

Comentários ao Acórdão proferido no REsp 1.096.325/SP: O “caso das pílulas de farinha” como exemplo da construção jurisprudencial de um “direito de danos” e da violação da liberdade positiva como “dano à pessoa”.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk¹

Sumário: 1. Introdução – 2. Explicitação sumária da matéria fática e aspectos centrais da controvérsia jurídica no caso concreto – 3. O julgamento do STJ no REsp 1.096.325/SP: relevância e fundamentos jurídicos da decisão – 4. Da representatividade do julgado frente ao perfil contemporâneo do “Direito de Danos” – 5. O dano à pessoa: a liberdade de definição dos rumos da própria vida como bem jurídico violado no caso concreto – 6. À guisa de conclusão.

1. Introdução

No mês de junho de 1998, tornou-se de conhecimento público que uma grande quantidade de pílulas anticoncepcionais que não continham qualquer princípio ativo estava sendo vendida no mercado, por possível negligência do laboratório fabricante, ensejando a ocorrência de gravidez indesejada para um expressivo número de mulheres que haviam feito uso do produto ineficaz. Os fatos se tornaram notórios sob a qualificação de “caso das pílulas de farinha”.

Constatou-se que esses comprimidos foram fabricados com a finalidade exclusiva de teste de maquinário, e que não deveriam ter sido destinados à venda. Mesmo assim, foram disponibilizados em farmácias em diversos locais do país, de modo que suas usuárias não obtiveram a eficácia que poderiam razoavelmente esperar desse produto, no escopo de evitar gravidez.

Foram várias as mulheres, nessa época, que buscaram a tutela jurisdicional para se verem indenizadas pelos danos sofridos em virtude do uso do produto sem

¹ Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk é Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR, e advogado.

princípios ativos, tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado o entendimento de que se tratava, efetivamente, de hipótese apta a ensejar a responsabilidade da pessoa jurídica fabricante dos comprimidos por esses danos.

O presente trabalho visa a detalhar e avaliar criticamente os fundamentos de um desses acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça ao decidir um dos casos das denominadas “pílulas de farinha”, como a questão ficou conhecida na imprensa nacional. O escopo deste texto é aferir a partir do dispositivo e da fundamentação do acórdão proferido no REsp 1.096.325/SP, sua relação com as concepções doutrinárias contemporâneas a respeito da responsabilidade civil e, nessa medida, sua contribuição para a construção jurisprudencial do perfil contemporâneo do “direito de danos” no Direito brasileiro.

Cabe principiar, pois, por uma breve explicitação dos fatos que conduziram ao acórdão em exame.

2. Explicitação sumária da matéria fática e aspectos centrais da controvérsia jurídica no caso concreto

O objeto do processo que culminou no acórdão a ser aqui analisado consiste em pretensão indenizatória deduzida por consumidora em face do laboratório fabricante do medicamento anticoncepcional denominado Microvlar.

Relata-se no acórdão que “os fatos narrados na inicial, que foi oferecida em dezembro de 1998, remetem aos notórios acontecimentos envolvendo o anticoncepcional Microvlar, ocorridos naquele mesmo ano. Segundo amplamente divulgado pela imprensa, um lote de pílulas que não apresentava o princípio ativo do medicamento, porquanto meros ‘placebos’, ou seja, comprimidos fabricados com farinha e utilizados para teste de maquinário, foram consumidos por várias mulheres que vieram a engravidar em face da falta de eficácia dessas cartelas de Microvlar”.

No caso concreto, a autora alega que fazia uso do anticoncepcional “desde 1984 sem jamais ter ocorrido qualquer percalço, quando foi surpreendida por uma gravidez completamente inesperada no mês de março de 1998, o que foi causa de grande angústia, pois seu filho anterior nasceu com uma doença grave que é

geneticamente transmitida e, por isso, houve a opção do casal pela utilização de contraceptivo”.

Em junho do mesmo ano, veio à tona a informação sobre a colocação indevida dos anticoncepcionais de placebo no mercado, o que motivou o ajuizamento da demanda na qual se pediu: “i) o ressarcimento com todas as despesas referentes a saúde, educação e alimentação da criança, até que esta complete 21 anos de idade; e ii) compensação pelos danos morais sofridos”.

A instrução probatória demonstrou, segundo colhe-se do acórdão, “que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores”.

