

TUTELAS JURISDICIONAIS ESPECÍFICAS COMO INSTRUMENTOS PARA ALCANÇAR A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NA SOCIEDADE DE CONSUMO BRASILEIRA

SPECIFIC LEGAL REMEDIES AS MEANS OF EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN BRAZILIAN CONSUMER SOCIETY

Marcus Pinto Aguiar*

Resumo: O presente trabalho procurou mostrar a sociedade de consumo como instrumento de condicionamento da pessoa humana e fator de limitação da realização dos direitos humanos fundamentais, em especial, os direitos sociais, de forma a exigir do Estado a disposição de instrumentos jurisdicionais, de ordem material e processual, para ultrapassar limitações políticas e ideológicas e alcançar a justiça, a segurança e o bem-estar dos partícipes das relações jurídicas. Diante dessa perspectiva, este trabalho apresentou a vinculação das relações privadas aos direitos fundamentais e da aplicação das tutelas jurisdicionais mandamental e executiva *lato sensu* para que a efetividade do direito possa se realizar de forma específica, quer de forma preventiva, quer de forma ressarcitória, diante dos conflitos jurídicos que surgem naturalmente em uma sociedade de consumo, aos moldes da realidade que o sistema neoliberal tem imposto global e localmente, apresentando para tanto algumas aplicações práticas desses instrumentos processuais na área do direito à saúde no Brasil.

Palavras-chave: Sociedade de consumo. Direitos sociais. Direito à saúde. Tutelas específicas.

Abstract: This present paper sought to show the consumer society as an instrument of the human person conditioning and limiting factor for realization of fundamental human rights, especially social rights, to require the state's jurisdictional provision of tools, from material and procedural order, to overcome its political and ideological limitations, to achieve justice, security and welfare of the participants of legal obligating relationships. Before these perspectives, this work presented the linkage of private relations to fundamental rights and the application of commanding guardianship and *lato sensu* executive remedy, so that the effectiveness of law can be held in a specific way, either preventively or compensatory before legal disputes which arise naturally in a consumer society, as the patterns imposed globally and locally by the neoliberal system, presenting some practical examples of these remedies application in the right to health area in Brazil.

Keywords: Consumer society. Social rights. Right to health. Specific legal remedies.

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Bolsista Prosup/Capes; Pesquisador em Direito Internacional dos Direitos Humanos; Pesquisador do grupo de estudos e pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza; Av. Washington Soares, 1321, Edson Queiroz, 60811-905, Fortaleza, CE; marcuspaguiar@hotmail.com.br

Introdução

A opção por um Estado Democrático de Direito implica a aceitação do Direito como a principal ferramenta para dirimir os conflitos que frequentemente se tornam presentes no seio de uma sociedade plural e dinâmica, cuja participação política ampla se torna imprescindível para a sua estabilidade e paz, além da efetivação das normas e dos princípios consagrados e garantidos pela ordem constitucional vigente, e mais, na proteção e promoção do princípio norteador dos demais: o da valorização da dignidade humana, “base antropológica” (CANOTILHO, 2010, p. 248)¹ do Estado de direito democrático.

Considerando-se que os contratos de consumo respondem por uma quantidade muito grande de relações jurídicas no seio de nossa sociedade, este trabalho procura apresentar alguns instrumentos processuais adequados para garantir, de forma especial, os direitos sociais de cunho não patrimonial, assim como o direito à saúde da pessoa humana, uma vez que, para muitos, tal pessoa, de forma reducionista, em fina sintonia com o sistema político-econômico neoliberal, é qualificada apenas como “consumidor”.

Para tanto, inicialmente, são definidos os contornos e os alcances da sociedade contemporânea, caracterizada como “sociedade de consumo”, e que apesar das propostas de cunho liberal voltadas a uma suposta igualdade de inclusão de todos os seus membros pelo incremento das relações consumeristas, tem se revelado, contrariamente, fomentadora de injustiças sociais.

Procura-se entender como o Estado, sob o fundamento de proporcionar maior eficiência de serviços, antes integralmente prestados pelo poder público (saúde, educação, transporte, segurança, entre outros), tem se afastado de sua obrigação de garantir tais direitos humanos fundamentais, e qual a influência da sociedade contemporânea nesse processo.

A partir desse ponto, a pesquisa busca a possibilidade de fortalecimento do Estado com a participação ativa da sociedade como meio de evitar a manipulação da liberdade das pessoas, no sentido de retirar-lhes a autonomia de decisão e, com isso, prevenir as violações aos direitos sociais, promovendo a utilização dos instrumentos materiais e processuais adequados para a sua efetividade na realidade concreta da vida das pessoas.

Nesse sentido, por conta também da normatividade internacional, especialmente dos tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil, o presente trabalho apresenta os direitos sociais como de aplicação imediata, e que podem ser exigidos judicialmente para sua efetividade, contrariamente às teses que advogam seu caráter meramente declaratório e a aplicabilidade progressiva, de acordo com as possibilidades (leia-se, vontade política) de cada Estado.

¹ Segundo o autor, “A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma *base antropológica* constitucionalmente estruturante do Estado de direito (sic).” Assim como a Constituição brasileira informa em seu Art. 1º, inciso III, ser a dignidade da pessoa humana seu fundamento, a Constituição da República Portuguesa (CRP) dispõe também em seu Art. 1º: “Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana.”

Aponta ainda, a relevância, no Brasil, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), instrumento material e substantivo, essencial para a garantia de tais direitos, para, em seguida, ressaltar a importância das tutelas específicas como meio de efetividade do suprimento jurisdicional, diante da violação de direitos fundamentais sociais, superando o dogma da intangibilidade da vontade humana, de tal forma que a satisfação do credor possa ser alcançada preferencialmente, quer preventivamente, quer de forma ressarcitória, pelo equivalente ao acordado, e não pelo equivalente pecuniário simplesmente.

Por fim, trata da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais também como instrumento de proteção e promoção de tais direitos nas relações privadas, de forma a colocar limites para garantir e promover a dignidade humana.

Dessa forma, a partir de pesquisa doutrinária crítica, da análise de questões jurisprudenciais e de documentos internacionais em matéria de direitos humanos, o trabalho procura trazer elementos práticos para que sejam efetivados direitos de caráter não patrimonial sob a ótica do Direito Constitucional e do Consumidor, sem deixar que questões de ordem econômica se sobreponham ao bem mais precioso que o direito deve proteger e que é a razão da sua existência: a pessoa humana.

1 Consumo e sociedade de consumo

A expansão do sistema econômico do capital apresenta como principais características a acumulação e o consumo, despontando de forma mais dinâmica e vigorosa a partir das grandes Revoluções: Comercial, Industrial e Francesa, com maior ênfase a partir do final do século XVIII.

