A LIBERDADE CONTRATUAL E O DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE DE CONSUMO

THE FREEDOM CONTRACT AND THE RIGHT TO HEALTH IN THE CONSUMER SOCIETY

CLAYTON MARANHÃO *

Recebido para publicação em maio de 2011.

RESUMO: O presente artigo inicia a discussão sobre o polêmico *processo de descodificação*, fruto do Estado contemporâneo, que visa o alcance da igualdade real, jurídica, econômica e social, através da aplicação dos microssistemas existentes no ordenamento jurídico, cada vez mais diversificados e específicos, visto a existente pluralidade jurídica dos mercados. Representativo de um microssistema normativo, o Código de Defesa do Consumidor recepciona o movimento social e econômico, e transforma a clássica teoria geral das obrigações e do direito dos contratos, redesenhando a *liberdade contratual* que passa a abranger, além da liberdade de contratar, outras liberdades do aderente, tais como a de eleição do co-contratante, eleição do objeto e do conteúdo do contrato. Tais acontecimentos sócio-econômicos, que resultaram na *sociedade massificada de serviços*, desencadearam a decadência do voluntarismo jurídico, do dogma da autonomia da vontade e da liberdade contratual. E isso traz reflexos nas crescentes *falhas de mercado* ocorridas dia a dia, notadamente na área da saúde, onde temos de um lado o Sistema Único de Saúde com alta taxa de risco de acidentes e refutação no fornecimento de medicamentos para algumas patologias raras, e de outro o setor privado com a prática de preços seletivos, excluindo o direito de acesso a tais bens de consumo, como, por exemplo, nos planos privados de saúde, levando-nos a concluir o quão longe estamos do efetivo exercício do direito à saúde, ficando este apenas no plano normativo constitucional como *dever do Estado* e *direito de todos*.

PALAVRAS-CHAVE: descodificação; microssistemas; liberdade contratual; sociedade de consumo; direito à saúde.

ABSTRACT: This article begins the discussion about the controversial *process of decoding*, due to the contemporary State, which aims to achieve real equality, legal, economic and social conditions through the application of microsystems in the legal system increasingly diverse and specific, since plurality of the existing legal markets. Legal representative of a microsystem, the Code of Consumer Affairs greets the social movement and economic development, and transforms the classical general theory of obligations and contract law, redesigning contractual freedom with now covers, besides the freedom of contract, other freedoms of the supplier, such as the election of the other party, election of the object and the content of the contract. Such socio-economic events that resulted in mass society services, triggered the decline of legal voluntarism, the dogma of the autonomy and freedom of contract. And that brings reflection in the growing market failures that occur day to day, notably in health, where we have on one hand the National Health System with high rate of risk of accidents and refutation in the supply of drugs for some rare diseases, and the other private sector with the practice of selective price, excluding the right of access to consumer goods such as, for example, in private health plans, leading us to conclude how far we are from effective exercise of the right to health, getting this only as a normative constitutional right as State's duty and right of all.

KEY WORDS: decoding; microsystems; freedom of contract; consumer's society; right to health.

1. Codificação e descodificação do direito

Habitualmente afirma-se que a atividade da ciência jurídica é uma atividade técnica e não política. Por isso, existe historicamente um processo cultural e institucional de tecnicidade

* Professor Adjunto de Processo Civil na UFPR.

e despolitização das atividades jurídico-profissionais e, por decorrência, uma irresponsabilidade política da classe dos juristas.

Giovanni TARELLO observa que um dos objetivos do processo de codificação foi o de liberar a circulação da propriedade privada, facilitando a liberdade econômica e a livre iniciativa privada.[1] A livre transmissão da propriedade privada, ante as tradições do feudalismo, recepcionadas pela monarquia absolutista, era impensável. Deveras, o *status social* de proprietário era o que identificava a nobreza e o clero em relação aos servos, pois enquanto aqueles eram proprietários de terras, estes eram proprietários da força de trabalho.[2]

TARELLO também assevera a respeito da necessidade de unidade e coerência do sistema - positivismo jurídico e razão da certeza jurídica - como motivação determinante do processo de codificação instaurado no limiar do Estado liberal. Realmente, o positivismo jurídico pretendeu que o ordenamento jurídico, enquanto sistema, fosse uno, coerente, completo e relacional.[3] Como se sabe, a coerência passou a ser questionada a partir do instante em que o poder judiciário passou a sindicar os atos emanados dos poderes executivo e legislativo, hipótese expressamente descartada por MONTESQUIEU (controle de constitucionalidade das leis e de legalidade dos atos administrativos). A completude do sistema não passou de uma utopia porque na dinâmica das relações sociais os fatos surgem antes das normas jurídicas; por isso, as lacunas são inevitáveis. Mesmo a unidade do sistema é questionada quando se percebe a existência de sistemas jurídicos informais como nos guetos e favelas, verdadeiros bolsões de miséria e exclusão social.

Tem-se a impressão de que o processo de codificação visava fazer frente à desigualdade existente no Estado absolutista. No entanto, o Estado liberal, através da codificação, permitiu apenas uma igualdade jurídico-formal, permanecendo infenso às desigualdades sociais e econômicas.

No Estado contemporâneo, o processo de descodificação, através dos microssistemas, está em busca de igualdade real, jurídica, econômica e social. Por isso é particularista, no sentido de um pluralismo dos estatutos jurídicos e, portanto, bem diverso do particularismo arbitrário do *Antigo Regime*, onde as normas eram diferenciadas segundo o *status social* do

[1] *Storia della cultura giuridica moderna*. Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 15-42.
[2] Cf. Ana Prata. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Almedina, p. 7-25.
[3] Norberto Bobbio. *Teoria do ordenamento jurídico*. Editora Polis-UNB: Brasília, 1990. ID. *Il positivismo giuridico*. Giappichelli: Torino, 1979, p. 231-248.

sujeito. É de se observar, por outro lado, que o Estado liberal foi universalista quando concebeu a codificação por intermédio de normas gerais e abstratas.[4]

A propósito da descodificação, assevera IRTI que "A teoria dos microssistemas ... bem se adapta à pluralidade jurídica dos mercados, cada um dos quais definido, não por características econômicas ou naturais, mas pela especificidade do regime normativo. À pluralidade dos estatutos de mercado corresponde tendencialmente uma pluralidade de microssistemas."[5]

O processo é assim descrito por CALVÃO DA SILVA:

