocadas (ou permitidas) pela Constituição Federal de 1988.

Nosso objeto de estudo, neste ensaio, é a análise da responsabilidade civil em aspectos especiais ligados ao dano à saúde (especificamente a questão dos critérios para a fixação do *quantum* indenizatório), como consequência imediata da garantia do amplo acesso à justiça, igualmente consagrada pela Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, inc. XXXV)⁴.

Sob o ponto de vista do direito infraconstitucional, os avanços foram igualmente notáveis. O legislador ordinário deu cabo, com suficiência e eficácia, da missão constitucionalmente atribuída a ele, de regular as garantias previstas na CF. Anote-se, a título de exemplo, a edição de regras como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002 e assim sucessivamente.

E é justamente nesse ambiente normativo, e tendo como ponto de partida um dos fundamentos da ordem constitucional, o da dignidade da pessoa humana, que

⁴ A respeito do direito de acesso à justiça, ver, com muito proveito, DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça – os direitos processuais fundamentais*, 2007.

pretendemos discorrer a respeito da necessária releitura, que se deve promover da responsabilidade civil, geral e específica. Entenda-se por responsabilidade civil específica aquela que está prevista nas regras que regulam as relações de consumo no aspecto específico que nos propomos estudar.

2. Responsabilidade civil - Introdução

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, muita discussão havia na doutrina, com seus inexoráveis reflexos na jurisprudência, a respeito da existência, ou não, no sistema normativo, de suporte para a condenação à indenização por danos morais⁵.

É de se notar que era discutido, até mesmo, e com intensidade, se seria moralmente legítimo indenizar, em dinheiro, o dano moral sofrido pela vítima.

Na verdade, a indenização pecuniária não tem função substitutiva, no sentido de sua equivalência ao sofrimento causado pelo dano. Sua função é de natureza exclusivamente reparatória, como resposta do Estado a menos valia sofrida pela vítima.

Além disso, tem a função reversa, isto é, de conteúdo pedagógico, para o causador do dano, que, condenado a indenizar pelo mal imposto a outrem em razão de sua conduta (genericamente falando), evitará a repetição do padrão de comportamento que terá levado ao dano⁶.

O debate foi intenso e a divisão era evidente, havendo opiniões opostas, ora no sentido de que havia, sim, na ordem jurídica infraconstitucional, suporte normativo para tanto, ora no sentido de sua negação.

Os incisos V e X do art. 5º criaram matriz constitucional clara para a questão⁷. Esse dispositivo (Art. 5º), que está no centro da normatização dos direitos e garantias fundamentais, prevê, no inciso V, ao tratar do direito de resposta, e de sua

⁵ Celso Ribeiro Bastos anota, em seu *Curso de direito constitucional* (p. 342), que havia, de fato, grande resistência de parte da doutrina e da jurisprudência, em aceitar o dano moral. Anota também que boa parte da doutrina, "... à época, só considerava indenizável este prejuízo extrapatrimonial, qual seja, o que acarretava também um prejuízo patrimonial. Essa posição enfraquecia sobremaneira a figura do dano moral, eis que, na verdade, tudo ficava na dependência de haver um dano patrimonial, que acabava por confundir uma coisa com a outra" (p. 343).

⁶ A esse respeito, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam: "Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha função de equivalência, como no dano material, mas, sim, função satisfatória". In: *Novo curso de direito civil – responsabilidade civil*, vol. III, p. 77.

⁷ Acórdão do TJPR, de 05/05/1992, Des. Oto Sponholz, bem resumiu a mudança de rumos, no sentido da admissão incontestada do dever de indenizar dano moral: "Com o advento da Carta Constitucional de 1988, tornou-se obrigatório para o legislador infraconstitucional e para o juiz a obediência genuflecta ao princípio de natureza cogente que contempla a indenização pelo dano moral no nosso ordenamento jurídico" (Jurisprudência comentada, *RePro* 66/206).

proporcionalidade à ofensa sofrida pela vítima, o direito à “indenização por dano material, moral ou à imagem”.

A seu turno, o inciso X, dispõe a respeito da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Foi igualmente tormentosa a discussão sobre a possibilidade, ou não, de se cumularem indenizações por dano material e moral. Muita discussão houve, na doutrina, com decisões afirmativas ou negativas na jurisprudência, até que o Superior Tribunal de Justiça, em 1992, editou a Súmula 37, que prevê cabalmente a possibilidade de cumulação das duas indenizações⁸.