Em sua defesa, o laboratório Schering do Brasil, fabricante do anticoncepcional, alegou, entre outros argumentos, a ausência de nexo de causalidade e a ocorrência de fato de terceiros, que teriam, sem consentimento do laboratório, desviado os comprimidos-teste, de modo a colocá-los no mercado.

Após o juízo de primeiro grau ter julgado o pedido improcedente, ante o fato de os autores não terem logrado apresentar em juízo a cartela do anticoncepcional ineficaz, foi a decisão reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu suficientemente provados os fatos.

O recurso especial interposto pela Schering visando à reforma dessa decisão não foi conhecido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, cujos fundamentos e repercussões são o objeto de análise do presente trabalho.

3. O julgamento do STJ no REsp 1.096.325/SP: relevância e fundamentos jurídicos da decisão

Como exposto acima, o Superior Tribunal de Justiça não conheceu o recurso especial interposto pelo laboratório fabricante do anticoncepcional, chancelando, assim, a decisão de procedência da pretensão indenizatória proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que havia condenado o requerido ao pagamento de indenização por danos morais no valor de setenta mil reais.

A decisão do STJ foi proferida na mesma linha de casos anteriores enfrentados pelo Tribunal, todos referentes a danos causados em virtude desse mesmo episódio, consistente na colocação no mercado de pílulas anticoncepcionais que, na verdade, eram, na definição constante do acórdão, apenas um “produto-teste” (ou seja, comprimidos sem propriedades anticoncepcionais, fabricados apenas para teste de maquinário).

Com efeito, ao menos no REsp 866.636/SP e no REsp 918.257/SP, o STJ já havia decidido pelo cabimento da indenização por conta de gravidez de consumidora que fez uso de comprimidos se suposto anticoncepcional que, todavia, não continham os princípios ativos respectivos.

O acórdão aqui examinado, proferido no REsp 1.096.325/SP, destaca-se, sobretudo, pela peculiaridade de duas ordens de fundamentos:

a) O nexo causal foi estabelecido por presunção derivada da constatação de que os comprimidos sem propriedades anticoncepcionais acabaram por ser colocados no mercado em virtude de negligência do laboratório requerido no descarte desses “comprimidos-teste”, “que não deveriam ter atingidos os consumidores, ainda que por ato de interposta pessoa”;

b) Foi afirmada, a despeito da demonstração de negligência, a responsabilidade objetiva da sociedade ré pelo evento danoso;

c) O dano sofrido não consiste propriamente no fato de a consumidora ter tido um filho, mas, sim, na frustração da opção da mulher, ou seja, da sua “escolha quanto ao momento de ter filhos”.

Não há dúvida sobre a evidente repercussão social desse julgado e dos acórdãos anteriores proferidos pelo STJ, haja vista ter se tratado de caso que afetou

diversas mulheres que consumiram produtos que não continham as propriedades anticoncepcionais que deveriam oferecer às consumidoras.

Seguiram-se, todavia, outros acórdãos, em casos semelhantes ao exemplo aqui examinado, (como se depreende das decisões proferidas no REsp 720.930/RS e no REsp 883.612/ES, sobre as quais se fará referência expressa no curso do desenvolvimento deste trabalho), tendo obtido soluções diversas por parte do STJ, notadamente no que tange à questão do nexo causal e à sua prova.

De qualquer sorte, é possível aferir, para além da repercussão social do *decisum*, a importante representatividade do julgado frente ao perfil contemporâneo da responsabilidade civil – ou, como também é possível denominar, do “direito de danos” – notadamente no que tange ao que Anderson Schreiber qualifica como “erosão dos filtros”² da responsabilidade civil tradicional, notadamente a culpa e o nexo de causalidade.

Doravante, passar-se-á a examinar a relação entre essas transformações pelas quais vem passando a responsabilidade civil em direção à constituição de um “direito de danos” e os fundamentos jurídicos trazidos pelo acórdão aqui dissecado.

4. Da representatividade do julgado frente ao perfil contemporâneo do “Direito de Danos”.

Há um conjunto de relevantes aspectos que merecem ser destacados no acórdão em comento. Esses aspectos dizem respeito à relação entre o acórdão e as transformações contemporâneas no âmbito da responsabilidade civil.