A primeira delas, a Revolução Comercial, com o impulso das descobertas de novas rotas de navegação e de novas terras. Uma nova perspectiva de satisfação foi gerada; em linguagem de *marketing*, foram criados novos nichos de mercado. Novas necessidades e novos interesses de consumo de bens diferentes dos usuais foram gerados. O comércio surge em um patamar mais complexo: oferta, procura, excedentes, moedas, dinheiro, empréstimos, toda uma nova forma humana de se relacionar surge e se desenvolve (HUBERMAN, 1985, p. 99).

A partir da Revolução Industrial e da Revolução Francesa, no final do século XVIII, tem início a produção em massa, em larga escala, para o enriquecimento de quem detinha o poder de produção de bens e de comercialização destes. Esse é o momento do alvorecer do Estado Liberal, em que os novos escopos dos direitos de liberdade e igualdade (ambos encontrados apenas no seu aspecto formal) surgem, para garantir a livre circulação dos bens, inclusive da propriedade, permitindo um maior impulso aos negócios, amparados pelo advento dos princípios contratuais modernos: autonomia da vontade, liberdade contratual e obrigatoriedade do cumprimento dos contratos, este expresso pelo *pacta sunt servanda*.

Se no período feudal, os objetos tinham apenas valor de uso, quer seja para o consumo próprio ou para pequenas transações por meio do escambo, com a revolução

industrial e o processo de massificação da produção, os bens produzidos despertaram a humanidade, ou melhor, levaram-na a um “amadurecimento” que a fez transpor o simples interesse pelo uso para a necessidade de ter e consumir (DEBORD, 1997, p. 18).² E foi essa mesma revolução, agora enxertada com os ideais revolucionários burgueses, que permitiu a expansão do consumo, que ao longo dos anos, foi adaptando-se aos anseios sociais de cada tempo.

Assim, ainda no final do século XIX, irrompem as lutas de classes (uma nova revolução) em busca de melhores condições de vida para os trabalhadores e maior participação no resultado da cadeia produtiva. Nasce os Estados Sociais, que passam a intervir nas relações privadas, como forma de garantir os direitos sociais, como trabalho, saúde e educação (HUBERMAN, 1985, p. 242).

O movimento constitucionalista do século XX, de feições diversas daquele iniciado no século anterior, este ideologicamente marcado pelos fundamentos políticos do Estado Liberal, foi um dos mais importantes precursores jurídicos da proteção e da garantia dos direitos sociais, como ensina Comparato (2010, p. 189): “A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (Arts. 5º e 123).”

E, posteriormente, segundo Bontempo (2008, p. 57, grifo nosso):

A Constituição de Weimar (1919), a seu turno, aprimorou o Estado da democracia social delineado pela Constituição mexicana de 1917. Acrescentou à clássica declaração de direitos e garantias individuais – instrumentos de defesa contra o Estado, delimitação do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públicos não estavam autorizados a invadir – os direitos sociais.

Apesar do esforço da constitucionalização dos direitos sociais ter reforçado a importância da valorização da dignidade da pessoa humana, e abraçado a proteção, a garantia e a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais para a plena realização do indivíduo, e a justificação do sentido da existência do Estado, quer entendido como Estado Social, ou Estado de Bem-estar Social (*Welfare State*), ou simplesmente, Estado Democrático de Direito, percebe-se, da análise das situações fáticas do dia a dia concreto das pessoas, inseridas em uma realidade cultural individualista, em um sistema econômico-político neoliberal, um injustificável desrespeito à efetivação dos direitos fundamentais, ou, uma insustentável justificativa para não realizá-los.

Em meio a todas as questões jurídicas, políticas e econômicas que assolaram a modernidade, marcadamente nesses novos tempos, dois outros fatores de massificação foram desenvolvidos para alimentar a estrutura do capital: o tecnológico e a comunicação de massa. A tecnologia proporcionou maior dinamicidade à ânsia de acumulação do capital, e os meios de comunicação foram e são os instrumentos de alimentação de

² Afirma ele: “A primeira fase da dominação da economia sobre a vida social acarretou, no modo de definir toda realização humana, uma evidente degradação do *ser* para o *ter*. A fase atual, em que a vida social está totalmente tomada pelos resultados acumulados da economia, leva a um deslizamento generalizado do *ter* para o *parecer*, do qual todo ‘ter’ efetivo deve extrair seu prestígio imediato e sua função última.”

conformação ao sistema, parindo a sociedade de consumo, conforme explica Baudrillard (2010, p. 56):

A sociedade de consumo, no seu conjunto, resulta do compromisso entre princípios democráticos igualitários, que conseguem aguentar-se com o mito da abundância e do bem-estar, e o imperativo fundamental de manutenção de uma ordem de privilégio e de domínio.

Os mitos da igualdade e do crescimento alimentam a esperança de inclusão na sociedade, mas esta é feita segundo os padrões ditados pelo sistema do capital, agora em sua fase globalizante,³ que qualifica as pessoas, no final das contas, em consumidor e não consumidor, como bem atesta o pensamento de Venosa (2009, p. 358):

Não há mais fronteiras para o capital. Abastado é aquele que consegue produzir e consumir. Pobre será aquele que não produz e não consome! A empresa, pouco interessando as barreiras representadas pelas fronteiras geográficas ou políticas, interessa que todos consumam.

Aqui se defronta com outra realidade que também teve maior impulso a partir do Estado liberal moderno, a dos contratos. Consumir implica em contratar. Não é mais a propriedade, *stricto sensu* imobiliária, que fomenta a riqueza, mas os contratos.

Não cabe no escopo limitado deste trabalho dissertar sobre a importância dos contratos, mas é necessário que se diga que os contratos são “negócios de massa” e que, em sua maioria, hoje não acontecem mais entre pessoas físicas, mas entre a empresa, o Estado e o “consumidor final” (VENOSA, 2009, p. 358).

Em razão do reconhecimento que a paridade contratual é outro mito do Estado liberal, o Estado contemporâneo intervém nas relações privadas para proteger o consumidor que, acima de qualquer qualificação, continua sendo uma pessoa, e como tal, merecedora do respeito e da promoção de sua dignidade humana.

Pode-se inferir, então, que a lei faz uma nítida discriminação em favor do consumidor diante dos sujeitos envolvidos na relação de consumo, como bem aponta Nunes (2005, p. 36): “Da mesma forma é de observar que a Constituição reconhece a vulnerabilidade do consumidor [...] O texto constitucional refere-se à defesa do consumidor, o que pressupõe que este necessita mesmo de proteção.”

Tal garantia, no seu aspecto jurídico, ocorre por meio de uma legislação protetora, para evitar abusos ou minorá-los, quando se está diante de relações jurídicas do tipo obrigacionais, como já dito, frequentes na realidade de consumo de quase todo o mundo.

Na atualidade, as pessoas, paradoxalmente,⁴ têm se afastado cada vez mais umas das outras, na mesma proporção que se relacionam mais intimamente e em maior

³ Sobre a globalização, afirma Bourdieu (1998, p. 48) que: “É um mito no sentido forte do termo, um discurso poderoso, uma ‘idéia-força’, uma idéia que tem força social, que realiza a crença. É a arma principal das lutas contra as conquistas do *welfare state* [...]”