> Profunda evolução perpassa, porém, o direito das obrigações, que está longe, muito longe de poder ser caracterizado pelo imobilismo. Por um lado, doutrina e jurisprudência vão interpretando evolutiva e criativamente normas codificadas, alterando, não raras vezes, o sentido originário dos preceitos legais, metamorfoseando as finalidades econômicas e sociais das instituições. Por outra via, multiplicam-se leis especiais e avulsas, para modificar ou completar regras antigas e introduzir regras novas, falando-se mesmo em 'direito privado especial'. No primeiro caso, doutrina e jurisprudência vão adaptando, aplicando e atualizando, o direito das obrigações e o direito em geral ao fluir da realidade histórico-social. No segundo caso, é o próprio legislador que cria novas regras jurídicas propulsoras do progresso e do desenvolvimento. Razões desta evolução são a mudança do pensamento econômico e social, o intervencionismo estatal e a conseqüente insuficiência e inadequação das regras codificadas. Cresce o número de regras imperativas para proteção dos interesses privados respeitantes a uma multidão de indivíduos (coletivos) como expressão da componente social do direito, da tendência para a socialização do direito. A

[4] Pietro Barcellona tece considerações sobre a infundada autonomia do direito como característica principal do direito moderno, nos seguintes termos: "Se por um lado o direito se emancipa das leis divinas ou naturais, por outro lado se reporta a uma razão universal inatingível que cancela e oculta qualquer ligação com os fatos, com a prática das relações humanas às quais dá *forma.* Portanto a liberdade, a igualdade e o consenso, como fonte das obrigações, são categorias meramente formais. Há uma inversão da relação entre direito e sociedade. A representação do direito como forma única e cogente oculta e obscurece qualquer capacidade prática da sociedade em exprimir autonomamente regras e ordens vinculantes. Esta representação impede que se tenha acesso à historicidade do direito, na medida em que a dimensão jurídica está emancipada e livre da experiência histórico-social. A sociedade moderna é, neste sentido, uma sociedade jurídica. O direito formaliza e portanto gera a sociedade (abstrata e universal). A norma jurídica exprime a razão universal e como tal deve dispor-se a dar forma à totalidade das relações entre os homens, não podendo estruturar-se senão como regra neutra (isto é, sem exprimir aparentemente qualquer valor), e cujo único pressuposto de aplicação é um ato livre e espontâneo do indivíduo livre e igual. O dualismo entre sujeito ordenante (o direito) e objeto ordenado (a sociedade) se consuma no caráter hipotético de uma norma com função de comando, cuja estrutura tende a tornar eterno o direito moderno enquanto *forma geral,* tornando-se o esquema ordenante-ordenado um *a priori* absolutamente meta-histórico. Se por um lado pode-se considerar positiva (e só neste sentido) a autonomia e separação do direito em relação aos vínculos de dependência típicos dos regimes sociais precedentes (*status social*, classes dominantes), por outro lado paga-se um preço lógico por isso: institui-se uma sociedade neutra representada por um direito racional e meta-histórico, e este seria, precisamente, o *significado da sociedade moderna (aporia a que essa sociedade se reconduz, liberta de qualquer norma que a fundamente)*", cfr. La creazione sociale dei significati e la regola giuridica, 'in' *Diritto privato e società moderna.* Nápoles: Jovene, 1996, p. 7-9.

[5] "L'età della decodificazione" vent'anni dopo, 'in' *L'età della decodificazione*, 4 ed., Milão: Giuffrè, 1999, p. 11. Em 1934, Gaston Morin já afirmava uma "revolta dos fatos contra os códigos", *apud* Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor,* 3 ed., São Paulo: RT, 1999, p. 84. A mesma autora refere-se à descodificação como um fenômeno do pluralismo (p. 93) e da fragmentação, sinais característicos daquilo que para alguns seria a pós-modernidade (p. 89).

> uniformização ou massificação da sociedade, gerada pelo desenvolvimento da técnica, conduziu à tendência para a uniformização do direito. Pense-se na 'standartização' contratual (condições negociais gerais ou contratos de adesão), como exemplo frisante, mas apenas um exemplo dos instrumentos jurídicos próprios da sociedade de massa. O direito das obrigações é igualmente afetado pelos diversos mecanismos da política econômica através dos quais o poder político procura atuar sobre o funcionamento da economia. Pense-se, por exemplo, na legislação sobre preços, sobre a concorrência, sobre a política de crédito, etc., etc.. As obrigações e o direito civil em geral tornam-se cada vez mais permeáveis aos problemas econômicos, o que obriga o juiz a recorrer a peritos.[6]

Em que pese IRTI ter percebido o processo de descodificação em 1979, parcela da doutrina critica essa tendência e questiona os 'perigos' de uma possível volta do quadro social e político do "Antigo Regime", como pode-se extrair do pensamento de CALVÃO DA SILVA:

> Sem querer agora e aqui apreciar o falado 'ocaso da codificação' - designadamente o seu significado profundo, questionando se, para além do relativo declínio dos Códigos, não estará em causa um certo enfraquecimento (senão mesmo impotência) do direito - adiantaremos que o processo de desintegração legislativa que tem conduzido à descodificação conhece um limite inultrapassável: a funcionalidade do próprio sistema, funcionalidade que reclama unidade de princípios e eliminação das contradições e incertezas. Por isso, o Código continua a ser ponto central de referência, sem o qual a pulverização legislativa fará repor as razões que impuseram a 'idade da codificação': a razão da unidade e da coerência, a razão da certeza, o primado do geral sobre o particular.[7]

Não se pode concordar integralmente com essa opinião do Professor de Coimbra, porque no caso específico do direito brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor representa um microssistema normativo que recepciona o movimento social e econômico transformador da clássica teoria geral das obrigações e do direito dos contratos, tal como estabelecidos no Código Civil de 1916.[8] Portanto, em se tratando de relação de consumo, envolvendo num dos pólos a parte economicamente mais forte e noutro o hipossuficiente, não há como aplicar-se a clássica teoria da vontade (subjetiva), contentar-se com a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), admitir-se que a liberdade contratual se circunscreva à liberdade de contratar ou que a relevância jurídica do consentimento seja limitada à aferição de vícios psíquicos ou sociais. Essas teorias estiveram no Código Civil brasileiro de 1916, como, por exemplo, a teoria da vontade, em que a intenção é o que importa, segundo o seu precursor

[6] João Calvão da Silva. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Dissertação ao Curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, p. 56-58.
[7] Cf. João Calvão da Silva. *Cumprimento,* cit., p. 56, 57 e nota 110.
[8] Foi sancionado o novo Código Civil brasileiro – Lei 10.406, de 10.01.2002 – com algumas significativas mudanças que são mencionadas no que for de interesse para o presente estudo.

que foi SAVIGNY (art. 85 do CCB).[9] Ao contrário, o Código de Defesa do Consumidor estabelece deveres pré-contratuais (*v.g.* o dever de informação), como também tem por premissas a igualdade substancial das partes contratantes, a justiça contratual, a boa-fé objetiva,[10] de tal sorte que a liberdade contratual abrange, além da liberdade de contratar,[11] outras liberdades do aderente, tais como a de eleição do co-contratante, eleição do objeto e do conteúdo do contrato.[12]

Há, inclusive, para aqueles que aceitam o processo de descodificação por que passa o direito na sociedade de serviços, a tese de uma recodificação ou ressistematização do direito, a partir da migração das normas básicas do sistema central para diversos microssistemas que gravitam em torno de normas fundamentais.[13]

---

[9] "Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem." No Código Civil brasileiro de 2002, manteve-se essa ultrapassada teoria (art. 112), ainda que se tenha reconhecido expressamente a cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 113).

