

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP

ETÉOCLES BRITO MENDONÇA DIAS JÚNIOR

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS (ARTS. 421 E 2.035
DO CÓDIGO CIVIL) NA ATUAÇÃO COMPLEMENTAR
DA INICIATIVA PRIVADA PERANTE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

São Paulo

2023

ETÉOCLES BRITO MENDONÇA DIAS JÚNIOR

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS (ARTS. 421 E 2.035
DO CÓDIGO CIVIL) NA ATUAÇÃO COMPLEMENTAR
DA INICIATIVA PRIVADA PERANTE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Função Social do Direito. Resignificação e circulação de direitos e institutos.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães.

São Paulo

2023

Catálogo na fonte: Biblioteca FADISP

D541f Dias Júnior, Etéocles Brito Mendonça.

A função social dos contratos (arts.421 e 2.035 do código civil) na atuação complementar da iniciativa privada perante o Sistema Único de Saúde / Etéocles Brito Mendonça Dias Junior – 2023.

228 fls; 30cm.

Tese (Doutorado) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Função Social do Direito - São Paulo, 2023.

Orientador (a): Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

Inclui bibliografia

1.Função social. 2.Contratos. 3.Estado constitucional.4.Contratualização. 5.Sistema único de saúde. 6.Terceiro setor. 7.Interpretação contratual. 8.Comportamento contratual. 9.Direitos fundamentais. 10.Usuários. I.Dias Júnior, Etéocles Brito Mendonça. II. Faculdade Autônoma de Direito. III.Título.

CDU 34

Etéocles Brito Mendonça Dias Júnior

**A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS (ARTS. 421 E 2.035 DO CÓDIGO CIVIL)
NA ATUAÇÃO COMPLEMENTAR DA INICIATIVA PRIVADA PERANTE O
SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Função Social do Direito. Resignificação e circulação de direitos e institutos.

Orientador: Professor Doutor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães.

São Paulo, __ de março de 2023

Banca Examinadora:

**Professor Doutor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães
Orientador**

**Professor Doutor
Membro**

**Professor Doutor
Membro**

**Professor Doutor
Membro**

**Professor Doutor
Membro**

A Tavanne e Bernardo, luzes de amor infinito
que iluminam qualquer escuridão.

Agradecimentos

Aos meus familiares, por todo o apoio e carinho ao longo da jornada.

Ao orientador, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, e à ex-orientadora, Carolina Noura de Moraes Rêgo, pelos ensinamentos e rico direcionamento do trabalho.

À Administração Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, especialmente na pessoa do Procurador-Geral de Justiça, Alexandre Magno Benites de Lacerda, por valorizar o estudo como forma de crescimento pessoal e espiritual.

Aos colegas da jornada, especialmente Michelle Nogueira Morais, Ricardo Alves de Lima, Bruno Casagrande e Fábio Costa.

RESUMO

O presente trabalho visa, por meio das ferramentas metodológicas do direito civil constitucional, da flexibilização da distinção entre direito público e direito privado e do estágio atual de desenvolvimento e maturação do Estado Constitucional, demonstrar que o princípio da função social dos contratos, agasalhado implicitamente pela ordem constitucional brasileira de 1988 (arts. 3º e 170 da CF) e explicitamente pelo Código Civil Brasileiro de 2002 (arts. 421, *caput*, e 2.035), incide sobre os diversos modelos de ajustes, de cunho contratual ou não, firmados no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS para fins de concretização da hipótese constitucional do art. 199 da Magna Carta, podendo, especialmente nos chamados casos de “contratualização” de serviços públicos de saúde, firmados com entidades do chamado terceiro setor, limitar ou modificar o âmbito de incidência das cláusulas convencionadas e o comportamento contratual das partes, nas situações em que a interpretação contratual ou atuação contratual antissocial tenha aptidão para limitar ou neutralizar o gozo de direitos fundamentais individuais e sociais dos usuários do sistema público de saúde.

Palavras-chave: função social; contratos; Estado Constitucional; contratualização; sistema único; saúde; terceiro setor; interpretação contratual; comportamento contratual; direitos fundamentais; usuários.

ABSTRACT

The present work aims, through the methodological tools of Constitutional Civil Law, of making the distinction between public and private law more flexible, and of the current stage of development and maturation of the Constitutional State, to demonstrate that the principle of the social function of contracts, implicitly covered by the Brazilian constitutional order of 1988 (arts. 3º and 170 of the CF) and explicitly in the Brazilian Civil Code of 2002 (art. 421, *caput*, and art. 2035), focuses on the various models of adjustments, of a contractual nature or not, signed within the scope of the Single Health System – SUS for the purpose of materializing the constitutional hypothesis of art. 199 of the Magna Carta, being able, especially in the so-called “contractualization” of public health services, signed with entities of the so-called Third Sector, to limit or modify the scope of incidence of the agreed clauses and the contractual behavior of the parties, in situations in which the contractual interpretation or antisocial contractual performance has ability to limit or neutralize the enjoyment of fundamental individual and social rights by users of the public health system.

Keywords: social function; contracts; constitutional state; contracting; single system; health; third sector; contractual interpretation; contractual behavior; fundamental rights; users.

RESUMEN

Este trabajo pretende, a través de las herramientas metodológicas del Derecho Civil Constitucional, la flexibilización de la distinción entre derecho público y derecho privado, y el estado actual de desarrollo y maduración del Estado Constitucional, para demostrar que el principio de la función social de contratos, recogido implícitamente en el ordenamiento constitucional brasileño de 1988 (art. 3º y art. 170 del CF) y explícitamente en el Código Civil brasileño de 2002 (art. 421, caput y art. 2035), se centra en las diversas modelos de ajustes, de naturaleza contractual o no, firmados en el ámbito del Sistema Único de Salud – SUS con el fin de implementar la hipótesis constitucional del art. 199 de la Carta Magna, pudiendo, especialmente en los supuestos denominados de “contraccionalización” de servicios públicos de salud, suscritos con entidades del denominado Tercer Sector, limitar o modificar el ámbito de incidencia de las cláusulas pactadas y la conducta contractual de las partes, en situaciones en que la interpretación contractual o la ejecución contractual antisocial tenga la capacidad de limitar o neutralizar el goce de los derechos individuales y sociales fundamentales de los usuarios del sistema público de salud.

Palabras clave: función; social; contratos; estado constitucional; contratación; sistema único; salud; tercer sector; interpretación; contractual; comportamiento; contractual; derechos; fundamental; usuarios.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ...	20
2.1	O papel do fenômeno da constitucionalização na quebra de paradigmas. Releitura, transformação e funcionalização de institutos jurídicos.....	20
2.2	Unidade do ordenamento jurídico: premissa irrenunciável do fenômeno da constitucionalização	34
2.3	Constitucionalização e atenuação da dicotomia direito público e direito privado	42
2.4	Constitucionalização e Estado Democrático de Direito / Estado Constitucional.....	53
3	PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (CONSTITUCIONAIS, CONVENCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS) E SUA INTERAÇÃO COM A AUTONOMIA NEGOCIAL	65
3.1	Breve histórico da criação do Sistema Único de Saúde. O SUS como garantia constitucional fundamental.....	65
3.2	Direito à saúde como direito fundamental social e sua conformação legislativa pelo Sistema Único de Saúde	72
3.3	Fundamentos regentes da contratualização da iniciativa privada perante o Sistema Único de Saúde	84
3.4	Diálogo das fontes entre a Lei Orgânica do SUS, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e o Código Civil.....	95
4	TRANSMUTAÇÃO DO CONCEITO DE CONTRATO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: IMPACTO PARA ALÉM DO DIREITO CIVIL	105
4.1	Contratos, dignidade humana e direitos fundamentais.....	105
4.2	Contratos na ordem econômica constitucional contemporânea. A promoção do interesse negocial, porém condicionado à máxima efetivação dos direitos fundamentais e dos fundamentos republicanos	122
4.3	A autonomia negocial como direito constitucional fundamental implícito e a função social dos contratos como princípio estruturante decorrente dos fundamentos da República e da ordem econômica brasileira.....	131
5	O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E SEU ASPECTO PERANTE AS CONTRATUALIZAÇÕES FIRMADAS NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	147

5.1	A causa nos negócios jurídicos e sua relação com a função social dos contratos.....	147
5.2	Função social dos contratos: conceito, desenho constitucional e legal, relação com a boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.....	157
5.3	Eficácias interna e externa da função social dos contratos e sua relação com os direitos fundamentais no Estado Constitucional	168
5.4	lguns efeitos da função social dos contratos perante as contratualizações do Sistema Único de Saúde.....	177
5.5	O papel do Estado-Juiz perante o tema	190
6	CONCLUSÕES.....	207
	REFERÊNCIAS	215

1 INTRODUÇÃO

Era meados de 2018 quando, em determinada cidade de médio porte do interior da região Centro-Oeste do Brasil, chegou ao conhecimento do órgão de execução do Ministério Público Estadual com atribuição para officiar na tutela judicial e extrajudicial da saúde pública, cidadania e direitos humanos da comarca respectiva a confecção e execução de um contrato de serviços médicos de ortopedia no mínimo suspeito, firmado entre a fundação pública que administrava o único hospital de urgência e emergência credenciado ao Sistema Único de Saúde – SUS no Município e determinada sociedade empresária composta por profissionais da área de ortopedia, ali sediada.

Causou profunda estranheza uma circunstância em especial na análise do teor do instrumento contratual. A despeito de o edital de abertura do chamamento público deflagrado pela entidade fundacional ter especificado que, na especialidade ortopedia, os plantões médicos deveriam ser presenciais, a cláusula contratual correspondente a tal obrigação, constante do contrato de prestação de serviços médicos ao final firmado e executado pelas partes, simplesmente suprimiu essa adjetivação. Limitava-se a apontar a obrigatoriedade de realização de plantão, sem adentrar em maiores detalhes.

O mesmo tipo de lacuna não apareceu nos contratos de prestação de serviços médicos envolvendo outras especialidades, como oftalmologia, pediatria, terapia intensiva, neurologia etc., para os quais, ao revés, constou, nitidamente, a expressão “plantão presencial” para o regime de atuação médica. Difícil imaginar solução diferente, afinal ali estava em jogo o dia a dia de uma entidade caracterizada como hospital de urgência e trauma, com atendimento de média e alta complexidade em trauma-ortopedia, sendo a principal porta hospitalar aberta da macrorregião respectiva, com um público-alvo de aproximadamente 800 mil habitantes.

Em que pese isso, a ausência da expressão “presencial” foi interpretada, tanto pelo corpo de profissionais médicos ortopedistas contratados como pela direção do hospital, como disposição contratual permissiva para que a atuação do primeiro pudesse se dar por intermédio de outros regimes de plantão, como o chamado plantão a distância (ou alcançável), aquele no qual o profissional de medicina fica de sobreaviso e é contatado e obrigado a se deslocar e comparecer ao local de trabalho tão logo apareça uma situação de urgência e emergência envolvendo sua especialidade.

No caso concreto em espeque foi o que, lamentavelmente, aconteceu, ao menos até o momento da intervenção ministerial, já em meados do ano 2019. Embora algumas ações individuais tenham mobilizado a atuação do Poder Judiciário nesse interregno, não se tem ideia

do quantitativo total de atendimentos de urgência e emergência retardados ou mesmo não efetivados em razão da solução contratual odiosa que, como visto, perdurou por cerca de um ano, trazendo um prejuízo imensurável, ainda que talvez não imediatamente detectável, aos usuários do SUS daquela cidade.

Ignorou-se, até ali, maliciosamente ou não, a conclusão lógica pela indispensabilidade do plantão presencial ortopédico para a própria realização da atividade-fim da entidade hospitalar, sob pena de frustração clara da causa concreta do contrato e da função social que deveria cumprir, qual seja, dar azo à efetiva prestação de serviços médicos de trauma-ortopedia de urgência e emergência em prol da população usuária do SUS, garantindo o regular gozo do direito fundamental social à saúde, notadamente para situações sensíveis e demandantes de respostas imediatas, onde há risco de morte ou sequelas físicas irreversíveis.

A recomendação administrativa expedida pelo Ministério Público Estadual, felizmente acatada pela entidade federativa supervisora e pela entidade fundacional gerenciadora da entidade hospitalar, baseou-se não somente em princípios e regras tradicionais de direito público, como eficiência e vinculação ao instrumento convocatório, como também, e especialmente, no princípio estruturante e cláusula geral da função social dos contratos, previsto em sede constitucional (arts. 1º, I a III, 3º, I a III, 5º, XXII e XXIII, e 170, III, todos da CF/88) e legal (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do CC).

Toda a celeuma, e outras similares ou até mesmo piores, criadas no contexto de contratação de ações e serviços públicos de saúde perante o SUS na forma do art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988, deixam clara a existência de pelo menos três impasses graves presentes na realidade jurídica pátria, todos eles contributivos para a iniciativa de desenvolver o tema desta tese.

O primeiro é que o regime jurídico de direito público e os princípios e regras a ele subjacentes, a depender da complexidade e especificidade dos casos concretos submetidos a análise do Poder Judiciário ou das funções essenciais à justiça (Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia), podem se revelar insuficientes para, sozinhos, regulá-los e resolvê-los, trazendo uma resposta completa e inequívoca.

Os assim chamados *hard cases* em controvérsias contratuais no seio da instituição e operacionalização de ações e serviços de saúde pública hoje tendem a demandar a contribuição de outros ramos do direito, inclusive do direito privado, para a revelação de respostas seguras, garantidoras da segurança jurídica, preservadoras dos direitos e garantias fundamentais, ao mesmo tempo que reverentes ao direito posto, globalmente considerado.

Aí surge o segundo impasse, que pode ser considerado, mais apropriadamente, uma constatação. O reforço regulatório e argumentativo do direito privado, quando trazido para relações jurídicas de direito público de complexidade relevante, como no caso das controvérsias contratuais envolvendo ações e serviços do SUS, não implicará, necessariamente, maior flexibilização da atuação estatal.

Isso quer dizer que a propalada “fuga para o direito privado”, ao contrário do que apressadamente se possa imaginar, não implica, como efeito concreto e automático, maior frouxidão para o atuar do administrador público, seja nos ajustes contratuais, seja nas decisões administrativas que se revelarem necessárias. Aplicar conceitos, premissas e soluções do direito privado, dialogicamente com o direito público, para a solução de problemas contratuais densos deste último ramo do direito nem sempre trará à tona válvulas de escape nos deveres de fiscalização, colaboração e justiça contratual.

O oposto não só pode acontecer como tende, com a constitucionalização e a socialização de árvores do direito como o direito civil, a ser a regra. O direito civil muitas vezes colaborará para que os desfechos desses negócios guardem melhor consonância com o interesse da coletividade, sem descurar do respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Chega-se ao terceiro impasse visualizado, contributivo para a existência desta tese. Em que pesem os mais de 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988 e os 20 anos recém-completados do Código Civil de 2002, percebe-se uma utilização ainda muito tímida dos novos princípios contratuais pelos operadores do direito que sejam atuantes frequentes do direito público, em especial por aqueles que oficiam na relevante função de controle externo da atividade administrativa, com destaque para o Ministério Público.

Realmente, quanto ao desenvolvimento e aplicação concreta dos novos princípios contratuais em seara de tutela coletiva de direitos, talvez a única exceção relevante no dia a dia forense corresponda à utilização do princípio da boa-fé objetiva, e ainda assim circunscrito à área do direito do consumidor (no direito privado, portanto). Quanto aos princípios do equilíbrio contratual e da função social dos contratos, há praticamente uma preterição, consciente ou não, de suas incríveis potencialidades em resolver problemas concretos, mesmo perante o regime administrativo de direito público.

Ajustes contratuais implementadores de políticas públicas que deveriam ser voltados ao gozo e proteção de direitos fundamentais coletivamente considerados por vezes não cumprem sua função social, justamente por apresentar em seu teor uma ou mais disposições que praticamente frustram sua finalidade nuclear, tornando inócuo seu objeto, avalizando (ao menos

em tese) comportamentos contratuais questionáveis e condenando uma das partes ou os próprios destinatários finais da ação pública ao infortúnio.

Exemplos serão trazidos ao longo do texto, que não tem a pretensão de implementar um esgotamento do tema ou uma ruptura com o estado de coisas relatado acima. Os objetivos são mais modestos e cingem-se a provocar o necessário início do debate a respeito de relevantes e ainda não respondidos questionamentos, como os seguintes: i) à luz do estágio atual da constitucionalização do direito, o princípio da função social dos contratos tem aplicação em outras matérias, para além do direito civil? ii) em caso de resposta positiva, por quais motivos e em que medida? iii) pode ele servir de embasamento para decisões jurisdicionais e administrativas invasivas perante a gestão contratual pública, notadamente em ajustes negociais que revelem uma distorção na implementação de políticas públicas que deveriam prover e respeitar direitos fundamentais, mas que falham no todo ou em parte em sua missão? iv) como será a aplicação do princípio perante os ajustes contratuais firmados por força do art. 199, § 1º, da Constituição, que são justamente os mais recorrentes perante o sistema público de saúde brasileiro? v) se a intervenção se revelar juridicamente aceita e necessária, o órgão controlador ou decisório deve se valer dos meios próprios de soluções de conflitos do processo civil tradicional ou de técnicas mais modernas e operativas de decisão? Quais?

Essas são algumas aflições que serão expostas, desenvolvidas e enfrentadas ao longo do trabalho, de modo a detectar o efetivo papel e extensão do princípio da função social dos contratos em ajustes contratuais firmados pela Administração Pública com particulares, visando à satisfação de certas necessidades coletivas específicas.

Por imperiosa necessidade de delimitação do objeto da pesquisa, optou-se por cingir o estudo não a todo e qualquer tipo de negócio jurídico que tenha a Administração Pública como uma das partes (contratante), mas sim àqueles que dão concreção ao comando constitucional do art. 199, parágrafo único, da Constituição. Os motivos são os seguintes.

A uma, porque se trata de uma tipologia de contratação pública submetida a regimes jurídicos diversificados, que ora podem se revelar detalhados, ora lacunosos. Os marcos normativos existentes quanto ao tema são variados, circunstância tributária da competência legislativa concorrente atribuída constitucionalmente às entidades federativas Brasil afora e por raras vezes aproveitada a contento. Isso porque tais entes, em regra, baseiam-se em regulamentação infralegal advinda do Ministério da Saúde para fixar os parâmetros de suas atividades de contratualização de ações e serviços de saúde.

Nenhum demérito às autoridades constituídas em nível federal, mas estas, a despeito da boa vontade e acerto em alguns objetivos, não conseguem englobar adequadamente toda a rica

temática a respeito da contratualização de ações e serviços de saúde no corpo de atos administrativos como decretos, portarias, resoluções etc. Até porque a variedade e a complexidade dos problemas que podem surgir são inesgotáveis, de modo que o regime de contratação de ações e serviços de saúde pública pode ser classificado como revelador de negócio jurídico parcialmente tipificado na legislação (art. 425 do CC), o que abre as portas para um alargamento mais considerável, porém não ilimitado, de autonomia negocial às partes.

A duas, porque, ao tratar diretamente de serviços públicos conexos com a implementação prestacional de direitos fundamentais (geralmente sociais), esse tipo de contratação expõe um dever de proteção e efetivação mais acentuado por parte dos agentes controladores, judiciais e administrativos, o que igualmente revela o uso qualitativa e quantitativamente mais enfático (mas jamais desarrazoado) de todos instrumentos postos à disposição pelo ordenamento jurídico brasileiro para a proteção de tais direitos, ainda que estranhos ao ramo jurídico a que esse tipo de contratação, em um primeiro momento, diz respeito (direito público).

A três, porque o quantitativo de contratações dessa espécie na realidade concreta do país é absolutamente espantoso. Por motivos que serão detalhados ao longo do texto, não foi possível ao poder público brasileiro (e nem será em um horizonte próximo) instituir um número sequer mediano de ações e serviços públicos de saúde próprios, dependendo, portanto, da parceria e colaboração de agentes privados para a concreção do dever constitucional de concreção à saúde das pessoas, exposto no art. 196 da Constituição.

Os regimes de contratação de ações e serviços de saúde complementar formulados pelos entes federativos do país, aliás, modernizaram-se acentuadamente na última década, com a maturação de características novas e singulares que os afastaram dos modelos tradicionais de contratos administrativos até então conhecidos, e outrora arraigados na posição hierárquica da Administração Pública em face do particular.

As novas modalidades de contratualização de ações e serviços de saúde, de entidades com ou sem fins lucrativos, agora usualmente são caracterizadas por regimes avançados de governança e colaboração contratual, até de certa forma mais parecidos com os contratos de grande vulto firmados no âmbito do direito privado, mas isso ocorre sem que a Administração Pública assumidamente se distancie do regime jurídico de direito público, mesmo que de forma remota. O fenômeno é muito particular, e de fato demanda atenção dos operadores jurídicos.

São contratações de objeto e causa complexos, duradouras no tempo, constitucionalmente reconhecidas como de relevância pública (art. 197 da CF/88) e que afetam diária e diretamente direitos fundamentais sociais de um grande número de pessoas, em regra

menos favorecidas socialmente, na medida em que aqueles que possuem condições financeiras um pouco melhores se socorrem, quando necessitam, da saúde privada ou da saúde suplementar.

Aliás, a análise dos contratos firmados no âmbito da saúde suplementar foge ao objeto deste trabalho, não só pela necessária delimitação do tema junto ao modelo de saúde complementar (e, portanto, público) fixado constitucionalmente, que sabidamente possui caracteres específicos, como também pela circunstância de que, em tais espécies de negócio jurídico (planos de saúde), a aplicação dos modernos princípios da nova teoria contratual já encontrou um porto seguro, especialmente perante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do que ainda ocorre em face do SUS.

A delimitação temática, mesmo dentro do regime de atuação complementar, ainda avançará mais um pouco, na medida em que o objeto do trabalho deixará propositalmente de fora, ao menos em grande parte, as vicissitudes do regime de contratação de Organizações Sociais – OS e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, mediante, respectivamente, contratos de gestão e termos de parceria, em razão da ampla controvérsia doutrinária que ali reina, sobre se essas modalidades de contratação constituem ou não formas de complementação de ações e serviços de saúde, ou se configuram criação de serviços novos.

Ainda, os casos de contratualização objeto de preocupação desta obra cingem-se às hipóteses de parcerias firmadas para a prestação de ações e serviços de saúde de média ou alta complexidade, em nível hospitalar, ou seja, as que consubstanciam aquilo que comumente se denomina atenção terciária à saúde.

Desta feita, foge ao objeto da tese a análise da aplicação do princípio da função social dos contratos nos casos de transferência de gestão da Atenção Básica em Saúde para entidades do terceiro setor, temática, aliás, bastante controversa, e que sem dúvida mereceria um estudo à parte.

Feitas essas considerações, explicita-se que o capítulo segundo trata do fenômeno da constitucionalização do direito e suas consequências difusas e de relevância ímpar para a realidade jurídica do país, agora radicalmente distinta da prevalecente no regime constitucional anterior. Aqui se discorre sobre como tal fenômeno impõe a necessidade de releitura, transformação e funcionalização de institutos do direito público e privado, dentre eles o contrato, para melhor proteger e efetivar o novo núcleo de direitos fundamentais constitucionalmente posto.

Detalha, ainda, o segundo capítulo da tese o que é a unidade do ordenamento jurídico e por que se trata de premissa irrenunciável ao fenômeno da constitucionalização do direito e à solução de problemas concretos e graves, em regra não mais passíveis de solução mediante

mera atividade de subsunção do fato à norma. Analisar-se-á a força do Estado Democrático de Direito para a promoção de valores comunitários fixados constitucionalmente e a consequente atenuação da dicotomia direito público e direito privado.

O terceiro capítulo volta a atenção para a análise dos princípios fundamentais norteadores do Sistema Único de Saúde (constitucionais, convencionais e infraconstitucionais) e sua interação com o moderno conceito de autonomia negocial. Objetiva-se trazer um breve histórico da criação do SUS, sua natureza jurídica de garantia constitucional fundamental, ou seja, verdadeira conquista da sociedade brasileira, não passível de supressão ou vulneração pelo poder constituinte derivado, bem como detalhamentos sobre os motivos pelos quais a necessidade de regulamentação, ao menos em alguma medida, de direitos fundamentais sociais caros a esse sistema, como a saúde, não enfraquece automaticamente sua força normativa imediata.

Analisar-se-ão os fundamentos regentes da contratualização da iniciativa privada perante o Sistema Único de Saúde, medida necessária para demonstrar que a razão de ser desses instrumentos é absolutamente indissociável do dever de tutela e proteção de direitos fundamentais a eles correlatos, o que trará reflexos na necessidade de coerência e responsabilidade na fixação dos termos dos ajustes em tal seara.

Por fim, o capítulo encerra com o estudo da Teoria do Diálogo das Fontes e sua importância para a resolução de problemas concretos surgidos no contexto das contratualizações do SUS, especialmente (mas não exclusivamente) mediante a interação normativa entre a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021, cujo início de vigência completa se avizinha) e o Código Civil.

No quarto capítulo desta empreitada será abordado com detalhes um dos efeitos concretos da constitucionalização do direito, consistente na transmutação do conceito de contrato no direito contemporâneo, e os impactos dessa nova Teoria Geral dos Contratos para além do direito civil, já que agora orienta e condiciona a aplicação do instituto em outros regimes jurídicos e não mais se limita a relações com objeto eminentemente patrimonial.

Aborda-se de que forma contratos, dignidade humana e direitos fundamentais estão interligados, o que é importante para apreender o impacto dessa conexão perante contratos de ações e serviços de saúde de relevância pública firmados perante o SUS. Ademais, será de extrema importância verificar onde o instituto do contrato se situa na ordem econômica constitucional contemporânea e por que a promoção do interesse negocial será em regra válida,

porém condicionada à máxima efetivação dos direitos fundamentais e dos fundamentos republicanos, sob pena de sanções severas pelo ordenamento jurídico.

A natureza jurídica de direito constitucional fundamental implícito da autonomia negocial e a natureza jurídica da função social dos contratos como princípio estruturante decorrente dos fundamentos e objetivos da República e da ordem econômica brasileira serão explicadas, uma vez que são, igualmente, premissas caras ao objetivo final da tese.

Enfim, no quinto e derradeiro capítulo haverá uma tentativa de resgate do estudo do instituto da causa nos negócios jurídicos, já há algum tempo secundarizado pela doutrina brasileira atual, e sua relação com o princípio da função social dos contratos, pois, a despeito da semelhança, não se trata de conceitos sinônimos, porém conexionsados e igualmente relevantes para modelar o agir estatal perante os modelos de contratualização de serviços públicos concretizadores de direitos fundamentais sociais.

O princípio da função social dos contratos será analisado em minúcias, com apresentação de seu conceito, desenho constitucional e legal e relação com outros princípios contratuais modernos e afins, assim como igualmente operativos perante o direito público, embora originalmente previstos para o direito privado, como boa-fé objetiva e equilíbrio contratual.

Dar-se-á atenção para as eficácias interna e externa da função social dos contratos e sua relação com os direitos fundamentais no Estado Constitucional, uma vez que tais modalidades de eficácia são as que darão vivacidade ao princípio em situações negociais concretas firmadas no âmbito do SUS, envolvendo sempre o trinômio gestor, prestador e usuário.

Em seguida, a teoria dialogará com a práxis do dia a dia no corpo deste trabalho, de modo que alguns exemplos concretos de aplicação da função social dos contratos perante as contratualizações do SUS serão apresentados, obviamente sem ambição de esgotar todas as possibilidades, mas de modo a demonstrar que situações peculiares e por vezes inesperadas realmente circundam negócios jurídicos desse jaez, não sendo incomum a necessidade de intervenção jurisdicional ou administrativa para recolocar o conteúdo contratual público nos rumos da normalidade e racionalidade, porém de modo a não prejudicar os usuários finais das políticas públicas sanitárias.

Realmente, como se está diante de situações ainda novas para a atual realidade constitucional, complexas, delicadas, que impactam diretamente, em escala coletiva e heterogênea, direitos fundamentais de relevo para o tecido social, há de se exigir uma atuação judicial mais flexível na solução dessas controvérsias. Tal atuação, em regra, não encontrará respaldo no modelo individualista do processo civil tradicional, e sim na forma diferenciada,

dialógica e coletiva de tutela de direitos, representada pelos assim chamados processos estruturais.

Necessário, portanto, verificar as formas de resolução de controvérsias contratuais e coletivas nascidas perante os modelos de contratualização SUS e o efetivo papel do Poder Judiciário nesses temas, notadamente a forma como o órgão judicante pode atuar, atentando, concomitantemente, para a harmonia e independência entre os poderes, o respeito ao direito posto, mas alinhado com a tutela dos direitos fundamentais sociais por meio de exclusão ou reinterpretação de disposições contratuais antissociais que, ao fim e ao cabo, maculam os direitos fundamentais sociais que deveriam primariamente proteger.

2 CONCEITO E CONSEQUÊNCIAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

2.1 O papel do fenômeno da constitucionalização na quebra de paradigmas. Releitura, transformação e funcionalização de institutos jurídicos

Empreender esforços para assimilar o fenômeno da constitucionalização do direito implica necessariamente apontar e examinar, de modo analítico, mudanças completas de paradigma na dinamicidade e sentido do ordenamento jurídico como um todo, especialmente por conta da alteração de seu referencial primeiro e, conseqüentemente, de sua própria razão de ser e valores inerentes mais caros.

O advento de uma ordem constitucional de forte carga axiológica e de ambições de cunho abrangente, duradouro e transformador da realidade social, cultural, econômica e normativa implica a irradiação do projeto constitucional por todos os ramos do ordenamento jurídico e em todos os aspectos do mundo da vida. A irradiação da normatividade constitucional dá-se mesmo em situações adstritas a sub-ramos do ordenamento jurídico com espectros epistemológicos maturados e regulados por amplo acervo legal e regulamentar próprio e tradicional, como é o caso, por exemplo, do direito administrativo e do próprio direito civil.

Realmente, uma Constituição dirigente, analítica e prolixa como a brasileira de 1988, fruto em parte de uma profunda desconfiança dos governantes, preocupa-se em remediar a falta de confiabilidade social nas instituições por meio da regulação ampla e detalhada de realidades e matérias distintas, o que traz conseqüências significativas para a moldura jurídica e política nacional.

Uma delas é a inclusão inovadora, no corpo da Constituição formal, de matérias tratadas tradicionalmente pela legislação infraconstitucional. Embora seja um fenômeno perceptível com o advento da Carta Política de 1988, é errôneo limitar a constitucionalização do direito como a mera incorporação, pelo constituinte, de matérias que lhe são usualmente alheias, pois outrora afetas somente ao empreendimento do legislador infraconstitucional.

Leciona Luís Roberto Barroso que o termo constitucionalização do direito é de uso relativamente recente e plurívoco. Pode caracterizar, exemplificativamente, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Além disso,

também poderia servir para identificar o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais.¹

Todavia, não seria essa a verdadeira radiografia do fenômeno, que é muito mais complexo e multifacetado. Segundo o mesmo autor, a ideia de constitucionalização do direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.² Repercutem sobre a atuação dos três poderes, em sua relação com os particulares e mesmo nas relações entre os particulares.

De acordo com a conceituação do jurista italiano Paolo Comanducci, a constitucionalização é um processo pelo qual o direito é “impregnado”, “saturado”, “embebido” pela Constituição, eis que um direito constitucionalizado se caracteriza por uma constituição invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e o comportamento dos atores políticos.³

Suas principais condicionantes seriam: i) a existência de uma Constituição rígida; ii) a presença de uma jurisdição constitucional; iii) a força vinculante da Constituição; iv) a sobreinterpretação (interpretação expansiva) da Constituição; v) a aplicação direta das normas constitucionais, inclusive para regular relações interprivadas; vi) a interpretação constitucional das leis; vii) a influência da Constituição no debate político.⁴

O civilista Anderson Schreiber abraça premissas similares ao fixar que:

Para quem busca desde logo um conceito, o direito civil constitucional pode ser definido como a corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição. O termo “releitura” não deve, contudo, ser entendido de modo restritivo. Não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias do direito civil (aplicação indireta da Constituição), mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares. A rigor, para o direito civil constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (o que nem sempre é fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 340.

² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, cit., p. 341.

³ COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, Ma. Ángeles; LAGIER, Daniel González. **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 86.

⁴ COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo, cit., p. 87.

Como se vê, o direito civil constitucional não é “o conjunto de normas constitucionais que cuida de direito civil”, nem se trata tampouco de uma tentativa de esvaziar o direito civil, transferindo alguns de seus temas (família, propriedade, etc.) para o campo constitucional. Trata-se, muito ao contrário, de superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.⁵

Enfim, resta inafastável a detecção da expansão funcional dos documentos constitucionais para muito além do projeto tradicionalmente perquirido de limitação e divisão dos poderes e funções estatais. A ambição constitucional, de natureza abrangente e perene, visa com igual ou maior importância à incidência de sua normatividade em todo o ordenamento jurídico, possibilitando aos valores constitucionais alcançar relações sociais tanto diversificadas quanto historicamente alheias a esse tipo de disciplinamento.

Paulo Lôbo esclarece que a constitucionalização do direito civil é o processo de elevação ao plano constitucional dos fundamentos do direito civil, que passam a condicionar a observância, pelos cidadãos, e a aplicação, pelos tribunais, da legislação infraconstitucional pertinente. No plano teórico, é a interlocução do direito civil com a teoria da Constituição e com os fundamentos do constitucionalismo social que despontou a partir do século XX, ou seja, há estreita interdependência entre a constitucionalização das relações jurídicas privadas e a do Estado Social.⁶

Seus principais pressupostos teóricos seriam: i) natureza normativa da Constituição e de suas normas, libertando-se do preconceito de seus fins meramente programáticos; ii) complexidade e unitariedade do ordenamento jurídico, ante a pluralidade das fontes do direito; iii) renovada teoria da interpretação jurídica não formalista, com ênfase em fins e valores a serem aplicados⁷.

Nesse sentido, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto lembram que os preceitos e valores constitucionais são agora considerados vetores para a interpretação e aplicação de todo o direito, impondo a releitura de conceitos e institutos existentes nos mais variados ramos do ordenamento, de modo que a Constituição passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política.⁸

Corolário disso é que a aplicação das normas constitucionais vai se dar não só em face dos chamados *hard cases* como em conflitos jurídicos de gravidade distinta. Citem-se grandes

⁵ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1-2.

⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1: Parte geral. p. 52.

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil**, cit., p. 53.

⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 43.

conflitos pela posse coletiva de terra e complexas operações econômicas, mas também situações de gravidade mais branda, como desacordos a respeito da interpretação de cláusulas contratuais ou condominiais.