⁴ O desenvolvimento da tecnologia, da informática e dos transportes tem aproximado as pessoas dos lugares mais longínquos, no sentido de permitir o conhecimento de sua cultura, de seus desejos e mesmo de sua existência *in real time* (ou *on-line*).

profusão com os objetos (mercadorias) que lhes são propostos cotidianamente como instrumentos de satisfação e realização pessoal, de forma a atender o que Baudrillard (2010, p. 13) denomina “celebração do objeto”, em torno dos quais, seus adoradores os cultuam no templo sagrado do mercado de consumo.

“O consumo invade toda a vida” (BAUDRILLARD, 2010, p. 18), penetrando a cotidianidade onde quer que o homem contemporâneo esteja, isto é, na política,⁵ no trabalho, no lazer, na religião, enfim, em tudo.

Apesar dos investimentos feitos pelo Estado no fomento ao consumo como meio de se desenvolver, a grande questão é saber se eles tem gerado iguais possibilidades de desenvolvimento individual, o que parece não estar ocorrendo, quando se observa a disparidade na distribuição de renda e outras inversões sociais; desse modo, a abundância de bens não tem sido um indicador adequado da justiça social.

Nesse sentido, o Brasil é a 6ª economia mundial, de acordo com o Fundo Monetário Internacional (FMI),⁶ sob o critério de geração de riquezas por meio do Produto Interno Bruto (PIB) e ocupa a 84ª posição em relação ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH),⁷ proposto pelas Nações Unidas, que revela uma configuração mais próxima da realidade do desenvolvimento humano.

Percebe-se, assim, que a sociedade de consumo erige o mito da igualdade como intrinsecamente unido ao da felicidade, fundamentados na liberdade de consumir, mesmo sabendo que muitos serão excluídos desse movimento. Por isso, afirma enfaticamente Baudrillard (2010, p. 82) que: “A liberdade e a soberania do consumidor não passam de mistificação.”

Nesse contexto, os *mass media* funcionam como catalisadores do processo de consumo, uma vez que potencializam o valor das mercadorias, criando “necessidades” para as pessoas, ressaltando o símbolo e o significado de ter a coisa a consumir, mais do que a própria coisa, de forma que, como a linguagem, comunica aos demais membros da sociedade contemporânea o que o consumo do objeto significa.

Disso atribui-se a importância do sistema de crédito na sociedade de consumo, pois por meio dele se abrem as possibilidades de acesso ao mundo da “felicidade” abundante que se leva a crer que o consumo proporciona. Entretanto, a não regulação do sistema como um todo, de crédito, consumo, produção, pode gerar o endividamento individual, familiar e social, uma vez que a promoção de políticas de crédito ao consumo implica o descaso pela poupança e pelo planejamento sóbrio das necessidades reais das pessoas.

O Estado atua como um incentivador do consumo, beirando a coação quando alega que o desenvolvimento nacional passa pela disposição dos cidadãos de consumir, quase como um dever cívico. Por isso, paralelamente às facilidades de crédito, de isen-

⁵ Llosa (2013, p. 118) afirma que: “Já vimos que, no compasso da cultura reinante, a política foi substituindo cada vez mais ideias e ideais, debate intelectual e programas, por mera publicidade e aparências.”

⁶ No que se refere ao PIB nominal per capita do Brasil, que é da ordem de US\$ 12,788.56, ocupa a posição 54 no *ranking* do FMI, dado revelador da assimetria na distribuição de renda interna (FMI, 2012).

⁷ Conforme o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2011, elaborado pelo Programa das Nações Unidas sobre o desenvolvimento (ONU, 2011).

ções fiscais e outros fatores motivacionais do consumo que se coloca à disposição das organizações empresariais privadas e da própria sociedade, faz-se necessário que o Estado, por meio do seu poder de mando, estabeleça critérios políticos e jurídicos essenciais à proteção dos consumidores, como forma de frear o ímpeto infatigável das grandes organizações pelo lucro, como consequência do fomento ao consumo, e, especialmente, pela necessidade de proteção dos direitos humanos fundamentais.

Nessa arena (mercado de consumo), há ainda o embate entre a liberdade de consumir e a de não violação das consciências individuais.⁸ Por isso se entender mais uma razão para a necessidade de regulação desse mercado. Além disso, está entre os objetivos fundamentais da República brasileira, conforme disposto no Artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal, “[...] construir uma sociedade livre, justa e solidária”, tarefa praticamente impossível quando se permite que um sistema dessa natureza (fomentador do consumo) seja autorregulável.⁹

Os meios de comunicação aliados à publicidade são os construtores principais do processo de simulação da realidade da vida, melhor dizendo, elaboram a realidade que será experienciada pelos indivíduos, de forma a que as pessoas concebam o que lhes é posto como natural. E mesmo diante do questionamento se há falta de escrúpulos dos publicitários ou se as pessoas desejam ser seduzidas ou enganadas, importa saber que há, de fato, questões éticas e situações que caracterizam a violação da liberdade de consciência da pessoa humana.

Diante desse contexto da sociedade contemporânea local e mundial, essencialmente marcada por uma política de globalização econômica e ideológica, cuja característica marcante tem sido o fetichismo das necessidades naturais humanas e sua recriação como objetos de consumo, sob o aspecto social, e o afastamento do Estado de políticas públicas eficazes e efetivas para sua população,¹⁰ sob o aspecto econômico e político, faz-se imperativa a ação da sociedade para exigir desse mesmo Estado a justa proteção de seus membros contra a violação de seus direitos humanos fundamentais, para que não sejam apenas elementos retóricos, mas limitadores e promotores das condutas dos entes estatais, em busca de alcançar uma existência digna para todos e cada um.

O fortalecimento do Estado por meio da participação ativa da sociedade no processo de elaboração, efetivação e controle de políticas públicas é um passo necessário para defender ambos da proposta individualista e excludente que tem sido fomentada pela sociedade de consumo, que, no dizer de Bourdieu (2001, p. 34) é “[...] oposta à visão solidarista que a história do movimento social inscreveu nas estruturas sociais e nas es-

⁸ Vale lembrar aqui a importância também da consciência no sentido de lucidez e de percepção da realidade, que Debord (1997, p. 58) atribui ao “proletariado” (trabalhadores e classe média em geral), no processo de libertação da hegemonia dominante do sistema econômico e político.

⁹ Afirma apropriadamente Baudrillard (2010, p.102) que “A *possessão* dirigida de objectos e de bens de consumo é individualizante, dessolidarizante e desistoricizante.” (sic).

¹⁰ Segundo Bourdieu (2001, p. 56), “O neoliberalismo visa destruir o Estado social, a mão esquerda do Estado [...] O caso mais exemplar é o da saúde, que a política neoliberal ataca por dois lados, contribuindo para o aumento do número dos doentes e das doenças (por meio da correlação entre a miséria – causas estruturais – e a doença: alcoolismo, droga, delinquência, acidentes de trabalho, etc.) e reduzindo os recursos médicos, os meios de tratamento.”

truturas cognitivas das sociedades europeias” e que serviram de base para o desenvolvimento de cunho socialdemocrata de outros países além dessas fronteiras.