[10] O Código Civil brasileiro de 2002 avançou positivamente nesse sentido ao explicitar a cláusula geral da boa-fé objetiva nos negócios jurídicos, cf. art. 113: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração." Para os contratos, a cláusula está no art. 422 do CCB/2002. Outro avanço positivo do Código Civil brasileiro de 2002 está no reconhecimento da defeituosidade do negócio jurídico em virtude de excessiva onerosidade ou de prestação manifestamente desproporcional, os quais, muito embora sob rubricas diversas (estado de perigo e lesão), resgatam o milenar instituto da lesão (por exemplo, os arts. 156, 157, 317, 478, 480).

[11] Cf., também, o art. 421 do CCB/2002, que se refere, inclusive, à função social do contrato.

[12] Cf. Renata Mandelbaum, *Contratos de adesão e contratos de consumo*, São Paulo: RT, 1996, p. 38-39. Sobre a evolução do direito dos contratos, no sentido do texto, ver Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor,* cit., p. 35-138. Estabelece o CDC como direitos básicos do consumidor, dentre outros, "a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações" (art. 6º, II); 'informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (Art. 6º, III); "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. 6º, IV); "a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas" (art. 6º, V). O dever de informação vem também tratado no sentido de que "toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado" (art. 30). As normas que tratam da proteção contratual (art. 46 e seguintes), especialmente a que estabelece rol exemplificativo de cláusulas abusivas, consideradas nulas de pleno direito, bem demonstram a superação do costume medieval da "*pacta sunt servanda"* e da asserção "*qui dit contractuel dit juste*", de influência kantiana.

[13] Deveras, para LORENZETTI: "As análises dedicadas à descodificação do Direito Privado se concentram na descrição das rachaduras da ordem axiomática fundada no Código, o surgimento de leis especiais, o aparecimento de falhas na estrutura hierárquica das normas, de antinomias e incoerências. Conclui-se que o sistema parece esfarelar-se em microssistemas. Outros autores se referem que há um processo de descodificação e de recodificação civil, dentro dos limites do Código. Para nós o tema é distinto. O Código, como tal vai se ampliando, ao dar guarida a novos problemas e microssistemas; suas normas internas vão se distendendo mediante a interpretação, até um ponto culminante que termina por transformá-las. Se examinarmos o caminho percorrido desde a interpretação das cláusulas contratuais, que previu o Código Civil, até o que é hoje a qualificação das cláusulas abusivas, teremos uma idéia de que o resultado final nos coloca em outro estágio, porquanto ocorre uma ampliação das fronteiras do Código concebido como estatal. Assim mudam os sistemas, segundo a teoria do caos. As fronteiras da descodificação são estabelecidas pelo próprio sistema que se auto-regula, e que cresce até um nível de saturação. Nesta primeira etapa descodificadora, os lugares de instabilidade se multiplicam, conferindo a aparência de uma desordem superável; a desordem é produto da complexidade e a diferenciação é necessária para crescer. Os únicos sistemas se comportam como 'estruturas dissipativas' e se convertem em fontes de uma nova ordem. Diz Prigogine 'que a dissipação se encontra na origem do que podemos acertadamente denominar novos

Uma vez descrito o processo de descodificação (e de possível recodificação ou ressistematização) do direito, convém analisar as consequências para o dogma da autonomia da vontade.

2. Autonomia da vontade e autonomia privada

Há dissenso doutrinário sobre serem ou não sinônimas as expressões autonomia da vontade e autonomia privada. Na verdade, o problema reside nas relações entre a vontade e a norma nos modelos liberal e social de Estado, isto é, na autonomia da vontade no mercado então ascendente e na economia de mercado regulada pela intervenção estatal.

Como observa Francesco SANTORO-PASSARELLI:

> [...] o termo 'autonomia', complicando-se na fórmula 'autonomia privada', adquiriu um notável número de significados, e o que é mais importante, tem suscitado uma quantidade de problemas. [...] O problema filosófico que coloca, na época moderna, o conceito de autonomia, é o problema da vontade. Na filosofia kantiana a vontade seria autônoma, enquanto se determina em virtude da própria essência. [...] A transposição desta reflexão liminar no campo do direito dá lugar ao problema das relações entre a vontade e a norma, e gera as duas fundamentais tendências, uma polarizada no primeiro termo (tendência subjetiva), e a outra no segundo (tendência objetiva).[14]

CALVÃO DA SILVA, por exemplo, implicitamente entende pela sinonímia:

> Fato jurídico voluntário constituído por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto mas convergente, que visam estabelecer uma

estados da matéria'. Mediante este processo, cria-se um novo sistema. A teoria das catástrofes considera que se produz um ponto de saturação, que obriga saltar a um estágio distinto, mediante novas estruturas adaptativas. Onde se situa esse novo patamar? Para que a sociedade funcione, é necessário que existam regras e que estas assentem em algumas das bases, sejam essas um oráculo, máximas transmitidas historicamente ou precedentes judiciais; tem de haver um ou vários dogmas fundamentais, considerados como inquestionáveis. A partir daí a dogmática trabalha como opinião jurídica racionalizada, determinando as regras aplicáveis aos casos concretos. A solução tem sido sempre recorrer a uma 'ordem superior'. Na Grécia antiga percebeu-se necessidade de protegerem-se certas normas superiores contra as resoluções precipitadas da assembléia legislativa [...]. Também a idéia de superioridade do Direito natural e dos direitos naturais do indivíduo destacou-se fortemente em muitos séculos da história jurídica. O problema atual é que o Código Civil perdeu a capacidade de apresentar-se como norma superior. O controle judicial da Administração, do Poder Legislativo, dos grupos e dos indivíduos, relacionando-se de forma considerável, exorbita em muitos aspectos a codificação tradicional. A idéia de superioridade no mundo atual é a de sistema de normas fundamentais, que se encontram nas 'fontes superiores': constituições, tratados, princípios, valores. Não se trata de retomar a um ordenamento fundado em um centro. A evolução de astronomia, desde Ptolomeu a Copérnico, e a situação atual demonstram a superação do paradigma do centro: o etnocentrismo, o antropocentrismo, a idéia ptolomaica revelam um modo de ver baseado em um ponto. O processo codificatório acabou por algo sofrer dessa influência. Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantêm unidos. Trata-se de uma mudança nos axiomas. Os elementos básicos, estruturantes do sistema, aqueles a partir dos quais se inicia a lógica da ingerência no juízo decisório, se encontravam no Código. Agora, percebe-se que estão no Código, na Constituição, nos tratados, no costume, que são as fontes onde encontramos as normas fundamentais." Cfr. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 77-79.