Os chamados *hard cases* são entendidos como os conflitos de interesse de alargada litigiosidade, para cuja solução não há uma resposta inequívoca dada pelo ordenamento jurídico, de modo que é insuficiente, para sua resolução, a atividade de subsunção. A solução deve passar por uma análise sistemática e coerente do ordenamento jurídico como um todo, donde o julgador deve pinçar, não raro em marcos legais e institutos diversos, uma atuação sinérgica e complementar entre todos eles, na direção de um desfecho juridicamente acertado.

Em estudo aprofundado sobre a temática, o jurista argentino Pablo Eugenio Navarro, Doutor em Direito pela Universidade Nacional de Córdoba, esclarece que, em regra, os *hard cases* apresentam elementos como: i) ausência de uma resposta correta; ii) as formulações normativas a eles aplicáveis são ambíguas e/ou os conceitos que expressa são vagos, com textura aberta etc.; iii) o direito a eles aplicável é incompleto ou inconsistente; iv) não há consenso quanto a sua resolução pela comunidade de juristas; v) não é um caso rotineiro, de aplicação mecânica da lei; vi) a complexidade do caso não permite sua solução unicamente com o sopesamento de disposições jurídicas em conflito, mediante argumentos não dedutíveis; vii) requerem para seu desfecho um raciocínio baseado em princípios; viii) sua solução faz referência, necessariamente, a juízos morais.⁹

Aumenta-se a litigiosidade e o ônus argumentativo dos atores processuais, especialmente dos órgãos judicantes, que devem decidir de modo amplamente fundamentado e com o olhar direcionado às vicissitudes do caso concreto (art. 93, IX, da CF/88 e art. 489 do CPC), sob pena de a atividade decisória não resistir a um posterior juízo de revisão e desfazimento.

O anterior Código Civil, promulgado no começo do século passado, tinha grande parte de seus dispositivos ainda alicerçados em valores do liberalismo burguês, privilegiando o protagonismo de certos papéis sociais, como o do pai de família, o do contratante e o do proprietário. Ademais, primava pela apresentação antecipada de respostas específicas para os problemas sociais, de modo que não havia margem para apreciações argumentativas exaurientes.

Tal método fazia sentido em uma sociedade majoritariamente agrária e ainda em formação, mas foi superado pelo impressionante desenvolvimento populacional, tecnológico,

⁹ NAVARRO, Pablo Eugenio. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho. *Doxa*, v. 14, 1993. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10684/1/doxa14_13.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

cultural e econômico que impactou todo o mundo ocidental a partir do período pós-guerra. Nesse diapasão, o historiador Eric Hobsbawm aponta três importantíssimos fatores característicos da época de maior transformação tecnológica da história da humanidade, a qual batizou de a “Era de Ouro”:

Três coisas nesse terremoto tecnológico impressionam o observador. Primeiro, ele transformou absolutamente a vida cotidiana no mundo rico e mesmo, em menor medida, no mundo pobre, no qual o rádio podia agora, graças ao transistor e à miniaturizada bateria de longa duração, chegar às mais remotas aldeias, a “revolução verde” transformou o cultivo do arroz e do trigo, e as sandálias de plástico substituíram os pés descalços [...].

Segundo, quanto mais complexa a tecnologia envolvida, mais complexa a estrada que ia da descoberta ou invenção até a produção, e mais elaborado e dispendioso o processo de percorrê-la. “Pesquisa e Desenvolvimento” (R & D em inglês) tornaram-se fundamentais para o crescimento econômico e, por esse motivo, reforçou-se a já enorme vantagem das “economias de mercado desenvolvidas” sobre as demais. O “país desenvolvido” típico tinha mais de mil cientistas e engenheiros para cada milhão de habitantes na década de 1970, mas o Brasil tinha cerca de 250, a Índia 130, o Paquistão uns sessenta, o Quênia e a Nigéria cerca de trinta (UNESCO, 1985, tabela 5.18). Além disso, o processo de inovação passou a ser tão contínuo que os gastos com o desenvolvimento de novos produtos se tornaram uma parte cada vez maior e mais indispensável dos custos de produção [...].

Terceiro, as novas tecnologias eram, esmagadoramente, de capital intensivo e (a não ser por cientistas e técnicos altamente qualificados) exigiam pouca mão de obra, ou até mesmo a substituíam. A grande característica da Era de Ouro era precisar cada vez mais de maciços investimentos e cada vez menos gente, a não ser como consumidores.¹⁰

Logo, com a consolidação da nova vertente constitucionalista no país, sobretudo a partir de 1988, o Código Civil deixa de ser a principal norma jurídica da sociedade. Seu lugar de destaque é substituído, paulatinamente, pelo novo texto constitucional, o qual, por suas preocupações centradas na pessoa humana, além da textura normativa e semanticamente aberta, demonstra mais aptidão para ocupar o papel de estatuto normativo principal de enfrentamento das velozes e complexas demandas e vicissitudes da pós-modernidade.

O Código Civil de 2002, contudo, não perde por completo a posição de prestígio, pois abraça, ao menos em grande parte, essa nova principiologia, notadamente em sua Parte Geral, e no Livro I de sua Parte Especial, quando trata do Direito das Obrigações, da Teoria Geral dos Contratos e dos contratos em espécie, fixando mecanismos flexíveis de solução de controvérsias negociais.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona consignam que o movimento codificador do século XIX distanciava-se do direito constitucional, por imaginar, dentro de sua perspectiva

¹⁰ HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX. 1914-1991. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 260-262.

exclusivista, que todo direito privado estaria concretizado em um corpo monolítico, perene e autossuficiente. Assim, o processo descentralizador do direito civil, nascido em período de maior consciência democrática, tem na Constituição seu sistema principiológico superior.¹¹

Contudo, a constitucionalização do direito impõe uma coexistência harmônica entre Lei Fundamental, estatutos jurídicos e leis especiais, encontrando um ponto lógico-formal de apoio e aplicação hermenêutica em princípios e normas superiores do direito civil consagrados na própria Constituição Federal. Outros ramos do direito não fogem a essa tendência, sendo salutar o exemplo do art. 37 da Magna Carta, no que pertine ao direito administrativo.

Conforme ressalta Romeu Felipe Bacellar Filho, o fato de a Constituição incorporar normas sobre Administração e atividade administrativa, as relações regidas pelo direito civil e diversas outras temáticas demonstra que a constitucionalização é um fenômeno comum a diversas esferas do direito, de modo que o acervo normativo constitucional, quando de sua aplicação no caso concreto, certamente não estará sozinho, mas sim acompanhado do ordenamento infraconstitucional correspondente que seja igualmente aplicável à matéria.

Desta feita, o movimento de aproximação entre direito civil, direito administrativo e direito constitucional implica o reconhecimento da supremacia do texto constitucional, mas sem descurar da importância da normação legislativa para o ciclo de descoberta de sentidos dos comandos do Texto Maior.¹²

Não por outro motivo, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva entendem o acoplamento da Constituição e do acervo legislativo na resolução de demandas atuais e concretas como inerente ao próprio conceito e forma de atuação do direito civil constitucional:

Por direito civil-constitucional entende-se a metodologia que, em busca da unidade do ordenamento jurídico [...] propõe que a interpretação e a aplicação do direito ocorram mediante a incidência conjunta das normas infraconstitucionais e das normas constitucionais, visceralmente vinculadas, de tal modo que cada comando normativo, em qualquer grau hierárquico ou setor que se localize, possa exprimir, de maneira uniforme, as diretrizes constitucionais. Tal procedimento potencializa as categorias de direito civil, permitindo que, para além da disciplina de cada caso singular, os modelos jurídicos cumpram o papel de promoção da tábua de valores da Constituição.¹³

De fato, o texto constitucional privilegia a normatização principiológica dos comportamentos e atividades sociais variados, mas sem abrir mão da parceria do legislador

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1: Parte geral. p. 105.

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 26-27.

¹³ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1: Teoria geral do direito civil. p. 54.

ordinário, afinal já não é mais possível, com os modelos comuns de fixação de padrões bem delineados e objetivos de condutas e sanções, reger todas as possibilidades de atuações e acontecimentos humanos.

Ganhou corpo, então, uma nova fase de juridicidade dos princípios, os quais já deixaram de ter como função primordial a meramente supletiva ou integrativa do ordenamento jurídico, nos moldes do que estabelece, por exemplo, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ao revés, houve radical remodelamento de seu papel junto às ordens jurídicas vigentes. Abandonaram eles a atuação secundária e supletiva outrora assumida em prol de um grau de inquestionável normatividade e aptidão para, por si sós, tanto em bases teóricas quanto metodológicas, fixar modelos obrigatórios de conduta, ou seja, destacam-se, a exemplo das regras, como fontes primárias de direito.

Flávia Piovesan e Renato Stanzola Vieira, nesse jaez, reconhecem as Constituições como ordens moralmente imperativas, referencial primeiro de justiça a ser buscado por uma dada sociedade. Nelas, Constituições, plasmam-se os valores, princípios e regras que se entendeu coletivamente serem prevalentes, revelando-se ali a própria ordem jurídica da comunidade. Logo, princípio constitucional é norma jurídica imperativa, e isso significa que o efeito por ele pretendido deverá ser imposto coativamente pela ordem jurídica caso não se realize espontaneamente, como acontece com as demais normas jurídicas.¹⁴

Os princípios gerais do direito são, nos dizeres de Bobbio, normas fundamentais, ou generalíssimas do sistema. A nomenclatura “princípios” induziria a erros, pois trata-se, na verdade, de normas jurídicas. Primeiro, porque, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, mediante um procedimento de generalização sucessiva, não há motivos para que eles também não sejam normas. Segundo, porque a função pela qual são extraídos e usados é igual àquela usada por todas as normas, ou seja, a função de regular um caso.¹⁵

A normatividade plena dos princípios jurídicos e sua aptidão regulatória expansiva são premissas ínsitas ao fenômeno da constitucionalização do direito, sendo inimaginável a concepção da capacidade de irradiação constitucional perante toda ordem de relações jurídicas sem a possibilidade ampla de manejo dessas espécies normativas de forma independente – e,

¹⁴ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528-536. Contra: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem, em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88), primado pela legalidade (art. 5º, II, da CF/88), os princípios precisariam ser densificados pelo legislador para garantir aplicabilidade segura em casos concretos. Apenas excepcionalmente seria lícita a aplicação direta dos princípios pelo Poder Judiciário, como nos casos de lacuna (art. 4 da LINDB) (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 339-340).

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 43.

por vezes, derogatória – da mediação legislativa, bastando que estejam, para tanto, assentados explícita ou implicitamente no corpo da Constituição.

De acordo com Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, a constitucionalização do direito envolve dois fenômenos distintos, a constitucionalização-inclusão e a constitucionalização-releitura. Pelo primeiro fenômeno, de incidência generalizada na Carta Política de 1988, entende-se a assunção, pela Constituição, de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária, ou sequer normatizados.¹⁶ Os principais institutos de direito civil foram objeto desse tipo de incorporação, com destaque sensível para a tríade família-propriedade-contrato.

Já a constitucionalização-releitura, nos dizeres dos autores referidos, implica a impregnação de todo o ordenamento jurídico pelos valores constitucionais. Trata-se de uma consequência da propensão dos princípios constitucionais de projetar uma eficácia irradiante e normativamente abrangente, sedimentando critérios axiológicos e norteando a interpretação da totalidade da ordem jurídica, de modo que preceitos legais, conceitos e institutos – como, no caso do direito civil, a tríade supramencionada, família, contrato e propriedade – submetem-se a uma filtragem constitucional.¹⁷

Entende-se por filtragem constitucional a atividade operativa de revigoração hermenêutica de leis, costumes e institutos jurídicos já característicos de determinado ordenamento jurídico à luz da nova norma constitucional, impositiva senão do abandono de certa forma de entendimento, pelo menos de uma mudança significativa de paradigma, em prol de uma perspectiva evolutiva e renovadora na conceituação e funcionalização de conceitos e institutos, tendo como norte maior a concretização dos valores elevados como fundamentais e de força irradiante pela nova legalidade constitucional.¹⁸

A filtragem constitucional é tributária do neoconstitucionalismo, donde a Constituição se transforma em um modo de interpretar os outros ramos do direito. Deixa de ser um sistema em si para fixar que toda ordem jurídica deve ser lida e apreendida a partir do olhar constitucional, de modo a efetivar os valores nela consagrados. Mais do que interpretação, tem-se uma reinterpretação de todo o arcabouço normativo.¹⁹

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**, cit., p. 44.

¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**, cit., p. 44.

¹⁸ SCHIER, Paulo Roberto. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 103.

¹⁹ RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 162.

Então, a filtragem constitucional anda lado a lado com a interpretação conforme à Constituição, técnica hermenêutica consagrada a partir da segunda metade do século passado, que privilegia a solução interpretativa das leis e atos normativos materialmente harmônica com a moldura constitucional, sempre que mais de uma forma de apreensão se revele possível dentro das possibilidades de leitura do texto, notadamente quando ao menos uma delas se revela inconstitucional.

A solução interpretativa pela constitucionalidade, nessas hipóteses, há de ser a preferencial àquela que aponte pela inconstitucionalidade, desde que dentro dos limites de possibilidade de entendimento legislativo, à luz das técnicas hermenêuticas conhecidas. A dinâmica da interpretação conforme à Constituição é flexível e de apego não literal, porém não é criativa ou disruptiva, encontrando claros limites na significação da linguagem. Jorge Miranda explica o conceito:

A interpretação conforme com a Constituição não consiste então tanto em escolher entre vários sentidos de qualquer preceito o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir no limite – na fronteira da inconstitucionalidade – um sentido que, mesmo quando não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, seja o sentido necessário e o que se torna possível por virtude da força conformadora da Lei Fundamental. [...]

[...] A interpretação conforme com a Constituição implica uma posição ativa e quase criadora do controlo constitucional e de relativa autonomia das entidades que a promovem em face dos órgãos legislativos. Não pode, no entanto, deixar de estar sujeita a um requisito de razoabilidade: implica um mínimo de base na letra da lei; e tem de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme com a Constituição, fique privado de função útil ou onde, segundo o entendimento comum, seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte.²⁰

A liberdade de conformação do legislador ordinário e de outros produtores de fontes de direitos e obrigações deve estar conforme com os preceitos constitucionais. A obediência há de estar presente em forma e conteúdo. Delegação de atividade legislativa não é permissivo à interpretação autêntica ou indevida desconstitucionalização.²¹ Ao revés, o permissivo de complementação legal ou negocial nunca é irrestrito, encontrando suas razões e limites na ordem de valores projetada constitucionalmente.

A pluralidade e a variedade de fontes do direito, ensina Pietro Perlingieri, de fato devem ser harmônicas não só com uma lógica formal, mas, sobretudo, com uma lógica substancial, inspirada nos valores e filosofia de vida presentes no modelo constitucional, aos quais o

²⁰ MIRANDA, Jorge. **Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 300-301.

²¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria da Constituição**, cit., p. 296.

conteúdo da norma legal deve prestar compatibilidade e reverência.²² Com isso, as opções feitas no Texto Maior refletem na atividade hermenêutica, nos conteúdos e nos significados das normas de nível ordinário, sedimentando o processo de constitucionalização.

Há uma readequação de rumo na metodologia de atuação jurídica e reconhecimento dos aspectos substanciais do ordenamento jurídico que deverão nortear as atuações sociais, implicando, em alguns aspectos, mudanças paradigmáticas no modo de produzir, pensar e atuar o direito, agora já passível de impregnação por valores éticos e morais, além de diálogos com outras ciências sociais.

Lembra Lenio Luiz Streck que o constitucionalismo contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e com a reformulação da Teoria das Fontes, da Teoria das Normas, da Teoria da Interpretação e da Teoria da Decisão.²³

Nesse diapasão, a constitucionalização do direito teria um aspecto material de relevo, consistente na reconhecida recepção, no sistema jurídico, de certas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais. Assim, o direito ganha forte carga axiológica, indissociável da materialidade da Constituição, e repelente do positivismo jurídico como método.

A materialidade constitucional, ao trazer a jusfundamentalidade de certos aspectos do programa fixado pelo poder constituinte, representa a bússola de navegação do operador do direito nos mares dos conflitos sociais. Impondo a apreensão de conceitos novos ou a reformulação de conceitos antigos como método de trabalho apto a concretizar a vontade constitucional, demanda um olhar prospectivo no exercício da judicatura ou das funções essenciais à justiça.

Pietro Perlingieri atenta que a interpretação evolutiva agora é a prevalecente. A constitucionalização do direito colocou os documentos constitucionais no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, revelando princípios éticos a serem interpretados evolutivamente, de acordo com o modificar-se dos valores ético-políticos no bojo da comunidade à qual a Constituição se refere.²⁴

Nos dizeres de Daniele Anne Pamplona, os seguintes princípios basilares devem ser levados em consideração no atual modelo de interpretação da Constituição: a supremacia da

²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 9-10.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 57.

²⁴ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 575.

Constituição, a continuidade da ordem jurídica e a unidade da Constituição, todos avaliados em conjunto, e com a necessidade de dar efetividade às normas constitucionais, para que assim a Constituição seja efetivamente concretizada e praticada, o que não pode se dar ignorando o inexorável elemento político inerente à atividade hermenêutico-constitucional.²⁵

A constitucionalização-releitura, portanto, modulada na lógica da filtragem constitucional e em sua nova atividade hermenêutica, é um acontecimento mais complexo, e tem aptidão para deflagrar um impacto jurídico, social, político, cultural e mesmo econômico muito maior, de modo a alterar significativamente a própria essência e as razões de existência de certa matéria/instituto, agora fadado a um redesenho à luz do espírito da ordem constitucional social e juridicamente refundante.

Conforme explicita Maria Celina Bodin de Moraes, é direito civil constitucional todo direito civil (e não aquele que recebe expressa indumentária constitucional), desde que se imprima às disposições de natureza civil uma ótica de análise através da qual se pressupõe a incidência direta e imediata das regras e dos princípios constitucionais sobre todas as relações interprivadas.²⁶

A norma constitucional, então, extrapõe a tarefa hermenêutica, assumindo um papel de norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações intersubjetivas, mesmo que aparentemente particulares, funcionalizando-as a seus valores.²⁷

Com a constitucionalização do direito, lembra Carolina Noura de Moraes Rêgo, os princípios e regras constitucionais passaram a condicionar a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais e dos comportamentos e fins públicos.²⁸

Desta feita, seu impacto em temas caros ao direito civil é fabuloso. Torna explícita e imperiosa a necessidade de refundação de conceitos de institutos tradicionais e de ampla adesão social, sob a ótica de novos valores constitucionais, humanísticos e comunitários. Remodela configurações essenciais desses preceitos, temas e institutos à luz da dignidade humana, solidariedade social, igualdade substantiva e demais fins e fundamentos da República explicitados pelo constituinte originário, catapultando o ser humano e suas escolhas existenciais rumo à merecida centralidade do ordenamento jurídico.

²⁵ PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão das questões políticas**: a postura do juiz. Curitiba: Juruá, 2011. p. 168-169.

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 29.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**, cit., p. 29.

²⁸ RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional**, cit., p. 157.

Pense-se na tríade família-propriedade-contrato. A família deixa de ser *locus* de concretização da vontade patriarcal para se tornar o núcleo social de desenvolvimento da personalidade humana e busca da felicidade. A propriedade perde o caráter absolutista e individualista de uso, gozo e fruição para cumprir função social. O contrato, objeto maior de atenção deste trabalho, deixa de ser mero instrumento de circulação de riquezas para também atender, sob outros aspectos, a uma função social, impondo a concatenação entre interesses individuais legítimos e valores comunitários agasalhados explícita ou implicitamente pela moldura constitucional.

Além disso, é por meio da metodologia do direito civil constitucional que passam a ser alcançáveis as possibilidades de soluções jurídicas mais justas e adequadas aos imponentes desafios escancarados pelo avanço brutal das inovações tecnológicas no meio social, que a todos surpreende dia após dia, impondo uma reformulação em conceitos como autonomia, transparência e consentimento, por exemplo. Há uma compreensão do ordenamento jurídico em sua complexidade valorativa e fática, no âmbito da qual os valores constitucionais se incorporam aos normativos e à própria racionalidade da legislação.

Relembra Orlando Gomes que a coordenação de diversos institutos jurídicos em um todo harmônico forma o sistema jurídico. Tais institutos veem-se caracterizados por dois elementos: o teleológico, que é o fim que a ordem jurídica visa obter por seu intermédio, e o estrutural, o modo pelo qual se formam, articulam e aplicam seus preceitos.²⁹ Como o direito é um meio usado pelos homens para atingir seus objetivos e resultados práticos, o elemento teleológico ou funcional será fatal e fortemente influenciado pelas ideologias políticas dominantes em uma dada sociedade.

O consagrado civilista, portanto, ainda antes da consolidação do fenômeno da constitucionalização do direito civil, já atentava para o fato de que os institutos jurídicos não são fins em si mesmos, mas sim configurados para exercer uma função social, uma atividade de concreção de valores fundamentais que até então não eram efetivamente perquiridos por meio de uma operatividade neutra e silogística na aplicação da lei.

Não por outro motivo, já há algumas décadas era sensível a percepção de necessidade de remodelagem nos institutos próprios da matéria civilista para melhor atender às novas e bem mais complexas demandas sociais, sem prejudicar suas utilidades tradicionais. Antes reconfigurá-las do que extingui-las, complementando-as com outros misteres não tão óbvios, e reverentes a valores fundamentais impositivos do arcabouço normativo.

²⁹ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 11.

Dentro dessa perspectiva, o próprio autor apresenta alguns traços significativos que favoreceram a mudança dos institutos jurídicos em atendimento ao desafio de melhor regular a realidade social industrial que veio a lume a partir da segunda metade do último século findo. Destacam-se: i) a revanche da sociedade contra o Estado, freando o movimento da estatização econômica; ii) a consolidação do Estado como fornecedor de serviços de primeira necessidade e orientador da economia no interesse comum; iii) o deslocamento do peso específico da ordem política global em direção a uma sociedade dominada por grandes estruturas e guiada por um novo sistema de valores recolhido na Constituição; iv) a alteração da missão histórica das liberdades individuais e do postulado da igualdade; v) a consagração da redistribuição social do reconhecimento superlegal de direitos e garantias aos trabalhadores.³⁰

Contudo, de bom alvitre salientar que a Constituição não precisa estar em tudo. É curioso que a força de um texto constitucional pode não necessariamente estar em sua abrangência e prolixidade, mas sim em sua efetividade certa e em sua aptidão para firmar as bases gerais de sustentação de certa realidade política.

A Constituição está condicionada pela realidade histórica, de modo que não pode ser apartada da realidade concreta de seu tempo. Seu elemento normativo ordena e conforma a realidade política e social, mas há limites à força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente, vontade singular esta que é formada tanto pela ideia de vontade da Constituição quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza, já alertava Konrad Hesse.³¹

Logo, quanto mais intensa for a vontade fixada na Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos a sua força normativa. Contudo, a vontade da Constituição não é capaz de, por si só, suprimir esses limites e as condicionantes naturais.³²

Essa e outras constatações explicitam a pertinência do alerta de constitucionalistas e civilistas de relevo, que chamam a atenção para a necessidade de colocação, senão de argumentos contrários, ao menos de freios nos festejos dogmáticos apresentados, ordinariamente, em favor do fenômeno da constitucionalização. Dois motivos em especial expõem a necessidade de cautela.

O primeiro, já externado, em parte, nas citações de Konrad Hesse apresentadas acima, é o de que a Constituição, por mais humanista e expansiva que seja, não muda, por si só, a realidade social. Tão ou mais importante que a riqueza de certo texto constitucional é o efetivo

³⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**, cit., p. 11-12.

³¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 24.

³² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, cit., p. 24.

agasalho de uma cultura constitucional, fundada na lealdade aos princípios constitucionais e às instituições político-democráticas. E nem poderia ser diferente, na medida em que normas de ímpar importância, como as instituidoras dos direitos fundamentais, ao fazer parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica, recebem uma validação comunitária. Voltar-se-á ao tema em tópico posterior.

O segundo seria o de que, na visão de certo setor da doutrina, a constitucionalização seria um fenômeno bem mais restrito do que usualmente se imagina. Nesse diapasão, Otavio Luiz Rodrigues Jr. salienta que se deve ter cuidado para não incorrer em certo paroxismo, pois, se tudo é constitucionalização do direito, provavelmente nada o será de fato. Segundo sua visão, não seria constitucionalização: i) sobreinterpretar ou reinterpretar as normas ordinárias conforme a Constituição; ii) elevar a dignidade humana à condição de elemento funcionalizante do direito civil; iii) colocar a Constituição no centro do ordenamento jurídico; iv) exercer atos típicos de jurisdição constitucional; v) utilizar cláusulas gerais e figuras típicas de perturbação das prestações; vi) conferir interpretação progressista ou socializar o direito civil.³³

Em conclusão similar caminha o raciocínio de Dimitri Dimoulis, para quem o caráter jurídico-normativo vinculante e superior de um documento constitucional em relação às demais fontes do direito não é novo, pois as constituições escrito-instrumentais que proliferaram na Europa e América Latina desde o início do século XIX sempre foram vistas como superiores à legislação ordinária, sob pena de a própria existência desses documentos perder sentido em qualquer momento histórico.³⁴

As constituições rígidas, então, nunca foram pensadas como simples repositório de dispositivos formalmente superiores, mas sim como projeto político que objetivava garantir, na maioria dos casos, sistemas capitalistas em sua versão liberal, instaurando a democracia representativa. Desta feita, sempre foram materiais e carregadas de valores. Justamente por isso, nascem no seio de movimentos políticos.³⁵

Concorda-se que deve ser evitada a postura de relegar à Constituição a tarefa de incidir sobre todas as interações e conflitos sociais. Às vezes os “espaços em branco” do ordenamento jurídico são responsáveis justamente por trazer mais liberdade e tranquilidade social, permitindo que as pessoas atuem da forma que melhor lhes aprouver, sem a perspectiva de conflitos judiciais.

³³ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022. p. 220-221.

³⁴ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 214.

³⁵ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico, cit., p. 215.

Todavia, não é possível negar o avanço significativo, nos aspectos quantitativo e qualitativo, do fenômeno da constitucionalização, e a consequente secundarização da atividade de aplicação mecânica e literal da legislação infraconstitucional. De fato, pode ocorrer, às vezes, de o atuar constitucional não ter a efetividade imaginada para condicionar a realidade social, mas a ausência dessa efetividade não consubstancia um permissivo para que os operadores jurídicos deixem de buscar a realização de valores ótimos do arcabouço normativo.

Inserto na própria lógica operativa do Estado Constitucional da contemporaneidade, há um papel a ser desempenhado por todos os institutos jurídicos no bojo de um viés, senão completamente, ao menos predominantemente harmônico com interesses coletivamente considerados pela normatividade. Essa longa empreitada só pode ser levada adiante tendo como premissa indelével a unidade do ordenamento jurídico.

2.2 Unidade do ordenamento jurídico: premissa irrenunciável do fenômeno da constitucionalização

Por unidade do ordenamento jurídico quer-se dizer que a ordem jurídica, entendida como o conjunto de todo o direito vigente que rege, limita, incentiva e condiciona a realização humana em sociedade, deve ser vista como um todo uno, coerente e sistemático, que inadmitte em sua composição contradições insuperáveis ou normas que estimulem comportamentos desagregadores da vida associativa.

É o ordenamento jurídico que, por sua organicidade, unidade e coerência, mune de coercitividade os comandos normativos. Ele não se pretende exauriente e inesgotável na criação de regramentos variados. Mas traz em si suficiência, abrangência e sistematicidade aptas a tornar factível a gestão dos conflitos de interesses próprios da engrenagem da vida social, adequando o comportamento humano à convivência e à alteridade.

Então, o ordenamento jurídico é corolário da soberania estatal. Advém do exercício concreto de alguns de seus poderes nucleares, de estatura constitucional ou não. Compreende o conjunto organizado e entrelaçado de normas de diversificada hierarquia, ora de conduta, ora de criação de atribuições e legitimidade a agentes públicos, inclusive para a confecção de outras normas, tendo como finalidade maior garantir a viabilidade da superação de conflitos de interesses e a consequente pacificação social.

O homem não existe para o ordenamento jurídico, e sim o contrário. A tendência natural da pessoa é buscar no outro as interações necessárias, nem sempre harmoniosas, para tornar factível a concretização de suas capacidades e projetos de vida, sejam eles patrimoniais ou

existenciais. A ordenação da vida social, e em considerável escala, surge, então, como necessidade imponente para a gestão de interesses múltiplos e conflitantes, tornando possível um acervo normativo minimamente coeso, apto a trazer previsibilidade e segurança jurídica, e com isso avalizar a tomada de decisões e a assunção de riscos.

Ensina Phillip Gil França que o direito é a ciência de regulação do outro, quando da interação consigo, com a finalidade de pacificação dessas relações, voltada à promoção do desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes, de modo que apenas se imagina direito quando há oposição de outro em face da vontade de um interlocutor.³⁶

O sentido técnico-prático do direito talvez seja o que mais interessa, já que este é a via estatal e legítima de solução científica dos casos concretos, e é justamente a solução dos casos concretos que compõe os pontos de largada e chegada de toda a “galáxia” do direito.³⁷ Grande parte das formas de conduta maturadas em um ambiente de sociabilidade está fadada a integrar, na categoria norma jurídica, um todo maior e harmônico, chamado ordenamento jurídico, que, em sua inteireza, não pode ser menosprezado pelo intérprete na hora de apreender e revelar as soluções que irão ditar o meio social com legitimidade, estabilidade e sem soluções díspares.

A ordenação das regras de direito em um todo harmônico e coerente, refletindo as opções ideológicas e valorativas de determinado corpo social, circunscrito em certo contexto geográfico e sociocultural, não é propriamente uma invenção da modernidade. Relembra Michel Villey que uma das grandes realizações dos juristas do século XVI consiste na construção de sistemas científicos do direito, especialmente por obra da jurisprudência humanista, vocacionada a tornar a ciência jurídica mais acessível e racional aos homens de bem. Ali estava o germe do empreendimento das codificações modernas.³⁸

Paulo Otero realça que, anos depois, Immanuel Kant, na obra **Crítica da razão pura**, irá desenvolver a formulação mais elaborada de uma concepção geral entre uma ideia de sistema e a produção do conhecimento científico. Isso porque, para Kant, alerta o supracitado administrativista português, todo conhecimento de um objeto não pode ser dissociado de uma unidade de conceito, de modo que um conhecimento vulgar apenas se converte em ciência através da unidade sistemática.³⁹ Segundo suas palavras:

³⁶ FRANÇA, Philip Gil. **Controle do ato administrativo e consequencialismo jurídico na era da IA**: judicialização, discricionariedade, *compliance* e LGPD. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 149-150.

³⁷ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. I: Introdução. Fontes do direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral. p. 48.

³⁸ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 553-554.

³⁹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2017. p. 204.

O direito não é uma mera coleção ou aglomerado de normas jurídicas sem qualquer conexão: a utilização aqui da ideia de sistema torna possível observar que todas as normas jurídicas se encontram entre si numa determinada relação, registrando-se que o Direito envolve sempre um conjunto de normas dotadas de uma específica ordenação e articulação que lhes confere, simultaneamente, um sentido unitário – “qualquer norma singular só se esclarece plenamente na totalidade das normas, dos valores e dos princípios jurídicos”.⁴⁰

A propagação da ideia de ordenamento jurídico não é só didática e científica, afinal a separação entre ciência do direito e sua aplicação prática nunca foi perene e estática, mas sempre dinâmica e operativa, mesmo porque o ordenamento jurídico que não se revelar aberto a alterações impostas por mudanças sociais, ao mesmo tempo que dotado de certa estabilidade normativa, estará fadado à obsolescência e à falta de efetividade.

Nesse diapasão, Norberto Bobbio se preocupa em analisar em que medida o ordenamento jurídico possui unidade sistemática e coerente, ou seja, um critério epistemológico que confere certa ordem ao conjunto de normas que o compõem. A sistematicidade não deriva apenas da organização da matéria normativa, proveniente de um processo indutivo, baseado em classificação. Para o autor, sistema significa uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem.⁴¹

A sistematicidade do ordenamento jurídico adviria principalmente da impossibilidade de coexistência de normas incompatíveis em seu interior. Acaso isso ocorresse, uma das normas conflitantes, ou ambas, devem ser eliminadas do ordenamento, geralmente por meio do instituto da revogação, expressa ou tácita.

Aliás, a previsão legislativa nacional que ressalta a unidade do ordenamento jurídico, lembra Gustavo Tepedino, é o segundo artigo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que prevê a modalidade de revogação tácita das leis pátrias no caso de a lei posterior trazer em si incompatibilidade de conteúdo com o comando prescriptivo anterior, mas nada explicitar a respeito da extirpação normativa deste.⁴²

Tal modalidade de revogação legislativa decorreria das próprias noções de unidade essencial do ordenamento jurídico e de sistema, mostrando-se intolerável a convivência de dois comandos prescritivos contraditórios em um mesmo *corpus juris*. A presença de uma incompatibilidade absoluta, formal, é capaz de superar até mesmo a vontade do legislador.⁴³

⁴⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**, cit., p. 205-206.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, cit., p. 77-78.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Opiniões doutrinárias: novos problemas de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. III. p. 31.

⁴³ TEPEDINO, Gustavo. **Opiniões doutrinárias**, cit., p. 31-32.

Sequer seria necessária previsão desse jaez, na medida em que a unidade do ordenamento jurídico e consequente intolerância à existência de normas contraditórias da mesma estatura é característica impositiva para um mínimo de ordenação social, além de garantir sistematicidade e organicidade às disciplinas jurídicas, munindo-as de caráter científico.

Já para o civilista português Manuel das Neves Pereira, um sistema jurídico guarda dois aspectos essenciais, consistentes na ordem de seus elementos constituintes e em sua unidade de sentido normativo.⁴⁴ Além disso, três características em especial marcam um ordenamento jurídico: a abertura, a heterogeneidade estrutural e a teleologicidade natural.⁴⁵

Abertura porque o sistema jurídico não deve apenas preservar legítimos direitos, estatutos ou situações, mas deve ser caixa aberta a novos *inputs* e orientar, com sua peculiar prudência (*outputs*) na ponderação de interesses juridicamente relevantes, a permanente evolução sociojurídica. Ou seja, o sistema vai se reconstruindo na constante internalização normativa da problematidade jurídica nova.⁴⁶

Heterogeneidade estrutural porque o ordenamento jurídico teria uma estrutura heterogênea tridimensional, com três ordens de elementos: os princípios jurídicos, as normas jurídicas e a realidade juridicamente relevante, aquela que é sensível ao direito, e que por ele se pretende conformada.⁴⁷

Teleologicidade natural porque o ordenamento jurídico deve ser composto superiormente por um complexo específico de valores indeléveis e universais, concomitantemente naturais à pessoa e sociedade humanas. Sobressai a justiça como valor que assume a igualdade de estatuto das pessoas e o direito à realização, em sociedade, da condição evolutiva da dignidade humana.⁴⁸

Sob ótica distinta, o jurista espanhol Antonio Enrique Pérez Luño chama a atenção para o esgotamento do modelo de excesso de concentração da teoria jurídica juspositivista de matriz kelseniana em um ponto de gravitação único e hierárquico (a Norma Fundamental), até o qual se fazem convergir todos os processos normativos. Contrariamente, no desiderato de fazer frente à multiplicidade e complexidade das demandas sociais contemporâneas, a dogmática

⁴⁴ PEREIRA, Manuel das Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 19.