Outra questão visceralmente ligada ao tema das indenizações por danos morais é a que diz respeito à fixação do seu *quantum*.

Trata-se, talvez, da mais difícil e desafiadora de todas as questões ligadas ao tema, que está sempre a provocar a criatividade da doutrina. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao longo de sua história (que também tem 20 anos, pois o STJ foi criado pela CF/88), tem demonstrado o quão prudente tem sido esse Tribunal na escolha de critérios que, a cada caso, mantenham íntegro o sistema normativo infraconstitucional a respeito da matéria.

Mas a fixação dos valores das indenizações decorrentes dos danos morais é extremamente difícil, cheia de particularidades, próprias de cada caso levado ao Poder Judiciário e, enfim, repita-se, desafiadora para todos quantos se dediquem ao estudo da matéria (por interesse acadêmico) ou tenham a incumbência de decidir casos que tenham como substrato pedido ligado a esse tema.

E isso não é fenômeno recente. Desde há muito a doutrina procura encontrar fórmulas capazes de oferecer à sociedade justos critérios indenizatórios, preferentemente à luz de dados objetivos. Mas a tarefa não é fácil.

Há regras, no direito brasileiro, ligadas ao critério da tarifação, que parece não ser o mais apropriado, embora em muitos casos desse método se tenha servido o Poder Judiciário.

Entendemos que não se trata de método apropriado porque há expressiva quantidade de diferentes hipóteses que podem ocorrer na vida da sociedade e nas

⁸ Diz a Súmula 37 do STJ: *São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato* (DJ 19/03/92).

relações interpessoais, que não se subsumem aos modelos previstos, por exemplo, na Lei de Imprensa, que do método da tarifação se serve.

Além disso, a doutrina entende que se trata de regra não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por razões que serão expostas em seguida.

Por outro lado, visando à pacificação da questão e o afastamento definitivo do método tarifário para a fixação do *quantum* das indenizações em matéria de dano moral, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou, por meio da Súmula 281, que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 a matéria está na pauta dos estudiosos, seja razão de previsão constitucional expressa, no sentido de que o dano moral é, sim, plenamente indenizável (e, portanto, sendo plenamente indenizável, não comporta o engessamento do critério tarifário), seja porque a riqueza da casuística impõe desafios, sempre com maior intensidade.

É importante observar que temos, hoje, no direito brasileiro, diferentes regras de responsabilidade civil. Destacamos duas delas.

O Código Civil – que é a regra geral em matéria de responsabilidade civil –, ao regular, no plano infraconstitucional, a garantia de indenização do dano moral dispõe, no art. 927, ser obrigação do causador do dano, decorrente de ato ilícito, a devida reparação. Já o art. 944 prevê que a indenização será proporcional à extensão do dano experimentado pela vítima.

O Código de Defesa do Consumidor – que é a regra específica, inclusive no plano da responsabilidade civil, para o âmbito das relações de consumo – dispõe, no art. 6º, que trata dos direitos do consumidor, inciso VI, o seguinte: *a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*.

A regra, no sistema regido pelo Código Civil, é a da responsabilidade civil subjetiva, que tem fundamento na teoria da culpa. De acordo com essa teoria, a existência do dever de indenizar pressupõe a concorrência de alguns elementos.

Tais requisitos são a existência do dano material, ou moral; o nexo de causalidade entre o dano e a atividade (ou o comportamento) de seu causador; e a presença de alguma das hipóteses de culpa, isto é, o causador do dano deve ter agido negligentemente, ou com imprudência ou sem a aplicação dos conhecimentos necessários à prática do ato de que decorreu o dano (imperícia).

Excepcionalmente, no regime do Código Civil e, como regra geral, no regime do Código de Defesa do Consumidor, aplica-se a teoria da responsabilidade civil objetiva,

que no direito brasileiro tem fundamento no fato da coisa ou no risco próprio da atividade^{9/10}.

De acordo com esta teoria, assim como assimilada pelo direito brasileiro, é absolutamente irrelevante a verificação da presença, ou não, do elemento culpa, na conduta do agente causador do dano. Havendo o dano e comprovado o nexo causal entre esse resultado danoso e a conduta do agente (isto é, entre o fato ou o risco), caracterizada estará a responsabilidade e, via de consequência, o dever de indenizar.

No campo das relações de consumo, a responsabilidade objetiva está assentada na assunção, pelo fornecedor, do risco inerente à sua atividade.