A rigor, o julgado se situa no âmbito da passagem da responsabilidade civil clássica para o que se pode denominar de “direito de danos”.

Se a responsabilidade civil clássica tem sua ênfase na noção de ato ilícito imantada do elemento subjetivo (notadamente, a culpa), o denominado “direito de

² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2009.

danos” vincula suas preocupações mais à vítima do dano do que, propriamente, a um juízo de reprovabilidade da conduta do seu causador.³

Embora essa reprovabilidade não seja de se descartar nas hipóteses de responsabilidade subjetiva (ou, ainda, quando a despeito de tratar-se de responsabilidade objetiva, for aferida conduta violadora de dever ou, mesmo, qualificável como culposa ou dolosa), ela não é o ponto de partida para a reflexão sobre o “direito de danos”: a preocupação central se desloca para a reparação ou para a compensação,⁴ conforme se trate de dano patrimonial ou de dano à pessoa.

A crescente ênfase oferecida à responsabilidade objetiva, cujas hipóteses legais se tornam cada vez mais frequentes,⁵ é reveladora de que se descolam os conceitos de responsabilidade e de culpa, de modo a poder-se afirmar que o Direito, contemporaneamente, busca oferecer à vítima de danos respostas que podem, em muitas hipóteses, independer de juízos acerca de negligência, imprudência, imperícia ou, mesmo, dolo, por parte daquele a quem se imputa a responsabilidade.

Os princípios constitucionais da solidariedade e da justiça distributiva se impõem à responsabilidade civil, revelando a insuficiência dos modelos construídos sob a lógica dos séculos XVIII e XIX, fazendo com que ao jurídico sejam apresentados novos desafios atinentes ao atendimento de casos de danos cada vez mais distintos⁶ – o que se agrava ainda mais com o fenômeno da massificação dos danos.

Como bem explica Anderson Schreiber, evidencia-se uma “erosão dos filtros” tradicionais da responsabilidade civil,⁷ sendo que a noção de ato ilícito pautada no conceito de culpa foi, historicamente, um desses filtros.

O dever de indenizar não tem mais como fundamento último a ilicitude da conduta, mas a necessidade de reparar ou compensar os danos. Como explica Giselda Hironaka, o sistema já não rechaça a existência de “um dano injusto, por isso

³ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

⁴ Tereza Ancona Lopez chega a demonstrar que, no estágio atual da responsabilidade civil, a própria ameaça de danos pode ser, por si só, indenizável, como no caso de exposição de terceiros a riscos de danos que, embora apenas hipotéticos, podem se tornar irreversíveis. Trata-se da afirmação do denominado “princípio da precaução”, que, tendo por fim evitar danos, pode ensejar o paradoxo da “responsabilidade sem dano”. LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Precaução e evolução da responsabilidade civil*. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2008, p. 225.

⁵ DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade Civil*. vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 66.

⁶ Nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 175.

⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2009.

indenizável, decorrente de conduta lícita”.⁸ Em suma, pode-se sustentar que o Direito desvia seu olhar em direção à vítima do dano.⁹

Não apenas a culpa cede lugar à objetivação da responsabilidade, mas a própria noção de nexo de causalidade sofre o impacto dessas transformações nos fundamentos da outrora denominada responsabilidade civil.

Afere-se o fenômeno da flexibilização do nexo causal,¹⁰ bem como hipóteses em que a responsabilidade civil ocorrerá ainda que inexista nexo causal entre uma conduta e um dano, como ocorre na denominada responsabilidade objetiva agravada. Nessa última hipótese, como explica Fernando Noronha, embora se prescindia do nexo entre a conduta e o dano, reside a fundamentação respectiva em riscos que são específicos de certas atividades, ou seja, que guardem “estreita conexão com a atividade do responsável”.¹¹

Pode-se identificar estreita conexão entre essas tendências da responsabilidade civil e a lógica da qual está imantado o acórdão em comento.

Embora não se esteja diante de responsabilidade por danos advindos de conduta lícita – uma vez que ela se pauta na colocação, no mercado, de medicamento anticoncepcional que, na verdade, nada mais era do que um placebo – os conceitos de risco e de responsabilidade objetiva permeiam a questão examinada.

Trata-se, com efeito, de danos gerados no âmbito de relações de consumo, que se qualificam pelo fato do produto, ensejando responsabilidade objetiva.