⁴⁵ PEREIRA, Manuel das Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**, cit., p. 20.

⁴⁶ PEREIRA, Manuel das Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**, cit., p. 20-22.

⁴⁷ PEREIRA, Manuel das Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**, cit., p. 23.

⁴⁸ PEREIRA, Manuel das Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**, cit., p. 39.

constitucionalista atual busca substituir a categorização normativa de estrutura piramidal em favor de modelos policêntricos de fontes de normas jurídicas.⁴⁹

Tais modelos estariam insertos em um horizonte onde a totalidade do sistema se obterá pela interseção de uma pluralidade de estruturas normativas, de procedência heterogênea, mas que, em conjunto, logram formar um ordenamento jurídico de disposições normativas desenhadas em simetria a uma abóbada, com o conseqüente abandono da estrutura piramidal apresentada por Hans Kelsen a partir da segunda edição de sua *Teoria pura do direito*, em 1960.

Porém, tal circunstância não afasta, na inteireza, a exigência de unidade, plenitude e coerência que acompanha os ordenamentos jurídicos, conforme reconhece o próprio Pérez Luño, com fundamento textual na Constituição Espanhola de 1978 e dogmático nos ensinamentos de autores como o acima citado Norberto Bobbio. Não obstante, tal se daria apenas após um esforço concentrado de harmonização entre o novo aspecto policêntrico das ordens normativas e aqueles caracteres essenciais dos ordenamentos jurídicos.

Nem poderia ser diferente, afinal, alerta o professor da Universidade de Sevilla, certa ideia de ordem e regularidade é o que permite conceber os direitos e liberdades constitucionais como um sistema e, desse modo, abordar seu processo hermenêutico como busca de unidade de sentido sistemático, das normas singulares formadoras de cada direito fundamental.

A pluralidade de valores reverenciados e providos pelo poder constituinte originário não impede a Constituição de ser interpretada como um todo, de modo que um direito fundamental não esgota sua presença e moldura apenas na norma de sua previsão, por mais explícita que seja. Há uma via de mão dupla, operativa linguística e juridicamente, entre uma ordem constitucional democrática e cada um dos direitos fundamentais nela previstos, com a construção recíproca de significados e formas de atuação normativa.

A legislação infraconstitucional cumpre missão de importância imponente nesse desiderato, completando o processo civilizatório de afirmação da ordem democrática, na medida em que a ela cabe, respeitando o marco histórico e constitucional, conformar e contornar os meios de fruição dos direitos fundamentais, em vieses individuais e coletivos, suas limitações, características e situações objetivas de afirmação em face de outros direitos ou contextos de crise, sendo incabível a exigência de exauribilidade das problemáticas concretas, especialmente em uma sociedade complexa, multicultural e plural.

⁴⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

Especialmente em regimes constitucionais que surgem com o desiderato de promover transformações de toda ordem, realça o jurista italiano Pietro Perlingieri, o ordenamento jurídico apresentar-se-á dinamicamente, sendo possível distinguir normas que se inspiram em diferentes visões de mundo insertas e operantes regularmente em seu interior.⁵⁰

Normas mais alinhadas a uma visão assistencialista, protetivas e preventivas convivem com outras que ressaltam maior viés policalesco e vigilante, não configurando essa convivência uma disfunção do ordenamento normativo, como o mencionado autor deixa claro ao mencionar a realidade do arcabouço normativo italiano. Sem essa gestão das diferenças, não haveria possibilidade de alternância de projetos de governo de ideologias distintas sem rupturas constitucionais de relevo, o que invariavelmente ocorre em países democráticos. Logo, a heterogeneidade do ordenamento encontra justificação não somente no pluralismo ideológico e político, mas também no necessário processo histórico.⁵¹

Quer-se dizer que, seja identificando o ordenamento jurídico como uma estrutura piramidal, seja como uma estrutura de forma distinta, inclusive com elementos mais propriamente axiológicos que normativos, há de se privilegiar não tanto a preocupação de como ele é ou pode ser visualizado pelo estudioso, mas sim para que ele serve, a quem serve, e se tem aptidão para ser bem-sucedido em sua empreitada.

Trata-se de missão impossível de levar adiante sem considerar a inegável centralidade da normatividade constitucional em sua configuração agora diferenciada, especialmente na identificação dos valores diversificados e essenciais à promoção do bem coletivo, como a defesa dos direitos fundamentais, do regime democrático, da forma republicana de governo e dos fins da República.

Nesse sentido é a observação de David M. Beatty, para quem é na Constituição que os grandes compromissos políticos de uma sociedade são firmados, de modo que a intenção que a anima é invariavelmente múltipla, muitas vezes conflitante e sempre complexa, não sendo possível falar de uma única intenção coletiva.⁵² Consequentemente, mesmo nas partes de uma Constituição em que é possível falar de um entendimento geral sobre o que determinadas palavras pretendem garantir, é possível encontrar mais de uma intenção operante.⁵³

Mais do que inútil e utópica, a pretensão por uma Constituição perfeita, que agrade a todos em tudo, é um projeto totalitário e ideológico. Uma Constituição não deve eliminar a

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, cit., p. 189.

⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**, cit., p. 189.

⁵² BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 16.

⁵³ BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**, cit., p. 17.

diferença e o embate político, antes os pressupõe e incentiva, exigindo um amadurecimento do cidadão, quando confrontado com a realidade de que não é legítima a expectativa de impor sua visão de mundo aos demais.

Ou seja, é possível a coexistência, na mesma ordem normativa, de visões filosóficas, econômicas, políticas e sociais distintas. Há lugar para vitórias e derrotas casuais para cada uma delas, mas nunca para uma visão hegemônica e totalizante. Reconhecer a diferença, com o apontamento de valores distintos a serem harmonizados na vida cotidiana, é atributo necessário para garantir um caráter intergeracional ao pacto constitucional.

A unidade e a sistematicidade do ordenamento jurídico, portanto, caminham em harmonia com a pluralidade de valores essenciais consagrados e de fontes normativas nele operantes, sendo característica indispensável para a redenção do operador ao fenômeno da constitucionalização do direito, pois o próprio âmbito de alcance da normatividade constitucional impõe o reconhecimento da existência de uma força propulsora primordial na concretização dos valores sociais, força esta protagonizada pelo próprio projeto constitucional, quando tido e lido em sua inteireza.

A unidade do ordenamento jurídico também não o torna hermético, fechado às transformações sociais e culturais que circundam o fenômeno jurídico. Como visto, embora dotado de certo grau de amplitude normativa e pretensão de estabilidade, o ordenamento jurídico há de prever mecanismos de atualização e evolução, de modo a incorporar em seu arcabouço, com relativa rapidez, as novas demandas oriundas de outros setores e ciências.

Como aduz Maria Helena Diniz, além da interdependência existente entre elementos integrantes de um mesmo sistema, o subsistema normativo mostra-se sempre aberto, de modo a se portar em relação de importação e exportação de informações com outros subsistemas. O ordenamento jurídico, então, pode ser considerado, em sua totalidade, um sistema com diversos elementos entre si coordenados, apoiando-se uns aos outros, pressupondo-se reciprocamente, formando-se, modificando-se, constituindo reagrupamentos parciais ou subsistemas.⁵⁴

Logo, é pressuposto da constitucionalização do direito o reconhecimento da unidade do ordenamento jurídico, ainda que fundado sobre ordem constitucional provedora de valores democráticos e republicanos plurais, afinal pluralidade não implica perda de unicidade, na medida em que cada valor ou bem da vida constitucionalmente firmado terá seu lugar de aplicação na ordem fática e normativa sem anular os demais.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 88-89.

Não por outro motivo, Luiz Edson Fachin aponta, para além das atuações constitutivas formal e substancial, a existência de uma atuação constitucional prospectiva, no sentido de que deve haver uma dimensão propositiva e transformadora do modo de constitucionalizar. Um atuar de construção de significados, apto a, dentro do sistema jurídico, concretizar-se como realização hermenêutica, ou, em cenários de lacuna, como integração diante da situação que se apresenta sem texto, seja pela força constitutiva dos fatos, seja pela constituição haurida da realidade humana e social.⁵⁵

Transformação social, especialmente por meio da eliminação ou prevenção de situações patentes de injustiça material e promessas não cumpridas, de comum ocorrência em realidades periféricas marcadas pela falta de tradição democrática e pela perpetuação de cenários condenáveis de marginalidade, pobreza e exclusão social, é missão afeta a todas as áreas do direito, o que lhes impõe um denominador comum mínimo e áreas constantes de comunicação e integração.

Não há possibilidade de conduta estatal indiferente ou fragmentada perante problemas sociais de alta magnitude, quando isso se dá diante da realidade de países que, embora ainda carentes de um efetivo bem-estar social, já dispõem do aparato constitucional e legislativo adequado para munir os atores políticos e jurisdicionais de instrumentos de proteção e garantia aos direitos fundamentais.

Reformas constitucionais pontuais, mesmo que marcadamente restritivas, não são aptas a mudar essa constatação, sob pena de perda da identidade constitucional, e de eventual ofensa às limitações materiais ao poder reformador, conforme previsto no art. 60, § 4º, da Constituição da República. Nesse jaez, vale ressaltar o alerta de Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva:

Todavia, se a força normativa dos princípios constitucionais decorre da concepção unitária do ordenamento jurídico, no qual a Constituição ocupa posição hierárquica suprema, nem o tamanho do Estado e tampouco as reformas legislativas hão de alterar a normatividade constitucional. Ao revés, como antes demonstrado, as normas constitucionais afiguram-se parte integrante do instrumental teórico do direito civil, remodelando e revitalizando seus institutos em torno da força reunificadora do sistema. Não se trata de subjugar a dogmática do direito civil, mas de reconstruí-la a partir dos valores constitucionais, tendo-se presente que as categorias e conceitos jurídicos não são estáticos, mas dinâmicos e historicamente determinados [...] O ordenamento jurídico, para ser como tal considerado, não admite fragmentações ou compartimentos indenes à tábua de valores constitucional, que o unifica e o vivifica.⁵⁶

Nesse diapasão, a constitucionalização do direito, sob qualquer viés, explicita a relatividade da classificação do direito em ramos como direito público e privado, bem como a

⁵⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentido, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 9.

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil**, cit., p. 22-23.

classificação didática das disciplinas, que farão tanto ou mais sentido menos para preservar espaços de regulação e autonomia científica do que para agir em função da melhor proteção e provedoria dos direitos fundamentais, dignidade humana e qualidade de vida. O direito deve, mais do que pressupor conflitos sociais, dispor-se a resolvê-los, consequentemente dissipando a insegurança jurídica na realidade em movimento.

2.3 Constitucionalização e atenuação da dicotomia direito público e direito privado

O direito civil é o ramo do direito de mais rica, antiga e contributiva construção científica da humanidade, compondo o arcabouço normativo que serve de referência às restantes disciplinas jurídicas. Seus preceitos e institutos fundamentais foram continuamente enriquecidos ou especializados (e não abandonados ou desconsiderados) por outras matérias, como o direito constitucional, administrativo, tributário, processual, empresarial etc., que sempre prestaram homenagem às categorias conceituais civilistas consolidadas. Citem-se, a título demonstrativo, conceitos como o de capacidade de fato e o de direito, legitimidade, ato, fato e negócio jurídico, dentre inúmeros outros.

Não é exagerada a conclusão, muitas vezes narrada em sala de aula, de que a eficiente apreensão da Teoria Geral do Direito Civil ajuda o operador do direito em formação a dominar melhor o conhecimento jurídico como um todo, facilitando em tempo posterior o encontro da vocação e especialização em outras searas jurídicas.

Ressalta o constitucionalista peruano Jorge Isaac Torres Manrique que o direito civil tem sido o grande instrumento de modernização social que se inicia na Baixa Idade Média, e marca uma mudança de época junto com o Movimento Renascentista, adquirindo esplendor no final do século XVIII e ao longo de todo o século XIX. Desde sua origem, em Roma, a disciplina guarda em si uma inspiração progressista e inovadora.⁵⁷

Na observação de Sílvio de Salvo Venosa, as noções fundamentais de direito civil estendem-se a todas as áreas do direito, inclusive do direito público. Ninguém pode se arvorar de especialista em uma área do direito público se não conhecer solidamente as noções de fato jurídico, ato jurídico, negócio jurídico, seus defeitos etc.⁵⁸ Assiste-lhe razão ao concluir que o

⁵⁷ TORRES MARINQUE, Jorge Isaac. Enfoque constitucional a la insoslayable agenda directriz pendiente del código civil peruano: réquiem a los dogmas perezosos y a las modificaciones innecesarias. In: **Derechos fundamentales contemporáneos: enfoques actuales y futuros**. Barcelona: Bosch, 2021. p. 162.

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1: Parte geral. p. 52.

direito civil é a base de todo o sistema jurídico, influenciando até mesmo nos princípios de direito público e orientando-os.⁵⁹

Todavia, raramente verdadeira mostra-se a possibilidade reversa, consistente no domínio inicial de uma área especializada do direito, com posterior busca de especialização na teoria geral civilista, pois, como a própria nomenclatura já denuncia, seria um verdadeiro contrassenso partir do “especial” em direção ao “geral”.

Lecionam Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior que o direito privado guarda ampla historicidade, com largo conteúdo cultural e histórico, moldado a partir de sucessivas ocasiões de aperfeiçoamento da estrutura tradicional do direito romano, pelo fenômeno da recepção do direito antigo, em constante e progressiva evolução científica.⁶⁰

Daí a importância irrenunciável do bom conhecimento do direito civil para a formação do profissional do direito logo nos primeiros anos de ensino jurídico, salutar para a familiarização de conceitos e premissas inerentes a esse ramo, os quais fatalmente serão objeto de aprimoramento na análise de outras matérias ou de problemas sociais complexos e concretos, cotidianamente demandantes de soluções interdisciplinares.

Todavia, a despeito de sua importância central dentro do arcabouço jurídico, o direito civil não deve ser visto como uma disciplina hierárquica ou axiologicamente superior às demais. Não há qualquer disposição constitucional que legitime esse pensamento. Sua atuação em face dos distintos ramos do direito não é necessariamente de índole prevalecente ou derogatória, mas sim coordenada e dialógica, tendo como principal mérito a correta compreensão e resolução de problemas jurídicos, por vezes complexos, através de um olhar atento à abrangência e unicidade do ordenamento jurídico como um todo. O direito civil deve ser recebido pelas demais disciplinas não para impor, mas para contribuir.

Nessa linha de entendimento, sua posição como representante maior do direito privado não impõe a necessária derrogação por outros regimes jurídicos especiais autônomos, mesmo de direito público, ao contrário do que muitas vezes se entende. Será necessária a análise das peculiaridades da situação posta e da finalidade pública primária do ato/relação jurídica para a fixação de quais regramentos jurídicos e interesses lícitos serão promovidos, à luz da ordem constitucional vigente.

⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, cit., v. 1, p. 58.

⁶⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Introdução à ciência do direito privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 429.

Igualmente realçando o papel de protagonismo do direito civil na moldura construtiva das linhas essenciais da ordem jurídica ocidental, Otavio Luiz Rodrigues Jr. expõe que, desde o século XIX, a disciplina civilista desenvolveu sua própria metódica, que foi assimilada, absorvida, incorporada ou serviu de modelo para outras matérias.⁶¹

Nesse jaez, a contribuição do direito civil tedesco do século XIX mostrou-se essencial, especialmente por ocasião de sua Escola Histórica, em contexto no qual a matéria em esboço já estendia sua vocação regulatória extensiva para além do direito dos particulares, assegurando um conjunto de liberdades civis no âmbito da propriedade, da autonomia privada e da família.⁶²

O direito civil, então, embora ainda não totalmente alinhado com o viés emancipador de um autêntico Estado Constitucional, tal qual como hoje conhecido (o que é compreensível, dada a ainda rudimentar teorização constitucional), cumpriu, a seu modo, um papel parcial de Teoria dos Direitos Fundamentais, desenvolvendo premissas defensivas da liberdade humana que posteriormente foram incorporadas pelos primeiros movimentos inovadores do constitucionalismo social do início do século XX, como detectado, principalmente, nas cartas fundamentais mexicana e alemã.

Logo, graças em boa parte ao abrangente arcabouço teórico civilista, o direito privado pode e deve ser reconhecido como seara do direito de construção milenar, e guarda em si o esqueleto do arcabouço normativo da grande parte dos ordenamentos jurídicos, posteriormente preenchidos pelos “músculos e tendões” das demais disciplinas de direito, público ou privado.

Não é exagero atribuir tamanho protagonismo substantivo ao direito civil em qualquer país de tradição romano-germânica, pois, como já dito, dentro de sua estrutura teórica se constroem e consolidam conceitos e institutos nucleares para a concreção da vida social em todos os seus pormenores, de atos simples a complexos, instantâneos e duradouros, individuais ou coletivos, repercutindo sobre a esfera jurídica das pessoas individual e socialmente consideradas, às vezes até mesmo ultrapassando os polos demarcatórios de nascimento e morte.

Os conceitos de capacidade e negócio jurídico explicitam, especialmente, tal circunstância, já que, embora forjados no bojo da teoria civilista tradicional, são de transposição impositiva para qualquer ramo do direito público, sempre que a autonomia negocial implicar a prática de ajustes concretos. Ninguém ousaria dizer que determinada pessoa física ou jurídica participante de um contrato administrativo possa prescindir de capacidade civil, ou que o próprio objeto contratual de uma relação dessa natureza possa apartar-se de licitude, possibilidade, determinação ou determinabilidade, à luz dos requisitos essenciais do art. 104, I

⁶¹ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**, cit., p. 1.

⁶² RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**, cit., p. 2.

e II, do Código Civil, simplesmente em função do regime derogatório próprio (mas quase nunca exauriente) do direito administrativo.

Tampouco o direito penal resta indiferente à influência do direito civil. Além da inexistência de diferença ontológica em institutos como imputação, causalidade e culpa, a força axiológica do direito civil irradia-se na seara penal quando da seleção, pelo legislador, de direitos da personalidade tidos por bens jurídicos merecedores de tutela penal, como honra, intimidade, integridade física etc.

Em outras palavras, conceitos inerentes da disciplina civilista são – e precisam ser – aproveitados em outros ramos do direito sempre que os acontecimentos próprios de sua incidência se fizerem presentes, já que inviável a reconstrução completa de seus significados conforme a matéria a ser empregada. O art. 89 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta diretiva salutar nesse sentido, conforme será analisado em âmbito próprio neste trabalho.

O direito público, por seu turno, possui marco definidor mais limitado estrutural e temporalmente, não só por sua teorização mais recente, iniciada no século XIX, como igualmente pelas delimitadas premissas de incidência, adstritas à participação ou envolvimento de interesse de entidades estatais em certas situações sociais e jurídicas.

Nesse diapasão, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o direito administrativo, representante nato do direito público, originou-se em França após a Revolução Francesa, como produto do desenvolvimento da atividade jurisprudencial do Conselho de Estado daquele país, órgão de cúpula da jurisdição administrativa ali criada como resultado da profunda desconfiança em relação ao Poder Judiciário do velho regime, e demasiado apego ao princípio da separação de poderes.⁶³

O trabalho jurisprudencial do Conselho de Estado francês ganha relevo a partir da segunda metade do século XIX, com o exercício de jurisdição administrativa plena que deu origem a inúmeros princípios e institutos próprios do direito administrativo (como autoridade, ato administrativo, responsabilidade civil do Estado etc.), tendo como norte maior a presença de pessoa jurídica de direito público na relação em debate ou a configuração do caráter público de determinado serviço prestado à coletividade.

Uma peculiaridade notável na construção da disciplina administrativista em França é a tentativa, não completamente bem-sucedida, de rejeição do direito civil como base regulatória para a resolutividade dos casos a serem decididos pela jurisdição administrativa.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1: Teoria geral e princípios do direito administrativo. p. 45.

Ressalta a professora da Faculdade de Direito da USP que o direito administrativo francês formou-se como disciplina normativa referida a um sujeito, a Administração Pública, e elaborou conceitos específicos alheios ao direito privado, focando quatro princípios essenciais: separação das autoridades administrativa e judiciária, executoriedade das decisões, legalidade e responsabilidade do poder público.⁶⁴

Em minucioso estudo que refuta a tese de origem autoritária da disciplina, Emerson Gabardo expõe que o direito administrativo pós-revolucionário e liberal não surgiu em uma realidade totalmente transformada em França. A eclosão da Revolução não trouxe uma ruptura imediata nas rotinas administrativas da época, e sim uma especialização progressiva dos serviços administrativos em tarefas precisas, com a adoção de uma organização com “certo estilo militar”, ainda com certa via autoritária.⁶⁵

E nem poderia ser diferente, afinal o direito administrativo demorou a “engrenar”, apresentando até então poucas garantias ao particular. Com o tempo, o avanço dos institutos do direito administrativo acompanhou a paulatina incorporação dos direitos e garantias ao administrado (e não o inverso), o que se deu concomitantemente à incorporação do liberalismo na ordem política e da autoridade para a ordem econômica.

Distintamente, o direito administrativo alemão, destaca Di Pietro, é oriundo de longa evolução científica, sistemática, abstrata e bastante reverente à viga mestra conformadora do direito privado. Não houve propriamente uma ruptura, mas sim a subsistência, em cada período, de reminiscências jurídicas de concepções passadas.⁶⁶

Logo, perceptível a maior influência do direito civil no direito alemão. Diferentemente da realidade francesa, onde houve rejeição em bloco das normas de direito privado, construindo-se o direito administrativo como conjunto de normas derogatórias e exorbitantes do direito comum, na Alemanha a sistematização do direito administrativo, por ideias herdadas do Estado de Polícia, seguiu muito mais a orientação adotada pelos pandectistas, sob o agasalho de um método construtivo, preocupado em formular dogmas específicos do direito público, mas a partir do modelo construído pelo direito privado.⁶⁷

Não por outro motivo, Di Pietro alerta que o direito administrativo tedesco apresenta poucas hipóteses de contratos de direito público, os quais só se mostram admissíveis quando

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de direito administrativo**, cit., p. 51.

⁶⁵ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 256.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 12-13.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, cit., p. 13-14.

pode ser observada, *in concreto*, uma igualdade real entre as partes. Caso a Administração Pública necessite exercer prerrogativas públicas sobre o particular, provocando disparidade entre as posições negociais, a figura do contrato não se mostrará o meio adequado, devendo a atuação estatal ser exercida, portanto, por meio de atos unilaterais.⁶⁸

Um entendimento apressado e superficial pode levar o intérprete a compreender o direito administrativo brasileiro como tributário unicamente das concepções nascidas em França sobre a matéria. A conclusão seria equivocada, na medida em que a tradição administrativista brasileira teve seus pilares forjados hibridamente, sob influência do direito francês, alemão, italiano, português e, em alguns aspectos, até mesmo do sistema da *common law*.

Realmente, Emerson Gabardo destaca que o direito administrativo brasileiro não foi influenciado por uma única doutrina estrangeira, mas por um conjunto de orientações, não raras vezes contraditórias. Haveria um desconhecimento, por boa parte dos estudiosos pátrios, da relevante interferência teuto-italiana, prestigiando-se quase que exclusivamente a inspiração francesa como pilar do direito administrativo nacional.⁶⁹

Logo, ao contrário do que possa inicialmente parecer, a tradição administrativista brasileira bebeu em fontes variadas, fator este que, consequentemente, já torna frágil qualquer entendimento repelente da influência civilista em nosso direito público, o que de fato poderia ser a realidade se seu berço fundante fosse, exclusivamente, de tradição francesa. Como visto, não foi o caso.

Além disso, o direito administrativo, por apresentar objeto de estudo mais delimitado e especializado – característica perceptível nos outros ramos do direito público –, forja regramentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais não exaurientes, e por isso demandantes de diálogos normativos com construções teóricas forjadas em outro ramo do direito, especialmente o direito civil, derogado pelas normas de direito público, em regra apenas parcialmente.

A constitucionalização do direito não só não é indiferente a isso como incentiva o fenômeno de simbiose disciplinar, na medida em que, se não elimina, pelo menos secundariza a tradicional distinção entre direito público e direito privado, que perde o protagonismo em face

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de direito administrativo**, cit., p. 58.

⁶⁹ Tal visão contrastaria fortemente com o fato de o Brasil nunca ter adotado o sistema de jurisdição dupla. Na realidade, a construção brasileira destaca-se por se revelar um amálgama entre distintas influências, o que torna qualquer tentativa de “crítica originária” uma tarefa complicada (GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**, cit., p. 252).

da centralidade dos direitos fundamentais, da interdisciplinariedade de diversos regramentos constitucionais e da unicidade do fenômeno constitucional como um todo. Conforme ressalta Maria Celina Bodin de Moraes:

Diante de tantas alterações, direito privado e direito público viram modificados os seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual, e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito não pode, então, permanecer ancorada àqueles antigos conceitos. De substancial – isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade –, transforma-se em distinção meramente “quantitativa”: há institutos onde é prevalecente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e há institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos.⁷⁰

A dicotomia clássica direito público / direito privado, lembra Norberto Bobbio, reflete a situação de um grupo social no qual já ocorreu a diferenciação entre aquilo que pertence ao grupo enquanto tal, à coletividade, e aquilo que pertence aos membros singulares. A originária diferenciação entre direito público e privado, então, é acompanhada pela afirmação da supremacia do primeiro sobre o segundo, ao passo que o critério fundamental permanece sendo aquele dos diversos sujeitos a que se pode referir a noção geral de *utilitas*, ao lado da *singulorum utilitas*.⁷¹

Já para Hans Kelsen, a única construção que bem fundamenta a diferenciação entre direito público e direito privado seria aquela que leva em consideração os conceitos de autonomia e heteronomia. Isso porque o direito privado regulamentaria as relações entre sujeitos em nível de igualdade, de modo que a norma secundária a reger a relação seria criada por uma transação jurídica nascida de comum acordo entre as partes, transação esta cuja representação típica é o contrato.⁷²

No direito público, diferentemente, a norma secundária que constitui a situação concreta é fruto de uma declaração pública, unilateral e impositiva de vontade, oriunda de um órgão do Estado que é antes um sujeito de competência do que de direito e eliminando, assim, qualquer possibilidade de paridade de armas na relação.⁷³ Em suas palavras:

⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019. p. 11.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: fragmentos de um dicionário político. 23. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 2020. p. 15-16.

⁷² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 294.

⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**, cit., p. 294.

A diferença entre direito administrativo como Direito público e o Direito privado não reside no fato de a relação entre Estado e pessoa privada ser diferente da relação entre pessoas privadas, mas na diferença entre uma criação heteronômica e uma criação autônoma de normas secundárias.⁷⁴

Em sentido similar, o jurista argentino Carlos S. Fayt expõe que o critério fundamentador da distinção se vincula à ordem das organizações. Seriam de direito público as normas que estabelecem formas políticas, formas de governo, os direitos individuais, sociais e políticos e suas proteções práticas e teóricas, as normas que regem o poder do Estado, tanto as pertinentes ao poder constituinte como às autoridades constituídas.⁷⁵

O direito privado, ao revés, corresponderia às normas que regem relações interindividuais, o campo de atividade próprio dos integrantes da população. Em regra de natureza civil, comercial, trabalhista, de seguridade social e no geral vinculado às atividades econômicas praticadas em nível territorial.

Não obstante, o caráter abrangente e democrático da normatização constitucional fez a classificação binária perder boa parte de sua razão de ser, pois escancarou a complexidade da vida social, a dificuldade de identificação do caráter do interesse prevalecente em certo conflito social, se individual ou social, a pluralidade de valores e bens fundamentais postos muitas vezes em posições que, apesar de conflitantes, são legítimas.

A Constituição passou a ocupar um papel central para todos os ramos do direito, sejam disciplinas de direito público ou de direito privado, situação que aloca o direito constitucional na posição de setor comum de todas as disciplinas jurídicas com autonomia científica reconhecida, alimentando-as.⁷⁶

A solidificação constitucional de um Estado Democrático e Social de Direito também rompe com a tradicional separação entre Estado e sociedade própria das constituições liberais, impondo um modelo cooperativo de atuação, pública e social, e uma abrangência variada e não reciprocamente excludente, ao menos em sua inteireza, dos interesses perquiridos.

Ressalta Georges Abboud que, a partir do desenvolvimento do direito constitucional e da estruturação do próprio Estado Constitucional, perde-se cada vez mais a utilidade e a própria possibilidade de vislumbrar a vetusta dicotomia direito público e direito privado. Isso porque a Constituição tanto estabelece o espaço público, estruturando o Estado, como assegura a

⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**, cit., p. 294.

⁷⁵ FAYT, Carlos S. **Derecho político I**. Buenos Aires: Universidade Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1962. p. 46-47.

⁷⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 127.

proteção da sociedade civil e os direitos fundamentais do cidadão. Ou seja, o próprio espaço constitucional não seria nem puramente público ou privado, mas sim uma fusão de ambos.⁷⁷

Logo, ao Estado Constitucional cabe respeitar a delimitação entre esfera pública e privada, no sentido de que nem todas as funções públicas são estatais (imprensa, igreja, partidos políticos), e, ao mesmo tempo, no Estado algumas funções públicas não podem ser de atuação social (segurança pública, defesa nacional).⁷⁸

No Estado Constitucional não se concebe poder do Estado que não esteja assentado na soberania popular e na dignidade humana. Assim, o dualismo direito público e privado mantém sua importância sob o aspecto sistemático. Entretanto, dificilmente se pode conceber situação jurídica puramente privada ou puramente pública, na medida em que todas as situações estão diretamente normatizadas pelo texto constitucional. O dualismo deve ser utilizado para realçar e fortalecer os direitos fundamentais do cidadão em seu aspecto privado, destacar e pormenorizar as tarefas e os limites do poder público.⁷⁹

Este trabalho não chega à conclusão de necessidade de eliminação total da classificação direito público e direito privado, especialmente porque o próprio texto constitucional reconhece expressamente a autonomia e a importância de certas matérias próprias a cada setor, atribuindo as devidas competências, ora privativas (art. 22, I), ora concorrentes (art. 24, I), para delas tratarem os entes federativos. Ademais, essas mesmas matérias jurídicas seguem com autonomia científica consolidada e objetos de estudo bem delimitados, avalizando a variedade de disciplinas na grade curricular dos cursos de Direito não só Brasil como mundo afora.

A legislação infraconstitucional pátria é vacilante e poderia ser mais clara a respeito do tema. Porém, de modo geral, colabora em favor do mesmo entendimento pela manutenção da diferenciação, com temperamentos. Veja-se a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, um verdadeiro diploma de sobredireito que ensina como devem ser interpretadas e operacionalizadas as normas jurídicas, sem limitar a incidência de suas premissas a uma ou outra disciplina jurídica em especial.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, alinhado com a ideia de unidade mundial (globalização), pluralismo, valorização dos direitos humanos e hipercomplexidade da vida social dos dias que correm, revela-se, lembram Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, caracterizado como uma típica norma pós-moderna,

⁷⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 852.

⁷⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, cit., p. 853.

⁷⁹ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**, cit., p. 854.

reversionista de conceitos de direito privado, mas sem olvidar a apresentação de normas de direito público em seu texto. Traz, ainda, uma série de conceitos jurídicos indeterminados e regras abertas, aptos a diálogos interdisciplinares.⁸⁰

Já a Lei nº 14.010/2020 prestigiou explicitamente a dicotomia direito público e direito privado ao delimitar o âmbito de aplicação do regime transitório e emergencial que inaugura, de forma criteriosa, apenas a este último, visando com isso minorar os efeitos deletérios da pandemia de Covid-19 perante a sociedade brasileira, a partir do primeiro semestre do ano de 2020 (art. 1º). Com isso, destaca a contemporaneidade e a necessidade da distinção para a solução de alguns problemas jurídicos.

No mesmo jaez, a distinção segue reconhecida pela doutrina, para a qual a diferença fundamental consiste no fato de que as situações jurídicas privadas pautam-se pela igualdade e pela liberdade, enquanto as situações jurídicas públicas têm embasamento em princípios distintos, sendo os mais marcantes os da autoridade e competência. Consequentemente, o sujeito de direito, no âmbito das situações particulares, pode agir livremente no contexto de todas as situações jurídicas que não lhe sejam proibidas.