Tanto numa hipótese quanto na outra, isto é, tanto no regime geral do Código Civil (responsabilidade civil subjetiva) quanto no regime geral do Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade civil objetiva, que é excepcional no regime do CC), remanesce como sendo de difícil solução o problema da fixação do valor da indenização do dano moral¹¹.

Afastado, como regra geral, o método ou critério tarifário, deve o juiz arbitrar o valor indenizatório, tendo como parâmetros as hipóteses assemelhadas (critério voltado à observação dos precedentes judiciais) e, de outro, a sensibilidade diante dos fenômenos sociais, presente naquilo que se convencionou chamar de “máximas da experiência do juiz”. O art. 335 do Código de Processo Civil contém previsão expressa nesse sentido, autorizando o juiz, na falta de normas jurídicas particulares, a aplicar “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece...”.

A fixação dos valores indenizatórios, à míngua de regra específica e objetiva, faz com que exista o risco da ocorrência de dois fenômenos, ligados entre si, em extremos

⁹ No sentir de Fábio Ulhoa Coelho, “São quatro os sistemas de responsabilidade civil: a subjetiva clássica, subjetiva com presunção de culpa, objetiva simples e objetiva pura. Nos dois primeiros, o pressuposto subjetivo é relevante, enquanto nos últimos não. (...) Finalmente, os sistemas objetivos distinguem-se pela relevância da relação de causalidade na constituição do vínculo obrigacional. Quando simples (ou ‘comum’), não há responsabilidade daquele que, de algum modo, não contribuiu para o acidente; na pura (ou ‘agravada’), ao contrário, o devedor obriga-se a despeito de inexistir qualquer relação de causalidade que ate sua atividade ao dano”. In: COELHO, F. U. *Curso de direito civil*, p. 281. Prossegue o autor afirmando, logo em seguida: “... não há imputação de responsabilidade civil pura regida por norma de direito privado. A responsabilidade objetiva pura é sempre matéria de interesse do direito público” (*Op. cit.*, p. 283).

¹⁰ Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, “A responsabilidade civil se assenta na conduta do agente (responsabilidade subjetiva) ou no fato da coisa ou no risco da atividade (responsabilidade objetiva). Na responsabilidade objetiva o sistema fixa o dever de indenizar independentemente da culpa ou dolo do agente. Na responsabilidade subjetiva há o dever de indenizar quando se demonstra o dolo ou a culpa do agente, na causação do fato que ocasionou o dano”. In: *Código Civil comentado*, p. 705.

¹¹ Sobre as teorias da culpa e do risco, ver, por todos, LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, 1963.

opostos: o da exacerbação dos valores, a ponto de haver o estímulo àquilo que já se chamou de “indústria do dano moral” ou, na outra ponta, a fixação de valores meramente simbólicos, incapazes, portanto, de cumprir a função pedagógica voltada ao desestímulo à repetição do dano^{12/13}.

Nossa proposta de trabalho é a de analisar a questão sob o específico enfoque dos danos à saúde pública, causados pela produção e comercialização de medicamentos que trazem prejuízos à saúde humana, a nosso ver exponencialmente mais relevantes, sob todos os aspectos, do que danos outros, que têm sido corretamente avaliados pela jurisprudência, com a fixação de valores compatíveis (isto é, valores que não excedem critérios de razoabilidade)¹⁴.

¹² A esse respeito, Silvio de Salvo Venosa, com precisão cirúrgica, adverte para o fato de a jurisprudência oscilar “da mesquinhez à prodigalidade”. In: VENOSA, S. S. *Direito Civil*, p. 34. Com precisa advertência no mesmo sentido (isto é, da necessidade de se evitar a fixação de valores irrisórios ou excessivamente elevados, veja-se a decisão do STJ, no REsp. 869377/PR, Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa j. 12/11/2007. Tratava-se de ação indenizatória ajuizada em razão de atropelamento que causou debilidade permanente às vítimas. Assim decidiu o STJ: “O entendimento desde STJ é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão da fixação pelas instâncias ordinárias, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tornando possível, assim, a revisão da aludida quantificação.” Outra decisão do STJ, de indiscutível acerto, deu-se no REsp. 598327/PR, Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16/10/2007. Lê-se, na ementa: “A fixação do dano moral deve atentar para a eficácia da reparação da lesão sofrida, mas evitando, de outro lado, o enriquecimento sem causa. Caso em que, constatado que o montante da indenização a tal título se revelou insuficiente em face da gravidade do dano - reconhecida na r. sentença -, é de se estabelecer o valor do ressarcimento em patamar mais elevado.” Noutra decisão, recentíssima (Resp. 896.635/MT, j. 26/02/2008), de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, decidiu-se que: “Assim, se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrente e, ainda, ao porte econômico do recorrido, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida.”