2 Relações de consumo e o direito à proteção do consumidor

A relevância da lembrança do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – é inquestionável, considerando as inúmeras obrigações contratuais que se referem às relações consumeristas, com a finalidade de consumo final de produtos ou serviços, e que se caracterizam pela presença, de um lado, de uma pessoa, quer física quer jurídica, denominada pelo Código de Defesa do Consumidor, “fornecedor”,¹¹ podendo ser caracterizado por aquele que fabrica, pelo que distribui ou pelo que comercializa, todos podendo responder solidariamente por eventuais danos causados à outra pessoa, aquela que está na outra ponta da cadeia de consumo, o “consumidor”.¹²

Além do envolvimento dos fornecedores, como participantes da cadeia de fornecimento de produtos e serviços, não se pode esquecer do Estado,¹³ o grande protagonista de toda essa relação de consumo, quer seja como interventor indireto no mercado, a partir do seu poder de tutelar juridicamente o consumo, via ação legiferante, como artífice das leis, inclusive do próprio CDC; quer seja por meio de políticas econômicas e sociais, as ditas políticas públicas, via ação executiva ou administrativa; e, finalmente, quer seja por meio da função judiciária como aplicador e guardião da lei.

O direito caminha ao lado dos fatos, ou melhor, segue-os. E assim, a perspectiva do surgimento de novos direitos ao longo do século XX, como os econômicos, culturais, ambientais e bioéticos, traz também novas exigências impostas à sociedade e ao Estado.

As grandes guerras alertaram o homem da necessidade de protegê-lo de si mesmo e dos seus pares, de estabelecer novos parâmetros de atuação do Estado, mas também de limites para a liberdade de contratar, autonomia de satisfazer às próprias necessidades patrimoniais por meio de negócios; por isso a função social da propriedade e de outros institutos jurídicos, além da própria função social dos contratos.

Contrato, aqui, como acordo de vontades para satisfação de interesses, prenes de uma função econômica, e agora com a exigência de satisfação também de uma função social, elevando os interesses da comunidade acima dos particulares, buscando também nas relações negociais, como valor supremo, os direitos fundamentais, conforme corrobora o pensamento de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 45):

A socialização da idéia de contrato não é ideia nova. A partir do momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando

¹¹ CDC, Art. 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (BRASIL, 2003).

¹² CDC, Art. 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.” (BRASIL, 2003).

¹³ Segundo Assis (2007, p. 69): “O fim último desta comunidade política é o bem comum, cuja expressão dá-se com a promoção equitativa dos direitos e deveres fundamentais elencados na constituição, com abertura para os direitos humanos.” (sic).

o ultrapassado papel de mero expectador da ambiência econômica, a função social do contrato ganhou contornos mais específicos.

Mas toda essa nova visão social dos negócios tem como essência os fundamentos estabelecidos por nossa Carta Magna que em seu Artigo primeiro¹⁴ proclama a dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser garantido.

É essa mesma Constituição que expressa no seu preâmbulo a chave para a sua leitura, interpretação e programa de qualquer governo estabelecido, a ser cumprido em nosso Estado Democrático de Direito: “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar [...]”, entre outros, como “[...] valores supremos de uma sociedade fraterna.” (BRASIL, 2012).

E é ainda essa mesma Norma Excelsa, diretriz do Estado Brasileiro, que propõe garantir como direito fundamental a todos, brasileiros e estrangeiros, o supremo direito à vida (expresso no seu Art. 5º) e o direito à saúde (Art. 6º); e que se autoimpõe como objetivo fundamental de qualquer programa de governo “a promoção do bem de todos”, conforme dispõe o Art. 3º da Constituição Federal pátria.

Essa abordagem sintética dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, especialmente o da valorização da dignidade humana, da vida e da saúde, tem uma razão de ser: mostrar que se pode exigir do Estado o cumprimento de seus deveres constitucionais, seja no âmbito legislativo (na elaboração de novas normas), executivo (por meio da consecução de suas políticas públicas), ou judiciário (no controle das atividades parlamentares e executivas), bem como é cabível a extensão dos direitos fundamentais às relações de ordem privada.

Há uma exigência jurídico-constitucional de elaboração das novas normas e de interpretação das que estão postas no nosso ordenamento jurídico, no sentido de que toda a normatividade infraconstitucional deva estar em harmonia com os princípios constitucionais, particularmente os já incansavelmente descritos: da valorização da pessoa humana e dos direitos à vida e à saúde.

Assim, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, como microsistema de regulação específica de determinadas relações jurídicas, as relações de consumo, e de proteção de certos sujeitos, os consumidores, deve ter sua interpretação também alumia-da pelas diretrizes, direitos e princípios fundamentais elencados na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados e em vigor no Brasil.

Apesar da proclamação da indivisibilidade dos direitos humanos pela Declaração de 1948, o contexto ideológico da Guerra Fria levou a Organização das Nações Unidas, quando da tentativa de vincular formalmente os Estados à efetivação de tais direitos, a apresentar dois Pactos Internacionais com categorias distintas de direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos em 1966, dando início às interpretações

¹⁴ CF, Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

divergentes quanto à aplicabilidade imediata dos direitos dispostos no segundo, em razão das prestações positivas (obrigações de fazer) que portavam e da necessidade de investimentos dos Estados para sua efetivação.¹⁵

Os desafios de concretização dos Direitos Humanos na ordem nacional, especialmente os sociais, mesmo reproduzidos substancialmente no catálogo de direitos constitucionais fundamentais, entende-se mais como uma questão ideológica do que propriamente científica, financeira ou orçamentária, isto é, uma questão de opção (vontade) política (PIOVESAN, 2010, p. 101).

Como dito anteriormente, a sociedade de consumo contemporânea não nasce alheia ao Estado nem às grandes corporações privadas, mas é fruto, muitas vezes, da subserviência do primeiro às elites financeiras, com a finalidade de mantê-las no poder, econômico e político, afastando do Estado sua finalidade essencial: garantir materialmente uma existência digna para cada uma das pessoas. Daí a necessidade de valorização dos instrumentos judiciais (e extra judiciais), especialmente de cunho processual, como forma de garantir a prevalência dos direitos humanos fundamentais.

3 Tutelas específicas, preventivas e ressarcitórias

Há muito já se deixou para trás a ilusão imposta pelo Estado Liberal do século XIX, de que bastava a disposição legal de que “todos são iguais perante a lei” para que a igualdade se impusesse por si só. O direito, como instrumento de pacificação social, de prevenção e eliminação de litígios e de busca pela justiça real, impõe a essa mesma sociedade que o cria, as normas adequadas para a busca dessa igualdade substancial. E o Código de Defesa do Consumidor é um desses instrumentos essencialmente necessários para os dias atuais.