O risco que fundamenta essa responsabilidade objetiva, como explica Antonio Herman Benjamin, não é fundado em uma periculosidade inerente ao produto, mas, sim, de uma periculosidade adquirida, ou seja, da “insegurança que supera as fronteiras da expectativa legítima dos consumidores”.¹²

Isso permitiria concluir, em análise do caso objeto do acórdão, que mais do que eventual culpa do laboratório, é o risco adquirido advindo da presença, no mercado, de

⁸ HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade Pressuposta. In: Mario Delgado e Jones Figueiredo (org.) *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. vol. 5. São Paulo: Método, 2006, p. 199.

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Novaes. Responsabilidade Civil: o estado da arte. In: Rosa Maria de Andrade Nery e Rogério Donnini (coord.) *Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009, p. 201.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson, op. cit.

¹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 642.

¹² BENJAMIN, Antônio Herman. In: Juarez de Oliveira (coord.). *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 50.

produtos sem as propriedades anticoncepcionais que permitiria a responsabilização do fornecedor.

Trata-se, porém, cabe reconhecer, de questão que não emerge com tanta clareza do acórdão em análise. Com efeito, os temas atinentes ao sentido contemporâneo da responsabilidade por danos que avulta com maior ênfase no *decisum* dizem respeito ao nexos causal e à compensação à vítima do dano.

Isso se reflete no que subjaz aos critérios de apreciação das provas levado a efeito pelo TJSP, e que foram chancelados, como coerentes com a regra processual, pelo STJ.

A rigor, a despeito de a questão ter sido suscitada sob a ótica do processo, a base para a sua compreensão reside nas transformações atinentes ao direito material, no âmbito do direito de danos.

O emprego de critérios pautados no direito material para propiciar a adequada avaliação da prova é expresso no seguinte excerto, extraído da ementa da decisão:

“Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor.”

Como se observa da leitura do acórdão, entendeu-se por dispensável, por parte dos autores a apresentação da cartela do anticoncepcional – e, portanto, da prova cabal a respeito da compra do produto sem as propriedades anticoncepcionais. Trata-se, a rigor, da prova acerca daquilo que conduz ao liame causal entre a conduta do laboratório (colocação no mercado de pílulas sem princípios ativos) e a gravidez indesejada.

Nada obstante o fundamento da decisão a esse respeito contenha elementos que permitem afirmar tratar-se de presunção judicial deduzida a partir de fatos certos (a autora demonstrou ser usuária do anticoncepcional), a valoração desses fatos pelo tribunal de segundo grau (corroborada na fundamentação do acórdão do STJ) poderia ter sido diversa se não partisse do pressuposto de que a relação causal entre a atividade do laboratório e os danos seria suficiente para determinar a responsabilidade pelos danos.

Afinal, o acórdão chancela a tese de que essa prova sobre a aquisição de cartela de medicamento sem propriedades anticoncepcionais seria impossível tanto para a parte autora como para a ré. Vale lembrar que não foi apresentada pela parte autora a cartela de medicamento que comprovaria a aquisição do placebo em lugar do anticoncepcional propriamente dito.

Ou seja: o acórdão da Terceira Turma do STJ toma como provável o uso do medicamento, assumindo-se o fato da gravidez como demonstração suficiente da também provável utilização das pílulas de placebo. Uma concepção sobre a responsabilidade civil que impusesse à vítima do dano uma cabal demonstração do nexos causal direto e imediato, todavia, poderia conduzir a conclusão diversa daquela a que chegaram o acórdão do tribunal de segundo grau e o STJ. Se o enfoque fosse, *a priori*, vinculado à reprovabilidade à conduta do ofensor, e não à tutela de quem sofre o dano, o rigor na exigência da prova necessária à sanção poderia valorar essa impossibilidade de produção da prova como algo que viria em favor daquele a quem está sendo imputada a conduta ilícita.

É o que ocorre, por exemplo, no acórdão proferido no REsp 720.930/RS da Quarta Turma do STJ, que será mais adiante referido, por contrastar com os fundamentos da decisão aqui examinada.

De qualquer sorte, o reconhecimento da inversão no enfoque da responsabilidade, centrando-se na figura da vítima, robustece a importância do risco específico gerado para a consumidora em detrimento da prova cabal sobre a efetiva existência do liame causal direto e inequívoco entre uma conduta ilícita e o dano dela decorrente.