Em outra perspectiva encontra-se o sujeito que realiza atos e negócios jurídicos insertos em contexto de trato das coisas públicas, a quem se permite apenas a realização daquilo cujo exercício esteja previamente autorizado pelo ordenamento jurídico. Não destoia desse entendimento Maria Helena Diniz:

Eis a razão pela qual, hodiernamente, se tem buscado o elemento diferenciador no sujeito ou titular da relação jurídica, associando-se o fator objetivo ao subjetivo. O direito público seria aquele que regula as relações em que o Estado é parte, ou seja, rege a organização e atividade do Estado considerado em si mesmo (direito constitucional) em relação com outro Estado (direito internacional), e em suas relações com os particulares, quando procede em razão de seu poder soberano e atua na tutela do bem coletivo (direito administrativo e tributário). O direito privado é o que disciplina as relações entre os particulares, nas quais predomina, de modo imediato, o interesse de ordem privada, como, p. ex. a compra e venda, a doação, o usufruto, o casamento, o testamento, o empréstimo, etc.⁸¹

Há quem entenda que o operador do direito deve reconhecer e conviver pacificamente com as imperfeições da classificação, aceitando-as como corolário da insuficiência da tecnologia jurídica para a fixação de categorias fundamentais precisas. A falta de rigor científico

⁸⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 8.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 1: Teoria geral do direito civil. p. 31.

seria compensada por sua presteza e larga difusão, além da utilização ampla em aspectos pragmáticos da atuação jurídica.⁸²

Preferível, no entanto, apontar, como fazem os juristas lusitanos Pedro Pais de Vasconcelos e Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, a fixação de um critério de classificação polar, em detrimento da categorização binária, e, conseqüentemente, excludente ou dicotômica.⁸³

Polar porque pode haver, a depender do conflito posto em análise, a prevalência de interesses ora mais próximos do aspecto público, ora mais próximos do aspecto privado, mas sem descaracterizar a presença concomitante e não excludente daquele que lhe é contraposto. Como salientam referidos coautores:

A distinção pode ser feita entre dois polos, um público e outro privado. No polo público centra-se a vertente comunitária, a componente social, coletiva, estatal, relativa à comunidade e ao bem comum, de todos ou da maioria, ou dos interesses que cabe ao estado prosseguir assistido de poderes de autoridade e de modo sobre-ordenado; no polo privado centra-se a vertente pessoal, a componente individual, particular, privada, relativa às pessoas comuns e aos seus interesses, num modo de relacionamento em princípio paritário. No primeiro domina o direito heterônomo, a tutela de interesses gerais ou coletivos e comunitários, de modo tendencialmente autoritário e sobre-ordenado; no segundo domina o direito autônomo, interprivado, a tutela dos interesses particulares, de modo paritário e equilibrado.⁸⁴

Desta feita, o direito não tem de ser exclusivamente e exaustivamente público ou privado. Dificilmente poderá sê-lo. Há uma graduação, uma transição fluida, de cuidadosa verificação entre os dois polos, com regulações ora predominantemente públicas, ora privadas. Institutos e características marcantes dos dois polos se entrelaçam, coexistindo sem eliminações, a depender da situação a ser examinada em especificidades.⁸⁵

Otavio Luiz Rodrigues Jr. relembra, nesse aspecto, que o direito sempre trabalhou com tais espécies de conflitos vicinais, ou com a retroalimentação conceitual, categorial ou institucional entre direito público e privado, sendo um dos exemplos mais conhecidos a independência relativa de instâncias (art. 935 do CC; art. 315 do CPC; arts. 63 a 68 do CPP). Ou seja, um mesmo ato ilícito pode trazer reflexos perante o direito civil, o direito penal e o direito administrativo, sem, em qualquer momento, mostrar-se necessário questionar se houve

⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1: Parte geral. p. 31.

⁸³ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 9.

⁸⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **Teoria geral do direito civil**, cit., p. 9.

⁸⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **Teoria geral do direito civil**, cit., p. 9.

ou não ruptura das divisões sistemáticas, muito menos uma privatização ou publicização das respectivas áreas.⁸⁶

A ampla intervenção regulatória efetivada no Brasil há pouco mais de 20 anos milita no mesmo sentido, na medida em que o modelo de agências atua em espaços de deslegalização total ou parcial, implementando atividades tipicamente normativas, decisórias e executivas, sem que os contratos firmados com os usuários percam a natureza de civil ou comercial (telecomunicações, planos de saúde, atividades securitária, bancária etc.).⁸⁷

Em suma, há algum tempo inexistiu critério lógico e incontestável de distinção entre os dois ramos do direito. O que existem são diretrizes mínimas de identificação que não podem ser levadas a ferro e fogo, especialmente porque o problema maior a ser enfrentado não será a classificação jurídica a ser dada, mas sim a superação do conflito social, sem perder de vista a reverência aos direitos fundamentais e aos valores constitucionais de prestígio irrenunciável.

2.4 Constitucionalização e Estado Democrático de Direito / Estado Constitucional

Após um longo período de apego à tradição constitucional consagrada do Estado Liberal de Direito, os sopros de originalidade da Constituição de Weimar de 1919 enfim são apreendidos pelo constituinte brasileiro, que, já a partir da década de 1930, também se arvorou do interesse em acoplar política e economia dentro de um mesmo documento constitucional, rompendo com a tradição liberal individualista, certamente também no desiderato de trazer à baila uma ordem social mais equitativa, missão que, como o escrutínio do tempo vem atestando (e por razões que fogem ao interesse deste trabalho), infelizmente ainda pende de um desfecho positivo.

Como ressalta o constitucionalista Paulo Bonavides, o chamado constitucionalismo da terceira época, ainda em operatividade no Brasil nos dias atuais, é inaugurado em 1934 com o modelo de Estado Social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a sociedade e o homem-pessoa (não o homem indivíduo) são os valores supremos. Tudo indissociavelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade.⁸⁸

Esse caminho foi seguido, sabidamente não sem alguns reveses, na continuidade da história constitucional brasileira, donde as cartas de 1946 e a atual, de 1988, igualmente se

⁸⁶ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**, cit., p. 129.

⁸⁷ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**, cit., p. 130-131.

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 374-377.

destacaram por honrar a preocupação com os aspectos da socialidade e efetividade dos direitos, eliminando o aspecto adversarial entre Estado e sociedade, a suposta neutralidade da ordem normativa, o afastamento dos sistemas jurídico e econômico, assim como a prevalência de aspectos patrimonialistas e individualistas do ordenamento, mais bem adaptados a uma sociedade agrária e menos complexa.

A vontade constitucional do modelo de Estado Constitucional Liberal até então exigia conduta essencialmente passiva dos poderes constituídos. Quanto menos o Estado se intrometesse na vida das empresas e dos indivíduos, melhor seria para todos. Havia um verdadeiro “pacto de não intromissão” entre o seio social e os agentes políticos. Contudo, a complexidade crescente das realidades sociais, econômicas e culturais e a impossibilidade de separação absoluta entre esses distintos aspectos da vida sepultaram a credibilidade e a efetividade dessa forma estatal de atuar.

Em seu lugar, nasce uma postura estatal positiva e acolhedora das demandas sociais, trazendo consigo o novo objetivo declarado, agora categórica e constitucionalmente, de buscar alterar para melhor uma realidade social reconhecidamente desigual e injusta, exatamente como faz o atual constituinte, por exemplo, quando externa sua missão indeclinável de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III, da CF/88).

Pois bem, certamente não é possível falar de superação de cenários de injustiça social sem adentrar no trato da geração, alocação, distribuição e redistribuição de recursos e oportunidades, que são e sempre serão limitados. Ou seja, um projeto constitucional com essa ambiciosa missão não poderia ser levado adiante sem que houvesse uma regulação, ainda que não exauriente, da vida econômica, social e cultural de um país.

Essa regulação constitucional deve abranger, igualmente, a previsão de instrumentos de oxigenação democrática das decisões governamentais, como, exemplificativamente, a previsão de participação comunitária na efetivação de políticas públicas de inegável impacto social (é o caso dos conselhos de saúde, de existência e operatividade obrigatória em todas as esferas de governo, conforme previsto na Lei Federal nº 8.142/90).

Nesse diapasão, a Constituição brasileira vigente agasalha os mecanismos formais de garantia do Estado de Direito com o princípio democrático, e a dimensão social própria do Estado Democrático e Social, rompendo com a indesejável separação entre Estado e sociedade, que, agora em atuação colaborativa, devem procurar o respeito e a promoção dos direitos fundamentais, circunstância que, naturalmente, estende e diversifica o âmbito de alcance normativo do Texto Maior.

O Estado Democrático de Direito, consagrado constitucionalmente a partir de 1988, é mais do que o somatório das duas espécies conhecidas, Estado Democrático de Direito e Estado Social de Direito, e possui alguns elementos estruturais incomuns a seus antecessores. Marcam presença em sua configuração, conforme ensinamentos de Luiz Regis Prado, os seguintes elementos constitutivos:

a) soberania popular, da qual emanam os poderes do Estado; b) legitimação dos governantes por eleições periódicas pós-sufrágio universal, com pluralismo de opções; c) submissão dos governantes à lei, hierarquia das normas, controle judicial de suas decisões e responsabilidade por seus atos e decisões; d) preservação da Constituição pelo Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal); e) separação de poderes (funções); f) reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, com incorporação dos novos direitos econômicos, sociais e culturais; g) função promocional dos poderes públicos para propiciar as condições e remover os obstáculos para a igualdade entre os cidadãos; h) intervenção dos poderes públicos na organização econômica; i) potencialização das organizações sociais e culturais, favorecendo a participação e controlando os serviços que afetem a qualidade de vida.⁸⁹

Para Tania Groppi, professora de Direito Comparado da Universidade de Siena, após 1989 (ano da derrocada dos regimes comunistas), observou-se uma tendência generalizada de novos modelos constitucionais democráticos, escritos e rígidos, cujo tronco radica do Estado Liberal de Direito de matriz europeia continental, porém com adesão de alguns elementos do direito anglo-saxônico. A autora denomina tal fenômeno de Estado Constitucional.⁹⁰

Estado Constitucional, desta feita, caracteriza-se, na concepção de Tania Groppi, pelos seguintes elementos: i) um processo constituinte democrático, do qual participa uma sociedade pluralista; ii) a presença de um documento constitucional catapultado à condição de norma fundamental, constitutiva da base do ordenamento e garantia de sua rigidez; iii) a garantia constitucional dos direitos e liberdades; iv) a garantia constitucional da separação de poderes; v) a democracia eleitoral; vi) a abertura da ordem jurídica interna ao direito internacional dos direitos humanos, com reconhecimento da força jurídica dos tratados internacionais respectivos; vii) a descentralização territorial de poder.⁹¹

Já o constitucionalista alemão Christian Starck revela como características gerais do tipo de Estado Constitucional Democrático: i) uma Constituição amparada no poder constituinte do povo; ii) a supremacia da Constituição em face das leis aprovadas pelo Parlamento, assegurada por meio de controle jurisdicional; iii) a celebração de eleições periódicas, com sufrágio universal, livre, igual e secreto; iv) a divisão de poderes, por meio da regulação constitucional

⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 79.

⁹⁰ GROPPi, Tania. **Menopaggio**: la democrazia costituzionale nel XXI secolo. Bologna: Il Mulino, 2020. p. 31-32.

⁹¹ GROPPi, Tania. **Menopaggio**, cit., p. 32.

da criação, funções, competências e procedimentos de atuação dos órgãos superiores do Estado; v) a garantia dos direitos fundamentais e sua proteção jurídica.⁹²

De fato, é sabido que o Estado Democrático de Direito possui duas premissas constitutivas básicas reconhecidas comumente pela doutrina. A primeira traduz-se no objetivo de superar a mera igualdade formal e instaurar uma sociedade livre, justa e solidária, caracterizada pela busca perene de um contexto social concretizador da solidariedade e igualdade material plena dos componentes da sociedade, a qual se consolidará com atitudes negativas e positivas do Estado.

Negativas, no sentido de que o Estado deve evitar a todo custo o arbítrio, respeitar uma margem de não interferência mínima na vida dos indivíduos, dando-lhe condições para buscar, por conta própria, a realização pessoal e patrimonial e a busca da felicidade. Nesse diapasão, é ilegítima a imposição de qualquer concepção de vida boa pelo próprio poder público em substituição à autonomia de cada um, como escolhas morais, religiosas e filosóficas, políticas, de âmbito estritamente pessoal e ligadas à condução de vida, sendo igualmente defeso oprimir o cidadão por escolhas livres e conscientes que outrora consolidou para si.

Positivas porque, além da não interferência, deve o Estado atuar ativamente, nas esferas administrativa, legislativa e jurisdicional, para assim superar as desigualdades materiais e situações de injustiça social manifesta, em prol da concretização de um regime democrático no qual ele, Estado, também está sujeito e limitado pela ordem jurídica vigente.

Assim, a premissa positiva consubstancia o desiderato estatal permanente e legítimo em mudar, sempre para melhor, a realidade social. O legislador constituinte não se distancia do mundo dos fatos em sua atividade inaugural da nova ordem normativa, reconhecendo desde já que, no momento de fundação da sistemática constitucional, deparou-se com um contexto social de profundas disparidades na produção e distribuição de riquezas e bens primários, e que é sua missão eliminá-lo.

Elementares nesse aspecto são alguns dos preâmbulos constitucionais contemporâneos, como o brasileiro, que, embora não consubstanciem propriamente normas constitucionais, destacam informações relevantes sobre a origem da Constituição e os valores que guiaram a feitura do texto.⁹³ Se, por um lado, não criam direitos e obrigações, por outro desvendam as

⁹² STARCK, Christian. **Ensaaios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 22-23.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 78.

linhas estruturantes da Constituição, os objetivos que movem sua concepção, as finalidades dos institutos e instituições, podendo servir, assim, de valoroso vetor interpretativo.⁹⁴

Por isso, a inércia não deve ser uma característica imanente aos poderes estatais, devendo restar circunscrita unicamente ao Poder Judiciário. O Estado Democrático de Direito inaugurado constitucionalmente, no caso brasileiro, não só pelo preâmbulo como por seu artigo inaugural, já atribui a si próprio uma missão não exauriente e, provavelmente, de durabilidade intergeracional, a qual não pode ser cumprida a contento sem atitudes proativas, com implementação de políticas públicas específicas para a melhoria das condições de vida da população, contando, sempre que possível, com a participação de segmentos e movimentos sociais.

Nos dizeres do administrativista lusitano Diogo Freitas do Amaral, o Estado Democrático de Direito está assente na soberania popular, caracterizado pela democracia política, econômica, social e cultural.⁹⁵ Sem olvidar as conquistas do Estado Liberal oitocentista, as quais reforça e acentua em matéria de subordinação dos poderes públicos ao direito e reforço das garantias dos particulares em face da Administração Pública, visa, igualmente, promover o desenvolvimento econômico, o bem-estar e a justiça social.⁹⁶

Embora não necessariamente sempre concordantes, em um Estado Social e Democrático de Direito – ao contrário do modelo forjado no Estado Liberal – Estado e sociedade devem ocupar com alguma frequência uma linha de interseção recorrentemente verificável, ou seja, há de se configurar alguma consonância finalística entre interesse social e interesse público, que, se de um lado podem não coincidir sempre, por outro, na maior parte das vezes tenderão a não se excluir.

José Afonso da Silva ressalta que a configuração do Estado Democrático de Direito ultrapassa a união formal de Estado Democrático e Estado de Direito para criar um conceito novo, que leva em consideração os caracteres dos dois modelos citados, mas a eles adiciona um componente revolucionário de transformação do *status quo*.⁹⁷

Pelo texto constitucional pátrio, continua o autor, o “democrático” qualifica o Estado e não o Direito, e isso tem como corolário a irradiação dos valores da democracia por todos os elementos constitutivos do Estado, a incluir a ordem normativa, de modo que deve o direito

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 79.

⁹⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 78.

⁹⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**, cit., p. 81.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 121.

sempre ajustar-se aos interesses coletivos.⁹⁸ Em suma, a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.⁹⁹

Salientam Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes conclusão idêntica, pois, no conteúdo próprio do Estado Democrático de Direito, a preocupação básica é a transformação do *status quo*. O conteúdo da legalidade assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, por meio dele, de intervenções que impliquem diretamente uma mudança substantiva nas condições de vida da comunidade política.¹⁰⁰ Arrematam os mencionados juristas:

Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.¹⁰¹

O Estado Democrático de Direito, para ser assim efetivamente nominado e reconhecido, deve firmar-se em princípios estruturantes bem delineados e de potente vocação humanitária, a serem consagrados explícita ou implicitamente na sistemática constitucional, preferencialmente em seu núcleo intangível.

Jorge Reis Novais revela o lugar especial do princípio da dignidade da pessoa humana nesse desiderato, já que é apto a, ao mesmo tempo, desenvolver efeitos normativos autônomos e se constituir na matriz genética dos restantes princípios constitucionais estruturantes.¹⁰² Para o constitucionalista português:

Ou seja, é porque o Estado de Direito assenta na dignidade da pessoa humana que os diferentes poderes públicos têm de tratar todas as pessoas com igual consideração e respeito, que não as podem afectar desvantajosamente de forma excessiva ou desrazoável, que têm de respeitar as suas legítimas expectativas em condições de segurança jurídica e de previsibilidade, que têm de garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição as condições mínimas de acesso aos bens jusfundamentalmente protegidos e que, por fim, devem garantir que as principais decisões respeitantes às questões

⁹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 121.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 124.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 115.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**, cit., p. 115.

¹⁰² Os demais princípios estruturantes a que se refere, então, seriam, além da já citada dignidade da pessoa humana, igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, proteção da confiança, proibição do déficit, reserva de lei e determinabilidade (NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 10).

essenciais da vida em comunidade devem ser deliberadas com suficiente densidade normativa pelos representantes do povo em condições de pluralismo, publicidade e transparência.¹⁰³

Mais do que garantir participação cidadã na construção de políticas públicas e governamentais relevantes, já fora do contexto de escolha de governantes, ou do que se preocupar em concretizar prestações estatais positivas nas searas econômica, social e cultural, o modelo de Estado Democrático de Direito trabalha pela eliminação de promessas outrora não cumpridas pelo Poder Público, equilibrando o prestígio das escolhas existenciais individuais fundamentais, com escolhas sociais de relevância alargada e provedoras de avanços significativos, coletivamente considerados.

A escolha pelo modelo do Estado Democrático de Direito, então, especialmente em modernidades periféricas, como a brasileira, implica um autocomprometimento de seriedade indisfarçável pelos poderes constituídos no atuar em prol das esferas mais marginalizadas e carentes da sociedade. Há de reconhecer e não repetir erros e omissões do passado e enfrentar uma realidade dificultosa, promovendo a remoção de barreiras impeditivas da efetiva consolidação concreta de direitos fundamentais, calcados na dignidade humana.

Ao estudar o significativo retrocesso constitucional que deu azo à ascensão de um regime autoritário na Turquia, especialmente após a Revisão Constitucional de 2017, Tania Groppi alerta para a possibilidade de vulneração do Estado de Direito sem alteração formal do catálogo de direitos fundamentais. É suficiente, para tal desiderato maléfico, conforme comprovou a trágica experiência turca, o comprometimento de garantias constitucionais caras como o sistema de freios e contrapesos e a independência da magistratura.¹⁰⁴

Não há, e nem pode haver, portanto, hierarquia entre os elementos constitutivos de um Estado Democrático de Direito. Seus alicerces são formais, materiais e institucionais, e mesmo o comprometimento de um deles é suficiente para afetar o todo. Daí a importância da divisão de competências e atribuições aos agentes estatais sem desproporcionalidade manifesta nos protagonismos.

Há difusão da missão constitucional para todas as esferas de governo, com preferência para modelos de desconcentração e descentralização administrativa em regimes federativos, bem como incremento nos instrumentos jurídicos e processuais de proteção do cidadão, nas esferas administrativa e jurisdicional.¹⁰⁵

¹⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de Estado de Direito**, cit., p. 10.

¹⁰⁴ GROPPi, Tania. **Menopaggio**: la democrazia costituzionale nel XXI secolo. Bologna: Il Mulino, 2020. p. 210-211.

¹⁰⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**, cit., p. 79.

Sua moldura impõe sério reforço normativo de proteção e promoção dos direitos humanos na ordem interna e adesão a tratados internacionais de proteção de direitos humanos na ordem internacional. Destacam-se, exemplificativamente, a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, sendo certo que a afronta aos direitos humanos tem a aptidão de descaracterizar determinado regime como democrático.¹⁰⁶

O Estado Democrático de Direito influi também, e de forma direta, na Teoria das Fontes do direito, promovendo uma confluência entre os ramos de direito público e a Teoria do Direito, o que traz como consequência uma relativização dos modelos de criação de norma jurídica, agora bem menos engessados que outrora, pois adstritos a critérios de forte cunho moral e de justiça material.

Nesse diapasão, o “Estado de Direito material”, assim nominado pelo administrativista português Paulo Otero, nunca pode deixar de funcionar como referencial de filiação axiológica e teleológica de criação de todo o direito, agora vinculado a uma postura criativa de cunho político-constitucional subordinada a uma ordem de princípios fundamentais resultante da “consciência jurídica geral” em torno da dignidade humana e da inerente ideia de um direito justo. Ou seja, há uma heterovinculação axiológica do próprio legislador constituinte.¹⁰⁷

O modelo estatal democrático de direito foi forjado no decorrer do desenvolvimento constitucional latino-americano também como forma de melhor gerir as tensões existentes na própria democracia. O pluralismo axiológico constitucional e o destaque da pessoa humana na centralidade do ordenamento jurídico impõem a conciliação de um sem-número de valores e preferências, pessoais e comunitárias, conflitantes e legítimas.

Muitos elementos próprios do comentado modelo estatal procuram conciliar essas tensões. Como lembra Ana Paula de Barcellos, a circunstância de a Constituição estabelecer limites ao que as maiorias podem decidir não significa que não haja espaço legítimo de conformação legislativa. A Constituição não ocupa todo o espaço da política e nem retira das maiorias o poder de se autodeterminar em cada momento histórico.¹⁰⁸

Ou seja, nem tudo de que se discorda politicamente é inconstitucional.¹⁰⁹ No Estado Democrático de Direito, é natural que, em algumas discussões, certo segmento da sociedade

¹⁰⁶ GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 170.

¹⁰⁷ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**, cit., p. 23-24.

¹⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 27.

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 27.

saia vitorioso e outro não, sem que necessariamente haja uma revisão do tema por parte da atividade jurisdicional, o que, se ocorrer, deve ser em caráter de exceção.

A normação constitucional deve veicular consensos mínimos. Tão essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do próprio regime democrático que não podem ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Em regra, esse núcleo intangível envolve a garantia de direitos fundamentais, a separação e organização dos poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política e valorativa.

Por corolário, a moldura constitucional democrática impõe limites à atuação dos poderes estatais constituídos, consagra direitos e garantias fundamentais de cunho individual e coletivo, como também chama o cidadão a empreender constante vigilância das atividades político-institucionais dos representantes estatais por ele eleitos, sendo o dever de preservação da democracia extensível a todos os atores da vida comunitária.

Além disso, a construção estatal democrática de direito é a que consegue trazer possibilidades de soluções jurídicas mais justas e adequadas aos imponentes desafios escancarados pelo avanço brutal das inovações tecnológicas no meio social, que a todos surpreende dia após dia, impondo uma reformulação em conceitos como autonomia, transparência e consentimento.

O Estado Democrático de Direito de certa forma resgata ou revive uma característica marcante da democracia grega antiga, consistente no entrelaçamento entre o cidadão como pessoa da comunidade (família, trabalho, relações sociais) e o cidadão como membro participante ativo de decisões políticas de relevo, revelando-os como duas faces de um fenômeno mais abrangente.

Governo, Estado e comunidade não são entidades distantes e totalmente alheias. Possuem sim importantes pontos de interseção. A vida política é uma extensão relevante da pessoa e deve com ela estar em harmonia. Há um sentido forte de bem geral, que não pode, e nem deve, estar em contradição com objetivos e interesses pessoais (se legítimos, obviamente).¹¹⁰

Ou seja, é porque o Estado de Direito assenta na valorização incondicional da pessoa humana que os diferentes poderes públicos têm de tratar todas as pessoas com igual consideração e respeito, reputando legítimas todas as concepções de vida boa que não maculem a alteridade, nem prejudiquem interesses existenciais legítimos em prol de aspirações incompatíveis com tudo que de fato é valorizado pela comunidade constitucional.

¹¹⁰ DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 26.

Nesse jaez, releva salientar os ensinamentos de Gisele Cittadino, para quem a ordem constitucional brasileira agasalha um modelo de constitucionalismo comunitário, que proscreve uma atuação jurisdicional adstrita a uma legalidade positivista e abstrata, destituída de dimensão política. A função de declarar o sentido e alcance de regras jurídicas, especialmente das normas constitucionais, possui clara conotação política. Aduz a autora:

É precisamente no âmbito desta função jurisdicional de tutela da constituição que o direito e a política se encontram. E não poderia ser diferente. Como a constituição é, para o constitucionalismo “comunitário”, um sistema de valores, a sua tutela, por via interpretativa, não pode senão se transformar em instrumento de realização política.¹¹¹

Ou seja, o constitucionalismo comunitário luta por um Poder Judiciário cujo papel fundamental seja o de ajustar o ideal comunitário de valores compartilhados à realidade constitucional. Que o judiciário seja um ator de inclusão dos excluídos, concretizando a vontade do constituinte. A consequência será uma atuação jurisdicional criativa, precisamente na exigência de apreciação judicial de questões que envolvam lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos.¹¹²

A observação também vale para a atuação das instituições essenciais à justiça, reconhecidas no Título IV, Capítulo IV, Seções I a IV, da Constituição Federal de 1988, como Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia, com a vantagem de que essas instituições, ao contrário do Poder Judiciário, podem agir de ofício para conhecer e enfrentar problemas sociais de alta magnitude, que coloquem ou possam colocar em xeque a efetividade dos direitos fundamentais.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins chamam a atenção para o fato de que os direitos fundamentais mantêm uma grande proximidade com a política, afinal são resultado de ferozes lutas, revoluções, guerras civis e movimentos de ruptura em geral. Envolvem temáticas variadas que comumente ultrapassam o aspecto estritamente técnico, de modo que a solução para os casos relacionados ao tema não decorre de pura interpretação “correta” de determinadas normas constitucionais.¹¹³

Ao revés, são temas de origem e repercussão política, de modo que qualquer decisão do legislador ou do Poder Judiciário a eles adstrita produz efeitos políticos, inclusive sobre discussões acerca de qual a última palavra a prevalecer.¹¹⁴

¹¹¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 5. ed. Andradina: Meraki, 2020. p. 81.

¹¹² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**, cit., p. 82.

¹¹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 15-16.

¹¹⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, cit., p. 16.

Contudo, a politicidade dos direitos fundamentais não suspende a necessidade de criar um suporte dogmático que filtre o máximo possível os elementos político-subjetivos da decisão judicial. Isso porque esta última está vinculada a parâmetros constitucionais das garantias e dos direitos fundamentais, nos moldes em que o Estado Constitucional moderno conseguiu dar uma forma jurídica mínima ao exercício do poder político.¹¹⁵

Logo, o respeito a essa linha mestra viável de atuação política e material dos órgãos legitimamente escolhidos pelo detentor do poder soberano de direito, o povo, também constitui consequência inarredável do Estado Democrático de Direito, que privilegia soluções protetivas da vontade constitucional unicamente se efetivada em conformidade com o previsto pela própria Constituição e sua regulamentação.

Desta feita, é de rigor concluir pela existência de um alinhamento teleológico significativo entre o fenômeno da constitucionalização de diversos ramos do direito, como o direito civil, o direito penal e o direito administrativo, com o surgimento e fortalecimento, na ordem constitucional, de um Estado Democrático e Social de Direito, vocacionado não só à limitação dos poderes estatais e à proteção dos direitos fundamentais como também a produzir mudanças profundas na realidade social em contextos de desequilíbrio injustificável, como renda, bens primários, alcance de empregos públicos, projetos de vida, oportunidades de rompimento de ciclos de pobreza, acesso ao mercado de trabalho etc.

Em suma, é sua missão irrenunciável o enfrentamento de situações de desigualdade material, marginalização ou secundarização do valor intrínseco da pessoa humana, que agora, em todas as suas vicissitudes, assume o epicentro do ordenamento, ora sob o viés individual, ora coletivo, nunca sem descurar dos valores pessoais como fins em si mesmos.

Essa concatenação entre constitucionalização de ramos do direito e consagração de um regime democrático e social de direito implica uma engrenagem de retroalimentação mútua entre os dois fenômenos, na medida em que a ampla normatividade constitucional é uma das ferramentas, senão a principal, encontradas pelo poder constituinte para poder modificar a realidade social para melhor, submetendo-a a um regramento mais igualitário e humanista. A efetiva transformação da realidade, por sua vez, implica um aperfeiçoamento na forma de criar e aplicar o direito estatal, sempre com um olhar atento aos valores humanos caros ao ordenamento.

Na consolidação do catálogo dos direitos fundamentais, individuais ou sociais, a vontade constitucional é ampliativa e qualificativa dessa proteção. Impõe a atuação concatenada

¹¹⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, cit., p. 18.

dos institutos jurídicos para a resolução de situações de conflito difíceis, que há muito já não podem ser solucionados com uma simples atividade de subsunção envolvendo um único dispositivo legal, ou mesmo constitucional.

Há necessidade de integração qualificada entre os institutos de direito, com um olhar diferenciado para sua vocação operativa em preferência ao ramo ou à disciplina jurídica à qual pertencem. Os direitos fundamentais exigem essa colaboração e complementação em prol de seu próprio prevalecimento, especialmente em um terreno ainda em sedimentação nas realidades periféricas, como é o caso do direito fundamental social à saúde.

3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NORTEADORES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (CONSTITUCIONAIS, CONVENCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS) E SUA INTERAÇÃO COM A AUTONOMIA NEGOCIAL

3.1 Breve histórico da criação do Sistema Único de Saúde. O SUS como garantia constitucional fundamental

Um Estado Democrático de Direito tende a se legitimar por meio da criação e aperfeiçoamento de direitos e instituições com vistas a efetivamente melhorar as condições de vida das pessoas, especialmente as menos favorecidas socialmente. Em modernidades periféricas como a brasileira, esse tipo de missão deve ser levado adiante de forma ainda mais enfática e proativa, já que as disparidades são históricas e a falta de acesso a bens e serviços intimamente relacionados à dignidade humana está longe de ser trivial. Diante dessa realidade, o constituinte de 1988 apreendeu que o enfrentamento das desigualdades sociais deve ser estrutural e perene, e não pontual e episódico.

Então, não é exagerada a assertiva de que o Sistema Único de Saúde – SUS é uma das grandes conquistas do constitucionalismo contemporâneo não só do Brasil como da América Latina, e não foi inserido na ordem constitucional brasileira de modo repentino e impensado, sendo antes produto de amplas reivindicações políticas e sociais que aqui perduraram por décadas, e também de significativos movimentos do direito internacional dos direitos humanos no sentido de reconhecer e reforçar o direito à saúde.

De fato, no âmbito internacional, já em 1946, um ano após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas dá um passo à frente na concepção de direito à saúde até então construída, trazendo um conceito abrangente de saúde, já entendida como completo bem-estar físico, mental e social, com ênfase na qualidade de vida, e não somente na ideia de ausência de doença.

A diretriz dada aos Estados Partes é que a saúde seja tratada como direito humano fundamental, direito este oponível ao Estado e a terceiros, pois viabiliza a garantia da própria vida, pressuposto da dignidade da pessoa humana, e, como tal, deve ser incansavelmente protegido e respeitado, sendo inadmissível qualquer conduta comissiva ou omissiva tendente a ameaçá-lo ou frustrá-lo

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do ano de 1966 (incorporado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992), estabelece em seu artigo 12 a necessidade de os Estados Partes empreenderem medidas que se façam necessárias para

assegurar a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, a luta contra essas doenças e a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do ano de 1988, conhecido como “Protocolo de San Salvador” (Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999), igualmente estabelece normas fundamentais de proteção à saúde. Seu artigo 10 é digno de transcrição:

Artigo 10

Direito à Saúde

1. Toda pessoa têm direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir esse direito:
 - a) assistência primária à saúde, entendendo-se como tal à assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b) extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c) total imunização contra as principais doenças infecciosas;
 - d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
 - e) educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e
 - f) satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.¹¹⁶

Tal dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o importante artigo 26 da mesma Declaração de Direitos, segundo o qual é obrigação dos Estados Partes adotar providências, tanto em nível interno como via cooperação internacional (especialmente econômica e técnica), para dar efetividade progressiva a todos os direitos que derivam das normas econômicas, sociais, educacionais e culturais contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros meios apropriados.¹¹⁷ Logo, tanto a liberdade de contratação pública quanto a liberdade de contratação privada revestem-se de obrigatória observância dos conteúdos da Constituição e das leis.¹¹⁸

¹¹⁶ BRASIL. *Decreto-lei nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999*. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, DF, 30 dez. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso em: 28 fev. 2023.

¹¹⁷ TORRES MARINQUE, Jorge Isaac. Argumentando vulneración de derechos fundamentales al juez natural y a la libre contratación entre privados a la vez de contravenir la tutela judicial efectiva. In: **Derechos fundamentales contemporáneos: enfoques actuales y futuros**. Barcelona: Bosch, 2021. p. 230.

¹¹⁸ TORRES MARINQUE, Jorge Isaac. Argumentando vulneración de derechos fundamentales al juez natural y a la libre contratación entre privados a la vez de contravenir la tutela judicial efectiva, cit., p. 230.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece em seu artigo 15 que todas as pessoas têm direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de se beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e políticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e ações da União será assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana.

Verifica-se, portanto, a partir da Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946, uma crescente preocupação do direito internacional dos direitos humanos com prestigiar e efetivar a proteção jurídica de direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive a saúde. Apreendeu-se que o desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e ao combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum para toda a humanidade, e que, por fim, os governos têm responsabilidade pela saúde de seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

Há um reconhecimento da necessidade de implementação progressiva das políticas públicas de saúde, com clara preocupação em evitar retrocessos. O olhar dos tratados internacionais de direitos humanos sobre o tema é sempre em direção ao aperfeiçoamento nos modos de atuação estatal e social, com a fixação de medidas claramente evolutivas no tratamento legislativo e material da saúde.

O olhar humanista no modo de legislar sobre a temática sanitária demorou alguns anos para florescer no Brasil, sendo primeiramente e aos poucos sedimentado em importantes setores da sociedade civil organizada, especialmente a partir da década de 60 do século passado, quando houve uma expressiva melhora na conscientização quanto à importância da ampliação e universalização dos serviços públicos de saúde em uma realidade reconhecidamente carente e desigual. A incorporação dessa agenda temática pelos atores estatais ainda demoraria um pouco mais.

Nesse jaez, lembram Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Liana de Barros Pimenta que a terceira Conferência Nacional de Saúde, do ano de 1963, já trazia em seu rol de reivindicações estudos direcionados à criação de um sistema sanitário único e hierarquizado, mas, tristemente, a investida acabou sendo sabotada pelo regime ditatorial que assumiu o poder no país pouco depois, responsável por privilegiar, gradualmente, um sistema caracterizado pela burocracia técnica e pela mercantilização da saúde.¹¹⁹

¹¹⁹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; PIMENTA, Liana de Barros. Direito à saúde: histórico, judicialização e prognóstico. In: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Vitor Luna (coord.). **Direito à saúde: judicialização e pandemia do novo coronavírus**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 46.

Porém, a despeito de frustrado em suas reivindicações, dito evento rascunhou o que seriam as diretrizes primordiais do Sistema Único de Saúde, tal como hoje conhecido. O núcleo das ideias não foi abandonado, apenas adiado, afinal, cerca de duas décadas depois, já durante o período de transição democrática, o movimento sanitarista e reformista brasileiro já contava com ampla participação social, consolidando-se a institucionalização das discussões dos rumos a serem tomados no que pertine à criação de um sistema público, igualitário e universal de saúde no país. Isso possibilitou que os ideais e propostas passassem a ser discutidos não só na esfera social como também, e enfim, na esfera estatal.