Um dos institutos jurídicos mais relevantes e, ao mesmo tempo, mais banalizados é o da responsabilidade civil. Qualquer descumprimento de deveres e obrigações jurídicas é imediatamente substituído pelo equivalente pecuniário, em dinheiro, quando se alcança a tutela jurisdicional.

Se o município, por exemplo, tem que garantir a vida e a saúde dos membros de sua comunidade, tendo assim, sob a ótica do direito obrigacional, uma “obrigação de fazer”, em favor de seus habitantes, aqui juridicamente também considerados credores, e aquele descumpra seus deveres, simplesmente se substitui a obrigação não cumprida por um “equivalente” em dinheiro, sem contar a grande dificuldade de efetivação dessa tutela, especialmente diante dos entes estatais.

¹⁵ Hoje, já se percebe com maior clareza que as obrigações negativas do Estado também podem requerer planejamento orçamentário e investimentos de recursos financeiros para cumprir com tais prestações. Assim, a título de exemplo, alertam Abramovich e Courtis (2004, p. 24) que “Vale a pena repassar mentalmente a grande quantidade de recursos destinados a se efetivar, por exemplo, o direito de propriedade, por meio da organização de distintos serviços públicos.” No original: “Vale la pena repasar mentalmente la gran cantidad de recursos destinados a hacer efectivo, por ejemplo, el derecho de propiedad, a través de la organización de distintos servicios públicos.”

Vale lembrar que cumprimento de obrigação advinda de relações contratuais, por exemplo, de compra e venda e prestação de serviço, não significa mais, hoje, apenas a entrega do bem ou a prestação do serviço em si mesmo, mas aquele mesmo movimento vinculativo e reflexivo de valorização dos princípios e direitos fundamentais constitucionais, permeia também o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, normas reguladoras de relações privadas.

Dessa forma, mesmo fazendo a entrega dos produtos e/ou prestando serviços adequados, esses fornecedores podem ser considerados inadimplentes, descumpridores de suas obrigações, caso, por exemplo, o consumidor não tenha sido objetivamente esclarecido em relação às informações de risco pertinentes ao objeto de consumo, e esse defeito de serviço, diante de um dano sofrido pelo credor, pode gerar a responsabilização de qualquer um dos fornecedores inseridos na cadeia de consumo, e não apenas a responsabilidade no âmbito civil, mas também criminal.

O anteriormente referido ocorre por conta do princípio da boa-fé objetiva,¹⁶ que impõe um dever de conduta ética para os contratantes, fundamentado no princípio da função social dos contratos, já aqui lembrado, cuja origem remonta ao princípio da valorização da dignidade humana. Condutas esperadas de qualquer pessoa, possuidora da mesma dignidade, entre elas, honestidade, lealdade, interesse pelo outro, e de informação.

Diante de um inadimplemento, contratual ou extracontratual, a prioridade não deve ser a substituição da prestação pelo equivalente pecuniário somente se assim o credor quiser, mas o cumprimento da obrigação como acordado, tanto a de dar, como a de fazer. Juridicamente falando, significa priorizar a tutela específica sobre a tutela resarcitória, que na prática ocorre por meio do uso de meios de coerção indireta, para que se faça o que se está obrigado juridicamente a cumprir.

O grande empecilho levantado por muitos doutrinadores é que, diante daquela coerção indireta, estar-se-ia ofendendo “o dogma da intangibilidade da vontade humana”, isto é, tratando-se a liberdade como um bem maior e inatacável, o descumprimento das obrigações de fazer e não fazer somente se poderia resolver em perdas e danos, pois ninguém poderia ser coagido a realizar um fato. Essa ideia remonta aos princípios liberais do século XIX e que há muito já vem sendo afastada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 90).

Na realidade, o que se pretende afirmar é que, sem um instrumento coercitivo adequado e efetivo, diante do não cumprimento de deveres jurídicos, a atividade jurisdicional não passaria de letra morta e perda de tempo, e que as clássicas sentenças declaratória, constitutiva e condenatória não alcançam o ideal de justiça diante dos danos causados, em especial, pelo não cumprimento dos direitos sociais de caráter não patrimonial.

¹⁶ Afirma Diniz (2008, p. 34) que tal princípio está ligado “[...] a interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíprocas [...] É uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas.”

O que se busca então, não é o ressarcimento pelo dano causado, mas uma efetiva tutela preventiva, não alcançada pelas sentenças tradicionais anteriormente elencadas, conforme a célebre classificação trinitária, criticada por Marinoni (1998, p. 36) que afirma:

A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior a sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória. Quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano.

É com esse intuito preventivo da tutela jurisdicional que Marinoni, diante da não efetividade das ações processuais tradicionais, “[...] conduz à inevitável exigência de uma outra modalidade de técnica processual – a mandamental – como a única adequada para a tutela inibitória. A técnica *mandamental* de tutela jurisdicional é construída por uma *ordem* ligada a uma *técnica de coerção indireta*.” (sic) (MARANHÃO, 2003, p. 107).

A referida técnica processual mandamental encontra-se em conformidade com o disposto no Código de Processo Civil (CPC), em seu Art. 14, inciso V, parágrafo único, como seguem, respectivamente:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

[...]

V – cumprir com exatidão os *provimentos mandamentais* e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

[...]

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, *sem prejuízo das sanções criminais*, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Conforme o exposto, esses provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* contêm ordem e podem ensejar a punição criminal pela desobediência (MARANHÃO, 2003, p. 129).¹⁷

As principais diferenças entre o provimento mandamental e o executivo *lato sensu* são a eficácia preponderante e o grau de imperatividade, pois

[...] enquanto no provimento executivo a sanção criminal integra o núcleo conceitual, pois funciona antes como coerção indireta criminal e só subsidiariamente com função sancionatória punitiva, no provimento mandamental, ao contrário, a própria sanção processual tem função coercitiva, não necessitando a ordem nele emitida. (MARANHÃO, 2003, p. 135-136).

¹⁷ Código Penal, Art. 330, *in verbis*: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.”

Ainda, conforme Maranhão (2003, p. 132):

Entende-se, portanto, que o provimento fundado no § 5º dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC contém, sempre, uma “ordem” judicial: conforme venha essa ordem assistida por técnicas de coerção indireta (multa diária, por exemplo) ou por técnicas sub-rogatórias (busca e apreensão, interventor, administrador), o provimento judicial terá, respectivamente, natureza “mandamental” ou executiva *lato sensu*.

As redações dos Arts. 84 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do 461 do CPC dispõem, respectivamente, o seguinte:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou.

Maranhão (2003, p. 169), tratando dos meios executivos para a efetivação da tutela específica, de coação e de sub-rogação, afirma que os primeiros “[...] se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve”, assim são: as multas, o arresto medidas restritivas de direito, como suspensão para exercer ofício ou profissão, imposição de contrapublicidade ao anúncio enganoso, e publicação da sentença em jornal de grande circulação às custas do fornecedor.