[14] Enciclopedia del Diritto, IV, 'voce' *Autonomia privata*. Milano: Giuffrè, p. 366-367.

> regulamentação unitária de interesses, o contrato é um meio de auto-governo, de auto-ordenação das suas relações jurídicas. Nele se verifica uma coincidência aproximativa entre os efeitos jurídicos produzidos segundo a lei e os efeitos práticos visados pelas partes, *porque e na medida em que* por elas foram queridos. Ao auto-governo ou auto-ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares dá-se o nome de *autonomia privada* ou *autonomia da vontade*.[15]

No entanto, entende-se ser correta a diferenciação dos termos porque com a decadência do voluntarismo jurídico, ou seja, da liberdade individual e da autonomia da vontade – o que se deu a partir da revolução industrial –, houve deslocamento de enfoque para o coletivo e vendo-se o Estado obrigado a intervir nas relações contratuais, diante da ausência de liberdade contratual, eliminou a desigual ideia da liberdade de querer substituindo-a pela ideia da liberdade de poder auto-regulamentar nos limites do ordenamento jurídico. Em outras palavras, a autonomia da vontade migrou para a autonomia privada, que nada mais é do que *a liberdade de contratar nos limites da lei*.[16]

Deveras, na transição do Estado liberal para o Estado social, a postura estatal que então era *garantidora* de uma total liberdade dos indivíduos, passou a ser *intervencionista*, certamente para manter, sob outro enfoque, a lógica de mercado. Esse intervencionismo vem em favor do economicamente mais fraco na relação jurídica, nomeadamente dos trabalhadores e consumidores. Aliás, existe uma preocupação do Estado contemporâneo

[15] Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit., p. 32-33.

[16] Neste sentido, cf. Renata Mandelbaum, *Contratos de adesão*, cit., p. 22, 30, 31 e 33, que assim diferenciou:
"A noção de contrato, em primeiro lugar, deve ser observada considerando-se como decorrente da vontade individual, mas não pode, no entanto, ser desvinculada do contexto geral em que se situa, e mais, observa que do estudo das transformações do contrato e do papel da vontade frente aos contratos podem ser extraídos dois tipos de considerações. A primeira consideração a ser feita é quanto à migração do enfoque individual para o coletivo. A vontade deve ser analisada não mais somente do ponto de vista do comportamento individual, e como segunda consideração destaca (Terré) a questão dos efeitos relativos dos contratos [...] demonstrando assim que a autonomia da vontade não mais condiz com a realidade das relações contratuais, migrando para a autonomia privada**,** tentando preservar os princípios clássicos norteadores do contrato. O contrato, considerado como um negócio jurídico, é passível de sofrer os efeitos da evolução da autonomia da vontade e dos princípios clássicos de contratação. Da adaptação desses princípios nota-se a evolução da autonomia da vontade para a noção de autonomia privada. Orlando Gomes destacou a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada, observando que a substituição operou-se em virtude da decadência do voluntarismo jurídico. Conceituou, o autor, a autonomia da vontade como pressupondo que a vontade, real ou psicológica, é a raiz ou a causa dos efeitos jurídicos, destacando conceitos diversos para autonomia privada. O primeiro a coloca como 'força da vontade derivada do direito objetivo e não da própria vontade'. Em sentido lato, coloca a autonomia privada como designando 'a esfera de liberdade do indivíduo para o exercício dos seus direitos' e, em acepção restrita, como 'o poder atribuído à pessoa para criar, modificar e extinguir, na forma da lei, relações jurídicas', a liberdade de contratar nos limites da lei. Em sentido contrário, observamos que a concepção voluntarista da autonomia da vontade está em crise. Hodiernamente, tem-se que não mais é a vontade das partes o elemento fundamental das obrigações contratuais, mas sim o poder auto-regulamentar outorgado pelo ordenamento jurídico às partes para a resolução de seus interesses privados. Como observado, o princípio da autonomia da vontade, em seu aspecto econômico, correspondeu a fórmula do *laissez faire, laissez passer.* Através da revisão a que se submeteu o liberalismo, passou-se a falar em autonomia privada e não mais em autonomia da vontade. [...] A noção de autonomia privada, ou autonomia negocial, observa-se assim, não se identifica e não se confunde com a idéia de liberdade de querer mas sim com a idéia de poder e, mais precisamente, com a idéia do poder dos particulares para darem-se regras a si mesmos no campo das relações econômico-sociais."

também para com a concorrência desleal (antitruste) e a preservação ambiental – essa última não só para preservar uma boa qualidade de vida para as gerações futuras, como também para manter a lógica de mercado, na perspectiva da propriedade (privada) do solo e (pública) do subsolo enquanto fontes produtivas. Esses quatro setores da economia - trabalho, consumo, meio-ambiente e antitruste[17] -, foram reunidos por LORENZETTI como sendo o objeto da tutela inibitória contra as *falhas de mercado*.[18] Assim, por exemplo, segundo LORENZETTI "os consumidores têm direito a uma concorrência não distorcida" e cláusulas abusivas produzem um relevante "efeito distorcido", daí porque a otimização do sistema mediante a prevenção das *market failures*.[19]

Desse intervencionismo estatal resulta maiores limitações naquilo que se passou a denominar autonomia privada. Limitações não só no campo do direito privado, por intermédio da regulação de setores de mercado (por exemplo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e a Lei sobre planos privados de assistência à saúde,

[17] Paula Forgione entende que enquanto a lei antitruste confere *tutela imediata à livre concorrência e à livre iniciativa*, o Código de Defesa do Consumidor confere *tutela imediata ao consumidor*, ao passo que a *tutela imediata do outro concorrente* ficaria no âmbito do Código de Propriedade Industrial; cfr. *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo: RT, 1998, p. 239-252.