¹³ Fábio Ulhoa Coelho adverte para outro risco grave, decorrente, em seu sentir, da incompreensão do princípio da indenidade. Diz o autor: “Pelo princípio da indenidade, a lei deve facilitar o acesso da vítima à indenização (...). Por vezes, a má compreensão do alcance do princípio da indenidade se traduz numa infeliz tendência de setores do Poder Judiciário no sentido de condenar certos sujeitos de direito a indenizar outros tão-somente pelo fato de serem mais ricos. (...) No fundamento da decisão encontram-se difusas referências à objetivação da responsabilidade e ao princípio da indenidade, mas a leitura atenta da sentença ou acórdão permite concluir que a razão verdadeira da condenação era apenas a condição econômica mais favorável do réu. A lógica, no plano isolado da lide em julgamento, é irrepreensível. Para o demandado, tendo em vista sua força econômica, a condenação representa impacto econômico ou patrimonial de pequena ou nenhuma relevância, facilmente absorvível; para o demandante, por outro lado, está em questão muitas vezes a própria sobrevivência e a de sua família. Não custa nada, em outros termos, condenar aquele empresário, o Estado ou o INSS a pagarem o relativamente pouco pleiteado pelo autor. Movidos, então, por sinceros valores de justiça, os juízes adotam postura que já foi qualificada alhures, em referência ao comportamento de jurados envolvidos com o julgamento de causas cíveis contra empresas nos Estados Unidos, como a de um moderno Robin Hood, impulsionada pela natural simpatia que desperta no espírito do julgador popular a causa do fraco em litígio contra o forte”. (COELHO, Fábio U. *Op. cit.*, p. 283/284).

¹⁴ Merece registro recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi. Trata-se do caso que ficou conhecido como o das “pílulas de farinha”. O Acórdão é primoroso (Recurso Especial n. N° 866.636 – SP) e trata, em seu corpo, da dificuldade existente na determinação do valor da indenização por danos morais, asseverando não ser possível a comparação

Entendemos ser absolutamente correta, sob todos os aspectos (social, econômico, jurídico e político), a conduta do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de coibir (no exercício de sua função constitucional de garantir a higidez do direito federal) a fixação de valores elevados de indenização para danos morais de pouca relevância como, por exemplo, os alegados diante de instituições financeiras (inscrição em cadastros de devedores inadimplentes, retenção em sistemas de segurança de agências bancárias etc). Nessas hipóteses, age corretamente o STJ, ao limitar em pisos mínimos os valores das indenizações¹⁵. Do contrário, seria prestigiar o enriquecimento sem causa.

Todavia, parece-nos que deva necessariamente ser diferente o caminho a ser seguido pela jurisprudência, quando de danos à saúde se tratar, especialmente nas hipóteses de danos idênticos (isto é, com a mesma causa e efeitos) àqueles verificados em outros países, com base no mesmo substrato fático (por exemplo, um mesmo medicamento é capaz de produzir os mesmos malefícios à saúde, aqui ou em outro país).

3. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e alguns de seus desdobramentos em matéria de direito à saúde

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 consagra, desde logo, como fundamento da República Federativa do Brasil, dentre outros (são também fundamentos da República, a soberania, a cidadania, o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político), o princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de base axiológica (e lógica) de toda a construção normativa do Estado brasileiro.

Não há Estado sem esse fundamento, consistente na consideração, pela lei, por seus intérpretes e aplicadores, de que o ser humano é dotado de especial atributo, a ser garantido pelo Estado (isto é, pelos poderes do Estado), que é a sua *dignidade*. Trata-se de um valor caro à sociedade e eleito pelo Constituinte, que o colocou na base de toda a

entre valores relativos a danos de pequena monta (“débito equivocado em conta bancária”, “devolução de cheques sem fundos” e “compra de veículo usado como se fosse novo”), com danos causados, na espécie, à mulher que utilizou placebo como se de pílula anticoncepcional se tratasse.