É nesse sentido que se pode afirmar que o fato da presença das pílulas de placebo no mercado seria apto a gerar risco específico às consumidoras, permitindo o recurso a presunções que, a rigor, implicam, em termos concretos, em uma flexibilização do nexos causal.

Se a gravidez foi causada por eventual negligência da mulher no uso do produto, pela margem de possibilidade de gravidez inerente a esse método anticoncepcional ou pelo uso do produto sem propriedades anticoncepcionais, toma-se por presunção a última hipótese, ante o agravamento do risco ensejado pela conduta do laboratório.

Tampouco sensibiliza a Terceira Turma do STJ e o TJSP possível argumento atinente a fato de terceiro: o denominado produto-teste foi remetido ao “lixão” da empresa, como se depreende do acórdão, o que, por si só, revelaria conduta incompatível com as cautelas exigíveis, pouco importando, nessa toada, se o produto chegou ao mercado pelas mãos de terceiro que teria tido acesso a esses produtos descartados ou se isso ocorreu de modo direto por ato da própria pessoa jurídica.

Em outras palavras: à luz dessa ordem de ideias, a conduta prévia do laboratório, geradora de riscos específicos, ilidiria o eventual fato de terceiro como apto ao rompimento do nexo de causalidade, ainda que esse fato de terceiro viesse a constituir, efetivamente, por hipótese, a causa direta e imediata dos danos.

Há, todavia, na jurisprudência do STJ, notadamente na sua Quarta Turma, acórdãos nos quais se conclui pela ausência de nexo de causalidade entre a aquisição do anticoncepcional e a gravidez indesejada. Podem ser citados, nessa linha, os acórdãos proferidos nos Recursos Especiais 883.612/ES e 720.930/RS.

Nesses dois acórdãos, entendeu a Quarta Turma do STJ que não foi comprovado, nos casos concretos, o nexo causal necessário para a responsabilização da sociedade fabricante dos anticoncepcionais.

Colhe-se do acórdão 883.612/ES:

“Mesmo sem negar vigência aos princípios da verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da vítima quanto à inversão do ônus da prova, não haveria mesmo como se deferir qualquer pretensão indenizatória sem a comprovação, ao curso da instrução nas instâncias ordinárias ou na sentença, do nexo de causalidade entre a aquisição e a possível utilização do placebo em data compatível ao início e à remessa da fase experimental para destruição.

“(…)

“Adquirido o produto no início de janeiro, em cidade do interior do Espírito Santo e verificando-se que a distribuição do lote defeituoso ocorreu no final do referido mês, seria improvável que a autora tivesse acesso ao dito lote imperfeito por mera impossibilidade do fator temporal.”

Observe-se, todavia, que, ao contrário do que ocorre na decisão objeto do presente texto, afere-se que o uso do anticoncepcional no caso acima citado ocorreu

antes do período de testes dos comprimidos sem princípio ativo, como se extrai do acórdão proferido no REsp 883.612/ES:

“Além disso, como se ditou alhures, existe nos autos um B.O. – (fls. 22, volume 1) – feito também pela autora, onde consta como a data de aquisição do Microvlar o dia 10.01.98, data essa anterior ao início dos testes com as pílulas de placebo, o que a meu ver afasta a conclusão do v. acórdão que optou simplesmente pela inversão do ônus da prova mesmo sem comprovação efetiva da existência de nexos de causalidade (...).”

Não se pode afirmar em definitivo, nessa toada, que o entendimento expressado nesse acórdão da Quarta Turma do STJ, relatado pelo Ministro Convocado Honildo Mello, seja totalmente contrastante, nos critérios jurídicos de aferição do nexo causal, em relação ao acórdão da Terceira Turma do STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, que é objeto da presente análise. Há, sem embargo, como será analisado mais adiante, claro contraponto entre esses dois acórdãos com relação à própria ocorrência do dano.

No que tange ao antes mencionado acórdão proferido pela mesma Quarta Turma do STJ no REsp 720.930, há, entretanto, efetiva divergência na apreciação dos critérios jurídicos de distribuição do ônus probatório, que tem por base, a rigor, compreensões aparentemente diversas sobre as repercussões do direito material (mormente a questão atinente ao nexo de causalidade) sobre esse ônus.