[18] Cf. Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*, p. 342/343. Deveras, os monopólios e oligopólios são falhas do mercado (*market failures*), demonstrando que a concorrência perfeita (optimal de Pareto), não existe na prática. Fábio Nusdeo, concluindo capítulo em que abordou as falhas do mercado, assim se expressa: "1) A vivência prática do sistema de cunho liberal durante cerca de 150 anos trouxe, a par de um grande desenvolvimento em termos de disponibilidade crescente de bens e serviços, uma série de conseqüências negativas, cuja explicação demandou em refinamento na própria análise e no estudo das instituições econômicas; 2) Em parte pressionada pelas manifestações da sociedade, quer diretamente, quer pelos seus órgãos de representação política e em parte pelos próprios progressos da ciência em si, a Economia foi incorporando aos seus modelos a identificação e a explicação das chamadas falhas do mercado; 3) As falhas do mercado correspondem a situações nas quais os seus pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, tornando-o inoperacional; 4) O mercado apresenta cinco falhas principais: 4.1) quanto à mobilidade dos fatores - é uma falha de origem física ou cultural; 4.2) quanto ao acesso à informação - é uma falha de origem legal; 4.3) quanto à concentração econômica - é uma falha de estrutura; 4.4) quanto aos efeitos externos ou externalidades - é uma falha de sinal; 4.5) quanto ao suprimento de bens coletivos - é também uma falha de sinal, decorrente de uma falha de incentivo; 5) A constatação das falhas do mercado levou a uma reintrodução do Estado no sistema econômico, mediante a edição de diversas normas de caráter legal e regulamentar destinadas a, por diversas formas, eliminá-las ou atenuá-las; 6) A pura racionalidade formal da lei, na visão do sistema liberal, passa a se tornar insuficiente para a condução harmoniosa do sistema econômico; 7) A ação do Estado nessa condição de mero controlador das inoperacionalidades do mercado recebeu o nome de capitalismo regulamentar, neoliberalismo e outros, mas não se esgotou apenas nessa função; 8) Objetivos de caráter político são também colocados para o desempenho do sistema como um todo, levando o Estado a dele participar, com vista a direcioná-lo." Cfr. *Curso de Economia*. Introdução ao Direito Econômico. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 166/167.

[19] Cf. Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*, cit., p. 342. Em matéria ambiental, diversa é a opinião de Ugo Mattei, para quem em caso de custos transativos altos a solução macroeconômica aconselhável é a da tutela ressarcitória pelo equivalente monetário, alocando *property rigths* à preços de mercado segundo a *liability rule*. Ugo Mattei apenas concorda em parte com a tutela inibitória, desde que se trate de custos transativos baixos. Todavia, cuidando-se de direito à saúde Ugo Mattei é enfático: "La tutela della salute non ha nulla a che vedere con quanto stiamo analizzando", cf. Le imissioni*, 'in' Analisi economica del diritto privato [a cura di Guido Alpa et alii]*, Milão: Giuffrè, 1998, p. 94-101. Uma análise econômica comparativa entre o ordenamento estadunidense e o ordenamento italiano a respeito da alocação de recursos ambientais escassos também foi feita por Ugo Mattei, cf. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milão: Giuffrè, 1987. Cf. Tb. Maria Rosaria Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, Pádua: Cedam, 2000.

cf. Leis nºs. 9.961/00, 9.782/99 e 9.656/98), como também no âmbito do direito processual do consumidor, isto é, na prestação de tutela jurisdicional específica (art. 84 do CDC).

Pode-se, então, afirmar que os acontecimentos sócio-econômicos que resultaram na sociedade massificada de serviços[20], desencadearam a decadência do voluntarismo jurídico, do dogma da autonomia da vontade e da liberdade contratual, a qual tinha como relevante, no direito dos contratos, apenas o momento da celebração, descurando das fases pré-contratual e de execução contratual. Sob essa ótica, é ainda mais evidente a superação do dogma da intangibilidade da vontade humana (*nemo ad factum praecise cogi potest*), especialmente em se tratando de prestações infungíveis, positivas e negativas, em cuja presença são acionadas técnicas de coerção indireta atuando sobre a vontade do devedor, impedindo a mera conversão do inadimplemento contratual em ressarcimento pelo equivalente monetário. E o mesmo pode-se dizer da possibilidade, agora existente, de repristinação de um direito subjetivo violado ao seu estado anterior, no plano da responsabilidade civil.

3. A limitação da autonomia privada e os direitos não patrimoniais

A limitação normativa da autonomia privada está diretamente ligada à ideia da imposição de deveres de conduta a serem observados por qualquer pessoa, e, em especial às

[20] Sobre sociedade massificada de serviços, além das precisas observações feitas por Cláudia Lima Marques quanto ao que chamou de contratos cativos de longa duração - ob. cit., p. 70, 95 e 96 -, são oportunas as considerações de João Calvão da Silva: "Atividade básica da vida econômica, a permuta dos bens fez com que durante muitos séculos - desde as primitivas economias de subsistência até aos sistemas capitalistas, passando pelo feudalismo e pelo mercantilismo - predominassem hegemonicamente no comércio jurídico as obrigações de prestação de coisa. Predomínio este refletido ainda nos Códigos modernos, ao regularem prioritária e modelarmente as obrigações de *dare-prestare*. Pense-se na progressiva expansão das prestações de fato, com o hodierno crescimento de *prestações de serviços* ligado à revolução tecnológica, que, é sabido, engendra uma acentuada deslocação dos setores primário e secundário para o setor terciário na atividade das sociedades mais evoluídas, em que serviços, informações, *know-how* e sofisticadas tecnologias de ponta se expandem. Criam-se e multiplicam-se, sobretudo nos países de técnica mais avançada, empresas de serviços especializados, apostadas em fornecer as mais variadas espécies de prestações de fato, muitas das quais, assim, deixam de ser puras relações de obsequiosidade para passarem a ser objeto do comércio jurídico: serviços de vigilância, proteção e segurança; serviços de refeições e de assistência médica ao domicílio; estudos de rentabilidade econômica ou de prospecção do mercado; agenciamento e contratação de artistas; recrutamento e fornecimento de mão de obra; consultoria e assistência técnica à empresas; gestão de dívidas e de títulos em geral; sondagens à opinião pública, campanhas de publicidade e de *marketing*; investigações policiais particulares; serviços ligados às indústrias da tecnosfera especialmente criada pela revolução tecnológica - computadores, processamento de dados, informática, burótica, eletrônica, telemática, robótica, biogenética, etc. -, eis apenas alguns exemplos de prestações de serviços, modernamente comercializadas, que, deste modo, aumentam o volume das relações obrigacionais." "Direito do tráfico dos bens ou do intercâmbio dos bens, por contraposição ao direito das coisas considerado como direito de domínio duradouro sobre a coisa (*Sacherschaft*), as obrigações são também o direito da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, e da prevenção dos riscos individuais (contrato de seguro, renda perpétua, renda vitalícia, etc.)." "A terceirização da economia, com a proliferação de empresas prestadores de serviços em massa, é um fenômeno característico da moderna sociedade tecnológica. Em 1970, o consumo de serviços representava 46 % do consumo total na França, enquanto em 1972 os serviços representavam 63,4 % da produção interna dos EUA." Cfr. *Cumprimento*, cit., p. 24, 25 e nota 15.

partes contratantes, do que deriva uma relativização do dogma *"nemo ad factum praecise cogi potest"* [21] - intangibilidade da vontade humana, fundado na superada autonomia da vontade.