Já os meios de sub-rogação são realizados pelos órgãos jurisdicionais em favor do credor, independentemente da vontade do devedor, como:

[...] apreensão direta das coisas determinadas a que o credor tem direito (a famosa busca e apreensão); apreensão das coisas do devedor para convertê-las em dinheiro para satisfazer o credor; realização direta da atividade devida pelo devedor, se possível; o emprego da força para impedir que o devedor realize uma atividade que está obrigado a não fazer; a nomeação de um interventor, para administrar determinada empresa. (MARANHÃO, 2003, p. 170).

4 Tutelas específicas nas relações de consumo

A Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), trouxe inovações importantes no que se refere às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, direitos difusos e coletivos, com aplicação das técnicas mandamental e executiva *lato sensu*.

Acrescenta ainda Maranhão (2003, p. 126):

Além disso, a grande vantagem do sistema brasileiro reside em que, como regra geral, a lei está facultando (*rectius*: a Constituição da República está determinando) ao julgador do caso concreto que preste uma tutela jurisdicional efetiva e adequada às necessidades do direito ou da situação substancial, quando veiculada a pretensão em demanda de relação processual única.

Obviamente, essas decisões judiciais devem sempre ser amparadas pelo princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, observando-se a adequação no caso concreto.

A tutela jurisdicional preventiva, prevista constitucionalmente no Art. 5º, XXXV, (“inafastabilidade de apreciação judicial de lesão ou ameaça de direito”), pode se caracterizar nas relações de consumo, especialmente em relação aos abusos de mercado frente a contratos de prestação de serviços na área da saúde, publicidade enganosa, contratos a distância, comércio eletrônico. Ela visa a um resultado prático exato ao consumidor.

Esta seção também se remete à superação do dogma da intangibilidade humana no sentido de se priorizar a tutela específica, tanto das prestações positivas quanto negativas, sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.

Inserido em uma realidade global de supremacia do capital, o Brasil também tem seguido políticas neoliberais de diminuição de investimentos sociais, especialmente no que se refere à saúde. Aqui se pode ressaltar também a importância da aplicação das tutelas jurisdicionais específicas, com a finalidade de garantir tais direitos sociais (de conteúdo não patrimonial) às pessoas, que na qualidade de “consumidores” dos servi-

ços, tem seus direitos garantidos por meio do microsistema de proteção do consumidor (CDC), normatividade específica, de ordem pública e essencialmente principiológica.¹⁸

A sociedade de consumo se manifesta não apenas por meio da massificação do uso de bens, mas, hoje, com o desenvolvimento tecnológico e a informática, tem-se desenvolvido de forma intensa o “consumo de serviços”, em que a prestação de serviços, especialmente por intermédio das obrigações de fazer, de realizar um ato, tem superado quantitativa e qualitativamente o comércio de produtos.

A intervenção estatal, tanto no plano do direito material quanto no processual, tem sido de fundamental importância para a garantia dos direitos dos consumidores, especialmente frente àqueles direitos de caráter não patrimonial, cujo valor pode ser considerado apenas estimativo, como os culturais e os relativos à vida e à saúde humana, enfim, de valores intangíveis.

Um caso de especial relevância na sociedade contemporânea, por conta mesmo das políticas neoliberais de desregulamentação e desinvestimento nos setores sociais, tem sido o setor da saúde, de inquestionável valor para a garantia da dignidade humana.

O dirigismo contratual, forma de intervenção estatal nas relações privadas, acabou por criar mecanismos regulatórios dessas obrigações, considerando a fragilidade da “liberdade contratual”, em que o usuário não tem participação no conteúdo do contrato de prestação de serviços, permanecendo apenas a liberdade de dizer se contrata ou não, chamada “liberdade de contratar”.

Mesmo com a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, para a garantia dos direitos à saúde, e normas jurídicas de regulação específica dos planos privados de assistência médica e hospitalar, como a Lei n. 9.656 de 1998, a ação estatal ainda tem sido insuficiente para enfrentar a voracidade do mercado, que privilegia quem tem (dinheiro) e quem gasta (consumo).

Nessa área do direito do consumidor específica do direito à saúde, também se buscam as tutelas jurisdicionais, tanto com função preventiva, por meio de tutelas específicas para impedir a prática do ilícito, e também como função repressiva, por intermédio de tutela ressarcitória na forma específica, para alcançar o *statu quo ante*, conforme Maranhão (2003, p. 219):

[...] iv) quando a tutela jurisdicional específica tem função preventiva (do ilícito ou do inadimplemento), almeja um resultado prático *correspondente*; quando a tutela jurisdicional específica tem função repressiva (do dano), aspira um resultado prático *equivalente*; v) o resultado prático correspondente e o resultado prático equivalente são resultados específicos; [...] (sic).

A tutela inibitória, como espécie de tutela específica de conteúdo mandamental, tem aqui seu campo de aplicação sobre matéria de publicidade enganosa, cláusulas contratuais abusivas, publicidade de medicamentos, entre outras.

¹⁸ Comentando o Art. 1º do CDC, Grinover et al. (2004, p. 24) afirmam que: “Destaque-se que as normas ora instituídas são de *ordem pública e interesse social*, o que equivale a dizer que são *inderrogáveis* por vontade dos interessados em determinada relação de consumo.”

Podem ser ensejadas demandas coletivas relativas à abusividade de reajustes de mensalidades dos planos privados de assistência médico-hospitalar para se evitar a exclusão de quem já possui um plano de saúde, ou para evitar que outros sejam inibidos de usufruir desses serviços, visando às suas condições econômicas, devendo-se considerar que a saúde não protege apenas a vida, mas também a dignidade humana.

A lógica, diante da alegação de onerosidade excessiva, é o favorecimento do direito à saúde do cidadão-consumidor, frente ao direito ao lucro do fornecedor e do não cumprimento do dever do Estado de garantir o direito fundamental à saúde. A fiscalização administrativa e o controle judicial¹⁹ são as ferramentas do Estado para a efetividade dos direitos fundamentais em questão.

Cabível a tutela inibitória, coletiva ou individual, visando impedir a utilização de cláusulas abusivas nos contratos com os planos de saúde que, por exemplo, restrinjam o número de consultas, de diárias em Unidade de Tratamento Intensi (UTI), por meio de ordem de “não fazer” sob pena de multa.

Outra situação bastante comum no Brasil é a do usuário inadimplente com suas mensalidades, internado em hospital. Mais efetivo e adequado do que a multa diária é a técnica da subrogação manifestada pela presença do oficial de justiça acompanhado de reforço policial para impedir a remoção do internado.

Vale lembrar, como dispõe Maranhão (2003, p. 239):

Fique claro que a tutela coletiva na defesa de interesses individuais homogêneos, fundada no art. 91 *et. seq.* do CDC, pressupõe contrato de adesão e é voltada para o passado, determinando a devolução dos valores das mensalidades pagas a maior. Não se confunde com a tutela coletiva inibitória, fundada no art. 84 do CDC, que abrange interesses difusos e coletivos dos potenciais consumidores que ainda não contrataram o plano de saúde, justamente pelos preços abusivos e excludentes.