Até então, na realidade brasileira, infelizmente, ao longo da maior parte do século XX, a considerável maioria das intervenções sanitárias pautava-se, em geral, por dois objetivos: fazer frente a situações emergenciais (inclusive com o uso do aparato policial) e manter a integridade física do trabalhador (com o viés de evitar perda da força de trabalho, e não propriamente humanista).¹²⁰

O modelo campanhista privilegiava o combate às epidemias e surtos. Não havia uma concepção de saúde ligada a qualquer conceito de qualidade de vida ou proteção da dignidade humana. As ações estatais não tinham um aspecto promocional da saúde, restringindo-se a uma esfera de proteção geral. Tal viés resta perceptível pela circunstância de a Constituição de 1891 não destinar qualquer tratamento à saúde, por exemplo.¹²¹

Realiza-se então, no ano de 1986, a histórica Oitava Conferência Nacional de Saúde, um ponto de inflexão definitivo na agenda de discussões sanitárias no país, com perene mobilização de setores diversificados da sociedade brasileira que lidavam, direta ou indiretamente, com a problemática, especialmente médicos, enfermeiros, políticos, sanitaristas e juristas.

Aponta Luciana Gaspar Melquíades Duarte que o resultado da conferência em esboço foi a ampliação dos conceitos de saúde pública no Brasil, com destaque para: i) ênfase no direito universal à saúde, com melhores condições de vida; ii) reconhecimento também da saúde preventiva como linha de atuação estatal; iii) descentralização dos serviços públicos de saúde; iv) participação popular nas principais decisões. Aí estava confeccionada uma série de documentos que basicamente esboçaram os principais dispositivos constitucionais sanitários e o surgimento do Sistema Único de Saúde – SUS no Brasil.¹²²

¹²⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 117.

¹²¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**, cit., p. 119.

¹²² DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 136-137.

Essa peculiaridade apartou todo o processo de incorporação constitucional das linhas gerais do que viria a ser o direito fundamental à saúde e seu sistema concretizador de boa parte dos outros temas pautados na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, caracterizada por, dentre outras peculiaridades, sentida ausência de prévia elaboração, endógena ou exógena, de um projeto global inicial.¹²³

Deu-se então um salto significativo na tutela constitucional da saúde, agora não se limitando a unicamente prever regras de competências executiva e legislativa: o legislador constituinte brasileiro aderiu às concepções progressistas do direito constitucional e internacional da contemporaneidade, trazendo agora não só a extirpação de eventuais dúvidas quanto à fundamentalidade de tal direito social como também uma linha de proteção a ele abrangente.

Não por outro motivo, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo destacam, como derivações importantes da constitucionalização e fundamentalização do direito à saúde: i) a adoção de um conceito amplo de saúde (bem-estar físico, mental e social, em consonância com o delineado pela OMS); ii) a superação da concepção meramente curativa da saúde, para incluir os aspectos protetivo e promocional do direito fundamental; iii) a unificação do sistema de saúde, com a descentralização e a regionalização de ações e serviços; iv) a universalidade do atendimento, rompendo com a restrição somente aos trabalhadores formais e respectivos beneficiários; v) o reconhecimento constitucional explícito da relevância pública das ações e serviços de saúde.¹²⁴

Por todos esses e outros fatores, os mencionados constitucionalistas classificam o Sistema Único de Saúde como garantia institucional fundamental, que veio para ficar, podendo, ao longo dos anos, ser aperfeiçoada por reformas constitucionais e legislativas, mas jamais eliminada ou restringida em seus caracteres básicos pelos poderes constituídos do Estado brasileiro, sob pena de inconstitucionalidade material, por maléfico retrocesso social. São suas as seguintes considerações:

A assim designada dimensão objetiva do direito à saúde, para além das considerações acerca da função protetiva do direito e de sua eficácia entre os particulares, densifica-se de modo especial e relevante pela institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS), que assume a condição, na ordem jurídico-constitucional brasileira, de autêntica garantia institucional fundamental. Tem sido estabelecido e regulamentado pela própria CF, em especial quanto aos princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atender, além de consistir no resultado de aperfeiçoamentos efetuados a partir de experiências anteriores frustradas, mas

¹²³ PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 2.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 2002-2003.

sobretudo na condição de corolário de reivindicações feitas pela própria sociedade civil organizada (com proeminência para o Movimento da Reforma Sanitária). O SUS pode ser definido como garantia institucional fundamental. Com isso, torna-se sujeito, em si mesmo, à proteção outorgada às demais normas jusfundamentais, assumindo a condição de limite material à reforma constitucional, além de estar protegido contra medidas de cunho retrocessivo em geral. Desse modo, eventuais medidas tendentes a aboli-lo ou esvaziá-lo, formal e substancialmente, inclusive quanto aos princípios sobre os quais se alicerça, deverão ser tidas por inconstitucionais, pois que não apenas a saúde é protegida, mas o próprio SUS, como instituição pública, é sujeito à tutela constitucional fundamental. De outra parte, a constitucionalização do SUS como garantia institucional fundamental também significa que a efetivação do direito à saúde deve dar-se em conformidade aos princípios e às diretrizes pelos quais foi constitucionalmente instituído e estruturado, estabelecidos primordialmente pelos artigos 198 a 200 da CF.¹²⁵

As garantias constitucionais fundamentais são decorrência das mais relevantes do aspecto objetivo dos direitos fundamentais, que será mais bem estudado em item apropriado do capítulo seguinte. Por ora, cabe revelar que podem assim ser entendidas aquelas instituições públicas ou privadas que, dado seu inegável reconhecimento social, econômico e/ou cultural para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, seja da pessoa humana individualmente considerada, seja da comunidade política, devem gozar de proteção reforçada similar ou idêntica àquela concedida pelo poder constituinte aos direitos que ela visa proteger e reforçar.

Há sim uma relevante instrumentalidade entre as garantias institucionais e os direitos fundamentais, mas que não esgota toda a funcionalidade das primeiras, já que a importância axiológica destas é tamanha que seu desaparecimento da ordem constitucional pode implicar vulneração ou ameaça de vulneração dos bens essenciais catalogados constitucionalmente como indispensáveis para a coesão social.

Lembra José Carlos Vieira de Andrade que, por vezes, a Constituição estabelece regras ou impõe deveres a entidades públicas, com a função principal e a intenção de garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana centrada em posições subjetivas, sem, nessas ocasiões, necessariamente investir os indivíduos de posições de poder ou disponibilidade com esse objetivo específico.¹²⁶

Expõe, então, o autor português a configuração das chamadas garantias institucionais, em “que um conjunto jurídico-normativo regula um determinado setor da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um direito fundamental e em vista de sua realização”.¹²⁷

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**, cit., p. 2020.

¹²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 131.

¹²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, cit., p. 131.

O constituinte originário busca proteger esses institutos ou instituições, sem os quais seu projeto de prover às últimas consequências o arcabouço de direitos fundamentais pode ver-se comprometido. Tais complexos normativos estão sujeitos à conformação do legislador ordinário, mas seus aspectos característicos e caracterizadores ficam assegurados em vista da realização dos direitos fundamentais.¹²⁸

Como exemplos, o autor cita institutos como a responsabilidade civil do Estado, a autonomia universitária, a imprensa livre, a contratação coletiva, a participação dos trabalhadores nas empresas e nas estruturas sociais conexas, a garantia do ensino particular e, o que interessa mais de perto a este tópico do trabalho, o serviço nacional de saúde como garantia do direito à saúde.¹²⁹

A apreensão dessa circunstância é de extrema importância para bloquear a ânsia legislativa ou administrativa de atores políticos preocupados em trazer à tona um aspecto preponderantemente mercantilista para as engrenagens do Sistema Público de Saúde, com preferência a soluções que legitimem aspectos financeiros dos ajustes operacionais do sistema, ora em prol da Administração Pública direta e indireta, ora em prol do contratado, mas quase sempre em detrimento da mais eficaz proteção e promoção dos direitos fundamentais em jogo.

A iniciativa particular colaborativa com o Sistema Único de Saúde é bem-vinda e incentivada, mas com temperamentos, afinal não pode implicar a inversão do desenho constitucional fixado pelo constituinte. Não há espaço transacional, em âmbito legislativo, administrativo ou jurisdicional, flexível o suficiente para pôr a perder o resultado das sérias e prolongadas lutas dos setores sociais e profissionais que tornaram factível, em sede constitucional brasileira, um sistema de saúde publicístico e de acesso universal.

Essa visão foi parcialmente encampada pelo Supremo Tribunal Federal no desfecho da ADIN 1.923, em 14.04.2015, que referendou a constitucionalidade da legislação federal que criou as Organizações Sociais – OS (Lei nº 9.637/98), mas impôs deveres objetivos de cuidado aos gestores antes de levarem a cabo contratações desse jaez, como a realização de prévio estudo de impacto orçamentário e financeiro, apto a demonstrar que esse tipo de solução (celebração de contrato de gestão) é a mais vantajosa para o interesse público, e que tal tipo de avença deve ser precedida da realização de algum procedimento concorrencial, em observância aos princípios do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

¹²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, cit., p. 132.

¹²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, cit., p. 132-133.

Há uma ordem que, embora não inflexível, deve ser apreendida como tendencial nas contratações públicas perante o SUS, consistente, primeiramente, na preferência à instituição e estruturação de serviços de saúde por entidades públicas. Não sendo possível, segue-se em direção a parcerias com instituições filantrópicas ou sem fins lucrativos, chegando-se, por último, às instituições com finalidade lucrativa. Essa a inteligência do art. 199 da Constituição Federal de 1988, cuja análise mais aprofundada será feita posteriormente, ainda neste capítulo.

Esse aspecto do problema não pode ser preterido, especialmente em tempos de crises econômicas, de mudanças significativas em políticas governamentais e de mudanças paradigmáticas nas pactuações de considerável relevo em serviços públicos de grande abrangência social. É preocupação central desse trabalho trazer alguns parâmetros que colaborem para uma visão mais humanista dessas pactuações, sem que as soluções propostas, que tragam prestígio à efetivação de direitos fundamentais sociais, possam ser compreendidas como indevida intromissão em políticas de governo. Para isso, a contribuição de novos institutos contratuais do direito civil é indisfarçável.

3.2 Direito à saúde como direito fundamental social e sua conformação legislativa pelo Sistema Único de Saúde

Os direitos fundamentais, de qualquer geração, sob a ótica individual ou coletiva, apresentam dentro de suas próprias configurações um âmbito de incidência relativamente especificado pelo legislador constituinte, alinhado com uma função apropriada em face do ordenamento jurídico. Se, por um lado, não cabe à carta política de uma nação fixar de antemão todos os contornos e desdobramentos desses direitos, por outro, não é apropriada a abdicação da tarefa de trazer à tona seus elementos essenciais, que podem ou não, posteriormente, ganhar uma conformação legislativa que pavimente a rota de sua efetivação.

Se certos direitos e garantias fundamentais de cunho individual podem facilmente obter delimitação com uma única previsão normativa constitucional, o mesmo não se dá com vários direitos fundamentais sociais, que de fato precisam, em regra, da parceria do legislador ordinário para ganhar a luz do dia e serem usufruídos em concreto pelos cidadãos.

No caso dos direitos sociais, ordinariamente a previsão constitucional garante “o se” e “o quê”, enquanto o trabalho do legislador infraconstitucional pode detalhar “o como, o quando e o por quê”, fechando o ciclo não da eficácia do direito constitucional, em si, já garantida pelo primeiro parágrafo do art. 5º da Lei Fundamental hoje vigente, mas sim a própria praticidade e

operacionalização do direito perante uma realidade concreta, social, temporal, econômica e culturalmente condicionada.

Ensinam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que cada direito fundamental se vocaciona a regulamentar uma situação ou realidade. O art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, por exemplo, trata de formas de comunicações humanas, realizadas em maior ou menor grau, com apoio de meios técnicos, com olhar refratário a intromissões alheias, do Estado ou de terceiros. Os incisos XIII e XXII do mesmo dispositivo da Lei Maior, por sua vez, incidem sobre o aspecto econômico da vida em sociedade: o primeiro sobre o resultado da atividade econômica (propriedade), o segundo sobre o processo com vistas ao resultado (liberdade de profissão, que engloba o aspecto empresarial).¹³⁰

Todavia, em todo caso são fixados parâmetros, delimitações da atuação protetiva desses direitos, verdadeiras áreas de proteção, fora das quais o direito fundamental não se estende. Ou seja, o constituinte recorta de todos os comportamentos e situações tematizados pela norma de direito fundamental somente aqueles que pretende proteger.¹³¹

Não é determinante para a delimitação constitucional mais ou mesmo agressiva a natureza ou geração do direito fundamental. Não é porque se está diante de um direito fundamental individual de índole essencialmente negativa (por exemplo, os direitos de liberdade) que necessariamente sua linguagem constitucional será clara e cerrada. Muitas vezes não o será, de modo que a interpretação constitucional de seu âmbito de aplicação mostra-se igualmente necessária, se em comparativo com algum direito fundamental social.

A carência de concretização legislativa não deve ser, então, apontada como o principal fator de diferenciação dos direitos de liberdade e dos direitos prestacionais, com implicações na sindicabilidade jurisdicional. Pouco se legisla, por exemplo, sobre o direito de ir e vir, um dos aspectos mais fundamentais do direito de liberdade, e nem por isso se pode negar, de antemão, a possibilidade de atuação jurisdicional caso esse direito seja severamente comprometido, por exemplo, por rodovias em precárias condições de trafegabilidade.

Logo, é da natureza das normas constitucionais que tenham um nível maior de generalidade, o que lhes permite maior flexibilidade e adaptabilidade.¹³² Existem direitos sociais com maior grau de determinação na Constituição do que outros, sendo todos, *a priori* e

¹³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 157-158.

¹³¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**, cit., p. 160.

¹³² SCARPA, Antonio Oswaldo. **Direitos fundamentais sociais**: conteúdo essencial, judicialização e direitos sociais em espécie. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 163.

em algum passo, judicializáveis. Já os direitos civis e políticos que possuem alguma abertura também estão sujeitos a demandas judiciais.

Tal se dá ainda que não haja em face desses direitos legislação disciplinadora correlata. A existência de atuação legislativa infraconstitucional pode auxiliar na atuação jurisdicional, que deve zelar pela coerência e unidade do ordenamento jurídico, mas a ausência de lei, no que pertine à melhor especificação de um direito fundamental social, não acarreta prejuízo ao ofício de julgar. Conclusão diversa implicaria ofensa ao direito fundamental processual da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88) e mesmo a princípios fundamentais do processo, como aqueles previstos em alguns artigos inaugurais do Código de Processo Civil.¹³³

O que ocorre é que, quando se está diante de um direito fundamental social, a visualização de sua efetivação prática, especialmente (mas não exclusivamente) em seu viés coletivo, é mais complexa sem uma análise contextual da situação do conflito na qual tal direito se encontra posto à prova, circunstância apta a tornar recomendável a existência de uma conformação mínima, em regra pela atividade legislativa ordinária, de seus contornos. Feito isso, a decisão judicial ou administrativa tendo em conta a unidade do ordenamento jurídico e as características específicas da situação de conflito tende a ser a mais segura.

Nesse diapasão, detalha o doutrinador sanitaria Fernando Aith que o conceito jurídico de saúde só pode ser definido se analisado concretamente o contexto socioeconômico-cultural em que uma eventual violação ocorreu.¹³⁴ A noção de saúde é dinâmica, sendo determinada por um conjunto de fatores concretos que orientam a vida do indivíduo.¹³⁵

Dessa forma, para a efetiva concretização ou violação do direito à saúde influem fatores individuais, como condições físicas e mentais, fatores sociais, como o ambiente urbano insalubre ou a ausência de serviços básicos, fatores econômicos, como a recessão e o desemprego, e fatores políticos, como a discriminação e as guerras civis.¹³⁶

¹³³ Destaca-se: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”; “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 9 dez. 2022).

¹³⁴ AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil: desafios para a efetivação de um direito social. In: ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos (org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 270.

¹³⁵ AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil, cit., p. 272.

¹³⁶ AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil, cit., p. 272.

O próprio legislador pátrio reconhece isso expressamente, fixando que

... os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (art. 3º da Lei nº 8.080/90).¹³⁷

Infelizmente, trata-se de circunstância em geral pouco observada pelos operadores jurídicos, mas ímpar para o conhecimento dos contornos de aplicabilidade de tal direito, e que influi, igualmente, nos limites de eventual intervenção jurisdicional impositiva de obrigações positivas ao Poder Público, no sentido de construir e organizar um rol de serviços públicos sanitários, de cunho preventivo ou combativo, no enfrentamento de doenças e agravos que possam atingir a coletividade.

Exemplificativamente, é imperioso, para cumprimento do comando constitucional do direito fundamental à saúde, a existência, em determinada cidade, de serviços médicos próprios ou contratualizados, por exemplo, de cirurgia cardíaca de urgência e emergência perante o Sistema Único de Saúde? Não há resposta *a priori* correta para esse tipo de indagação.

Se a questão refere-se a uma cidade de pequeno porte, que não seja sede regionalizada de um polo de atenção à saúde, e que tenha em referência pactuação com uma capital ou cidade maior, munida do serviço médico, com acesso geográfico célere o suficiente, a ponto de não configurar embaraço intransponível para atendimento tempestivo do paciente, fatalmente a resposta será distinta se pensarmos em uma cidade de médio ou grande porte, polo regional de saúde, com outros serviços de média e alta complexidade, mas que, contraditoriamente, não disponha unicamente de cardiologia, buscando referência em uma distante capital estadual. A inércia administrativa prolongada no tempo, em situações desse jaez, coloca a saúde e vida de diversos jurisdicionados em risco.

Basta lembrar que a “janela” para necessárias intervenções cirúrgicas como angioplastia e cateterismo é curta, e que as situações de urgência e emergência cardíaca ainda lideram as causas de óbito da população adulta do país. Daí a razoabilidade do entendimento positivo da intervenção judicial ou extrajudicial, quanto ao segundo exemplo, no sentido de impor ou recomendar ao ente federativo omissos, com base não só no art. 6º e no art. 196 da Constituição Federal, como igualmente no art. 7º, II, da Lei nº 8.080/90, a criação de um serviço médico,

¹³⁷ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

próprio ou contratualizado, sem que tal postura seja tachada de ativista, ou intromissiva na conveniência/discrecionalidade administrativa do gestor.

Vê-se desde já uma peculiaridade do direito fundamental à saúde talvez presente, com intensidade similar, em outros poucos direitos fundamentais, que é a existência daquilo que a doutrina constitucionalista espanhola denomina de conexões setoriais diretas entre tal direito e outros direitos e garantias fundamentais, dos quais os exemplos mais óbvios colhem-se do direito à vida e à integridade física e biopsíquica.¹³⁸

Um dano ou perigo de dano à saúde certamente afetará ou colocará em risco os demais. Tal circunstância reforça a legitimidade de uma atuação ativa e proativa dos operadores do direito.

Nesse sentido, Andréia Schneider Nunes Carvalhaes refuta a postura de alguns setores doutrinários em levantar dúvidas sobre a legitimidade do Poder Judiciário para analisar, em certos casos, a juridicidade de certas políticas públicas. Isso porque a atuação do magistrado ao proferir decisão judicial cujo objeto veicule política pública não é fundada na representatividade, mas sim no devido processo legal, na ampla defesa e no contraditório, fundada na argumentação racional em conformidade à Constituição Federal.

Não haveria mais como sustentar o raciocínio de que o papel do juiz se reduz a declarar o direito e criar a norma individual, sob a proteção da neutralidade e da premissa liberal de que todos são iguais perante a lei. No Estado Constitucional, a jurisdição tem o dever de realizar os direitos fundamentais prometidos pela Constituição Federal, de modo a alcançar a igualdade material – concretizada no mundo dos fatos – e a assegurar aos indivíduos as mínimas condições para desfrutarem a liberdade.¹³⁹

Por sua vez, Jane Reis Gonçalves Pereira salienta que as constituições contemporâneas têm por característica marcante a positivação de amplos catálogos de direitos fundamentais, os quais são normalmente acompanhados de preceitos que disciplinam sua aplicação, com o escopo de estabelecer um regime especial de tutela.¹⁴⁰

O desafio primordial do constitucionalismo é a tutela jurídica e fática dos direitos fundamentais, não havendo seriedade na instauração de um Estado Democrático de Direito enquanto essa missão não se mostrar impregnada de seriedade. A visão constitucional

¹³⁸ REDONDO, Koldo Santiago. **Comentarios a la Constitución Española**. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008. p. 1071-1072.

¹³⁹ CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. **Decisão judicial e políticas públicas, limites, controle e medidas judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 60.

¹⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 25.

contemporânea é ética e prospectiva, e guarda harmonia com os modelos de reconhecimento e proteção de direitos humanos na ordem internacional.

A autora defende a tese de que os direitos fundamentais convidam ao ativismo judicial por apresentarem, em maior intensidade, caracteres próprios das normas constitucionais, quais sejam, alto grau de abstração e forte carga valorativa, além de poderosa estabilidade normativa, tributária de sua integração ao núcleo fixo constitucional.

Além disso, a professora de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro bebe em fontes do direito constitucional italiano (Mauro Cappelletti) para concluir que o alargamento do raio de ação do Poder Judiciário teve de surgir como contrapeso ao crescimento do espectro de funções do Legislativo e do Executivo, resultantes da solidificação do Estado Social.¹⁴¹

Então, os direitos fundamentais, por se estruturarem como princípios, são restringíveis, sendo a técnica de ponderação de interesses a ferramenta metodológica mais adequada para solucionar os problemas concernentes à verificação da legitimidade constitucional das restrições a eles impostas.¹⁴²

No caso específico do direito fundamental à saúde, não há perspectiva de vida com dignidade sem sua proteção adequada, pelo indivíduo, empresas e sociedade, mas, principalmente, pelo Estado, sendo certo que muitas vezes não há propriamente a criação de uma determinada política pública pela autoridade jurisdicional interventiva, mas sim a implementação jurídica de uma política pública já existente em sede constitucional, legislativa e regulamentar.

Se é verídica a assertiva de que há certa vagueza semântica na estruturação dos direitos fundamentais sociais, mesmo após análise sistemática dos dispositivos constitucionais que tratam do tema, sobretudo (mas não somente) quando em jogo seu aspecto coletivo, resulta defensável o entendimento de que a correta extração do significado e alcance das normas de tutela do direito fundamental à saúde, da mesma forma que os demais direitos fundamentais sociais vistos sob o viés coletivo, passa pelo reconhecimento do caráter dirigente do texto constitucional como um todo.

Ou seja, por ser uma obra dirigente, o projeto constitucional brasileiro de 1988 impõe tarefas detalhadas ao legislador e ao administrador, no sentido de trazer concretude às disposições magnas que não puderam, em um primeiro momento, esgotar seu raio de ação normativo, mas que nem por isso perdem sua perspectiva de efetividade constitucional, bastando, apenas, que a ponte necessária para isso seja completada pela atuação coordenada de

¹⁴¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, cit., p. 45-46.

¹⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, cit., p. 31.

outros protagonistas da ordem política. Como aduz o constitucionalista português Carlos Blanco de Moraes:

Por conseguinte, a constituição de modelo dirigista, ao envolver um escopo não apenas regulador, mas transformador, supõe uma apetência reguladora traduzida numa vasta prolixidade normativa, dirigida para a fixação de obrigações públicas económicas e sociais. Ora, na medida em que das referidas “promessas constitucionais” conste a efetivação de direitos sociais prestacionais envolvidos em imperativos de maximização progressiva e com pretensões a “direitos subjetivos”, parece evidente que a promoção do bem-estar passa a assumir uma magnificação política e uma cogência jurídica que intenta prevalecer em face dos demais fins do Estado.

Pelo seu turno, o princípio democrático-representativo, que é um dos pilares centrais do Estado de Direito material, passa a sofrer uma relativização em face da pretensão de eficácia direta dos direitos fundamentais prestacionais, na medida em que a livre escolha do eleitorado em relação às políticas públicas oferecidas pelos candidatos ao Executivo e Parlamento fica necessariamente diminuída. Isto, porque qualquer programa político, que seja sufragado pelo voto popular arrisca-se a não poder ser implantado, na medida em que colida com políticas públicas detalhadas na chamada Constituição social ou com o sentido interpretativo dado pela Justiça Constitucional a certas garantias, cristalizado em jurisprudência crescentemente positivada.¹⁴³

Essa árdua tarefa corre menor risco de dar ensejo a decisões injustas e dissonantes do ordenamento constitucional se se tiver em conta que os direitos fundamentais sociais devem se submeter a um escrutínio jurídico que não limite sua natureza jurídica à classificação de direitos públicos subjetivos. Para além da visão liberal clássica, própria do antagonismo indivíduo x Estado, há de se analisar se as decisões envolvendo tais espécies de direito igualmente obedecem a um parâmetro de racionalidade na distribuição de um bem público, levando em consideração a possibilidade de gozo simultâneo, pois tais direitos possuem, igualmente, aspectos difusos.¹⁴⁴

Também não é possível antecipar todos os pormenores e consequências do *status* fundamental constitucional do direito à saúde sem atentar para qual a concreta pretensão manejada em sede jurisdicional e os riscos envolvidos para o titular. Daí a pertinência de classificações como a da autora sanitarista Luciana Gaspar Melquíades Duarte, que revela a possibilidade de distinção entre demandas de saúde de primeira necessidade e demandas de saúde de segunda necessidade.¹⁴⁵

As primeiras seriam adstritas direta e umbilicalmente às necessidades primárias do indivíduo, de modo que consubstanciam as prestações estatais imprescindíveis não só à garantia

¹⁴³ MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2018. t. II: Teoria da Constituição. p. 604.

¹⁴⁴ ACCA, Thiago dos Santos. **Direitos sociais: conceito e aplicabilidade**. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. p. 102-104.

¹⁴⁵ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde**, cit., p. 186-187.

do direito à vida como também aquelas gravemente concernentes à dignidade. Engloba situações urgentes ou não, divisíveis ou indivisíveis, módicas ou dispendiosas, preventivas ou terapêuticas, mas de elevada essencialidade, sem as quais os sujeitos de direito são cerceados de condições mínimas de saúde, além de verem obstaculizado o acesso aos demais direitos em virtude da gravidade de sua condição física ou psíquica.¹⁴⁶

Não se esgotam, portanto, nos casos em que medidas jurisdicionais possam ser proferidas para garantir tratamentos terapêuticos e farmacológicos necessários ao salvamento da vida ou sobrevivência da pessoa humana. A proteção e a preservação da vida seriam parte integrante do núcleo essencial do direito fundamental à saúde, mas não o exaurem.

Para além dessas situações altamente extremas, estão igualmente abrangidos pelo núcleo essencial do direito à saúde o fornecimento, por exemplo, de próteses para membros inferiores e superiores, a realização de procedimentos cirúrgicos para a correção de problemas de cegueira ou quase cegueira, o fornecimento de aparelhos auditivos, providências aptas a permitir a locomoção, o exercício de atividades laborais, enfim, inserir o indivíduo nos meios social e político.¹⁴⁷

Já as demandas de saúde de segunda necessidade seriam as prestações estatais aptas a aumentar o bem-estar físico, mental e social humano, porém desconexas da preservação da vida ou da fruição da dignidade humana em patamares mínimos. São as prestações destinadas à melhoria, em nível mediano ou baixo, da qualidade de vida das pessoas. Elas potencialmente implementam a dignidade, mas são tidas por dispensáveis. Exemplos seriam as cirurgias de redução de mama que não afetem severamente a saúde do paciente, o fornecimento de fraldas pediátricas e procedimentos estéticos como a retirada de manchas de pele.¹⁴⁸

O autor deste trabalho não deixa de reconhecer, em boa parte, o acerto científico e prático da classificação, a qual realmente contribui, no mínimo parcialmente, para evitar o arbítrio judicial e o decisionismo, ao menos nas situações mais graves. Todavia, talvez ela não ofereça respostas precisas para todas as possibilidades, especialmente diante da complexidade dos problemas de saúde trazidos à baila na práxis forense.

Bem lembra Tércio Sampaio Ferraz Júnior que a sociedade moderna cresce em complexidade tanto no sentido quantitativo, como no aspecto demográfico, quanto no sentido

¹⁴⁶ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde**, cit., p. 186-187.

¹⁴⁷ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde**, cit., p. 187.

¹⁴⁸ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde**, cit., p. 187.

qualitativo, de que a ciência e a técnica aumentam as possibilidades e motivações. Tal complexidade exige da teoria jurídica uma complicação interna, capaz de manter suas funções.¹⁴⁹

Logo, diante da dificuldade de expansão da dogmática, esta tem acentuado o grau de abstração de sua conceitualidade, de modo que, com o aumento das incertezas, uma resposta tem sido aumentar o nível de abstração. Tal circunstância seria evidente, por exemplo, pela injunção das novas situações ditadas pelo crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico, que impõe a utilização de conceitos mais abertos, capazes de explicar a quebra de hierarquias normativas, comum nessa seara do conhecimento.¹⁵⁰

Já Herbert Hart enfatiza que a transmissão de padrões gerais de conduta por meio de fórmulas gerais linguísticas explícitas parece clara, confiável e segura. Contudo, o desenvolvimento da Teoria do Direito no decorrer do século XX impôs a gradativa compreensão de que a diferença entre as incertezas da comunicação feita por exemplos dotados de autoridade (precedentes) e a certeza da transmissão por uma linguagem geral vinculante (legislação) é menos sólida do que sugere a distinção entre os institutos.¹⁵¹

A própria linguagem geral tem um limite de alcance e concretude. Cânones de interpretação podem minorar, mas não eliminar, parte das incertezas, pois eles mesmos, cânones, são normas gerais para uso da linguagem, sendo igualmente passíveis de atividade interpretativa. Um exemplo trazido pelo autor é o da proibição de veículos elétricos em um parque, o qual escancara que as limitações da linguagem acabam por conferir discricionariedade ampla ao agente que deve definir a aplicação da norma em face de problemas e contextos atuais, afinal isso será, no fim, resultado de um processo de escolha.¹⁵²

Uma característica geral da linguagem humana é a de que a incerteza das zonas limítrofes é o preço a pagar pelo uso de termos classificatórios gerais. Em algum ponto a legislação ou o precedente serão imprecisos. Haverá componentes ou resquícios de textura aberta. Logo, a necessidade de uma escolha entre alternativas abertas é corolário da falibilidade e imperfeição humanas, que deve conviver com duas desvantagens: a relativa à ignorância dos fatos e à relativa à imprecisão dos objetivos.¹⁵³

¹⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 208.

¹⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**, cit., p. 209. O tema será abordado de forma mais detalhada no quarto capítulo.

¹⁵¹ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 163.

¹⁵² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, cit., p. 164-165.

¹⁵³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**, cit., p. 166.

Retome-se o exemplo, citado alhures, da falta de cirurgias cardíacas de urgência e emergência em cidades de médio e grande porte. Não há precedente judicial ou texto legislativo detalhado o suficiente para abarcar toda a magnitude de uma política pública sanitária desse jaez e os eventuais impasses concretos que (a falta de) sua implementação possa trazer.

A viabilidade e a intensidade do grau de intervenção jurisdicional no projeto decisório de imposição de obrigação de fazer consistente em dar concretude à política pública sanitária, com a consequente estruturação e operacionalização do serviço, ganham guarida apenas parcial no marco legislativo e regulamentar existente quanto ao tema. Este nunca o esgotará. No trato dos direitos fundamentais sociais, haverá sempre uma margem de abertura normativa a ser preenchida em sede jurisdicional.

Em concurso, deve-se levar em consideração, igualmente, os riscos concretos que circundam os direitos fundamentais sociais afetados em caso de demora ou omissão dos demais poderes constituídos. Em regra, em exemplos como o ventilado, a falta ou precariedade do serviço afetará uma demanda de primeira necessidade, tanto no aspecto individual quanto no coletivo (afinal, quem infarta e não recebe a intervenção médica devida e tempestiva certamente morrerá), e ensejará a manifestação judicial interventiva.

Contudo, nos casos em que a possibilidade de risco a bens e direitos fundamentais seja remota ou improvável, há de se ter preferência, via de regra, pela autocontenção judicial, com respeito ao que foi decidido pelos demais poderes nas outras esferas deliberativas, mesmo que a solução apresentada seja, em tese, provida de carga protetiva mais tímida aos direitos fundamentais.

O que resta inadmissível, à luz da realidade constitucional brasileira e da realidade do direito internacional dos direitos humanos, é dar um tratamento absolutamente preferencial (mais ativista) para a tutela dos direitos civis e políticos em detrimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, sem que haja circunstâncias concretas legitimadoras dessa forma de proceder. E, o que é pior, o § 1º do art. 5º da Carta da República impõe o entendimento por solução em caminho diametralmente oposto, na medida em que não abre ressalva ou distinção sobre quais direitos fundamentais devem ter aplicação imediata e quais não.

Concomitantemente, o marco convencional vigente, inaugurado com a Declaração Universal de 1948, traz as insígnias da universalidade e integralidade. A primeira aponta para a condição humana como único fundamento para um conjunto inderrogável de direitos garantidos a todos os indivíduos no globo. A segunda traduz-se em visão holística dos direitos

humanos, apta a congregar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais para a melhor proteção da pessoa humana.¹⁵⁴

Poucos atentam para a realidade de que o processo de desenvolvimento está umbilicalmente ligado às práticas democráticas e à reverência a direitos fundamentais de todas as gerações, de modo que, além de sua inegável vinculação com o direito à vida (do qual é pressuposto lógico), o direito à saúde guarda conexão material explícita com o direito fundamental ao desenvolvimento, como salientado por Melina Girardi Fachin:

A democratização política, sem a correspondente democratização social, torna-se meramente instrumental. Eis a razão pela qual os reclamos da justiça socioeconômica marcam o direito humano ao desenvolvimento. A inclusão social, ao lado da política, é componente central à concepção do direito ao desenvolvimento. A consumação do direito ao desenvolvimento, fulcrada no valor da solidariedade social, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, como educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda.¹⁵⁵

Insiste-se, a aferição do risco deve se dar não só em abstrato como concretamente, impondo-se ao julgador a análise criteriosa do contexto de tensão que põe em xeque os direitos fundamentais das pessoas. Quanto maior o risco de ocorrência de vulneração dos direitos fundamentais, mesmo que reversíveis à pessoa humana, maior aptidão o sistema de justiça encontrará para intervir, tendo por norte que a saúde integra a Assistência Social e esta deve atuar em acordo com a justiça social (arts. 3º e 193 da CF/88), que certamente restará prejudicada em caso de privações irrazoáveis e injustificáveis de direitos em detrimento de alguns.