Na sociedade de consumo, tem-se como relevante a tutela das necessidades básicas para a dignidade da pessoa humana (direitos humanos, fundamentais),[22] como por exemplo a previsão legal de prorrogação imediata dos planos privados de saúde - prescindindo da vontade declarada do operador em renovar o prazo contratual.

Protege-se o hipossuficiente – consumidor ou usuário – em face de cláusulas abusivas de cujo conteúdo não participou.

Como refere Cláudia Lima MARQUES, "Pode não haver suficiente liberdade de contratar, liberdade de escolher o parceiro contratual, pois os bens ou serviços oferecidos pelo fornecedor podem ser daqueles de extrema necessidade, ou pode estar o fornecedor em uma situação de monopólio."[23]

E, mais adiante, analisando as razões que motivaram a limitação da liberdade contratual na sociedade de consumo, asseverou a mesma autora:

> [...] o conteúdo de muitos contratos será ditado, regulamentado ou autorizado pelo poder estatal. Os contratos pré-redigidos pelas empresas substituirão o negócio jurídico bilateral antes concluído individualmente, desaparecendo o laborioso processo de negociações e discussões preliminares. Permanece a liberdade de contratar, isto é, a de realizar ou não um determinado contrato, mas a liberdade contratual, liberdade para determinar o conteúdo da relação obrigacional sofreria graves limitações através das novas técnicas de contratação e também, através do intervencionismo legal na vida dos contratos, por exemplo, quando da fixação obrigatória de preços ou da renovação compulsória de locações para os atuais inquilinos. Galvão Teles destaca que além dessas limitações da liberdade contratual, provindas do exterior, na nova sociedade de consumo teriam tomado grande vulto as, por ele chamadas de, 'autolimitações', referindo-se às limitações voluntárias da liberdade futura de contratar assumidas pelas partes, por exemplo, nos contratos que regulam outras futuras relações e nos pré-contratos, como entre nós a promessa de compra e venda de imóvel. O declínio da liberdade contratual é, portanto, um fato na moderna sociedade de consumo.[24]

CALVÃO DA SILVA, cujo eixo central de sua dissertação assenta-se na afirmação de que *a satisfação do interesse do credor é o escopo da obrigação*, assim expressou seu pensamento:

[21] Ver Capítulo 1.
[22] Os constitucionalistas chamam de direitos fundamentais o que os filósofos denominam de direitos humanos. Na realidade, o pano de fundo da controvérsia reside na diferenciação entre a doutrina do positivismo jurídico e o direito natural.
[23] Cf. João Calvão da Silva. *Cumprimento*, cit., p. 67.
[24] Idem, ibidem, p. 119-120.

> A relação obrigacional traduz-se basicamente num direito do credor à prestação e num correlativo dever de prestar a cargo do devedor. Do ponto de vista prático, ao atribuir um direito subjectivo e ao impor um dever jurídico temos a prevalência do interesse do credor sobre o interesse do devedor, com a relação creditória a proporcionar uma vantagem ao seu titular activo à custa do titular passivo. A vantagem do credor será, justamente, a satisfação do seu (prevalecente) interesse. Interesse que é, como sabemos pela própria etimologia da palavra (*inter est*), o quid que está entre o homem (credor) e o bem, assente na necessidade ou carência de que aquele é portador. [...] O interesse do credor, representando o fim ou a função da obrigação e a sua razão existencial, desempenha papel de grande relevo na disciplina da relação obrigacional. Desde logo, na constituição do vínculo obrigacional, o interesse do credor deve ser digno de protecção legal, não necessitando, todavia, de ter natureza patrimonial (art. 398º, nº 2). [...] além da execução por equivalente, há outros meios (execução específica, meios de pressão privados, meios coercitivos judiciais, procedimentos cautelares, etc.) postos à disposição do credor para garantir o seu direito, ainda que direito a prestações de conteúdo não patrimonial, de valor estimativo, ideal, espiritual, cultural, etc.[25]

Como já mencionado, há uma prioridade lógico-natural entre o cumprimento específico da obrigação em relação a sua conversibilidade pelo equivalente monetário (ressarcimento pelas perdas e danos).

Essa prioridade, atualmente, é também jurídica, como infere-se do direito comparado (art. 829-A do Código Civil português; art. 97 do Código das Obrigações suíço; art. 2058 do Código Civil italiano; § 241 do BGB alemão) e do direito brasileiro (art. 84 do CDC e art. 461 do CPC).

Mesmo no direito inglês, onde historicamente a jurisdição da *common law* somente estabelecia a tutela ressarcitória (*damages*) para o caso de inadimplemento contratual, com o surgimento da jurisdição da *equity*, e mais recentemente, com a possibilidade de todas as *Divisions* da *High Court* e também o *County Courts* poderem conceder os remédios, que, na origem, eram exclusivos da *equity* (*injunctions* e *specific performance*), tem-se notado uma expansão da execução específica na jurisprudência.[26]

A relativização do dogma da intangibilidade humana converge para o princípio da prioridade lógico-natural e (na era da descodificação, também) jurídica da tutela específica das prestações positivas e negativas sobre a muitas vezes inadequada tutela ressarcitória pelo

[25] Idem, ibidem, p. 61, 62 e 63, nota 123.
[26] "No que concerne à adequação do ressarcimento do dano como remédio normal, tem sido julgada inadequada às prestações de coisas com características não contidas noutros bens (coisas únicas) e de coisas que, não sendo embora únicas, a obtenção de bens seus substitutos seria difícil ou causaria atraso tal que o negócio do credor seria seriamente afetado (coisas de unicidade comercial ou comercialmente únicas). É que, neste caso, se teoricamente a reparação dos danos é substituto satisfatório, na prática só incorretamente os prejuízos serão reparados", Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit., p. 191-198, esp. p. 195.

equivalente monetário,[27] sem que se atente contra o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com a imposição de deveres de conduta pelo ordenamento jurídico – o chamado dirigismo contratual –, reconhece-se que nem todas as obrigações têm cunho patrimonial, situação que vem sendo chamada de despatrimonialização do direito privado. A propósito da monetização dos direitos e da inadequação da lógica ressarcitória para a tutela dos novos direitos, assevera CALVÃO DA SILVA:

> Não basta poder pagar para tudo se poder permitir; deve evitar-se o iníquo resultado de que o devedor seria livre de não cumprir, desde que suportasse as suas conseqüências. [...] Uma tal concepção – que transformava o que deve ser a excepção em regra, através do ressarcimento do dano – monetizaria todos os bens e valores do homem, (in)satisfazendo o interesse creditício específico pelo equivalente, em moeda, da prestação originária. Monetização que, ao reduzir todos os valores e bens de índole vária ao valor-dinheiro, contrastaria gritantemente com os ideais e valores culturais da civilização hodierna, vazados na regra de que a prestação não necessita de ter valor pecuniário, apenas devendo corresponder a um interesse do credor digno de proteção legal (art. 398º, nº 2). Seria, também por isso, um retrocesso jurídico, com o regresso aos tempos tradicionais em que a obrigação seria sempre um vínculo de carácter patrimonial, não sendo lícita a constituição de uma obrigação sem conteúdo econômico-pecuniário. A referida monetização ou patrimonialização das obrigações, com a conversão do crédito originário, não monetário, em crédito pecuniário de ressarcimento, envolveria uma consideração meramente *quantitativa* dos direitos do credor, ao reduzi-los a esse elemento comum que é o dinheiro, como se, em última análise, todos os mais diversos direitos pudessem expressar-se em termos pecuniários. O que não pode aceitar-se, nem sequer em nome de uma qualquer pretensa igualdade formal, por não ter em conta o aspecto *qualitativo* da referência à necessidade (freqüentemente não patrimonial) demiurga da obrigação, ao interesse primário (freqüentemente pessoal, cultural, afetivo, moral, etc.) do credor, a que urge dar específica e integral satisfação, impondo ao devedor o cumprimento da própria prestação a que se encontra *ab origine* adstrito e não simplesmente o sacrifício de um bem diverso que tudo paga, o dinheiro. [...]Prever meios coercitivos que dificultem ou excluam a conversão do direito à prestação primária em direito ao ressarcimento do dano, do crédito não pecuniário em crédito de ressarcimento, é uma exigência. [...]Assim, se evitará a hipertrofia da pecuniariedade como garantia dos direitos, favorecendo e expandindo a tutela em forma específica e o que ela implica de maior aderência às diferentes situações, nomeadamente aos interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal (caso dos direitos de personalidade), irredutíveis à patrimonial lógica quantitativista.[28]

Delineia-se, pois, com a decadência da autonomia da vontade, um sistema contratual regulado pelo sistema legal. O mercado livre cede espaço à ascensão social dos valores

[27] Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 70.
[28] Cf. João Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit., p. 165, 167 e 168.

essenciais ligados à dignidade da pessoa humana. O primado do *ter* é substituído pelo resgate do *ser*. A pessoa humana passa a ser considerada não mais segundo a sua propriedade, pois o *ter* agora é condicionado ao *ser*.

4. Sistema legal e sistema contratual: a importância da diferenciação entre o ilícito e o dano

No direito dos contratos, o dogma conhecido por *pacta sunt servanda*, de índole liberal, conduzia à ideia segundo a qual o *contrato* valia com força de *lei* entre as partes.

Com a decadência do modelo de Estado liberal e com o surgimento do modelo de Estado social, constatou-se a insuficiência de uma igualdade meramente formal entre as partes contratantes. A ascensão do mercado, alavancado pelo modelo liberal, possibilitou a concentração de riquezas nas mãos de uns em desproveito da maioria, social e economicamente desigualada. Aumentaram, progressivamente, os instrumentos de intervenção estatal nos mecanismos do mercado, seja mediante a imposição de deveres de abstenção, seja por intermédio do dirigismo contratual, circunstância que vem de ser experimentada nos países de capitalismo periférico somente na última década.

Dentre esses mecanismos de intervenção, destacam-se as normas jurídicas regulatórias de alguns setores de mercado, e em especial, o setor da saúde. No que se refere, por exemplo, aos planos privados de assistência médica e hospitalar, regula-os a Lei nº 9.656/98. Há diversos dispositivos limitando o círculo de atuação da autonomia privada. Pode-se, então, afirmar, que coexistem dois sistemas que regulam a autonomia privada: o contratual clássico e o legal. Disso deriva que o círculo da autonomia privada das partes contratantes não pode avançar no círculo das normas imperativas e proibitivas de algumas práticas contratuais até então usuais. Quando isso ocorrer, haverá um ilícito, não propriamente contratual (a doutrina clássica jamais o admitiu), mas porque contra *ius* (por exemplo, uma cláusula abusiva que imponha prazos de carência de assistência médica acima dos limites legais).[29]

Emerge, então, a questão do ilícito e do dano, contratual e extracontratual, de particular interesse para o tema da tutela específica dos direitos.

[29] Não se descarta, por outro lado, a tutela preventiva contra o inadimplemento contratual (por exemplo, a simples negativa da operadora de um plano de saúde em expedir a guia de internação hospitalar, muito embora o prazo contratual de carência já tenha sido observado). Tenha-se presente, ainda, que tais situações não se confundem com o dano derivado do adimplemento imperfeito do contrato (por exemplo, o esquecimento de instrumentos cirúrgicos no corpo do usuário, após realização de uma cirurgia para retirada de cálculos na vesícula e o respectivo dever de ressarcimento na forma específica). Assim como ilícito e dano não se confundem, também não se pode confundir os deveres (legais) com as obrigações (contratuais) de fazer e de não fazer.

A distinção entre ilícito e dano permite compreender porque é admissível uma forma de tutela específica no direito dos contratos, sem ofensa à autonomia privada.

Na medida em que o sistema legal proíbe algumas práticas contratuais que venham a ferir a justiça e o equilíbrio contratual, reduz, consideravelmente, o círculo de atuação em que, pela via da autonomia privada (sistema contratual), normalmente emergem as desigualdades sócio-econômicas entre o fornecedor e o consumidor.

Figure-se a seguinte situação. Com fundamento *exclusivamente* no sistema contratual, o consumidor nada poderia fazer diante de uma cláusula fundada na "autonomia da vontade" que impusesse prazos iníquos de carência no atendimento médico-hospitalar, a não ser pleitear a dissolução do contrato juntamente com o ressarcimento do dano mediante o binômio condenação-execução forçada.

Mas como o sistema contratual está limitado pelo sistema legal e este considera aquela cláusula como abusiva e nula de pleno direito, a sua inserção nas condições contratuais gerais ou em contrato de adesão não pode gerar apenas a possibilidade de dissolução contratual, especialmente quando estejam em questão necessidades básicas de "consumo" como no caso de um plano de saúde.

Assim, conforme o exemplo dado, com fundamento na ilicitude (= contra *ius*) da cláusula abusiva realiza-se a tutela inibitória (enquanto pretensão e ação de direito material) mediante a técnica processual mandamental ('ação' processual), a única adequada para a prestação de tutela jurisdicional preventiva do ilícito.