¹⁵ Em caso que tratava de inscrição indevida em cadastro de restrição de crédito, corretamente decidiu o STJ, no AgRg no Ag 884139/SC, Relator: Min. João Otávio de Noronha, j. 18/12/2007: “O valor da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na sua fixação, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o Juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso e atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.”

estrutura jurídico-política do Estado brasileiro¹⁶. No sentir, correto, de Rizzatto Nunes “é ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”¹⁷.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, com precisão, consideram que o princípio da dignidade da pessoa humana “não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico”¹⁸.

Trata-se, portanto, de norma fundante do sistema jurídico brasileiro, que deve ser aplicada independentemente de regra infraconstitucional específica.

Sua explicitação, que está presente no próprio texto constitucional, se dá através dos direitos fundamentais, cuja defesa intransigente confere vigor ao princípio da dignidade humana. A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet escreveu expressivo texto em que sustenta, a partir da premissa de que os direitos fundamentais são mecanismos de explicitação do princípio da dignidade da pessoa humana, que em cada direito fundamental há uma forma distinta de proteção da dignidade da pessoa humana¹⁹.

Por outro lado, o art. 196 da Constituição Federal assegura a todos o direito à saúde, com o correlato dever do Estado de garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas voltadas à redução do risco de doenças e afins, e por meio do acesso da sociedade a serviços públicos ligados à promoção, proteção e recuperação da saúde²⁰.

¹⁶ Nesse sentido, Flávia Piovesan e Rômulo Russo Júnior, no artigo intitulado “Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade”, asseveram: “Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destaca-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”. (In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código civil e sua interdisciplinaridade*, p. 9.

¹⁷ NUNES, Luiz A. Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, p. 49.

¹⁸ E prosseguem os referidos autores: “Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito”. In: NERY JÚNIOR, Nelson & NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição Federal Comentada*, p. 118.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 87.

²⁰ A esse respeito, Elaine Cardoso de Matos Novais Teixeira sustenta tratar-se, o direito à saúde, de “direito fundamental de segunda geração, o qual permite a exigibilidade imediata, porquanto as normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata” (A proteção do direito à saúde, após a Constituição Federal de 1988. In: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavancanti de (org.). *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*, p. 24.

Vê-se, portanto, que há na CF/88 uma perfeita teia de direitos voltados à proteção da saúde. É possível afirmar que a regra do art. 196, assim como as regras seguintes (que tratam, por exemplo, do Sistema Único de Saúde e da assistência à saúde pela iniciativa privada) promovem a especificação, nesse campo da vida (saúde), do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há outros aspectos, por óbvio, além da saúde, que compõem o conceito de dignidade humana. O direito à moradia, por exemplo, é um deles²¹. Mas, para os fins aqui propostos, incumbe-nos analisar o princípio da dignidade humana sob o enfoque dos valores indenizatórios em determinadas hipóteses de violação do direito à saúde.

4. Danos causados à saúde pela produção e comercialização de remédios com potencial danoso

A hipótese versada neste tópico, por exemplo é fartamente tratada na jurisprudência norte-americana, muito provavelmente em razão do fato de naquele país existir grande concentração de indústrias farmacêuticas.

Inúmeros casos foram (e presentemente estão sendo) julgados, nos Estados Unidos, relativamente à hipótese da colocação no mercado de consumo de produtos farmacêuticos, de remédios cuja potencialidade nociva é muito maior (sob o enfoque, inclusive, da proporcionalidade) do que aquilo que seria sua vocação natural: minimizar e/ou curar males que atingem a saúde das pessoas.

Em regra, a hipótese está ligada a remédios cuja fase de experimentação não foi eficiente, no sentido de garantir sua plena eficácia, sem a ocorrência de danos colaterais.

Casos há, mais graves, em nosso sentir, de remédios cuja potencialidade danosa é efetivamente conhecida pelo fabricante que prefere, apesar disso, colocá-lo no mercado, ciente da possibilidade de ocorrência de enfermidades ou até mesmo de morte, em razão de seu uso, dado o grau de ingerência, de seus componentes, isoladamente ou em conjunto, no funcionamento do organismo humano.