Aliás, nem sempre a atuação jurisdicional será vista, necessariamente, como adversarial à atuação das instâncias políticas. O desencadear da pretensão pode resultar em soluções construídas dialogicamente pelos atores processuais, com benefícios diversos às instâncias majoritárias (fixação de prazos razoáveis para implementação de políticas públicas, apresentação de alternativas menos custosas etc.), sendo de rigor a preferência por soluções consensuais de conflitos, como fixa, inclusive, a legislação processual civil (art. 3º do CPC).

Nesse norte, Carolina Noura de Moraes Rêgo lembra que o princípio da separação dos poderes não mais guarda correlação com a premissa da centralidade da lei, devendo ser visto, antes, como um instrumento de cooperação, harmonia e equilíbrio entre os órgãos executores,

¹⁵⁴ FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição: olhar para o passado, compreender o presente e projetar o futuro. In: PRADO, Virginia; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 145.

¹⁵⁵ FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição, cit., p. 153.

no intuito de elaboração de instituições consistentes para a conservação da democracia e a promoção dos direitos fundamentais e do bem-estar coletivo.¹⁵⁶

A atenção para esses detalhes reflete, em boa parte, em decisões já tomadas pelo legislador, que criou extenso sistema normativo sanitário de proteção à saúde, tratando não só de aspectos pragmáticos do direito em si como das políticas públicas, da participação e do controle da comunidade, da gestão financeira, dentre outros. Nesse diapasão, há marcos legislativos detalhados nas Leis Federais nº 8.080/90, 8.142/91 e na Lei Complementar nº 141/2012, sem contar os marcos constitucionais e legais sobre o tema em sede estadual e distrital e em sede municipal, em concreção às competências legislativa e administrativa comuns.

Há, ainda, inúmeros decretos, portarias do Ministério da Saúde, portarias interministeriais e resoluções da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) sobre diversos aspectos do tema saúde pública, o que leva a crer que, infelizmente, no Brasil, o problema é muito mais de falta de efetividade do que acervo legislativo e regulamentar.

Como salienta Marcelo Neves, não se pode negar que os direitos humanos de terceira geração e os direitos sociais são fragilmente institucionalizados, e as perspectivas de sua positivação e implementação processual em extensão mundial são negativas, tanto que só foram positivados e institucionalizados de modo abrangente no âmbito muito restrito de alguns Estados democráticos e sociais de direito.¹⁵⁷

A precariedade de sua institucionalização e a dificuldade de sua implementação processual permitem que se diga tratar-se de direitos frágeis, em contraposição aos chamados direitos fortes, que seriam os já razoavelmente consolidados em sistema jurídico mundial de níveis múltiplos.¹⁵⁸

Não obstante, a disparidade de implementação prática não pode redundar em desprestígio normativo. Se assim fosse, o efeito entre facticidade e normatividade dos direitos sociais sempre seria circular e catastrófico, deixando países de realidades periféricas como o Brasil protagonistas de uma eterna promessa não concretizada de essencialidade e efetividade de toda uma classe de direitos fundamentais. Daí a importância da atuação social, em parceria com os órgãos governamentais, na efetivação desses direitos.

¹⁵⁶ RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 138.

¹⁵⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 252.

¹⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, cit., p. 252.

3.3 Fundamentos regentes da contratualização da iniciativa privada perante o Sistema Único de Saúde

O apartamento entre governo e sociedade civil, próprio do constitucionalismo liberal, não faz mais sentido em uma realidade multifacetada, onde interesse público e interesse social, embora invariavelmente estejam sujeitos a atritos, na grande maioria das vezes convergem, somando forças em prol do bem comum e da melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Contudo, a forma de contribuição de cada qual para o amadurecimento e desenvolvimento do bem-estar social varia, não só pelas finalidades institucionais e distintas visões de mundo dos ocupantes de posições estratégicas em cada segmento, mas também pelo regramento, limitações e feixes de interesses a que estão sujeitos, o que torna, senão necessária, ao menos recomendável a firmação de parcerias, em melhor reverência aos direitos fundamentais dos integrantes da comunidade política.

Salienta Edilson Pereira Nobre Júnior que a obediência ao princípio da legalidade não constitui o fim precípua da atuação administrativa, que antes decorre da indispensabilidade de atingir a satisfação do interesse geral da coletividade, o qual é fator capaz de legitimar a função a que se destina o Estado e a movimentação de toda uma estrutura de gestão para tanto. Assim, em todos os aspectos da legitimidade das competências da Administração deve ser assegurada a esta uma atuação autodeterminada e orientada ao interesse público, como inclusive resta determinado em sede constitucional (art. 37, *caput*, da CF/88) e legal (art. 2º, *caput* e incisos II, III e XIII, da Lei nº 9.784/99).¹⁵⁹

Muito se confundem os conceitos de interesse público e de interesse social, não sendo rara a referência a eles como sinônimos. Contudo, são, em realidade, marcados por situações de tangenciamento, e não completa coincidência. Em comum têm a adstrição com interesses metaindividuais, aqueles que transcendem o indivíduo isoladamente considerado.¹⁶⁰

Na doutrina administrativista espanhola, Miguel Sánchez Morón ressalta a importância do conceito de interesses gerais, que escapa da possibilidade de uma autodefinição pelos próprios complexos institucionais da Administração Pública, devendo, portanto, ser perquiridos pelos poderes democráticos, fundados na soberania popular.¹⁶¹

¹⁵⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo: temas fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 47-48.

¹⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 33.

¹⁶¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Derecho administrativo: parte general**. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2019. p. 73-74.

Não é um conceito abstrato e distinto em essência da pluralidade de interesses sociais presentes em um dado contexto. Interesses gerais não seriam interesses particulares, mesmo que somados, mas sim interesses sociais e coletivos que o Estado assume como próprios, dada sua importância e capacidade de conversão em objetivos e prioridades políticos, com gestão e mobilização de poderes, esforços e recursos públicos, no intuito de defendê-los e promovê-los.¹⁶²

Na realidade brasileira, além dos poderes políticos, o zelo pelos interesses públicos e sociais cabe às instituições que atuam como funções essenciais à justiça, Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil. Diante disso, o conceito pode abarcar um acervo heterogêneo, que vai desde situações elementares e permanentes, como segurança pública, até conjunturais e politicamente discutíveis, como festejos e atividades culturais

O interesse público pode ser dividido em interesse público primário e secundário. O primeiro seria o interesse público por excelência, inerente ao bem geral e de observância indispensável para a correta provedoria dos valores caros à coexistência social, conforme reconhecido expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Assim, nem sempre ele se confundiria com os interesses dos órgãos da Administração, que seriam o interesse público secundário. Tal coincidência seria desejável, mas não necessária.

De fato, a legitimidade da peculiar posição jurídica da Administração Pública se radica, essencialmente, na circunstância de que sua função está na realização do interesse coletivo, público, primário, de maneira que somente se faz possível conceber a realização de um interesse secundário administrativo quando este se harmonize com o interesse público primário.¹⁶³

Já o interesse social, segundo magistério de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, não se confundiria com o interesse público, uma vez que este último aparece ordinariamente evocando de alguma forma a presença do Estado dentro de uma posição jurídica de vantagem. Tanto é assim que, por diversas vezes, o próprio constituinte, ao fazer uso da expressão, prestigia o modo pelo qual os órgãos da Administração Pública veem o interesse público, caracterizando assim o chamado interesse público secundário (por exemplo, arts. 19, I, 37, IX, e 231, § 6º, da CF/88).¹⁶⁴

Todavia, outros autores, como Cândido Rangel Dinamarco, parecem rejeitar a distinção entre interesse público e interesse social, esclarecendo que:

¹⁶² SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Derecho administrativo**, cit., p. 74.

¹⁶³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo**, cit., p. 50.

¹⁶⁴ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Edis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005. p. 61.

Interesse público é a locução que indica as conveniências da sociedade como um todo, ou de grupos razoavelmente significativos, que transcendem os direitos e interesses postos pelas partes em cada processo e com eles devem conviver harmonicamente (Mauro Cappelletti). É sempre do interesse público a preservação dos valores da sociedade, expressos nas constituições e nas leis compatíveis com ela...¹⁶⁵

A sociedade civil presta atenção e pode atuar em favor tanto do interesse público quanto do social, e não raro empreende em benefício de um, de outro ou de ambos, de forma concomitante, na medida em que hoje dispõe de elementos jurídicos de legitimação em contextos de atuação consonante com os fins próprios do Estado, mas sem as amarras deste e apartada das ambições do mercado.¹⁶⁶

Essa forma de atuar envolve o chamado terceiro setor, composto por organizações privadas com adjetivos públicos, e que ocupam uma posição intermediária entre o Estado, o mercado e as relações sociais.¹⁶⁷ A relevância de sua atuação para a prestação de certos serviços que, a princípio, seriam de iniciativa pública em um Estado Social de Direito é objeto de reconhecimento constitucional, motivo pelo qual a tais entidades são franqueadas as possibilidades de atuar na prestação desses serviços, de forma paralela, complementar e contributiva à atuação pública.

O terceiro setor é corolário da sociedade civil, conceito que, segundo Norberto Bobbio, nasceu da contraposição entre uma esfera política e uma esfera não política, tendo como significação o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através de mediação ou através de repressão. Seus sujeitos são as classes sociais, grupos, movimentos, associações, organizações, grupos de interesse, movimentos de defesa de direitos civis etc.¹⁶⁸

Sociedade e Estado atuam como dois momentos necessários, separados mas contíguos, distintos mas interdependentes do sistema social em sua complexidade e em sua articulação externa. Ambos podem promover interesses de abrangência interindividual, e caros à manutenção do corpo social.

Também é contributiva para o amadurecimento da sociedade civil a solidificação constitucional dos direitos fundamentais, com destaque para o direito fundamental de associação, que é pleno, desde que para fins lícitos, sendo a existência das entidades

¹⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. II. p. 496

¹⁶⁶ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 79-80.

¹⁶⁷ PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**, cit., p. 80.

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: fragmentos de um dicionário político. 23. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 2020. p. 43-44.

associativas dependente somente de ato voluntário de seus membros e não do reconhecimento do Estado.¹⁶⁹

Essa nova realidade transparece na configuração constitucional vigente. É o caso das formas de concreção possíveis do direito fundamental à saúde, pois o art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988 estabelece a possibilidade de atuação complementar das instituições privadas no sistema público de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, com preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

O regime constitucional brasileiro guarda, desta feita, três possibilidades de prestação de serviços de saúde: i) atuação do setor público com estrutura própria e oferta direta de seus serviços, via Sistema Único de Saúde; ii) setor público atuando em parceria com estruturas de saúde da iniciativa privada, preferencialmente entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos, no Sistema Único de Saúde – Saúde Complementar; iii) atuação de instituições privadas na oferta direta de serviços e ações de saúde ao usuário mediante remuneração, atuação esta sujeita a um regramento legal próprio – Saúde Suplementar. O modelo do item “ii” é o que interessa de perto a este trabalho.

De fato, quanto à modalidade de prestação de serviços públicos de saúde em solo brasileiro, imperioso reconhecer que o escolhido pelo poder constituinte brasileiro em 1988 é de clara inspiração beveridgeana, que teve origem na Inglaterra, na primeira metade do século passado.

É assim nominado, ensina Saulo Lindorfer Pivetta, por ter sido estruturado a partir do Relatório Beveridge, que de forma pioneira preconizou a estruturação de um sistema de proteção sanitária universal, desvinculado da necessidade de filiação dos usuários às seguradoras, passando a englobar a necessidade de formulação de políticas públicas que atendam às demandas de toda uma população.¹⁷⁰

O Relatório Beveridge, então, realça o mesmo autor, lançou as diretrizes daqueles que seriam considerados os sistemas nacionais de saúde, como o National Health System inglês, implementado no ano de 1948 sob os princípios da universalidade de atendimento e do financiamento por via de tributação geral.¹⁷¹

Não por acaso, tal sistema é a maior inspiração para o SUS, tal como idealizado pelo movimento sanitarista que se fortaleceu no Brasil especialmente após o ano de 1986. Até então, como relatado em tópico anterior deste capítulo, o sistema vigente no território brasileiro era o

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 214.

¹⁷⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**, cit., p. 174-175.

¹⁷¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**, cit., p. 175.

de modelo de financiamento eminentemente público, mas com prestação de serviços por entes privados, que ficava restrita a empregados que contribuíam financeiramente para os institutos de previdência então existentes.

Em suma, era um modelo que guardava afinidade com uma matriz bismarckiana, de origem germânica (de fins do século XIX), e caracterizado pelo financiamento e regulação públicos de seguros de saúde, privados ou públicos, por meio da tributação de salários. Tais seguros arcavam com os custos das ações e serviços de saúde, em preferência aos trabalhadores com vínculo formal, que geralmente prestavam as contribuições em caráter compulsório, e de modo proporcional aos rendimentos.¹⁷²

À luz de todo esse panorama histórico, caso se indague se a inovação do poder constituinte originário pátrio de 1988 consubstanciou uma ruptura, há de se pensar que a resposta pode ser positiva e negativa, a depender do ponto de vista. Positiva porque, realmente, até então um projeto de tamanha envergadura jamais tinha sido ambicionado pelas realidades constitucionais brasileiras pretéritas. Alçou-se o poder público como o principal formulador, planejador e executor de políticas de saúde pública, situação manifestamente inédita em termos de reverência a direitos fundamentais sociais.

Negativa porque, em que pese a ousadia constituinte, o modelo firmado não atribuiu exclusividade ao Estado na prestação dos serviços públicos de saúde, admitindo a atuação complementar e contributiva da iniciativa privada na linha de frente da tutela desse direito humano fundamental. O modelo é financiado por recursos públicos, mas o protagonismo na prestação desses serviços pode ser tanto público quanto privado, respeitadas algumas condicionantes.

O principal fator decisivo para essa escolha híbrida consiste na insuficiência histórica e manifesta de uma rede de serviços públicos próprios e exclusivos, circunstância esta, conforme lembra Caroline Chiamulera, trazida aos anais das discussões da Assembleia Nacional Constituinte. Tal quadro foi herdado da lógica operacional do INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social), que implicava a complementação de serviços de saúde com a iniciativa privada, já que a rede pública não possuía, e ainda não possui, serviços próprios.¹⁷³

A dinâmica até aí prevalecente, e que se projetou na realidade constitucional hoje vigente, era a de uma rede de serviços manifestamente dependente da atuação complementar

¹⁷² PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**, cit., p. 173-174.

¹⁷³ CHIAMULERA, Caroline. **Contratualização complementar de serviços privados no SUS: uma análise sob a ótica da efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 96.

privada, já que insuficiente o acesso governamental a recursos materiais, infraestrutura e insumos. Também não ajudava a circunstância de a formação profissional-sanitária se revelar tradicional e extremamente especializada, pouco vocacionada ao atendimento da saúde coletiva e à atenção primária.¹⁷⁴

Diante disso, a atuação do setor privado contratado pelo setor público, que hoje deveria se dar de modo complementar e subsidiário, acaba, na prática, revelando-se, quando não equivalente, majoritária e folgadoamente superior à atuação pública, especialmente na média e alta complexidade, ambulatorial e hospitalar. A exceção virou a regra, sendo muito mais comum (e alegadamente menos custoso) o gestor público procurar parcerias para a estruturação de ações serviços de saúde do que criar, às próprias expensas, uma política pública sanitária genuinamente sua.

Segue, então, defasada a oferta de ações e serviços especializados na atenção secundária e terciária. Ou seja, relativamente à assistência médica especializada ambulatorial (consultas, exames, procedimentos) e à assistência hospitalar (consultas, exames, cirurgias). É um déficit histórico e permanente no atual estado de coisas. O que a Constituição de 1988, a Lei Orgânica da Saúde e as normativas infralegais do Ministério da Saúde fizeram foi apenas reconhecê-lo e, pior, legitimá-lo, como consequência de um problema estrutural já existente antes da institucionalização do SUS.¹⁷⁵

Ademais, quando o protagonismo público na tutela do direito à saúde começou a ser configurado constitucionalmente no Brasil, o Estado Social de Direito já vinha sendo confrontado por graves crises de legitimação e eficácia na Europa continental, berço genuíno de nascimento do sistema beveridgeano. Fenômenos como a globalização econômica e o avanço do neoliberalismo, já no início dos anos 1970, impuseram uma redefinição do papel do Estado Providência, agora alvo de sensíveis reestruturações e reformas legislativas, todas restritivas de seu modelo de atuação na proteção dos direitos sociais. A obrigação, agora, era funcionar melhor custando menos e provendo menos.

Trata-se de uma contradição que a ordem constitucional brasileira de 1988 não conseguiu superar nos aspectos fático e jurídico, e até hoje se enfrentam sérios dilemas quando escancarados problemas de maior complexidade, pondo à prova a criatividade e a habilidade dos gestores públicos e operadores do direito. Não deixa de ser curioso que um setor hoje altamente regulamentado, como o sanitário, guarde zonas de penumbra justamente em um de seus aspectos primordiais, o de contratualização daqueles serviços que o Estado, por si só, não

¹⁷⁴ CHIAMULERA, Caroline. **Contratualização complementar de serviços privados no SUS**, cit., p. 96-97.

¹⁷⁵ CHIAMULERA, Caroline. **Contratualização complementar de serviços privados no SUS**, cit., p. 111.

consegue prover. Daí a importância primordial do diálogo com outras disciplinas, como o direito civil, para a solução de problemas contratuais de considerável porte.

Realmente, afora o dispositivo constitucional já comentado, em sede federal cumpre citar o art. 24 da Lei nº 8.080/90, que se limita, em linhas gerais, a repetir o comando constitucional com algumas poucas especificações, alertando que, quando suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o SUS poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Tal dispositivo deve ser lido conjugadamente com o art. 4º, § 2º, do mesmo estatuto legal, pelo qual a iniciativa privada pode participar do SUS, em caráter complementar.

Expostos os marcos constitucional e legal respectivos, uma primeira observação é que a complementaridade deve ser entendida como a situação de fato e de direito legitimadora da atuação aditiva e contributiva da iniciativa privada perante o sistema público de saúde brasileiro, diante da insuficiência dos recursos humanos, materiais e estruturais de certo ente federativo, em uma dada realidade social, econômica e geográfica, para implementar, por suas exclusivas forças, uma determinada ação ou serviço de saúde.

Nos dizeres de Valéria Alpino Bigonha Salgado e Thiago Lopes Cardoso Campos, no âmbito da Administração Pública, contratualizar é um termo utilizado para denominar uma linha teórica e técnica de atuação estatal fundamentada na harmonização e na negociação administrativa do poder público com sua instituição e/ou servidores, com atores da sociedade civil organizada, tendo por resultado a celebração de acordos de desempenho, nos quais são estabelecidos compromissos mútuos a serem implementados em prol do alcance de objetivos públicos, especificados por meio da fixação de metas de desempenho.¹⁷⁶

Nesse diapasão, seu traço marcante consiste na formalização de pacto de desempenho institucional entre os signatários e os interessados, cuja natureza e conteúdo variam diante das especificidades e da área da atuação onde incidirão as prestações materiais e intelectuais objeto de negociação e avença.¹⁷⁷

Trata-se, portanto, de uma tecnologia de gestão que se diferencia das práticas administrativas convencionais, pois estabelece novas bases para os relacionamentos interno e externo da burocracia, que superam as meramente baseadas no uso do poder hierárquico. Tal

¹⁷⁶ SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Contratualização no SUS**: principais conceitos e modelos de contratualização de desempenho institucional do Sistema Único de Saúde. Curitiba: Editora CRV, 2021. p. 17.

¹⁷⁷ SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Contratualização no SUS**, cit., p. 17.

técnica privilegia a concertação, governança e participação ativa dos atores envolvidos, na preocupação de controlar os resultados da ação/política pública.¹⁷⁸

É engenharia contratual tributária da experiência francesa de renovação do setor público a partir do final dos anos 60 do século passado, com as primeiras experiências levadas a efeito a partir dos chamados “contratos de programa”, que fixavam a repartição de responsabilidades entre o Estado e as empresas participantes do Plano Nacional do Governo Francês.¹⁷⁹ Além disso, os contratos de programa serviram como instrumentos para viabilizar a recuperação financeira das empresas públicas francesas deficitárias, restabelecendo o reequilíbrio de sua gestão.¹⁸⁰

Predomina na contratualização uma visão de governança na atuação estatal, no sentido de que o poder hierárquico passa a ter uma caracterização supletiva, residual e excepcional, pois a atuação da gestão pública perante o contratualizado deve ser de busca contínua de soluções e adaptações dialógicas, em substituição à atuação pública contratual tradicional, marcada por um viés de verticalidade entre contratante e contratado.

Esse novo cenário exige posturas contratuais leais e colaborativas de ambas as partes em atos como reprogramações, fixação de calendários de negociações e renegociações, discussões sobre reajustes de remuneração, metas, garantias, obrigações contratuais etc., sempre definidos, salvo manifesta impossibilidade, mediante tomada de decisões de forma compartilhada.

Sem dúvida, trata-se de circunstância de importância ímpar para a problemática analisada neste trabalho, pois por si só já denuncia a ampla incidência de princípios constitucionais e contratuais modernos como boa-fé objetiva, equilíbrio contratual e função social dos contratos em ajustes caracterizados pela contratualização, não só pela posição de predominante paridade entre seus protagonistas, já que o fator “governança” prepondera sobre o fator “hierarquia”, como, igualmente, pela proteção reforçada à tutela do interesse público primário e direitos fundamentais, plasmada na fixação de metas de acompanhamento, avaliação e desempenho.

Por esses e outros motivos, a necessidade da complementaridade não se presume e deve ser objetivamente demonstrada pelo gestor, geralmente mediante estudo técnico apropriado, com o diagnóstico da realidade sanitária de determinada cidade ou região, a trazer apontamentos

¹⁷⁸ SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Contratualização no SUS**, cit., p. 18.

¹⁷⁹ SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Contratualização no SUS**, cit., p. 23.

¹⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 342.

como serviços disponíveis, carências, demanda real e reprimida, dados epidemiológicos, viabilidade financeira do ajuste, investimentos próprios e de terceiros, plano de atuação, reajustes etc.

De fato, complementaridade não pode ser entendida como instituição ou gestão de um serviço propriamente novo, mas sim somatório de esforços entre Estado e sociedade civil organizada tendo por base uma ação estatal já existente, mas ainda não devidamente estruturada, em prol da melhor usufruição, em nível individual e coletivo, do direito fundamental à saúde. Nos dizeres de Caroline Chiamelura, somente se complementa o que está e permanece insuficiente.¹⁸¹

Ainda segundo o magistério da autora, o regime de complementariedade constitucional implicaria a coexistência de: i) insuficiência de serviços públicos; ii) possibilidade ou existência de serviços privados; iii) pagamento em preço previamente definido pelo poder público; iv) acréscimo de serviços na rede SUS; v) preferência por entidades sem fins lucrativos; vi) observância das diretrizes do SUS.¹⁸²

Importante salientar, por conseguinte, que insuficiência de serviço público sanitário é uma coisa, inexistência é outra. É bem verdade que a falta de um melhor detalhamento constitucional e legal sobre o tema não ajuda, o que abre as portas para severas controvérsias doutrinárias. Contudo, o intérprete deve estar atento à correta delimitação dos conceitos.

Volte-se ao exemplo da cidade de médio porte que não dispõe, em seus limites geográficos, de serviços médicos ambulatoriais e hospitalares de cardiologia, optando por referenciar tal serviço em uma capital do Estado. Imagine-se que, posteriormente, o gestor daquela cidade resolve ampliar a assistência e trazer esse tipo de serviço para sua circunscrição, valendo-se de parcerias com serviços médicos privados e colaborativos ao SUS. Nesse caso, não há que se falar em suprimimento de um serviço inexistente.

Isso porque a política pública existe, porém é oferecida em outro local e mediante uma referência que se mostrou inadequada e insuficiente para proteger e assistir a contento os usuários do SUS daquela cidade. A correção de rumo desse contexto assistencial-sanitário deficitário dar-se-á, no exemplo citado, mediante contratualização, agora na própria localidade.

A importância primordial da diferenciação entre inexistência e insuficiência de serviços públicos de saúde para fins de análise do cabimento do instituto da contratualização em cada qual reside na existência de autorização constitucional para o chamamento de colaboração do terceiro setor apenas no segundo caso, devendo haver da parte do gestor, obrigatoriamente, a

¹⁸¹ CHIAMULERA, Caroline. **Contratualização complementar de serviços privados no SUS**, cit., p. 113.

¹⁸² CHIAMULERA, Caroline. **Contratualização complementar de serviços privados no SUS**, cit., p. 108.

exposição de uma motivação concreta e idônea para a persecução da parceria, nos moldes do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, VII, da Lei nº 9.784/99.

Ou seja, a liberdade para a perfectibilização da atividade de contratualização deve ser entendida como moderada ou regrada, no sentido de que a Administração Pública não atua em conformidade com uma genuína engrenagem de autonomia negocial. Há sim autonomia, mas vinculada a fins institucionais, geral e previamente fixados, em forma e conteúdo, no ordenamento jurídico.

Como salienta Miguel Sánchez Morón, os pactos firmados em sede administrativa não podem ser contrários ao interesse público, ao ordenamento jurídico e aos princípios da boa administração.¹⁸³ Absolutamente censurável, então, contratualizar à míngua de concreta motivação, tendo em conta precipuamente interesses administrativos secundários e mesmo interesses das entidades conveniadas, deixando em segundo plano aquele que deveria ser o sujeito mais tutelado: o usuário do serviço, seja ele real ou potencial.

É comum, por exemplo, com a chegada da contratualização de certo serviço de saúde, ambulatorial ou hospitalar, em um dado município, prestadores já existentes empreenderem articulações políticas para garantir uma “fatia” da média e alta complexidade, no mesmo ou em outro serviço de saúde pública. A reconfiguração da política pública só será legítima se encontrar ressonância no interesse público primário, caracterizado pela eficiente assistência e pelos benefícios em prol da população.

Afora essa hipótese, o gestor público não deve ceder à pressão para instaurar serviços que não traduzem correta resposta à demanda de certa realidade epidemiológica. Eventual contratualização nesse sentido não cumprirá sua função social e pode até mesmo ser declarada nula pelo Poder Judiciário, com base nesse e em outros fundamentos.

A atuação complementar da iniciativa privada perante o Sistema Único de Saúde, após a detecção da insuficiência dos esforços públicos para a instituição de certo serviço de saúde, não configura desconformidade substancial em face do princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado não deve atuar em atividades de interesse social relevante que os particulares tenham condições de concretizar por conta própria, em áreas sociais nas quais o ordenamento jurídico não atribuiu, em caráter de exclusividade, deveres de atuação ao poder público.

Isso porque o dever de prestação compartilhado de serviços de saúde pública, à luz da inteligência do art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988, deve ser visualizado muito mais sob uma ótica qualitativa do que quantitativa. O olhar sobre a incapacidade do poder público

¹⁸³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Derecho administrativo**, cit., p. 607.

para prover, com recursos próprios, determinada política sanitária deve levar em conta não somente aspectos orçamentários como também eficiência e agilidade no alcance da assistência ao usuário.

Ou seja, ainda que seja possível, no prazo de um ano, a criação de um serviço de saúde estatal próprio, não é censurável a conduta do gestor que, em 180 dias, consegue sua instituição no SUS, com o apoio complementar da iniciativa privada. Mais do que tender para a natureza pública ou privada da entidade atuante na linha de frente do sistema, no que pertine à saúde pública, o constituinte brasileiro incentiva as iniciativas compartilhadas, dialógicas e colaborativas, se protetivas a direitos fundamentais. Aduz Di Pietro:

Algumas ideias são inerentes ao princípio da subsidiariedade: de um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja deficiente.

[...]

No âmbito interno, o princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado Social e Democrático, ou seja, de um Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão de ser do Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.¹⁸⁴

Nesse jaez, aduzem Alcení Guerra, Bárbara Mendonça Bertotti e Silvio Guidi que o princípio da subsidiariedade é corolário do direcionamento do princípio da legalidade ao ideário de justiça, de modo que a atuação estatal é voltada, além do cumprimento das leis, para o atendimento dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹⁸⁵

Ainda segundo os mesmos autores, dentre as várias características que resumem ou definem o princípio da subsidiariedade, destaca-se a figura do particular como parceiro da Administração Pública na busca do bem comum, de modo que tal princípio volta-se à desburocratização, ao interesse público, ao fomento, às parcerias e à eficiência da prestação dos serviços públicos.¹⁸⁶

¹⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, cit., p. 17-18.

¹⁸⁵ GUERRA, Alcení; BERTOTTI, Bárbara Mendonça; GUIDI, Silvio. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde (LOS)**: Leis nº 8.080/90 e 8.142/90. Trinta anos da lei. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 89.

¹⁸⁶ GUERRA, Alcení; BERTOTTI, Bárbara Mendonça; GUIDI, Silvio. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde (LOS)**, cit., p. 89.

Por corolário, mister que o Estado, para atender ao direito dos cidadãos circunscrito às áreas sociais (saúde, educação etc.), deve utilizar todas as ferramentas necessárias, seja para apoiar (subsidiar) a atuação privada por meio de fomento, por exemplo, ou, ainda, para chamar o particular a complementar a atuação estatal (ser subsidiado), de modo a concretizar sua missão de atender às necessidades da população.¹⁸⁷

A lógica da subsidiariedade parte da premissa da insuficiência do alcance do aparato público, pois, quando há falência da atividade estatal, impõe-se o chamamento do privado para que as necessidades sociais possam continuar sendo supridas, aplicando-se a norma constitucional da maneira mais ampla possível.¹⁸⁸

O que é defeso aos poderes constituídos é firmar parcerias sem critérios, dissonantes das demandas sanitárias concretas e em desacordo com os parâmetros constitucionais, legais e infralegais. Tais parâmetros, embora ainda deixem brechas quanto a aspectos importantes do tema – as quais serão preenchidas, em regra, segundo a conveniência e oportunidade da autoridade administrativa –, devem ser levados em consideração como ponto de partida para a escorreita iniciativa estatal em estender a mão para a sociedade civil.

Inevitável, portanto, não só a indagação a respeito dos motivos da atuação sanitária complementar como, não menos importante, a indagação a respeito de qual sua finalidade precípua, e se esta vem em melhor promoção aos valores constitucionalmente consagrados, à luz de uma dada realidade concreta, geralmente externada em carências sociais variadas, especialmente em saúde. Como a apreensão dessas realidades, e das respostas para seus problemas, em regra não será nada fácil, de rigor a aplicação coordenada de normas de finalidades similares, constantes em marcos normativos distintos do ordenamento jurídico.

3.4 Diálogo das fontes entre a Lei Orgânica do SUS, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e o Código Civil

Diante de uma sociedade cada vez mais complexa e multifacetada, demandante de uma dinâmica de produção de fontes do direito progressivamente variada, resta de pouca ou nenhuma utilidade substancial indagar se a aplicabilidade da Teoria Geral do Direito dos contratos do Código Civil no direito público, notadamente perante o ainda incipiente direito

¹⁸⁷ GUERRA, Alcení; BERTOTTI, Bárbara Mendonça; GUIDI, Silvio. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde (LOS)**, cit., p. 90.

¹⁸⁸ GUERRA, Alcení; BERTOTTI, Bárbara Mendonça; GUIDI, Silvio. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde (LOS)**, cit., p. 90-91.

sanitário, é supletiva ou complementar. Ela se revela frequente e inevitável, e atuará em maior ou menor grau a depender das peculiaridades e da complexidade da controvérsia levada a conhecimento do operador do direito.

Dois fatores contribuem decisivamente para isso. O primeiro é que a regulação sanitária é demasiadamente fragmentada, especialmente em um país de dimensões continentais como o Brasil, sendo isso um reflexo da competência comum dos entes federativos para legislar sobre saúde e assistência pública (art. 23, II, da CF/88) e da competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF/88).

O segundo é que, quanto ao tema legislação sanitária como um todo, inclusive o subtema contratualização de serviços de saúde, há uma excessiva centralização decisória na União Federal, geralmente por meio da utilização de atos normativos criados em âmbito federal. Não é incomum outros entes federativos simplesmente transplantarem normativas federais para suas realidades, sem atentar para a necessidade de adaptações em face das peculiaridades locais.

Sendo assim, uma pretensão maximalista e prolixa de qualquer ato normativo que trate do tema contratualização SUS é praticamente irrealizável, restando impositiva a procura por outras fontes de apoio dentro do ordenamento jurídico, o qual, uno, coerente e sistemático, obrigatoriamente deve trazer disposições complementares que permitam a construção de soluções jurídicas não arbitrárias, mesmo que não óbvias, tendo como norte maior o interesse público primário, plasmado especialmente na máxima proteção dos direitos humanos.

O tema contratualização SUS não foi esgotado na Lei nº 8.080/90, nas demais leis que regem o sistema de saúde pública pátrio e nos atos regulamentares correspondentes. Registram-se avanços importantes, como a Portaria de Consolidação nº 1/217, que reserva dez artigos para o tema e direciona o gestor e o operador do direito em direção a soluções que até então não eram tão claras.¹⁸⁹ Todavia, mesmo a atividade regulamentar não reverte a impossibilidade de esgotamento do assunto, que guarda dimensões oceânicas.

O marco regulatório do sistema público de saúde dialoga com dispositivos importantes de outros diplomas normativos de direito público e também com princípios-chave de direito privado, previstos dentro do Código Civil. À luz da unidade do ordenamento jurídico, esse entrelaçamento é necessário para que soluções legítimas possam ser trazidas à tona em casos complexos, sem que se acuse o Poder Judiciário de intervenção inovadora e não autorizada.

¹⁸⁹ É a hipótese da possibilidade de perda de preferência para as contratações públicas, pelas entidades filantrópicas, nos casos que o regulamento disciplina, bem como os requisitos básicos da Lei de Licitações a serem preenchidos previamente para a celebração do instrumento. Por todos, veja-se SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Contratualização no SUS**, cit., p. 79-80.

As relações contratuais firmadas pela Administração Pública, ressalta Joel de Menezes Niebuhr, apresentam caráter peculiar, justamente em razão das prerrogativas especiais que lhe são conferidas, que têm o efeito de conformar o inicialmente pactuado às variáveis sujeições do interesse público, desequilibrando a posição dos contratantes.¹⁹⁰

O poderio da Administração Pública dentro de uma relação contratual, apto a “exorbitar” da esfera privada, desequilibrando o regime de igualdade que lhe é típico, é afirmado diante do reconhecimento das chamadas cláusulas exorbitantes, previstas no art. 104 da Lei nº 14.133/2021, expressão que, nos dizeres do mesmo autor, seria equívoca, pois preferíveis as expressões poderes administrativos ou prerrogativas administrativas protetoras do interesse público, algo necessário para repelir arbitrariedades e desmandos no decorrer da execução contratual.¹⁹¹

Contudo, o regime derogatório de direito público próprio dos contratos e demais ajustes administrativos perante o direito privado é de cunho parcial, e não total. Isso significa que há uma carga de prevalectimento, mas não de hegemonia, dos conceitos e disposições próprios do direito público, em face do direito privado, quando se está diante da atividade contratual da Administração Pública.