Nesse caso, assim como no acórdão objeto específico do presente trabalho, a autora não apresentou em juízo a cartela do medicamento que teria consumido e que não conteria o princípio ativo.

Todavia, enquanto no acórdão da Terceira Turma do STJ entendeu-se que essa prova não seria exigível, deslocando-se, pois, a análise do liame de causalidade para a seara da presunção derivada de fatos certos (a fabricação de comprimidos sem princípio ativo em período no qual a consumidora fazia uso do anticoncepcional) e, assim, ao fim e ao cabo, flexibilizando o nexo causal, a Quarta Turma afirma que a produção dessa prova pela parte autora seria indispensável:

“Entendo que, na hipótese, mostrar-se-ia mais razoável a consumidora guardar – por apenas um mês bastaria – as caixas do medicamento usado ou as notas fiscais, por

precaução, do que se exigir do laboratório a prova de que a autora não ingeriu as indigitadas ‘pílulas de farinha’, o que, convenhamos, é prova impossível de se produzir.

“No caso, em outras palavras, a inversão do ônus da prova significou a automática procedência do pedido. Diante da não comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora – quando lhe era, em tese, possível –, bem como da inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver, assim, com a improcedência do pedido.”

Vale dizer: enquanto a apreciação sobre o nexa causal levada a efeito pela Terceira Turma conduziu à compreensão de que a prova produzida pela autora seria suficiente para demonstrar os fatos alegados (sem, portanto, inverter o ônus da prova), a Quarta Turma afirma cabalmente a insuficiência da prova até mesmo para ensejar a verossimilhança que seria necessária para uma inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Não houve, portanto, por parte da Quarta Turma do STJ, no acórdão citado, a flexibilização do nexa causal, exigindo-se, ao contrário, sua cabal comprovação para efeito de ensejar a responsabilidade do fabricante dos medicamentos. Evidencia-se, nessa toada, divergência marcante no que tange à compreensão acerca dos requisitos da responsabilidade civil por parte das decisões aqui contrapostas.

As divergências, porém, não se restringem à questão do nexa causal, mas, também, à própria existência de dano indenizável, mormente no cotejo entre o REsp 1.096.325/SP e o antes citado REsp 883.612/ES, como será examinado a seguir.

5. O dano à pessoa: a liberdade de definição dos rumos da própria vida como bem jurídico violado no caso concreto.

Para além de expressar as tendências contemporâneas a respeito dos pressupostos da responsabilidade por danos, o acórdão em comento é revelador do caminhar da jurisprudência do STJ no sentido da proteção da pessoa humana em face de

danos que consistam na violação de direitos fundamentais (e, entre estes, os direitos da personalidade).¹³

Embora não se trate de itinerário linear, alheio a desvios e retrocessos, percebe-se que o cerne da compreensão do STJ a respeito da compensação de danos morais não reside em simples juízo negativo (que consistiria em afirmar que é moral aquele dano que não for patrimonial), mas, sim, na afirmação de que os danos morais são aqueles que atentam contra os direitos da personalidade.

A violação aos direitos da personalidade é, simultaneamente, uma violação a direitos fundamentais.

A rigor, quiçá seja efetivamente preferível, na linha Maria Celina Bodin de Moraes, referir-se a “dano à pessoa”, como categoria mais ampla e adequada ao sentido proteção à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o dano à pessoa não se resume à noção genérica de “dor moral”, mas consiste na ofensa aos atributos derivados da dignidade da pessoa humana, em seu substrato axiológico, integrado, quando menos, pela liberdade, pela igualdade e pela solidariedade.¹⁴

A rigor, a aferição da violação da dignidade deve ter como premissa a concretude da pessoa humana, no desenvolvimento e na reprodução de sua existência.

Cabe, assim, perscrutar qual seria, efetivamente, para além da dimensão patrimonial, o dano que se poderia aferir na situação fática em pauta.