Em hipóteses como essas, a jurisprudência norte americana registra situações que merecem ser objeto de nossa reflexão, pois a severidade com que têm sido tratados tais casos (com pesadas indenizações) bem reflete a preocupação do Poder Judiciário de, por

²¹ No que diz respeito ao direito fundamental à moradia, como componente do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos autores deste ensaio escreveu: “Os artigos 49 e 50 da Lei nº 10.931/04 e o direito fundamental à moradia”. *Revista Jurídica Consulex*, vol. 216, 15 jan. 2006; *BIJ Boletim Informativo Juruá*, Curitiba, vol. 409, 16-31 mar. 2006; *Lex Artigos*, São Paulo, 29/12/2006, disponível em: <http://www.lex.com.br/noticias/artigos/Default.asp?artigo_id=298&n=1>; *Revista Jurídica da Faculdade União*, ano 1, n. 1, Ponta Grossa, Pr, Out./2007.

meio de suas decisões, alcançar dois objetivos: 1) promover a real e efetiva indenização da vítima de medicamentos potencialmente capazes de trazer prejuízos à saúde; 2) punir os laboratórios que produzem tais medicamentos, de modo que, em razão do expressivo passivo judicial decorrente de seus atos, fiquem desestimulados à prática de atos lesivos à saúde da população. Este último objetivo tem cunho social, de longo prazo, pois estimula aos laboratórios a realizarem exaustiva pesquisa, que permita concluir pela efetiva ausência de danos graves em decorrência do uso do medicamento, antes de sua entrada no mercado consumidor.

5. O fenômeno da integração econômica e alguns de seus reflexos na gestão das sociedades contemporâneas

É fora de dúvida que o momento atual da humanidade (trata-se de juízo de constatação e não de juízo de valor) é a integração econômica (em sentido amplo), a que se convencionou chamar globalização.

Não há como negar que esse fenômeno trouxe inúmeras alterações na vida das mais diferentes sociedades, que têm sido objeto de estudos nas distintas áreas do saber humano. Suas consequências negativas têm sido exaustivamente apontadas por filósofos, economistas, sociólogos e juristas.

É de se destacar, porém, com Regis Bonelli e Armando Castelar Pinheiro, que a densidade da integração de um determinado país com o resto do mundo exerce expressiva influência “na determinação do desempenho econômico dos países e, em especial, sobre o seu ritmo de crescimento”²².

Sem dúvida, a integração, ao lado de gerar aspectos positivos no campo da economia, permite a análise de eventuais aspectos positivos de que podemos nos apropriar, também no Direito.

Isso pode ser observado muito especialmente no que diz respeito à dignidade humana. Trata-se, repita-se, de um princípio geral, a ser fonte de inspiração do processo legislativo e da prestação da tutela jurisdicional. Os organismos vinculados a essas duas atividades estatais podem sentir os influxos inovadores decorrentes da integração internacional do país, de modo a absorver as boas práticas.

Essa observação daquilo que ocorre no mundo globalizado pode gerar duas reações de diferentes ordens: 1) a de desprezo pelas práticas que diminuam o valor da

²² “Abertura e crescimento econômico no Brasil”. In: BARROS, Octavio de & GIAMBIAGI, Fabio (org.). *Opus cit.*, p. 89.

dignidade humana; 2) a de apropriação daquelas que permitam fazer crescer os meios pelos quais esse fundamento da República seja cada vez mais prestigiado.

Com isso pretende-se afirmar que o homem não é “menos” ou “mais” digno, nesta ou naquela sociedade, neste ou naquele sistema jurídico. Ainda que distorções gritantes existam, seja no plano econômico, seja no plano jurídico, o ideal que se busca alcançar é o do máximo rendimento do princípio da dignidade humana, como base jurídica, política e econômica dos Estados contemporâneos.

Nas sociedades globalizadas tende-se a exportar e importar, simultaneamente, métodos que permitam, a umas, a apropriação de mecanismos utilizados por aquelas que alcançaram melhores índices de desenvolvimento humano.

Trocam-se experiências no campo do combate à miséria e à fome, da erradicação do analfabetismo, do saneamento básico, para dar apenas alguns exemplos. Buscam-se, enfim, na sociedade globalizada contemporânea, soluções para esses e outros dados, todos componentes do conceito de dignidade humana.

E isso se faz mediante o intercâmbio de projetos e, fundamentalmente, pela adoção de métodos que comprovadamente tenham dado resultados efetivos na elevação dos níveis (ou dos índices) de desenvolvimento humano. Fórmulas econômicas, métodos educacionais, mecanismos de prestação dos serviços de saúde pública, entre outros, têm sido objeto dessa troca.

Esse intenso movimento de troca de experiências e de conhecimento acumulado nesta ou naquela área da vida da sociedade faz com que os países cujos índices de desenvolvimento humano (expressão que aqui se adota genericamente, para exprimir a distribuição dos benefícios da civilização) sejam inferiores alcancem, em pouco tempo, novos patamares, com evidentes benefícios para as respectivas sociedades.