A Administração Pública não pode valer-se das cláusulas exorbitantes para frustrar o fim social do contrato, especialmente quando em jogo a proteção dos direitos humanos dos usuários finais. Também ao contratado é defeso fazê-lo, sob a batuta das garantias legais e contratuais dispostas, ou pelo uso ilegítimo de lacunas e cláusulas dúbias no instrumento. Tal circunstância é desencorajada em lei, notadamente em artigos como o art. 2º e o art. 89 da Lei nº 14.133/2021, que devem ser lidos em conjunto.

De fato, o art. 89 da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual “os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão por suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”,¹⁹² provoca o diálogo das fontes entre direito público e direito privado ao longo de todo o regime de contratação pública.¹⁹³

¹⁹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 912-913.

¹⁹¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**, cit., p. 914-916.

¹⁹² BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos da Administração. Brasília, DF, 10 jun. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

¹⁹³ Ao contrário do que possa parecer, tal diálogo não enfraquece, mas sim tende a fortalecer, a reverência aos direitos fundamentais dos destinatários finais da atividade pública, dada a humanização e socialização protagonizada pelo direito civil nas últimas décadas, em todo o mundo ocidental. Voltar-se-á ao tema no derradeiro capítulo.

Contratação aqui há de ser entendida em sentido amplo, já que envolve obrigatoriamente outras formas de ajustes firmadas pelo poder público, no exercício de sua autonomia negocial bem delimitada por lei, pois os conceitos e institutos convocados a integrar essa espécie de atuação administrativa são próprios da Teoria dos Negócios Jurídicos e da Teoria dos Contratos, de modo que seu âmbito de aplicação é de cunho abrangente, e não limitado a um ou outro ramo do direito e a uma ou outra forma de pactuação.

Quanto ao tema, importantes advertências são lançadas sob a pena do administrativista lusitano Mário Aroso de Almeida:

Deve-se, por isso, entender que o Direito privado nunca é diretamente aplicável às entidades públicas, pois, mesmo quando se lhes aplica, é porque normas de Direito Administrativo o determinam. É, na verdade ao Direito Administrativo que compete a prerrogativa de definir os termos e os limites em que a atividade administrativa de gestão privada se pode desenvolver. E, por conseguinte, quando as entidades públicas atuam no quadro do Direito privado, deve entender-se que isso não sucede porque sejam titulares de autonomia privada, mas porque normas impõem, a utilização do Direito privado.

[...]

É, pois, o Direito Administrativo que configura a autonomia de que dispõem as entidades públicas, que, por isso, quando e na medida em que exista, é, assim, uma autonomia pública: autonomia, na medida em que, como vimos, é só nos domínios de exercício de poderes de autoridade que do princípio da legalidade decorre a aplicação de um regime de tipicidade normativa à atividade administrativa, a nosso ver incompatível com uma autonomia verdadeira e própria; mas uma autonomia conferida pelo Direito público, genérica e estruturalmente conformada por valores de Direito público, determinados em função da natureza pública das entidades em causa.¹⁹⁴

Tem-se, portanto, um chamamento colaborativo do direito privado perante o direito público, em todas as formas de ajustes firmadas pela Administração Pública. A distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado firmados pela Administração Pública, que sempre foi contestada por administrativistas de peso, aqui ganha relevância secundária, senão inexistente. Independentemente da nomenclatura, a colaboração da Teoria Geral dos Contratos virá, e não necessariamente para aumentar o nível de flexibilização do conteúdo das cláusulas e dos comportamentos das partes.

Em que pese o texto do art. 89 da Lei nº 14.133/2021, a atividade supletiva do direito privado na verdade é apenas uma das possibilidades de sua intervenção em face do regime de direito público próprio das contratações administrativas. A previsão acaba dizendo menos que o devido, não esgotando, por si só, todas as formas de interação legislativa possíveis entre direito civil e direito administrativo.

¹⁹⁴ ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria geral do direito administrativo**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2021. p. 486-487.

Urge a relevância, portanto, da Teoria do Diálogo das Fontes, de autoria do jurista alemão Erik Jayme e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, professora de Direito Civil da USP. Tal teoria pretende, senão superar, ao menos reduzir a níveis periféricos de importância os critérios tradicionais de solução de antinomias no ordenamento jurídico (hierarquia, especialidade, cronologia).

A teoria prefere, no lugar da solução excludente, um desfecho de harmonização e cooperação entre textos normativos sediados em diplomas diversos que acabam regrado, de forma accidental ou principal, uma mesma situação jurídica, restando impositiva a solução que melhor se ajuste à proteção e promoção dos direitos humanos. De relevo trazer à baila as lições da renomada civilista:

Na pós-modernidade, o campo de aplicação é necessariamente flexível, pois engloba interesses e direitos difusos, coletivos individuais homogêneos e individuais simples, e, ao mesmo tempo, é mutável, pois visa acompanhar as criações da prática contratual, com a nova conexidade dos contratos e vínculos, na sociedade de consumo. Bem se deduz dessas afirmações que delimitar o campo de aplicação de forma fixa para uma revogação é vontade pouco realista, pois a antinomia é tópica, mais aparente do que real, devendo o aplicador dar preferência a uma compatibilização das normas e aplicação simultânea das leis, “em diálogo”, na bela expressão de Erik Jayme. Aqui a preocupação do direito é a legitimidade da solução, pois todas as normas em conflito são “válidas” e devem ter alguma eficácia, mesmo que auxiliar. O diálogo das fontes é, pois, a aplicação simultânea, compatibilizadora, das normas em conflito, sob a luz da Constituição, com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas com eficácia (brilhos) diferenciadas a cada uma das normas em colisão, de forma a atingir o efeito social (e constitucional) esperado. O “brilho” maior será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito, mas todas as leis envolvidas participarão da solução concorrentemente.

No exame da compatibilidade e da continuidade das normas no sistema deve o aplicador, porém, verificar não só os textos e as finalidades específicas das normas, mas também examinar com cuidado o campo de aplicação e a finalidade constitucional de cada norma. Se os campos de aplicação *ratione materiae* e *ratione personae* são ora coincidentes, ora divergentes, não há interesse do sistema na decretação da perda de vigência de uma das normas – ao contrário, a sobrevivência de ambas é essencial ou estaremos criando uma lacuna não querida no ordenamento jurídico.¹⁹⁵

Ainda, segundo o magistério de Rennan Thamay, Vanderlei Garcia Junior, Paulo Victor Oliveira Queiroz e Giselly Prado Silva, com especial ênfase na comunicação legislativa existente entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, o diálogo das fontes é um princípio instituído a partir da necessidade de interlocução entre os direitos formadores de um sistema. É uma conversação entre normas, sugestiva da busca de um desvio do conflito entre elas existente, pois preferível uma aplicação coerente de todas, em substituição aos critérios tradicionais de solução de antinomias.

¹⁹⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 692-693.

Aduzem os autores, em reflexão centrada na dinâmica relação existente entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, talvez por se tratar da hipótese até então mais clara e corriqueira de conversação entre diplomas normativos no país, além do que alinhados a uma atuação protetiva em prol de interesses não só patrimoniais como existenciais:

Nesta ótica, ambas as leis se aplicam à mesma relação jurídica de consumo e colaboram com a mesma finalidade, concorrendo, dialogando, protegendo, com luzes e eficácias diferentes de caso a caso, mas com uma mesma finalidade, cumprir o mandamento Constitucional. Nesse sentido, não é o CDC que limita o CC/02; é o Código Civil que dá base e auxilia o Código de Defesa do Consumidor, e, se o Código Civil for mais favorável ao consumidor do que o Código de Defesa do Consumidor, não será esta lei especial que limitará a aplicação da lei geral (art. 7º do Código de Defesa do Consumidor), mas, sim, dialogarão à procura da realização dos mandamentos constitucionais de proteção especial do sujeito mais fraco.¹⁹⁶

Observa-se que a teoria em comento não tem sua aplicação limitada a diplomas normativos de direito privado, embora a projeção de sua atuação nessa área seja deveras expansiva. A dinâmica de aplicabilidade e sofisticação da Teoria do Diálogo das Fontes é compatível com todos os ramos do direito onde sobressaia a necessidade de proteção da pessoa humana, especialmente em face de abusos de atores sociais e econômicos de poderio expressivo, sejam eles públicos ou privados.

Não por outro motivo, Claudia Lima Marques e Antônio Herman V. e Benjamin salientam que, após sua consagração em sede jurisprudencial na esteira do julgamento da ADIN 2.591, a teoria em tela já se viu aplicada em áreas como direito de família, processo civil, direito tributário, falências e até direito penal.¹⁹⁷

Isso porque o diálogo das fontes impõe a aplicação simultânea, coerente e coordenada de plúrimas fontes legislativas, internacionais, supranacionais e nacionais, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais. Daí a impossibilidade de revogação, derrogação, ab-rogação ou solução clássicas das antinomias. Há necessidade de coordenação das comunidades normativas, de modo a restaurar a coerência e os valores superiores.¹⁹⁸

Não há, portanto, nenhuma limitação prática ou dogmática de sua aplicabilidade em face da Lei Orgânica do SUS, do Código Civil e da Lei de Licitações e Contratos Administrativos

¹⁹⁶ THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; QUEIROZ, Paulo Victor Oliveira; PRADO, Giselly Silva. **A função social do contrato**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 169-170.

¹⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Direito privado e desenvolvimento econômico**: estudos da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV) e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 174-175.

¹⁹⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil, cit., p. 172.

em casos de relevo envolvendo contratualização perante o sistema público de saúde brasileiro. Pelo contrário, tal modo de proceder é até aconselhável, não só pela proximidade principiológica dessas leis como pela falta de tratamento legislativo exauriente em todas elas, que acabam por clamar pelo auxílio uma das outras nas soluções de casos em que não seja possível uma solução unívoca, oriunda de mera atividade de subsunção.

Um instrumento de contratualização do SUS necessitará dos alicerces da Teoria dos Contratos sediada na codificação civil para identificar cláusulas antissociais, condutas contratuais ofensivas à boa-fé objetiva e cláusulas violadoras de um equilíbrio contratual mínimo, afinal não há sequer um rol exemplificativo desse tipo de situação no estatuto sanitário (Lei nº 8.080/90), que pouco avançou em relação à previsão constitucional da atuação complementar no sistema público de saúde. A resolução de problemas reais e de difícil resposta ficará a cargo do gestor ou do Poder Judiciário.

Procedimentos da Lei de Licitações e Contratos, ademais, hão de ser observados em casos em que o dever de licitar no Sistema Único de Saúde se revelar impositivo. É o que se vê quando as entidades filantrópicas perdem o direito de preferência na contratação, por não cumprir os requisitos fixados na legislação vigente. Invariavelmente, falta de habilitação técnico-profissional, técnico-operacional, fiscal, social, trabalhista e econômico-financeira (arts. 67 a 69 da Lei nº 14.133/2021). Referida lei será, ainda, referência inafastável para a detecção das demais cláusulas obrigatórias do contrato, execução contratual e transparência.¹⁹⁹

A atuação dessas normas, ou mesmo de outras, será, em regra, conjunta e coordenada e dificilmente excludente. Já a atuação colaborativa do direito civil não representará necessariamente “uma fuga para o direito privado”, ou seja, um afrouxamento das regras cogentes e formais do direito público. Poderá ter justamente o sentido inverso, qual seja, reforçar a normatividade do regime de direito público, impondo mais diligências a gestores e contratados, dado o provimento elevado do interesse público primário.

De fato, não custa lembrar que o direito público e o direito privado agora apresentam pontos de interação fluidos e recorrentes, circunstância já comentada em tópico anterior deste trabalho e vivificada especialmente pelo fenômeno da constitucionalização do direito como um todo, aliado à configuração de um novo caráter socializante e humanista ao direito civil, reconstruído às bases de um compromisso constitucional materialmente abrangente e reverente

¹⁹⁹ Dispõe a Portaria de Consolidação nº 1/2017, em seu art. 130, § 5º, que as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos deverão satisfazer, para a celebração de instrumento com a esfera de governo interessada, os requisitos básicos contidos na Lei nº 8.666/93 e no art. 3º da Lei nº 12.101, independentemente das condições técnicas, operacionais e de outros requisitos ou exigências fixados pelos gestores do SUS.

aos direitos fundamentais e, por isso mesmo, hoje mais próximo teleologicamente dos alicerces do direito constitucional e do direito administrativo.

A aplicabilidade mais intensa das bases da Teoria Geral dos Contratos no regime de contratualização pública é circunstância absolutamente inevitável na nova seara de alocação de riscos nas contratações públicas, agora expressamente prevista no Estatuto de Licitações e Contratos a vigor a partir do começo de 2023. Quando for o caso, o regime de alocação de riscos deve ser evidenciado em uma matriz própria, incorporada como cláusula necessária nos contratos, segundo o art. 92, IX, da Lei nº 14.133/2021.

A fixação da matriz de riscos será obrigatória quando forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, ou quando estiver o gestor diante de contratos de obras e serviços de grande vulto econômico (superior a 200 mil reais), conforme o art. 22, § 3º, da mesma lei. Tão importante é a alocação de riscos que sua fixação estabelecerá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes, segundo expressa dicção legal do art. 103, § 4º, da Lei nº 14.133/2021.

Aliás, quanto mais eficiente e abrangente for a distribuição inicial das contingências, maior a probabilidade de se obter um orçamento mais preciso, portando, como consequência, a diminuição da necessidade de reequilíbrio contratual, e ampliando a viabilidade de que o contrato seja adequadamente executado até seu final.²⁰⁰

Consoante observação de Márcio Monteiro Reis, nos casos em que a execução dos contratos está sujeita a riscos deve-se atentar para a impossibilidade de prever todas as circunstâncias que poderão interferir na execução contratual. Então, deve-se desenhar, da melhor maneira possível, uma matriz expressamente incorporada aos contratos, nas quais haja uma alocação eficiente de riscos, distribuindo-os preferencialmente aquele que tenha maior conhecimento (*know-how*) e informações de maior qualidade quanto aos aspectos especificamente relacionados, de modo que possa evitá-los, mitigá-los ou gerenciá-los da melhor forma, sem prejuízo do estabelecimento de uma governança contratual atenta às incompletudes.²⁰¹

Nesse diapasão, imperioso o correto uso do artifício, de modo a evitar a possibilidade de sua banalização, por meio da inserção de matrizes padronizadas em contratos com realidades

²⁰⁰ MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e contratos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 579.

²⁰¹ REIS, Márcio Monteiro. A alocação de riscos e sua securitização na Nova Lei de Licitações e Contratos. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thais (coord.). **Estudos sobre a Lei 14.133/2021: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 259-260.

diversas, reservando-se seu uso apenas para aqueles casos em que realmente se revele necessária e útil na maior eficiência para a execução dos contratos.²⁰²

A nova disciplina legal abomina o “copia e cola”, tão comum no momento de confecção de minutas de contratos administrativos, privilegiando a análise real e concreta das vicissitudes do programa contratual, por meio de percepções e soluções individualizadas para as áleas ordinárias e extraordinárias, internas e externas, que porventura surjam.

Quanto aos ajustes firmados em sede de contratualização SUS, sempre marcados por infortúnios dos mais variados, como aumento expressivo de preços de insumos e medicamentos ou escassez na praça, diminuta oferta de mão de obra qualificada em algumas regiões do país, crises econômicas internacionais, pandemias e endemias, o equilibrado uso do instituto tende a diminuir as incertezas e a insegurança jurídica, evitando, conseqüentemente, o agravamento da posição econômica de uma das partes.

Ou seja, deve haver um esforço efetivo e individualizado para identificar os riscos potenciais do caso, alocando-os às partes que detenham maior capacidade de administrá-los, à luz dos arts. 22, § 1º, e 103, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, tendo sempre em conta que nenhuma matriz de risco será completa, pois imprevisíveis e variadas são as contingências da sociedade pós-moderna. Em remédio a tal realidade, deve a alocação apropriada ser perseguida de acordo com parâmetros de razoabilidade, diante das reais dificuldades concretas.

Por corolário, é muito difícil dar concretude a esse tipo de dinâmica contratual sem o diálogo legislativo com o direito civil e seus novos princípios norteadores das relações contratuais contemporâneas, afinal se percebe, desde já: i) a incompatibilidade de uma justa alocação de riscos com um comportamento pré-contratual leviano e infiel, despreocupado com as consequências do inadimplemento; ii) a aptidão de um injusto modelo de alocação de riscos para frustrar expectativas sociais legítimas e contribuir para a vulneração de direitos fundamentais de sujeitos de direito que não tomaram parte, ao menos diretamente, na relação contratual maculada (pense-se na paralisação de um serviço público de saúde); iii) a possibilidade de a alocação de riscos desarrazoada ferir de morte o equilíbrio contratual mínimo, colocando uma das partes em séria desvantagem exagerada perante outra e frustrando o sucesso do negócio jurídico; iv) a crescente e inevitável securitização dos riscos, impondo ao operador do direito público interação intensiva com a disciplina legal dos contratos de seguro, presente na codificação civil, e indissociada de uma observância qualificada da boa-fé objetiva.

²⁰² REIS, Márcio Monteiro. A alocação de riscos e sua securitização na Nova Lei de Licitações e Contratos, cit., p. 261.

O fenômeno contratual, portanto, deixa de ser algo propriamente adstrito às relações econômicas de direito privado e passa a servir a diversos atores sociais, melhor dizendo, à própria sociedade como um todo, revelando-se um instrumento contributivo para a melhor satisfação de direitos fundamentais naqueles casos em que sua própria razão de existir consiste justamente em melhor resguardar os referidos direitos, como se vê na atuação complementar da iniciativa privada perante o SUS.

Não há dúvidas de que o conceito de contrato se transformou. Necessário, então, entender não só no que, mas, fundamentalmente, para que ocorreu a referida transformação.

4 TRANSMUTAÇÃO DO CONCEITO DE CONTRATO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: IMPACTO PARA ALÉM DO DIREITO CIVIL

4.1 Contratos, dignidade humana e direitos fundamentais

A ótica liberal e individualista prevalecente no movimento de codificação legislativa do século XIX implicou o reconhecimento do fenômeno contratual como restrito unicamente às relações de cunho obrigacional nascidas e desenvolvidas tendo como norte maior a vontade, ou seja, aquelas que trazem em seu germe a centralidade da voluntariedade em prol da concreção de interesses de cunho eminentemente econômicos, passíveis de quantificação monetária.

Nesse sentido, lembra o jurista lusófono Carlos Ferreira de Almeida, é o celebre artigo 1.101 do Código Napoleônico de 1804, que define contrato como uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, perante uma ou várias outras, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

O BGB alemão disciplina o tema em seu livro do Direito das Obrigações (II), a partir do artigo 241, onde constam normativas que dispõem a respeito da formação, validade, classificação, responsabilidade e extinção dos contratos. Além disso, outros diplomas legais tratam do assunto naquele país, como o Código Comercial alemão e a Lei de Condições Gerais de Contratação. Não há restrição normativa quanto à incidência do fenômeno contratual sobre relações de cunho patrimonial.

Inspirado na tradição germânica, o Código Civil Português de 1966 aparenta trilhar o mesmo caminho. Não arrisca trazer o conceito de contrato, mas lhe explicita as balizas gerais em sua parte geral, ao tratá-lo como negócio jurídico bilateral, firmando aspectos comuns quanto a sua formação, validade, conteúdo e efeitos (arts. 217 a 227).

A legislação civilista brasileira, por sua vez, não guarda tradição na conceituação de contrato, o que acaba se revelando uma atitude positiva, afinal conceituações, especialmente de institutos de alargada sedimentação, devem ao máximo ser evitadas em lei, cabendo à doutrina a apreensão científica do significado dos fenômenos jurídicos, sempre à luz dos contextos históricos, sociais, econômicos e culturais que os forjaram.

Nesse processo de maturação, lembram Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira, o contrato sofreu relevantes transformações também aqui no Brasil, com a passagem de uma visão subjetiva do fenômeno, com ênfase na declaração de vontade, para

uma visão de cunho objetivo, pois destaca sua caracterização como norma do comportamento.²⁰³ Esclarecem os autores:

Com as transformações pelas quais passou o direito civil ao longo do século XX, buscando conciliar a tutela individual da liberdade com o atendimento aos imperativos sociais de solidariedade, atenuaram a ênfase no papel da vontade na construção do conceito de contrato. Ao dar prioridade à perspectiva funcional do contrato (“para que serve”) sobre sua análise estrutural (“como é”), sobressai na concepção desse instituto sua função preceptiva ou normativa: o contrato como instrumento de autorregulação de interesses. Assim, ainda que o contrato incorpore o acordo de vontades em sua estrutura, como seu fato gerador, é a função de autorregulação de interesses que se torna objeto de atenção primária do intérprete...²⁰⁴

Logo, a visão moderna do fenômeno contratual permite alçar voos para além da centralidade da marca da voluntariedade na configuração do instituto. Em adição, permite uma nova reflexão sobre sua aptidão para satisfazer interesses existenciais, e não só interesses primordialmente econômicos, ainda que os segundos possam servir de veículo aos primeiros. A autonomia negocial agora pode adentrar novos rumos, com a condicionante de guardar, invariavelmente, consonância com os valores plasmados na ordenação constitucional.

Para parte significativa da doutrina, a patrimonialidade segue sendo traço distintivo para a caracterização dos contratos. Isso porque seria necessária a manutenção da proeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais como premissa metodológica do direito civil constitucional, aduzem Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira.²⁰⁵

Ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da República já no inciso III do artigo inaugural da Magna Carta, o poder constituinte originário teria privilegiado o ser sobre o ter, motivo pelo qual não seria possível estender um instrumento vocacionado para a gestão de interesses patrimoniais, como o contrato, para tratamento normativo das situações jurídicas não patrimoniais.²⁰⁶

Humberto Theodoro Júnior e Helena Lanna Figueredo trazem raciocínio similar ao apontar o contrato como negócio jurídico bilateral ou plurilateral típico, cuja relevância jaz em conteúdo e função econômica.²⁰⁷ Arrematam:

²⁰³ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 3: Contratos. p. 5.

²⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, cit., p. 5.

²⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, cit., p. 8.

²⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, cit., p. 9.

²⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 111.

O contrato veicula uma relação de troca de utilidades com que os indivíduos buscam satisfazer suas necessidades. É através dessa troca, cujo conteúdo é sempre valorável economicamente, que se promove a alocação de recursos disponíveis na produção de riquezas, viabilizando, de forma mais ou menos eficiente, o progresso e o desenvolvimento social.²⁰⁸

Caio Mário da Silva Pereira conceitua o contrato como o acordo de vontades, na conformidade da lei, feito com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos, ou seja, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos, de modo que estende sua abrangência para toda espécie de negócio jurídico em que ocorrer a participação de vontade plúrima.²⁰⁹ A prestação contratual, porém, na visão do autor, deve ser economicamente apreciável, pois o requisito da patrimonialidade seria inerente ao objeto da obrigação.²¹⁰

Contudo, não parece ser esse o entendimento da doutrina majoritária, especialmente a alienígena, que demonstra preocupação em forjar um conceito amplo o bastante de contrato, com idoneidade para englobar as complexas e multifacetadas situações da vida pós-moderna. Algumas dessas situações por vezes imbricam interesses existenciais e patrimoniais contrapostos em uma mesma relação jurídica negocial, sem que isso prejudique ou coloque em xeque a natureza contratual genuína dessas relações.

Um contrato de cessão de uso de imagem de determinada celebridade ainda guarda natureza contratual, em que pese lidar diretamente com direitos da personalidade do cedente. O que dizer então da circulação contratual de embriões e células-tronco, em contexto de reprodução humana e regeneração humana.

Nesse sentido, Menezes Cordeiro diferencia o contrato dos negócios jurídicos unilaterais especialmente porque nestes os efeitos não diferenciam as pessoas que eventualmente nele tenham intervindo. Ou seja, nos negócios unilaterais, tende a haver uma única pessoa, uma única declaração ou um único interesse.²¹¹

Já o contrato desencadeia efeitos que diferenciam duas ou mais pessoas, ou seja, fazem surgir, a cargo de cada interveniente, regras próprias, que devem ser cumpridas e que podem ser violadas, independente umas das outras. No contrato há um regime conjunto que absorve as posições em presença, originando, em regra, situações plurissubjetivas complexas.²¹²

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Negócio jurídico**, cit., p. 111.

²⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. III: Contratos. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil. p. 7.

²¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, cit., v. III, p. 33.

²¹¹ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. II: Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades. p. 91.

²¹² MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**, cit., v. II, p. 91.

Pela pena de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, o contrato assume-se como o resultado de duas ou mais declarações negociais contrapostas, mas integralmente concordantes entre si, de onde resulta uma unitária estipulação de efeitos jurídicos.²¹³ Há duas declarações harmonizáveis entre si submetidas, por conscientes e precedentes atos de autovinculação, a uma disciplina jurídica comum.²¹⁴

Para Carlos Ferreira de Almeida, ao menos na maioria dos países de tradição romano-germânica, donde se destacam Portugal e Alemanha, o contrato é uma instituição muito mais ampla, apta a transmitir ou extinguir créditos e obrigações, criar, modificar ou extinguir situações jurídicas de outra natureza, cujos efeitos se podem estender para o domínio dos direitos pessoais, associativos, familiares, sociais, sucessórios, reais e de propriedade intelectual.²¹⁵

No Brasil, Arnaldo Rizzardo detalha que o conceito de contrato envolve três ideias: i) sua caracterização como um superconceito, aplicável em todos os campos jurídicos, tanto ao direito privado quanto ao direito público, alcançando inclusive o direito internacional; ii) quanto ao direito privado, abrange todos os negócios jurídicos bilaterais de direito patrimonial, e também aqueles cujo objeto seja uma questão de direito pessoal, como o matrimônio, a adoção e os contratos sucessórios; iii) no sentido mais restrito, abrange só aqueles fenômenos que podem ser submetidos a um regime jurídico de caráter unitário.²¹⁶

Contrato, então, na concepção acatada pela realidade atual, é o acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido. Trata-se de acordo performativo e reflexivo, que nem sempre resulta em contraposição de interesses, mas antes em concordância, ou ao menos viabilidade de composição convergente por meio de um resultado unitário, a refletir em cooperação rumo à resolução ordinária pelo adimplemento.²¹⁷

Verifica-se que os autores citados, a partir da referência à doutrina portuguesa, não fazem menção à patrimonialidade como conteúdo obrigatoriamente característico da prestação, preocupando-se, ao revés, com requisitos outros, como a alteridade de centro de interesses e o nascimento de uma relação jurídica entre as partes, na qual se fixam posições contratuais

²¹³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2019. v. I: Introdução. Da constituição das obrigações. p. 183.

²¹⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**, cit., p. 21.

²¹⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 29.

²¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 6.

²¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**, cit., p. 37-38.

autônomas e diversificadas, mas nem por isso adversariais, já que devem trilhar um caminho harmônico rumo ao adimplemento.

Tal mudança de paradigma não se vincula unicamente à circunstância de a legislação brasileira, na linha da portuguesa e da alemã, não limitar o instituto do contrato para a troca ou circulação de riquezas apreciáveis monetariamente, mas tem por fundamento a tábua axiológica constitucional moderna apreendida como um todo, cuja irradiação nas relações jurídicas públicas e privadas impõe que seja perquirida e vivificada, no programa contratual, a observância (ou ao menos a não contrariedade) a projetos constitucionais sensíveis.

O contrato deve estar harmônico ou não contrariar prioridades constitucionais como a busca pela concreção de objetivos fundamentais e essenciais da República (diminuição das desigualdades sociais, erradicação da pobreza etc.), a reverência à liberdade (inclusive a de empreender e contratar), a solidariedade social e, claro, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

A densidade axiológica e ontológica do ordenamento jurídico constitucional permite a reformulação de institutos jurídicos centenários de direito civil, dando “carta branca” para sua expansão em direção a temáticas que lhe eram outrora estranhas, mas que nem por isso com eles se mostrem incompatíveis, mesmo porque a relação contratual não deve ser vista como um fim em si mesma, mas antes como veículo apropriado para a circulação de bens e interesses diversificados.

Este trabalho, então, não vê incompatibilidade do conceito de contrato com a negociação de interesses extrapatrimoniais, desde que legítimos, pois em conformidade com as ordens constitucional e legal vistas em sua inteireza. O cerne de um ato contratual é a mútua anuência na concretização de um vínculo jurídico que impõe obrigações recíprocas às partes.²¹⁸

Com respeito aos pensamentos doutrinários em sentido contrário, antecipam-se dificuldades científicas em encontrar outros institutos, que não o contrato, para classificar certos negócios jurídicos com prestação extrapatrimonial, em que se mostrem presentes mais de um centro de interesses autônomo.

A própria previsão legal de possibilidade de firmação de contratos atípicos (art. 425 do CC) avaliza esse tipo de entendimento. Ora, se a autonomia negocial deve ser exercida em conformidade e na medida dos valores constitucionais prevalecentes, e sendo esses valores não adstritos unicamente àqueles que refletem interesses econômicos, mas igualmente interesses existenciais legítimos, não há motivo para limitar o instituto do contrato aos primeiros.

²¹⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 6: Licitação e contratos administrativos. p. 328.

Abusos existirão e serão coibidos por afronta a normas cogentes, bons costumes e ordem pública, o que não guarda necessariamente liame com a espécie de negócio jurídico selecionado pelas partes, sendo mais comum a mácula à ordem jurídica vir de seu conteúdo ou causa do que da primeira hipótese.

Como se não bastasse, a título de exemplificação concreta, institutos típicos de direito de família, como o casamento, possuem, segundo doutrina amplamente majoritária, natureza jurídica contratual, sem que isso reflita em desprestígio ao instituto do contrato. Modalidades novas de avenças, como a gestação por substituição (Resolução CFM nº 1.956/2010 e Provimentos nº 52 e 63 do CNJ), trilharam o mesmo rumo.

Por esses e outros motivos, a figura contratual dialoga frequentemente com princípios estruturantes da ordem democrática e com direitos e garantias fundamentais, já que a troca e a circulação de bens e riquezas são parte fundamental das atividades humanas que concretizam projetos de vida e permitem o livre desenvolvimento da personalidade.

Ademais, contratos firmados pelo poder público com vistas a dar concretude a uma série de direitos sociais, culturais e econômicos, ou mesmo direitos individuais, gabaritam o projeto constitucional de primazia à justiça social e redução de desigualdades manifestas, próprio do Estado Democrático de Direito.

O contrato não é a única forma de transmissão de bens e riquezas,²¹⁹ mas certamente é a mais corriqueira. É parte integrante das estruturas essenciais tanto do regime capitalista de produção quanto do perfil social do multitarefado Estado pós-moderno, afinal a estruturação de serviços públicos de primeiro relevo passa necessariamente pela contratação pública de bens e serviços coletivos.

Se, por um lado, não se pode olvidar sua primordial função de circulação de riquezas, por outro, há de se reconhecer que esse já não é seu papel principal, mas sim a própria perpetuação da vida humana, ou seja, o atendimento das necessidades das pessoas. Enfim, deve ser analisado sob o prisma da personalização do direito privado, e do direito civil constitucional, de modo a atender ao mínimo para as pessoas viverem com dignidade. O patrimônio é importante, mas o foco primordial é o indivíduo que contrata.²²⁰

Diante disso, o viés individualista e patrimonialista, tributário da ideologia liberal vigente quando do advento da codificação civil de 1916, cedeu vez para a perspectiva de reconfiguração e funcionalização do instituto do contrato em prol do interesse público e social,

²¹⁹ Destaca-se a forma de aquisição originária de propriedade pela usucapião.

²²⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2019. v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 8.

antelado com princípios fundamentais estruturantes como solidariedade social, dignidade humana e igualdade material, e com o próprio acervo de direitos fundamentais solidificado.

A observação vale inclusive, embora em menor medida, para os contratos *ab initio* paritários, como os civis e os empresariais, seara na qual também os interesses individuais dos contratantes já não podem mais conflitar com os interesses públicos relevantes, sob pena de ineficácia de determinada cláusula ou do próprio vínculo contratual como um todo.

A liberdade de contratar, então, antes mesmo de ser conformada pela função social dos contratos, é limitada pelo arcabouço normativo constitucional apreendido de forma objetiva, sistemática e abrangente, em consonância com a unidade do ordenamento jurídico e com os princípios fundamentais estruturantes de um Estado Democrático de Direito, donde se destaca talvez o mais importante deles, o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, os contornos vagos e imprecisos da expressão dignidade humana contribuem para sua ambiguidade, porosidade e natureza necessariamente polissêmica. Daí que as dificuldades não são tanto adstritas aos aspectos mais ou menos específicos da vida humana, mas sim a uma qualidade tida por inerente a todos os seres humanos.²²¹

Assim, no desiderato de preservar o legado de Immanuel Kant, mas com preocupação em enriquecer, e ao mesmo tempo delimitar, o que significa a dignidade da pessoa humana à luz da ordenação constitucional hoje vigente no país, o constitucionalista gaúcho a conceitua como:

... a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover uma participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.²²²

Relembra Carolina Noura de Moraes Rêgo que, uma vez positivado e alçado a princípio fundamental na vigente Constituição brasileira, é impossível o esgotamento da dignidade da

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (org.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 50-51.

²²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73.

pessoa humana tendo em vista o caráter mutante e constante, no tempo e no espaço, de novas formas de agressão a esse postulado.²²³ Então, apresenta a seguinte conceituação:

Sendo assim, compreende-se que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inseparável e constitutiva de cada ser humano, que, por isso, deve ser digno de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, os direitos e deveres fundamentais devem, portanto, assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida benéfica, livre e justa, e assim, promover sua participação nos rumos da própria existência. Com esse conceito, tem-se a ligação entre a dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, assim como a vinculação com seus pilares, os seus corolários: a igualdade, a liberdade, a integridade psicofísica e a solidariedade social...²²⁴

O caráter abrangente do princípio não impede a visualização de seus alicerces básicos, geralmente adstritos à fixação de um mínimo de bens e recursos para a satisfação de interesses vitais, à possibilidade de participação na vida política do país, o reconhecimento e o respeito pelo Estado e pela sociedade, de modo a interditar a imposição de concepções de vida boa que não sejam as condicionadas pelo próprio agente a si mesmo.