O dever de informação é considerado essencial nas relações obrigacionais a ponto de ensejar o inadimplemento contratual diante da sua omissão, ou conduta defeituosa. Tal procedimento se deve à positivação no ordenamento material, em especial no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, do princípio da boa-fé objetiva, como procedimento padrão que se deve esperar de todos e que manifesta as características de lealdade e de confiança nas relações obrigacionais.

Percebe-se concretamente a realização da hipótese citada quando o fornecedor, por meio de oferta pública de seus produtos e/ou serviços, não esclarece adequadamente as qualidades, especialmente as de risco, de seus bens ou serviços.

Assim, dispõe o Código Civil sobre a boa-fé objetiva:

¹⁹ Das lições de Appio (2009, p. 61), tem-se que: “Na atual conformação do Estado brasileiro contemporâneo, a divisão de funções deve ser melhor definida já que o Poder Judiciário e o Ministério Público tem uma função comum de controle, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Sua função precípua e mais importante consiste em controlar a atividade dos demais Poderes.”

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Nesse caso, deve-se lembrar que a informação defeituosa ou o vício de informação por si só caracteriza ato ilícito, e o CDC protege o consumidor por meio de diversos dispositivos, entre eles:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

[...]

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

É vedada, com base no Art. 37, § 2º, do CDC “[...] a publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.” Aqui é difícil a tutela preventiva, sendo mais adequada a de remoção do ilícito. Seria o caso do expurgo de toda publicidade, inclusive via eletrônica.

O Código Brasileiro de Alimentação (Decreto-Lei n. 209, de 27 de fevereiro de 1967), que dispõe sobre a proteção da saúde individual e coletiva, regula também os deveres de informação que os fornecedores de alimentos devem apresentar na rotulagem e na apresentação dos produtos.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por meio de suas Resoluções, em especial a RDC n. 21, de 26 de janeiro de 2001, permite a submissão de alimentos a doses controladas de radiação ionizante, desde que não excedam os limites técnicos²⁰ por ela fixados, juntamente com a Comissão Nacional de Energia Nuclear. Há exigências de que as informações contidas nas embalagens pelo menos indiquem o grau de ionização do produto, para garantir a liberdade de escolha do consumidor, o que não tem sido cumprido satisfatoriamente, incorrendo o consumidor desses produtos no risco de ingerir um produto com uma quantidade de radiação ionizante que venha a interferir com seu código genético.

²⁰ Em conformidade com a RDC n. 21, “[...] serão consideradas radiações ionizantes apenas aquelas de energia inferior ao limiar das reações nucleares que poderiam induzir radioatividade no alimento irradiado.”

Como lembra Maranhão (2003, p. 258), falando das formas de tutela específica preventiva dos direitos não patrimoniais, que estas “[...] podem consistir, também na tutela de remoção do ilícito (também chamada de reintegratória), conjugada com a técnica executiva *lato sensu*, assistida por técnicas de sub-rogação.”

Seria o caso, por exemplo, da aplicação da tutela de remoção do ilícito, no caso da operadora de plano de saúde, que tem o dever de ofertar a contratação do plano-referência, e não o faz. Caso a operadora se negue, é possível a tutela específica efetivada mediante nomeação de administrador provisório, para que seja realizado o contrato com o usuário, que seria uma forma de garantir ao usuário o direito de acesso ao serviço essencial de assistência médico-hospitalar, ainda que privado.

Exemplos de efetivação da tutela de remoção do ilícito, no que se refere a anúncios publicitários abusivos ou enganosos, podem ocorrer por meio de busca e apreensão, remoção de coisas ou desfazimento, desligamento dos telefones (no caso de empresas que prestam serviço de *call center*), e suspensão ou interdição da atividade; o importante é que se deve “[...] optar, sempre, pela medida mais efetiva e adequada ao consumidor e, ao mesmo tempo, pela medida mais efetiva e adequada ao consumidor [...]” (MARANHÃO, 2003, p. 261).

O Art. 102, do CDC, dispõe sobre a tutela de remoção do ilícito por omissão do Poder Público na fiscalização e na imposição de sanções administrativas que lhe são próprias, a saber:

Art. 102. Os legitimados a agir na forma deste Código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o Território Nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

Assim, pode parecer abusiva a nomeação de um administrador provisório para atuar na empresa com a finalidade de impedir que seja praticado um ato ilícito, ou mesmo, a designação de oficial de justiça para, com o auxílio de força policial, impedir que determinada empresa ou pessoa exerça atividade que possa causar prejuízos à coletividade, mas é preciso lembrar que há uma superioridade de valor da saúde do consumidor sobre o patrimônio do fornecedor. E é esse ponto que a decisão judicial²¹ quer realizar concretamente.

Além disso, tal conduta ofende o Art. 13, parágrafo único, III, da Lei n. 9.656/98, que impede “[...] a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular.”

²¹ Versando sobre o tema da Constitucionalização e Judicialização das relações sociais, Barroso (2010, p. 391) lembra da importância da atividade judiciária para a concretização dos direitos fundamentais: “O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso.”

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o caso de um paciente portador de esclerose múltipla, que passou a precisar do medicamento Beta Interferon e a operadora no início aceitou a cobertura, mas ameaçou interromper o fornecimento do medicamento, deferiu a tutela antecipatória ordenando à operadora que não interrompesse o fornecimento do medicamento, sob pena de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia, como se pode aclarar no excerto no voto do Relator:

Embora se afirme que uma beneficiária direta e imediata fora a paciente Zélia de Mello, em favor de quem foi deferido o pedido liminar para a continuidade do fornecimento da droga “beta interferon”, a tutela jurisdicional propiciada não irá permitir que apenas essa consumidora enferma se beneficie da decisão judicial. Em última análise, todos os consumidores aderentes do plano de saúde oferecido pela recorrente poderão se beneficiar com uma decisão judicial que venha a decretar a nulidade das cláusulas que estiverem contrárias a direitos tutelados pela Magna Carta e pela legislação infraconstitucional correlata e compila a recorrente a alterar os termos do contrato, caso se comprovem as alegações feitas pelo recorrido. O interesse da paciente Zélia, sem dúvida, é individual, mas o que realmente se sobreleva, no caso *sub examen*, é a defesa de todos os contratantes do plano de saúde, pela relevância social atribuída aos interesses da coletividade, mormente por se tratar da saúde. (BRASIL, 2001).

5 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, sob a ótica do Estado Liberal ou do Social, sempre foram vistos como deveres impostos ao Estado em relação aos indivíduos, ou de abstenção, como na primeira forma de Estado, ou de prestação, aos moldes da segunda, sempre a revelar um panorama subjetivista, identificando o indivíduo como um credor do Estado, com o direito de exigir-lhe condutas negativas (de não fazer) e/ou positivas (de fazer).