Em caso semelhante ao aqui examinado, a Quarta Turma do STJ chega a colocar em dúvida a efetiva ocorrência de danos, como se pode aferir do argumento colhido do corpo do acórdão proferido no REsp 883.612/ES, que teve como relator o Ministro Convocado Honildo Mello:

“Finalmente, gostaria de consignar que inobstante a própria autora reconhecesse a sua satisfação com o nascimento da criança, ajuíza a presente ação alegando ‘dano moral’ argumentando ter sofrido prejuízo, quando ela própria, repito,

¹³ Conforme Canotilho, muitos direitos fundamentais podem se qualificar como direitos da personalidade, embora nem todos os direitos fundamentais assim se qualifiquem. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2007.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159.

afirmou que ‘hoje seu filho está com muita saúde e muito amado pelos familiares.(sic)’ (fls. 970).

“Não compreendo como alguém que ame seu filho possa dizer que sofreu prejuízo para pedir indenização por dano moral, pois o dano moral não tem cabimento, em tese, quando o ato atacado traz satisfação e amor, embora se viesse alegar uma gravidez indesejada como fundamento a indenização pecuniária.”

Não é, porém, o advento de um filho que pode ser reputado como dano à pessoa nesse caso. Não se trata de aferir se houve ou não “dor moral” pelo nascimento de uma criança, o que seria de todo descabido. A questão atinente ao dano reside em outro lugar: trata-se da violação da liberdade pessoal da mulher (e do casal) na realização do planejamento familiar.

Daí porque o acórdão aqui examinado assim dispõe em sua ementa:

“O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais.”

O que está em questão é a liberdade de escolher o momento de ter filhos, bem como se é vontade do casal tê-los. Essa liberdade foi materialmente tolhida quando se colocou no mercado anticoncepcionais sem o princípio ativo, fazendo com que o exercício desse direito de definir os rumos da vida familiar – o que inclui a decisão sobre “quando” e “se” ter filhos – fosse inviabilizado no episódio em comento.

Cabe ressaltar que a liberdade juridicamente protegida como direito fundamental não é unidimensional. É inviável pretender reduzi-la a perfil unívoco. Antes, pode-se falar em liberdade(s), ao invés de se pretender afirmar “a” liberdade por excelência.

Isso conduz à relevância de se pensar a(s) liberdade(s) individual(is) sob múltiplas lentes, contemplando desde o conceito clássico de liberdade como ausência de

coerção (liberdade negativa),¹⁵ passando pelos conceitos de liberdade formal (garantia hipotética da possibilidade de fazer escolhas) e substancial (possibilidade efetiva de se realizar aquilo que se valoriza, a partir de um dado conjunto capacitatório)¹⁶ e de liberdade positiva.

Esta última (a liberdade positiva) é o perfil de liberdade que parece melhor enquadrar-se naquilo que se tem por violado no caso concreto.

Consiste a liberdade positiva¹⁷ em uma “liberdade vivida”, tomada como autodeterminação, como decisão da própria pessoa sobre os rumos do seu agir e do trajeto da sua história pessoal. Trata-se, em suma, da liberdade de definir os rumos da própria vida, o que passa pelo planejamento familiar e, portanto, pela possibilidade de escolher entre ter ou não filhos, quantos filhos se pretende ter, bem como o momento de tê-los.

Não se trata apenas da liberdade formal de escolha entre alternativas preordenadas, mas, também, da efetiva possibilidade de construir as próprias escolhas e guiar-se por sua própria autodeterminação.

A questão atinente à liberdade de definição dos rumos da própria vida é relevante para o Direito Civil contemporâneo, integrando sua dimensão funcional.¹⁸ Sua repercussão no Direito de Danos é reconhecida pela doutrina, podendo-se indicar como exemplo dos mais relevantes o exemplar estudo de Carlos Fernández Sessarego sobre o “dano ao projeto de vida”.¹⁹

O “projeto de vida” derivaria do fato de que o ser humano é “livre e temporal”:

¹⁵ HAYEK, Friedrich von. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983, p. 6.

¹⁶ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32.

¹⁷ Um conhecido conceito de liberdade positiva (criticado pelo seu próprio autor) é cunhado por Isaiah Berlin: I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men's, acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not nobody; a doer-deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realizing them. (BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 131.)

¹⁸ Pode-se afirmar, nesse sentido, que a dimensão funcional dos institutos de Direito Civil abarca o exercício, a proteção e o incremento de liberdade(s). A esse respeito: PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação funcional do Direito Civil brasileiro. Rio de Janeiro: GZ, 2010 (no prelo).