6. Integração e direito

A observação dos resultados colhidos em outros Estados, assim como a troca de informações, projetos e experiências têm ocorrido também no plano do Direito, como verificado no item anterior. É de se destacar iniciativas como os Códigos modelo (para os países ibero-americanos, por exemplo), os quais permitem que diferentes Estados adotem (ou, ao menos avaliem a conveniência de sua adoção) mecanismos de prestação jurisdicional inovadores em suas próprias ordens jurídicas.

Além disso, a pura observação dos métodos de que se servem outros Estados, faz com que muitas soluções sejam adotadas por outros.

Esse é, por certo, o papel fundamental do estudo do Direito comparado. Em poucas palavras, esse estudo visa a permitir que acertos e desacertos de determinadas ordens jurídicas sejam observados e, à luz das características sociais, políticas e econômicas próprias do observador, sejam adaptadas, incorporadas ou, se for o caso, afastadas. É um processo de observação e eventual apropriação dos benefícios que tenham sido obtidos por outra ordem jurídica.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, partindo-se da premissa de que se trata de princípio universal — e da inexorável conclusão de que a elevação dos índices de desenvolvimento humano favorece o alcance de melhores condições de vida digna para a sociedade —, parece carecer de sentido qualquer resistência que se oponha à adoção, por um determinado Estado, de soluções a que outro Estado tenha chegado.

Isso nos permite asseverar, por exemplo, que, no campo específico das ações de indenização decorrentes de danos à saúde pública, causados pela comercialização de medicamentos idênticos, que dêem motivo, aqui ou em outro país, às mesmas espécies de prejuízos, é perfeitamente sustentável que a jurisprudência de países diferentes possa adotar parâmetros indenizatórios assemelhados.

O dano à saúde e o desrespeito à vida são os mesmos, quando decorrentes da mesma causa, pouco importando se a vítima é brasileira ou canadense, russa ou mexicana. A adoção, portanto, de padrões indenizatórios distintos parece sugerir desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, até porque subjacentemente a este princípio há a noção de que os seres humanos são substancialmente iguais.

No que diz respeito a esse tema, é importante registrar a alteração legislativa operada recentemente no Código Judicial do Panamá, por meio da Lei 32, de 1º de agosto de 2006, que introduziu no Código um novo capítulo, denominado *Proceso especial de resolución de conflictos internacionales em materia de derecho privado*.

De acordo com o artigo 1421-K, o Poder Judiciário panamenho está autorizado a aplicar, em matéria de indenização, sanções pecuniárias nos mesmos parâmetros e montantes aplicados no direito estrangeiro pertinente, isto é, no país de origem do produto ou do serviço que tenha sido o causador do dano.

No mesmo sentido, a regra do art. 12 da Lei 364, de 5 de Outubro de 2000, da Nicarágua. Segundo esse dispositivo,

Art. 12.- En todos los casos en que se recurra a tribunales nacionales, se procederá a petición de parte interesada, el demandante, para aplicar en materia de indemnización y de las sanciones conexas correspondientes, conforme a derecho, los medios de prueba, los parámetros y montos relevantes del derecho extranjero

pertinente, debidamente acreditado en el juicio conforme a la legislación nicaraguense.

Em 1997, a Guatemala editou lei no mesmo sentido. Trata-se da Ley de Defensa de Derechos Procesales de Nacionales y Residentes (14 de maio de 1997) que prevê, em seu artigo 3º, alínea *b*, o seguinte:

Si, habiéndosele hecho conocer al juez extranjero los alcances de esta ley, y el mismo se negara a conocer el caso sometido a su jurisdicción, como medida excepcional y para evitar el desamparo procesal de los nacionales y residentes guatemaltecos, los jueces nacionales podrán reasumir jurisdicción, pero en esos casos específicos deberán observar las modalidades siguientes: b) En caso de triunfar la parte actora, el tribunal guatemalteco que conoce, tomara como guía de referencia mínima, los conceptos y niveles indemnizatorios que en casos substancialmente similares se hayan dado en el país en donde se tramitó el juicio originalmente, ello conforme documentos legales que prueben esos niveles indemnizatorios.