A importância da diferenciação entre o ilícito e o dano também é relevante no que se refere aos deveres gerais de conduta.

A publicidade, meio pelo qual o mercado capta futuras contratações de massa, não pode ser enganosa ou abusiva. Há deveres legais de abstenção de determinadas práticas publicitárias os quais, uma vez ofendidos, ensejam tutela específica de remoção dos respectivos anúncios.

A remoção de um anúncio publicitário ilícito objetiva cessar a continuação do seu poder persuasivo perante os consumidores em potencial do bem ofertado.

Por outro lado, um produto com alto grau de nocividade à saúde humana que tenha sido colocado no mercado também é suscetível de remoção. Mesmo um produto não registrado perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – portanto ilícita a sua colocação

no mercado – pode ser objeto de uma tutela inibitória que imponha um dever de abstenção de tal colocação.

Portanto, como se percebe, cabe tutela preventiva específica contra a prática ou a repetição de um ilícito de eficácia instantânea ou continuada.[30] Dependendo do caso concreto, a forma de tutela adequada para a prevenção do ilícito será a inibitória, a de remoção do ilícito ou a preventiva executiva. Se o caso for de um contrato, a tutela poderá ser do adimplemento na forma específica, como ver-se-á no capítulo seguinte.

Nenhuma dessas tutelas é voltada contra o dano. A tutela repressiva do dano admite a forma ressarcitória na forma específica, quando possível ou de interesse do lesado. Residualmente é que se dará tutela ressarcitória pelo equivalente, que é uma forma degradada de tutela posto que monetiza os direitos e se submete ao binômio da condenação correlacionada com execução forçada.

5. O direito à saúde entre o dever do Estado e as regras de mercado

O modelo neoliberal tende, por essência, à injustiça econômico-distributiva uma vez que têm sido crescentes as *falhas de mercado*, como se percebe no cotidiano dos problemas que envolvem o meio ambiente, as relações de produção, de distribuição e de consumo. Paralelamente, o Estado tem sido tímido na regulação de alguns setores estratégicos da sociedade, com especial relevo para o setor de saúde, cujo intervencionismo é ainda

[30] As modalidades do ilícito, enquanto violação de um dever (legal) ou de uma obrigação (contratual), com relevância para a tutela jurisdicional preventiva dos direitos podem ser assim resumidas: (i) *ameaça* da prática ou repetição de um ilícito de eficácia instantânea (por ação ou omissão); (ii) *ameaça* da prática ou repetição de um ilícito de eficácia continuada (por ação ou omissão); (iii) *ilícito em ato*, isto é, a prática ou repetição de um ilícito de eficácia continuada (por ação ou omissão). Em princípio, o ilícito de eficácia instantânea já consumado só tem relevância no plano do direito administrativo sancionatório punitivo a não ser que dele tenha derivado algum dano, quando então poder-se-á pleitear uma tutela ressarcitória na forma específica ou, residualmente, pelo equivalente monetário; por isso não há relevância para a tutela jurisdicional *preventiva* em classificar a prática (não apenas temida, mas já consumada) de um ilícito de eficácia instantânea. Por outro lado, há ilícito sem dano, ilícito fonte de um dano e dano derivado de um ato lícito. O ilícito pode ser omissivo ou comissivo. Portanto, quanto ao momento, o ilícito pode ser futuro (ameaça), presente (em ato ou continuado) e passado (consumado). Quanto à sua eficácia no tempo, o ilícito pode ser instantâneo ou continuado. Quanto à sua eficácia no espaço, o ilícito pode ser fonte ou não de dano. Quanto ao ilícito fonte de dano há que se ter separadas as duas situações que podem ocorrer: ilícito e dano com identificação cronológica no tempo e ilícito e dano sem identificação cronológica no tempo. Nesta última hipótese assume relevância a tutela preventiva da ameaça da prática ou repetição de um ilícito de eficácia instantânea ou continuada (por ação ou omissão), como da tutela preventiva da prática ou repetição de um ilícito de eficácia continuada (por ação ou omissão), pois a inércia do titular da situação substancial de vantagem poderá sujeitá-lo somente à tutela ressarcitória do dano, muita vez segundo a forma degradada de tutela pelo equivalente monetário. Cf., em termos, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela específica*, cit., p. 71-78, 92-93, 99, 131, 135-136, 147, 191-192. Observe-se, finalmente, que a ameaça da prática comissiva ou omissiva de um ilícito de eficácia *instantânea* somente admite como efetiva e adequada a *antecipação da tutela específica*, pois a espera da sentença ou tornará sem objeto a pretensão ou, em caso de dano e uma vez impossível o ressarcimento na forma específica, acarretará a degradação da tutela sob a forma do equivalente monetário. Nos demais casos, admite-se, em tese, a prestação da tutela específica mediante provimento judicial provisório ou final, sempre mediante as técnicas mandamental e executiva *lato sensu*.

insatisfatório, embora com alguns avanços na última década, em vista da sanção presidencial ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde.

Contudo, o Estado está remetendo ao mercado um setor de suma importância para a dignidade da pessoa humana, sendo que a lógica de mercado não é perfeita, por uma série de razões, do que derivam exclusões de acesso aos bens de consumo de interesse para a saúde humana.

O princípio segundo o qual a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem o acesso universal e igualitário às ações e serviços, com participação complementar das instituições privadas é criticável.[31]

O Sistema Único de Saúde tem alta taxa de risco de acidentes, além do que refuta atendimento na demanda de medicamentos para algumas patologias raras. O setor privado, por sua vez, pratica preços seletivos, excluindo o direito de acesso a tais bens de consumo, como, por exemplo, nos planos privados de saúde. O setor oligopolizado dos medicamentos importados tem exigido do governo algumas medidas de controle de preços praticados no mercado interno. Os custos da atividade produtiva em geral, por outro lado, não têm sido repassados satisfatoriamente à sociedade, e suportados, em parte, por parcela individual dos consumidores vulneráveis.

Nessa perspectiva, externalidades negativas têm ocorrido, sendo inadequada a tutela regida pela lógica compensatória. É muito comum a alocação de *property rights* pelo violador que se disponha a pagar o preço de mercado. Pior ainda é quando o interesse lesado é de natureza não patrimonial, pois arbitra-se uma compensação por um preço de mercado inexistente, mercantilizando-se um bem que na verdade está *fora do comércio*. Nesse último caso submetem-se, indevidamente, os interesses fundamentais da pessoa humana à lógica de mercado. O direito à saúde é um direito social, de segunda dimensão, mas ainda não implementado satisfatoriamente.[32]

[31] Arts. 196 e 199, § 1º, CF/88.

[32] Dispõe o art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: "1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento *são* das crianças. b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade." Cf. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2ª, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 369.