¹⁹ SESSAREGO, Carlos Fernández. El daño al proyecto de vida. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, n. 50. Lima. Disponível em: <www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos.../ba_fs_7.PDF>. Acesso em: dez. 1996.

“Y es que el proyecto surge necesariamente de una decisión libre para su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Por ello, sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin decidir ser lo que pretende ser, es decir, sin proyectar. Libertad y tiempo son, por consiguiente, los dos supuestos existenciales del proyecto de vida. Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera, haciendo aquello que se nutre de nuestra vocación personal. El proyecto de vida, si bien apunta al futuro y se despliega en el tiempo, se decide en el presente, al cual condiciona el pasado. Como apunta Jaspers, ‘consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser’.”²⁰

O dano ao projeto de vida acarretaria, assim,

“como consecuencia un colapso psicossomático de tal magnitud para el sujeto – para cierto sujeto – que afecta su libertad, que lo frustra. El impacto psicossomático debe ser de una envergadura tal que el sujeto experimente un “vacío existencial”. (...) El vacío existencial es el resultado de la pérdida de sentido que sufre la existencia humana como consecuencia de un daño a su proyecto de vida. El daño al proyecto de vida, que bloquea la libertad, es la consecuencia de un daño psicossomático, ya que no es posible dañar "directamente" aquello de lo que se tiene "experiencia" pero que carece de "ubicación" en tanto se trata del ser mismo del hombre. (...)En este sentido, el daño al proyecto de vida compromete, seria y profundamente, la libertad del sujeto a ser "él mismo" y no "otro", afectándolo en aquello que hemos denominado su identidad dinámica, es decir, el despliegue de su personalidad.”²¹

O exemplo concreto, cabe esclarecer, não se enquadra propriamente nessa modalidade de dano – Sessarego diferencia o projeto de vida propriamente dito dos “projetos de vida”, que seriam “uma pluralidade de projetos” sobre o “quotidiano do existir” do sujeito. Sem embargo, a lição de Sessarego é contundente demonstração da relevância da liberdade pessoal como valor protegido pelo direito de danos, integrante dos possíveis danos à pessoa.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

Embora Sessarego, influenciado pela filosofia de existência de Sartre e pelo pensamento de Heidegger, não conceba a possibilidade de se pensar a liberdade como realização de atos concretos pontuais, a aferição anteriormente sustentada, de que a liberdade juridicamente protegida é conceito plural – que abarca inclusive a denominada liberdade substancial –, permite reconhecer que mesmo a frustração de “projetos de vida” que seja derivada de condutas ou circunstâncias exteriores ao sujeito poderá acarretar repercussão lesiva à liberdade positiva (ainda que esta não se confunda com a própria liberdade constitutiva do ser no tempo a que se refere Sessarego).

Daí porque é irrelevante a natureza dos sentimentos que podem advir da maternidade ou da paternidade para a avaliação sobre se houve ou não dano à pessoa no caso concreto. Embora o nascimento de um filho não seja fonte de dor moral, a conduta que priva um casal do exercício da liberdade de planejar a extensão de sua prole engendra grave violação à liberdade de definição dos rumos da vida desses indivíduos em relação, ofendendo, nessa medida, direito fundamental constitucionalmente assegurado.

Portanto, mesmo que por meio das regras próprias de Direito Civil, opera o STJ, no caso em exame e nas demais hipóteses de dano à pessoa, como importante agente na proteção dos direitos fundamentais.

6. À guisa de conclusão.

Conforme foi possível observar a partir do acórdão tomado como objeto de análise, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em matéria de direito de danos e, nesse âmbito, dos danos à pessoa, ainda é palco de importantes divergências.

Esse dissenso presente no Tribunal acerca da leitura e aplicação dos fundamentos e dos pressupostos da responsabilidade por danos não elide, entretanto, a conclusão de que o caminhar da construção do “direito vivo”, nesses 20 anos do Superior Tribunal de Justiça, em matéria de responsabilidade civil, permite antever um itinerário que, de modo prevalente, parece dirigido à maximização da tutela da pessoa humana.

O erigir, entretanto, de parâmetros consistentes que possam auxiliar na definição de rumos para o deslinde das diversas questões que a cada dia se apresentam na seara do direito de danos é desafio para o porvir, em processo de contínua construção.