Essas providências de natureza legislativa parecem atender de modo extremamente eficaz à necessidade substancial de equivalência entre os parâmetros indenizatórios de um ou de outro Estado (concepção a que aderimos, em razão de tudo quanto aqui exposto), especialmente em hipóteses ligadas intrinsecamente ao princípio da dignidade da pessoa humana como, por exemplo, as atinentes à saúde.

7. Portas abertas para alteração da orientação jurisprudencial?

Além dessas mudanças substanciais poderem ser feitas por meio de alteração de textos de lei, como aconteceu na hipótese mencionada no item anterior, nada impede que tenham origem nos próprios Tribunais, tanto na aplicação das regras de responsabilidade civil gerais, do Código Civil, quanto na aplicação das regras especificamente destinadas a regular as relações de consumo.

Em nosso entender, com base no princípio constitucional da dignidade humana, e dos critérios de que a doutrina se serve para orientar o tormentoso problema quanto à fixação do *quantum* para indenizações decorrentes da comercialização de remédios com potencialidade nociva, pode-se começar a pensar em parâmetros diferentes, sem que com isso haja nenhum tipo de desrespeito ao nosso ordenamento jurídico. Muito pelo contrário, o resultado será o prestígio, sempre mais intenso, do fundamento constitucional da dignidade humana.

São conhecidos os parâmetros, de que trata a doutrina, que devem orientar o Poder Judiciário para a fixação do *quantum* dessa espécie de dano, isto é, do dano à saúde, como parcela específica e grave do dano moral.

Reconhecendo-se que a indenização por danos imateriais rigorosamente não teria o condão de repor o *status quo ante*, a extensão do *quantum* deve desempenhar o papel de uma espécie de conforto para o ofendido. Por outro lado, não pode ser esquecida a função impeditiva de que o causador do dano venha a tornar-se reincidente na conduta.

Em outras palavras, a extensão da indenização deve ser suficiente para, efetiva e definitivamente, desestimular o responsável pelo dano a prosseguir com a mesma conduta.

Com base em tais parâmetros, a respeito dos quais, pode-se dizer, existe quase uma unanimidade na doutrina, e com o objetivo de proporcionar a aplicação plena do princípio da dignidade humana, os Tribunais estão autorizados pelo sistema jurídico brasileiro a se orientarem, principalmente nas hipóteses aqui tratadas (danos à saúde), por parâmetros que até o momento não são usuais²³.

A doutrina clássica reconhece à jurisprudência o papel de termômetro mais sensível das alterações sociais. Já é tempo de os nossos Tribunais permitirem que os brasileiros sejam considerados, também no que diz respeito às indenizações por danos à saúde, cidadãos dignos das vantagens de que gozam os cidadãos do primeiro mundo.

8. Referências Bibliográficas

BARROS, Octavio de e GIAMBIAGI, Fabio (org.). *Brazil globalizado*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2002.

BONELLI, Regis & PINHEIRO, Armando Castelar. Abertura e crescimento econômico no Brasil. In: BARROS, Octavio de & GIAMBIAGI, Fabio (org.). *Brazil globalizado*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

CARDOSO, Fernando Henrique. Um mundo surpreendente. In: BARROS, Octavio de & GIAMBIAGI, Fabio (org.). *Brazil globalizado*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2005. Vol. 2.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça – os direitos processuais fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

²³ Michele Taruffo observa que o juiz deve contar com critérios mais gerais ou diversificados quando estiverem em jogo direitos fundamentais reconhecidos por todo o ordenamento ou até mesmo no plano internacional. E, prossegue o autor: “em outras palavras, é lícito duvidar que a decisão judiciária deva ser sempre culturalmente localizada” (...) “acabaria sendo provinciano e anti-histórico, além de divergente das grandes tendências das sociedades contemporâneas, ignorar parâmetros mundiais” (aula proferida na Universidade Federal do Paraná, em 8 de março de 2001, não publicada).

FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – responsabilidade civil*. 5ª. Ed. São Paulo, Saraiva, 2007. Vol. III.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª. Tiragem, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1963.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil comentado*. 5ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

----- . *Constituição Federal Comentada*. São Paulo, Ed. RT, 2006.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3ª. Tiragem. São Paulo, Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia & RUSSO JÚNIOR, Rômulo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. *In*: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Cord.). *O Código civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

TEIXEIRA, Elaine Cardoso de Matos Novais. A proteção do direito à saúde, após a Constituição Federal de 1988. *In*: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavancanti de (org.). *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre, Nuria Fabris Editora, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª. ed. São Paulo, Atlas, 2003. Vol. 4.