Mesmo não perdendo esse caráter prestacional, os direitos fundamentais na atualidade passaram a ser vistos sob uma nova perspectiva, conhecida como dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que no dizer de Sarmento (2010, p. 106), “Decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E [...] liga-se a uma perspectiva comunitária dos direitos humanos”, obrigando o Estado não apenas a não os violar, nem tão somente promovê-los, mas protegê-los da violação de terceiros.

Informa, ainda, o prestigiado prof. Sarmento (2010, p. 124) que “Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante”, significando que os valores fundamentais permeiam todo o ordenamento jurídico, regulando as condutas de interpretação, elaboração e aplicação normativa, no âmbito dos poderes públicos, enquanto atua como fator limitante da autonomia privada, impondo uma funcionalidade às relações jurídicas entre particulares que transcenda suas satisfações individuais, para assegurar a todos uma “existência digna”, conforme os fundamentos da ordem econômica estabelecidos na Constituição Federal, em seu Artigo 170.

Na lição de Canotilho (2010, p. 409):

Em todos estes casos, da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros. Daí o falar-se da *função de protecção perante terceiros*. (sic).

Implicando a referida função na obrigação do Estado de providenciar a adequada normatividade protetiva e fomentadora dos direitos fundamentais para resguardar as relações jurídicas geradas por particulares entre si, em sintonia com o conceito de “eficácia dirigente”, proposto por Sarlet (2010, p. 146), por tratar-se de uma “[...] ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.”

As violações aos direitos fundamentais não estão presentes apenas a partir da relação entre o indivíduo e o Estado, mas, considerando-se a maior interação daquele com a sociedade, no seu sentido mais amplo, percebe-se que a ofensa fundamental ocorre tanto no âmbito familiar quanto nas relações que se travam no mercado consumidor.

Os tratados e as convenções internacionais do sistema global de proteção dos direitos humanos impõem aos Estados signatários obrigações de “garantia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”, podendo aquele ser responsabilizado internacionalmente quando não atua para prevenir ou para reparar as ofensas aos direitos fundamentais garantidos nos ditos tratados e em suas Cartas Supremas (SARMENTO, 2010, p. 226).

Por fim, é ainda o próprio Sarmento (2010, p. 259) que afirma a importância da ação estatal, quer no campo legislativo quer no judiciário, para garantir a efetividade das tutelas jurisdicionais como meio de promoção e proteção dos direitos fundamentais: “A proteção conferida pela ordem constitucional é mais ampla, e envolve tanto uma tutela preventiva dos direitos como uma atuação repressiva e corretiva.”

A efetividade dos direitos fundamentais, em especial os sociais, está na essência dos objetivos fundamentais da República brasileira elencados no Artigo 3º da Constituição Federal, de forma que a legitimidade da ação do Estado passa pela disseminação da urgente busca de concreção desses direitos em toda e qualquer ação dos agentes estatais, de forma a alcançar o ideal de justiça social que de fato implique na valorização da existência humana, como fundamento do Estado brasileiro.

Conclusão

É sempre bom lembrar que de uma forma ou de outra, cada um é também consumidor de produtos e/ou serviços: inserido em uma sociedade de consumo e, mais especificamente, parte integrante de uma cadeia de consumo. Assim, toda pessoa está sujeita, mesmo que em situações diversas, aos mesmos riscos, e, também, capaz de alcançar as mesmas garantias jurídicas, afinal, são todos portadores da mesma dignidade humana e têm os mesmos direitos a uma vida saudável.

Assim, agir solidariamente em busca do bem-estar e da garantia dos direitos sociais de todos é também proteger os próprios direitos, que estarão, em outras relações, sob o risco de serem desconsiderados em razão de questões, muitas vezes, apenas monetárias.

Conclui esta pesquisa, ainda, que a principal finalidade do direito é reforçar a garantia para as partes de alcançar o resultado prático esperado desde o início da contratação dos serviços ou da compra do produto que, por sua vez, fora prometido pelo fornecedor, e não um paliativo financeiro que, em sua maioria, não repara o dano sofrido.

As formas de tutelas jurisdicionais mandamentais e executivas *lato sensu*, com seus meios de efetivação via coação ou sub-rogação, introduziram no ordenamento jurídico brasileiro um meio de garantir e promover a dignidade humana, não apenas por meio da segurança de que as suas relações obrigacionais serão devidamente cumpridas, mas principalmente da realização máxima do direito, a efetivação da justiça, superando as amarras do modelo neoliberal de consumo e fornecendo a devida segurança às pessoas de que sua existência é mais valiosa do que qualquer bem ou serviço que possa ser produzido, recolocando a pessoa humana acima de tudo que o homem possa criar.

Tanto os instrumentos processuais quanto os de direito material, bem como a aplicação direta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como visto neste trabalho, são de alta relevância para a promoção de tais direitos e para a proteção da dignidade humana, mas a efetividade daqueles e a progressividade de outros instrumentos não pode prescindir da participação popular, instrumento real de democratização das políticas de Estado.

A partir desse ponto, a pesquisa entende pelo fortalecimento do Estado com a participação ativa da sociedade como meio de evitar a manipulação da liberdade das pessoas, no sentido de retirar-lhes a autonomia de decisão, e com isso, prevenir as violações aos direitos sociais e promover a utilização dos instrumentos materiais e processuais adequados para sua efetividade na realidade concreta da vida das pessoas.

Referências

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

APPIO, E. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.

ASSIS, A. (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde*. Porto Alegre: Notadez, 2007.

BAUDRILLARD, J. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 2010.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988*. 1. ed (2005), 4 tir. Curitiba: Juruá, 2008.

BOURDIEU, P. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BOURDIEU, P. *Contrafogos 2*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BRASIL. *Código civil, código de processo civil, código comercial, constituição federal, legislação federal, legislação civil, processual civil e empresarial*. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. Organização de Yussef Said Cahali. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. *Código de proteção e defesa do consumidor e legislação complementar*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 14. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 208.068 – SC (1999/0022989-4). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Bradesco Seguros S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, 08 out. 2001. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/STJ/IT/RESP_208068_SC_08.10.2001.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2013.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

COMPARATO, F. K. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEBORD, G. *A sociedade do espetáculo*. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Dados e estatísticas*: World economic Outlook Database, abril 2012. Disponível em: <<http://www.imf.org>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, A. P. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado por autores do anteprojeto*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.

LLOSA, M. V. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Tradução Ivone Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MARANHÃO, C. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

MARANHÃO, C. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MARANHÃO, C. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*. São Paulo: RT, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil).

NUNES, R. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento (PNUD). *Relatório de Desenvolvimento 2011: sustentabilidade e equidade: um futuro melhor para todos*. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2011/download/pt/>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

PIOVESAN, F. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, F.; SOARES, I. V. P. (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

THEODORO JUNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

VENOSA, S. de S. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. (Coleção Direito Civil, v. 2).

Data da submissão: 27 de março de 2013

Avaliado em: 14 de abril de 2013 (Avaliador A)

Avaliado em: 12 de abril de 2013 (Avaliador B)

Aceito em: 08 de abril de 2014