Não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana, até mesmo por sua relevância axiológica ímpar em uma ordem constitucional, apresenta funções, características ou dimensões correlatas à complexidade, importância e potencialidade construtiva de seu conceito. O tema não é indene a controvérsias e menos ainda a distinções de nomenclaturas. Impossível, então, catalogar todas as conceituações e classificações já elaboradas em sede doutrinária, devendo-se ater àquelas de aplicação teórica e prática mais recorrentes, especialmente à luz dos novos paradigmas constitucionais da Teoria dos Contratos.

Segundo Jorge Reis Novais, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta, para além de fundamento dos direitos fundamentais, uma série de relevantíssimas funções dentro de um ordenamento jurídico democrático, como: i) auxiliar hermenêutico na fixação de sentido normativo dos direitos fundamentais, e como parâmetro orientador/harmonizador em caso de colisão entre eles; ii) fonte de descoberta e reconhecimento constitucional de novos direitos fundamentais; iii) razão justificadora de imposição de restrições a direitos fundamentais; iv) limite aos limites dos direitos fundamentais, de modo a condicionar materialmente qualquer limitação a eles; v) constituição do conteúdo essencial de cada direito fundamental; vi) qualificando-se, ela própria, como direito fundamental.²²⁵

De fato, a dignidade da pessoa humana trabalha em parceria com os direitos fundamentais, geralmente em sua defesa, munindo de melhor proteção aspectos essenciais ao

²²³ RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 20.

²²⁴ RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional**, cit., p. 21.

²²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2019. p. 29.

desenvolvimento humano, como liberdade, autonomia, igualdade substantiva e bem-estar, contra eventuais investidas perniciosas ou desvantajosas, estatais ou privadas, que sobre eles atuem.

Impõe-se ao operador do direito a empreitada de detectar a forma como certos atos e comportamentos atingem os valores intrínsecos da pessoa, sob a ótica do direito fundamental afetado. A despeito disso, não se concorda com o respeitável entendimento do constitucionalista lusitano, de que a própria dignidade humana seria um direito fundamental autônomo.

Em realidade, a dignidade da pessoa humana reforça a moldura de um Estado Democrático de Direito. Realça e fortalece a proteção dos direitos fundamentais previstos explícita ou implicitamente em sede constitucional. Direitos fundamentais e dignidade humana interagem e dialogam, especialmente à luz dos problemas reais da sociedade contemporânea, mas o fazem sem se confundir.

Concorda-se com a observação de André Ramos Tavares, para quem o constituinte de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, mas sim por considerá-la expressamente um dos fundamentos da República (inciso III do art. 1º), opção que traduz o objetivo de fazer da pessoa fundamento e fim da sociedade. Em suma, é missão do Estado propiciar condições para que as pessoas se tornem dignas.²²⁶

Impositivo, então, não só detectar qual o direito fundamental sujeito à restrição ou promoção no caso concreto, mas também sua conexão com a dignidade da pessoa humana e de que forma uma ou outra solução afetarão esta última, considerada, invariavelmente, no contexto de toda a problemática. A tarefa por vezes é hercúlea e não permite a apresentação de uma solução *a priori*, circunstância que sela, senão de morte, pelo menos um destino de atuação restrita à tradicional técnica da subsunção.

A um só tempo, a dignidade da pessoa humana filtra e exclui razões potencialmente invocáveis como fundamentos para as restrições dos direitos fundamentais (como a vontade da maioria), e a medida e alcance das atuações restritivas admitidas juridicamente, submetendo-as a um escrutínio de proporcionalidade e justiça perante o conteúdo essencial desses direitos.²²⁷

Não por outro motivo, André de Carvalho Ramos apresenta quatro usos possíveis da dignidade humana na jurisprudência brasileira. São eles: i) a fundamentação da criação jurisprudencial de novos direitos; ii) a formatação da interpretação adequada das características

²²⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 448-449.

²²⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 29-30.

de determinado direito; iii) a criação de limites à ação do Estado e de particulares; iv) a fundamentação em sede de juízo de ponderação em caso de colisões de direitos fundamentais.²²⁸

Interessa a este estudo especialmente a primeira, para a qual apenas se pede vênia para renomeá-la como função jurisprudencial de reconhecimento ou extração de novos direitos, porém já previamente criados e assentados dentro da ordem constitucional preexistente, ou seja, implícitos.

Ana Carolina Lopes Olsen, ao estudar o princípio, emprega o termo “dimensões da dignidade humana”, realçando as de cunho negativo e positivo. Leciona:

Outro aspecto de fundamental relevância em relação à dignidade da pessoa humana é sua dupla dimensão: negativa e positiva. Segundo a dimensão negativa, ninguém poderá atentar contra a dignidade de outrem, respeitando sua autonomia, já a dimensão positiva coloca a dignidade da pessoa humana como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade. No mesmo sentido, Perez Luño se refere à dignidade da pessoa humana como uma garantia do ser humano contra ofensas e humilhações, bem como uma garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, para o que se revela necessária uma atitude prestativa dos poderes públicos, ainda que meramente de proteção.²²⁹

Para essa visão, há clara correlação entre a dignidade humana e o direito fundamental à liberdade. Agasalhado no art. 5º, *caput* e inciso II, dentre outros, da Constituição Federal de 1988, tal realmente deve ser compreendido de forma ampla, de modo a efetivamente englobar os dois sentidos, negativo e positivo.²³⁰

Em um primeiro sentido (negativo), alinhado ao pensamento de autores modernos como Locke e Hobbes, a liberdade é tomada como a ausência de constrangimentos de toda espécie e autoria. Como um direito dirigido ao Estado no sentido de uma vedação, garantindo um espaço humano livre de interferências e intromissões na esfera individual e social. É o direito à liberdade tal como forjado no modelo de Estado Liberal pós-Revoluções Francesa e Americana.²³¹

No segundo sentido, haveria uma nova significação do conceito, que passaria a ser entendido como autonomia, autogoverno, ou seja, uma possibilidade real de participação em

²²⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 80-81.

²²⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 49.

²³⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 372. No mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que o art. 5º da Constituição Federal de 1988 é um verdadeiro monumento à liberdade em todas as suas formas, seja na concepção mais individualizada até na consagração das liberdades coletivas (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1: Parte geral. p. 242).

²³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, cit., p. 372.

discussões públicas que levam à formação da vontade coletiva. É a noção que imperava na antiguidade clássica, e resgatada pelo movimento iluminista.²³² Dentro dessa concepção, há clara vinculação entre os conceitos de liberdade positiva e cidadania.

Martha C. Nussbaum, professora de Filosofia da Universidade de Chicago, aparenta concordar, ao menos em parte, com esse raciocínio, pois oferece uma construção agregadora entre dignidade humana e a efetiva possibilidade de realização prática de um acervo mínimo de capacidades humanas, ou seja, aquilo que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia de uma vida apropriada à dignidade do ser humano.²³³

A autora está interessada em uma base filosófica para explicar as garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas por governos de todas as nações e perseguidas por toda e qualquer pessoa, com o mínimo de respeito demandado pela dignidade humana. Nesse contexto, as capacidades são, então, apresentadas como as fontes de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralista.²³⁴

Se por um lado o enfoque da autora não pretende fornecer um olhar completo de justiça social e política, por outro revela um mínimo de garantias sociais centrais e compatíveis com diferentes visões de mundo, mas, uma vez faltantes *in concreto*, acusariam a efetiva desconfiguração da vida com dignidade. Em suas lições, ao menos dez capacidades seriam termômetro de tal circunstância: i) direito à vida; ii) saúde física; iii) integridade física; iv) sentidos, imaginação e pensamento (aqui entram direito à educação, liberdade de expressão e liberdade religiosa); v) emoções (relações afetivas e associativas); vi) razão prática (poder formar uma concepção de bem e ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida); vii) afiliação (inserção na alteridade e convivência social, assim como ter bases sociais de autorrespeito e não humilhação. Ser tratado como ser digno cujo valor é igual ao dos outros, o que bloqueia discriminações em razão de sexo, raça, credo, etnia, religião, orientação sexual etc.); viii) outras espécies (interação humana com outros seres vivos e natureza); ix) direito ao lazer e recreação; x) controle sobre o próprio ambiente, nos vieses: x.1) político: ser capaz de efetivamente participar das escolhas políticas que governam a própria vida, ter direito à participação política; x.2) material: direito à propriedade e acesso ao mercado de trabalho em bases igualitárias.²³⁵

²³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, cit., p. 372.

²³³ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 84-85.

²³⁴ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**, cit., p. 84-85.

²³⁵ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**, cit., p. 91-93.

A construção teórica prestigia tanto a ligação da dignidade humana com a abertura de canais sociais de participação política e a formação da vontade estatal (dialogando, assim, com a liberdade positiva) como o acesso a bens materiais mínimos para a construção de um projeto de vida, mediante direitos como educação, liberdade associativa e propriedade, o que revela a necessidade de o ser humano firmar, ao longo de sua existência, um sem-número de relações negociais para ter uma vida digna.

Há uma simetria entre a ideia das capacidades, sua correlação com a dignidade do ser humano e as declarações internacionais de direitos humanos firmadas pela maioria dos países democráticos no período que sucedeu o segundo pós-guerra. Especialmente pela circunstância de esses documentos consagradores terem incorporado, de forma progressiva e evolutiva, direitos adstritos à melhor proteção e provedoria de valores humanitários genuínos, impondo a compreensão da pessoa como sujeito de direitos, nuclear para qualquer ordenamento jurídico, a receber igual consideração, reconhecimento e respeito por seus semelhantes e pelos poderes constituídos.

O termo capacidades, na caracterização ora estudada, não é empregado em sua perspectiva jurídica, no sentido de que, uma vez obtida a capacidade jurídica, à pessoa é dada a aptidão de titularizar direitos e obrigações. A perspectiva aqui é de cunho predominantemente filosófico-sociológico, mas nem por isso deve ser indiferente ao fenômeno jurídico, já que contribui sobremaneira para a identificação de situações de exclusão, disparidade ou desequilíbrio.

Em importante estudo sobre o tema, Amartya Sen as entende como as efetivas oportunidades e chances reais de autodeterminação e tomadas de decisão de importância nuclear para o ser humano dar concretude a seu projeto de vida. Os conceitos de capacidades e liberdades reais mantêm íntima conexão, e apontam para uma perspectiva baseada na realidade tal como ela é, atenta às eventuais e específicas dificuldades e limitações pessoais, sociais ou de qualquer outra natureza a que o ser humano concretamente considerado pode estar submetido, e que podem ou não comprometer suas escolhas fundamentais. Pontua o filósofo e economista indiano:

... na abordagem das capacidades a vantagem individual é julgada pela capacidade de uma pessoa para fazer coisas que ela tem razão para valorizar. Com relação às oportunidades, a vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidade – menos oportunidade real – para realizar as coisas que tem razão para valorizar. O foco aqui é a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser. Obviamente, é muito importante para nós sermos capazes de realizar as coisas que mais valorizamos. Mas a ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher. O

conceito de capacidade está, portanto, ligado intimamente com o aspecto da liberdade, visto com relação a oportunidades abrangentes, e não apenas se concentrando no que acontece na “culminação”.²³⁶

Então, as capacidades podem ser compreendidas como instrumentos genuinamente emancipatórios, e, portanto, afastados de quaisquer conjecturas contrafáticas ou demasiadamente teóricas. Abrem as portas para que as pessoas efetivamente desfrutem de uma vida boa, fazendo o que melhor lhes aprouver, com as alternativas que têm em mãos, durante seu limitado tempo de existência neste planeta. Como dito pelo autor, “a possibilidade de viver realmente bastante tempo (sem morrer na flor da idade) e de levar uma vida boa enquanto ela durar (em vez de uma vida de miséria e privações de liberdade)”.²³⁷

Assim como a dignidade da pessoa humana impede que o homem seja visto como instrumento para a satisfação de outrem e não como fim em si mesmo, ela própria, dignidade humana, também não é um fim em si mesma, no sentido de que não pode ser funcionalizada enquanto não estiver concretamente correlacionada com os demais bens e valores jurídicos fundamentais tidos constitucionalmente por essenciais para a vida em uma sociedade complexa e pluralista.

Daniel Sarmiento esclarece que o conceito de dignidade humana apresenta pelo menos quatro contornos básicos: valor intrínseco da pessoa, autonomia, mínimo existencial e reconhecimento, cada um desses componentes com projeções em direitos variados e positivados na Constituição, mas sem os exaurir.²³⁸ Em outra obra, o mesmo autor melhor especifica cada um desses contornos:

Como já ressaltado, considero que o princípio da dignidade da pessoa humana deve guardar uma necessária conexão com a compreensão da pessoa humana, que deriva de uma leitura da ordem constitucional brasileira guiada por uma moralidade crítica [...] trata-se, em resumo, da pessoa vista como fim em si, e não como mero instrumento a serviço do Estado, da comunidade ou de terceiros; como merecedora do mesmo respeito e consideração que todas as demais, e não como parte de um estamento na hierarquia social; como agente autônomo e não como “ovelha” a ser conduzida por qualquer pastor; como ser racional, mas que também tem corpo e sentimentos, e por isso experimenta necessidades materiais e psíquicas; como ser social, imerso em relações intersubjetivas fundamentais para a sua identidade, e não como indivíduo atomizado e desenraizado.²³⁹

²³⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 265-266.

²³⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 27-28.

²³⁸ SARMENTO, Daniel. **República, inclusão e constitucionalismo**: escritos constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 82-83.

²³⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 92.

Tais componentes, alerta o advogado e parecerista fluminense, não seriam isolados uns dos outros, mas antes possuem fronteiras nebulosas, pois se imbricam. A relação que mantêm entre si é de sinergia e complementação, convergindo, mesmo em situações de tensões, à proteção integral da pessoa, concebida em termos concretos e relacionais.²⁴⁰

Já Maria Celina Bodin de Moraes ressalta que o princípio maior da dignidade da pessoa humana confere unidade axiológica e lógica sistemática necessária à recriação de institutos jurídicos e de categorias do direito civil.²⁴¹ A principal tarefa de tal princípio estruturante, na normatização constitucional democrática brasileira consistiria em pontuar uma cláusula geral de tutela da personalidade humana, especialmente nas relações extrapatrimoniais, fazendo-o no art. 1º, III, da Magna Carta, donde elimina qualquer possibilidade de discussão sobre a enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade.²⁴²

Ainda, tampouco o conceito de direito subjetivo seria suficiente a englobar todas as formas de realização da personalidade humana, em verdade sujeita a uma complexidade de situações jurídicas subjetivas de distintas conformações (direitos potestativos, faculdades, ônus, deveres etc.). Assim, o postulado material da dignidade humana pode ser desdobrado em quatro pontos, a saber: i) igualdade; ii) integridade psicofísica; iii) liberdade; iv) solidariedade.²⁴³ Em sua conclusão, a professora fluminense pontua:

O ponto de confluência dessa cláusula geral é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III). Em seu cerne, como foi aludido, encontram-se a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade. Neste sentido, deve-se inibir ou reparar, em todos os seus desdobramentos, a conformação de tratamentos desiguais – sem descuidar da injustiça consubstanciada no tratamento idêntico aos que são desiguais –; o atentado à saúde, entendida esta em sua mais ampla acepção; o constrangimento e o estreitamento da liberdade individual, com foco voltado para situações existenciais; e o desprezo pela solidariedade social – mandamento constitucional que não admite nem a marginalização, nem tampouco a indiferença. A cláusula geral visa proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo “que lhe é próprio”, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada. Também se abrigam sob o seu manto, como é evidente, os demais direitos que se relacionam com a personalidade, alguns deles descritos pelo próprio legislador constituinte no art. 5º da Constituição.²⁴⁴

Em sentido parecido são os ensinamentos de George Marmelstein, para quem a dignidade humana é a base axiológica dos direitos fundamentais, eis que estes possuem inegável

²⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**, cit., p. 93.

²⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 112.

²⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**, cit., p. 114.

²⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**, cit., p. 85.

²⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**, cit., p. 116.

conteúdo ético, consubstanciando-se em valores nucleares para uma vida digna em sociedade. Desse modo, a dignidade humana apresenta, dentre seus atributos: i) respeito à autonomia da vontade; ii) respeito à integridade física e moral; iii) não coisificação do ser humano; iv) garantia do mínimo existencial.²⁴⁵

Enfim, o que todas as conceituações explicitadas têm em comum é a circunstância de nenhuma delas limitar a adstrição do princípio da dignidade da pessoa humana aos chamados direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, aqueles relacionados a direitos individuais forjados no constitucionalismo liberal, que realçam o dever de não interferência e não intromissão do poder público na esfera de liberdade e autonomia individuais das pessoas.

Ao revés, vê-se claramente que a concepção científica atual do princípio maior da dignidade da pessoa humana guarda conexão também com direitos sociais, culturais e econômicos, os da chamada segunda geração, traduzidos em posições de vantagem que demandam uma atuação estatal ou social em prol da boa qualidade de vida, inclusive no aspecto do acesso a bens primários e de oportunidades de crescimento pessoal e profissional, ou seja, pode a dignidade humana abrir os canais de possibilidade para exercício pleno das capacidades, com maior concretude à justiça social.

A dignidade do ser humano, então, pode e deve ser funcionalizada com o exercício mesmo das atividades sociais e econômicas, pelo mercado ou pelo Estado, potencializando o exercício de direitos fundamentais individuais ou sociais que sejam atingidos, mesmo que de forma reflexa, por atuações de distintas complexidades nessas searas.

A dignidade da pessoa humana torna rejeitável a política pública estatal monocular que almeja unicamente o crescimento econômico, sem atentar para a qualidade das instituições democráticas e da igualdade distributiva e social. O desenvolvimento econômico é e sempre será saudável e desejável, mas é incapaz de, por si só, trazer outros avanços em áreas como saúde, educação, liberdade política, diminuição da desigualdade econômica e social.²⁴⁶

Por isso, alerta novamente Martha Nussbaum, deve o desenvolvimento econômico estar integrado a um modelo mais abrangente de desenvolvimento humano, comprometido com a democracia, uma vez que poder opinar na escolha das políticas que governam sua própria vida é um ingrediente essencial de uma vida merecedora de dignidade humana.²⁴⁷

²⁴⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 16-17.

²⁴⁶ NUSSBAUM, Martha **Sem fins lucrativos**: por que a democracia precisa das humanidades. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 15.

²⁴⁷ NUSSBAUM, Martha **Sem fins lucrativos**, cit., p. 25.

O tipo de democracia aqui favorecido será o que atribui um papel importante aos direitos fundamentais, favorecendo a firme proteção da liberdade política, da liberdade de expressão, da liberdade de associação, de prática religiosa, além de outras áreas, como saúde e educação, todos imunes a ofensivas oriundas de caprichos da maioria, enfim, um modelo estreitamente relacionado aos compromissos constitucionais.²⁴⁸

Quando a atuação estatal resulta em uma contratação de bens ou serviços que atinjam ou tangenciem direitos e garantias fundamentais, como se dá, por exemplo, perante o sistema público de saúde, meio ambiente e infraestrutura, a liberdade de contratação e de estipulação de cláusulas será bem mais restrita não só em termos de forma como principalmente de conteúdo de cláusulas, pois vinculada à finalidade pública genuína, traduzida em cumprimento dos mandamentos constitucionais de concretização dos valores essenciais da ordem constitucional.

A dignidade da pessoa humana deve operar como ferramenta contrária a todas as possibilidades de privação da pessoa, seja por exclusão, consistente no bloqueio de prerrogativas individuais elementares (falta de liberdades como de expressão, falta de acesso ao judiciário, falta de acesso ao sistema público de saúde), seja em termos de condições desfavoráveis de inclusão da pessoa em contextos sociais e econômicos deletérios (como trabalho forçado, trabalho infantil, jornadas de trabalho exaustivas etc.), na feliz classificação de Amartya Sen.²⁴⁹

Aduz Jorge Reis Novais que o reconhecimento da qualidade do sujeito exige um pleno reconhecimento do direito à autodeterminação, mas não se esgota nessa dimensão. Tão importante quanto a garantia de autodeterminação individual é a capacidade real de desenvolvimento dos atributos que distinguem o ser humano e lhe conferem a qualidade de sujeito da própria vida.²⁵⁰

Logo, há violação da dignidade da pessoa humana, por preterição da condição de sujeito, quando, sem uma justificativa razoável, a pessoa é involuntariamente colocada em condições de ausência de capacidade ou possibilidade de autodeterminação, e de responsabilidade individual da própria vida. Igualmente quando, havendo condições materiais para o evitar, a pessoa é afetada ou privada de um mínimo para uma existência condigna ou é abandonada em uma situação de penúria em que está objetivamente privada dessa oportunidade.²⁵¹

²⁴⁸ NUSSBAUM, Martha **Sem fins lucrativos**, cit., p. 25.

²⁴⁹ SEN, Amartya; KLIKSBEEGT, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 33-35.

²⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de Estado de Direito**, cit., p. 58.

²⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de Estado de Direito**, cit., p. 58.

Resulta, da mesma forma, do princípio da dignidade do ser humano a necessidade de tutelas legislativas diferenciadas em prol de pessoas que guardam alguma forma de vulnerabilidade. A atuação da igualdade substancial perante a igualdade formal é aditiva, de modo não só a uma não contrariar a outra como a trabalharem em harmonia em prol da conformação legal das diferenças que de fato existem – e sempre existirão – entre as pessoas.

Isso ocorre, por exemplo, na tutela da infância e juventude, do idoso, das pessoas com deficiência, dos negros, todos objeto de marcos legais protetivos especificados, de modo que há uma construção fractal, mas unitária e integrada, do ordenamento jurídico. Afinal, uma base social plural, que demanda muitas vezes tratamentos jurídicos específicos, encontra nos valores e princípios constitucionais sua unidade.²⁵²

Todavia, não há dúvidas de que, mesmo com a maturação conceitual, sobreleva a insuficiência do conceito dignidade humana resolver, por si só, sem o apoio argumentativo de outros direitos fundamentais ou de regras mais precisas, e sem a melhor especificação dos contextos fáticos e sociais, os dilemas e conflitos mais complexos dos dias que correm. A dignidade humana jamais pode ser coadjuvante, mas certamente também não será o primeiro ou derradeiro protagonista da intrincada teia de fundamentação decisória de um caso difícil, especialmente em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, onde a fundamentação das decisões judiciais é direito assegurado constitucional e legalmente.

Não por outro motivo, já foi detectado um modismo maléfico em alguns precedentes da jurisprudência atual em se valer da dignidade humana de forma nada criteriosa, aproveitando-se o julgador incauto da vagueza da expressão para seu uso retórico, desnecessário, ou mesmo como uma forma disfarçada de fazer prevalecer interesses pessoais em detrimento de argumentos genuinamente jurídicos.²⁵³

Senão de todo evitada, essa contingência pode vir a se tornar de incidência bem menos frequente no que pertine à incidência dos valores constitucionais no âmbito do direito dos contratos, se o operador do direito estiver atento à íntegra da normatização constitucional que atinge o tema, pois a ele interessa não só o arcabouço dos direitos e garantias fundamentais previstos na ordem constitucional como toda a estrutura da chamada “Constituição Econômica”.

²⁵² GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FURTADO, Gabriel Rocha. Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 78.

²⁵³ Nesse sentido, STJ, AINTAREsp 1395318, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, DJ 19 dez. 2019, no qual o princípio da dignidade da pessoa humana foi usado como fundamento para anular pena de demissão de servidor público federal.

4.2 Contratos na ordem econômica constitucional contemporânea. A promoção do interesse negocial, porém condicionado à máxima efetivação dos direitos fundamentais e dos fundamentos republicanos

A configuração do instituto do contrato não é, nem nunca foi, indene a parâmetros axiológicos e ideológicos fixados constitucionalmente. Qualquer que seja o contexto social em que se insere, a figura contratual depende imediatamente da configuração da ordem econômica constitucional que o avaliza, assim como dos valores e objetivos multifacetados que ela representa e promove.

O contrato, para ser reconhecido como tal, deve dialogar não só com a ordem normativa, legal e constitucional como também com realidades fáticas precisas e sistemas metajurídicos de relevo, como economia, sociologia, antropologia, dentre outras ciências sociais. Só assim sua complexidade e funcionalidade podem ser satisfatoriamente apreendidas. Nos dizeres de Luiz Edson Fachin:

... o contrato é um processo de direito material, inserido num sistema cuja unidade não afeta a presença de vasos comunicantes com outros sistemas, especialmente como *inputs* e *outpus* entre Direito e sociedade. Não mais, por conseguinte, reduz-se o contrato a um negócio jurídico conceitual e abstrato, tomando-o em seus desafios tópicos e sistemáticos. Forma-se, pois, por etapas distintas e intercomplementares, conjugando declaração, autonomia e comportamento no plano da força construtiva dos fatos sociais. O contrato, assim, se faz contrato como processo e não apenas como instrumento, cujo efeito vinculante não se coloca aqui em dúvida.²⁵⁴

A constitucionalização do direito afetou sobremaneira a razão de ser e os elementos estruturantes do contrato, de modo que sua figura já não pode ser descolada nem dos direitos e garantias fundamentais espalhados pelo Texto Maior, nem da principiologia que agasalha, de forma sistematizada, a ordem econômica.

As molduras constitucionais, a partir da segunda metade do século XX (período pós-guerra), consolidaram normatizações multifacetadas da realidade, em muito superando os regramentos de cunho egoístico e limitado do século anterior. Dentro das novas ambições constitucionais, a atuação perante a economia ganhou especial lugar de relevo.

Tal se deu não só para atribuir ao fenômeno econômico um estatuto mínimo, mas também para fundamentar a atuação do Estado e demais atores sociais perante objetivos

²⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentido, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 65-66.

específicos e teoricamente legítimos, no claro intuito de alterar para melhor a realidade fática existente.

O jurista Fábio Nusdeo relembra que a evolução do tratamento da economia nos textos constitucionais a partir da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição Mexicana de 1917 culminou na reintrodução do Estado na arena do processo decisório econômico, fechando a profunda fenda existente entre política e economia no Estado Liberal e criando o que hoje é identificado como Sistema Misto ou de Iniciativa Dual.²⁵⁵

Por Sistema Misto ou de Iniciativa Dual entende-se o sistema normativo que implode a indiferença estatal ao fenômeno econômico, e implica a criação de normas específicas, geralmente dispostas de forma sistematizada, em um capítulo à parte, no corpo do texto das constituições da contemporaneidade, prevendo o que se pode denominar de uma verdadeira “Constituição Econômica”, a qual igualmente legitima uma regulação mais detalhada do tema pelo legislador ordinário.

Os sistemas mistos ou duais representam, nas palavras do professor titular de Direito Econômico e Financeiro da USP, uma síntese entre a tese liberal e a antítese coletivista, entre a descentralização e a centralização, entre a autonomia e a autoridade.²⁵⁶ Ciente de que se trata de um tema divisivo perante o seio social, o constituinte evita propositalmente o confronto, de modo que não há tomada de partido para um único lado da visão econômica. Valores liberais e comunitários devem ser prestigiados e harmonizados, sem que um anule o outro.

Tal sistema é, em grande parte e como já antecipado, tributário da evolução constitucional inaugurada em Weimar, cujo idealizador, o jurista Hugo Preuss (1860-1925), buscava, essencialmente, eliminar as estruturas estatais autoritárias da Alemanha pós-bismarckiana e abrir as portas para, em seu lugar, advir um Estado autenticamente democrático.²⁵⁷

Não por outro motivo, na apresentação do catálogo de direitos e garantias fundamentais, a Carta de Weimar trouxe, de forma inovadora, ao lado dos tradicionais direitos de liberdade pessoal, religiosa, partidária e de expressão, uma considerável série de disposições destinadas a proteger valores da igualdade, equidade e justiça social, com trato da economia e reverência ao direito dos trabalhadores.²⁵⁸

²⁵⁵ NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional: origem – evolução – principiologia. In: NUSDEO, Fábio (coord.); PINTO, Alexandre Evaristo (org.). **A ordem econômica constitucional: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 27-28.

²⁵⁶ NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional, cit., p. 29.

²⁵⁷ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 420.

²⁵⁸ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**, cit., p. 420.

Logo, o constituinte pátrio de 1988, ao atuar de forma parecida e evolutiva quanto ao assunto, repele o radicalismo e uma indesejável homogeneidade de visão de mundo na hora de munir o poder público de razões e motivações para atuar perante a realidade econômica. Prefere, sem a pretensão de esgotar o tema, deixar uma ampla margem de atuação para a legislação infraconstitucional, cujas razões e motivações serão de cunho variado e multifacetado, como o é a sociedade para a qual se destina.

Quando trata das diretrizes fundamentais da vida econômica do país, a Carta Magna vigente, na parte pertinente à Constituição Econômica, agasalha uma heterogeneidade de valores culturais, econômicos e sociais, sempre no desiderato de reconhecer e conciliar a importância da livre-iniciativa, da atividade produtiva para o desenvolvimento e enriquecimento da nação e o bem-estar das pessoas, mas lado a lado com a necessidade de resguardo de imperativos humanísticos básicos para a promoção de bens que em muito escapam à esfera eminentemente patrimonial, e que são igualmente importantes para promover a dignidade humana e o solidarismo social na sociedade multicultural e complexa dos dias correntes.

Desta feita, o sistema é misto porque os Estados não interferem nem absorvem o sistema econômico, porém dele participam, geralmente pelas modalidades direção (o Estado dirige, via regulamentação, a vida econômica), absorção (o Estado atua como empresário, via empresas estatais, mas sem bloquear a oportunidade de atuação de atores privados nos mesmos ramos, salvo casos muito específicos de monopólio, daí se falar que a absorção é sempre parcial) e indução da economia (o Estado influencia as decisões de mercado, mas sem dirigi-lo ou absorvê-lo, como se dá com isenções, subsídios e tributações, muitas vezes definidos de forma estratégica).²⁵⁹

Há clara explicitação da vontade constitucional em prol de um equilíbrio entre produção econômica, valorização do trabalho humano, sustentabilidade e promoção de valores humanos existenciais, com a perene preocupação de demonstrar a relevância de cada um desses axiomas e atividades para a concreção da realização humana e a justiça social, mas sem descurar da legitimidade do sistema capitalista e de sua dinâmica de acumulação de capital, desde que lícita, e consonante aos interesses da coletividade.

Equilíbrio, equalização, balanceamento, conciliação, paridade valorativa, são essas algumas das palavras-chave da Constituição Econômica brasileira vigente. Ora, além da valorização do trabalho humano e da livre-iniciativa como fundamentos da ordem econômica,

²⁵⁹ SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**, cit., p. 29.

os nada menos que nove incisos do art. 170 da Constituição da República denotam uma proposital falta de homogeneidade funcional, o que, na visão de Ana Paula de Barcellos, permite a alocação de tais princípios em dois grandes grupos: i) princípios que tratam do funcionamento da ordem econômica (soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente); ii) princípios-fins (redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis do país, e que tenham aqui sua sede e administração).²⁶⁰

A distinção traria consequências relativamente aos poderes atribuídos ao Estado em seu papel de regulador e normatizador da atividade privada. Quanto aos princípios de funcionamento, seria possível a cominação de sanções em caso de desvirtuamento. Quanto aos princípios-fins, avaliza-se aos poderes constituídos apenas a implementação de mecanismos de fomento, de modo a incentivar a adoção de certos comportamentos ou decisões, cabendo ao próprio poder público o dever de promover sua realização de forma direta, por meio dos múltiplos mecanismos de que dispõe.²⁶¹

Conforme alertam José Maria Arruda de Andrade e Alexandre Evaristo Pinto, a grande mudança qualitativa nas constituições econômicas hodiernas é a introdução de objetivos sociais e econômicos mais ambiciosos, de modo a reconhecer o papel do Estado como agente que vai além das regras de competência e da fixação de garantias individuais. Passam, na realidade, a compor o rol de objetivos fundamentais da República transformações estruturantes do país, aquilo que ele possui de especificidade, como uma sociedade marcada pela heterogeneidade socioeconômica e com grande extensão territorial.²⁶²

Talvez uma das provas disso seja a própria forma como o poder constituinte originário se preocupa em, por duas vezes, colocar livre-iniciativa e valorização social do trabalho lado a lado, justamente em duas disposições normativas cruciais para a moldura da nova democracia nacional (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da CF/88). Tal postura revela a clara percepção de que

²⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 457.

²⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 457.

²⁶² ANDRADE, José Maria Arruda de; PINTO, Alexandre Evaristo. Da livre-iniciativa na Constituição Federal de 1988. In: NUSDEO, Fábio (coord.); PINTO, Alexandre Evaristo (org.). **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 106.

nenhum desses valores é prevalecente sobre o outro, sendo igualmente arrematados pela ideia de justiça social, como bem captado pela Professora Ana Frazão.²⁶³

José Afonso da Silva explica que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição de riqueza. Ou seja, um regime de efetiva justiça social, tal qual aquele explicitado nos arts. 3º, I, e 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988, será aquele em que cada um deve dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política, e que condena as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria.²⁶⁴

Há de se firmar que as relações contratuais fazem parte, invariavelmente, dessa equação. De fato, a ordem econômica, a despeito de compor um acervo de dispositivos que aparentam prover valores antagônicos, na verdade é marcada, sob um olhar cuidadoso, pelas ideias de organização, sistematicidade e teleologia humanística, apta a compor as tensões apenas aparentes entre seus princípios conformadores.

Isso é perceptível quando da análise da contraposição, frise-se, apenas aparente, entre capital e trabalho, já que esses e outros valores são igualmente firmados e reconhecidos pela Constituição Econômica, para a qual é preciso equilibrar políticas redistributivas sem abolir a iniciativa e a propriedade privada.²⁶⁵

Como na realidade um deve alimentar o outro, é de interesse social que as pessoas consigam “caminhar com as próprias pernas” e prover suas necessidades pelos meios regulares de aquisição de bens e serviços. A provedoria desses bens e serviços, igualmente, deve não só existir como desenvolver-se de forma significativa, possibilitando a prosperidade econômica, desde que legítima, sem o esmagamento da contraparte.

Dentro da mesma linha de argumentação, Paula A. Forgioni ressalta que o direito mercantil não busca a proteção de agentes econômicos singularmente considerados, mas a torrente de suas relações. O direito empresarial moderno não cultiva mais o “ranço privatístico” da exacerbação das liberdades pelas liberdades. Contrariamente, ata-se à implementação de políticas públicas, desdobrando-se também na determinação do papel que o mercado desempenhará na alocação dos recursos em sociedade.²⁶⁶

²⁶³ FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem: a necessária vinculação entre liberdade de iniciativa e justiça social. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 97-98.

²⁶⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 803-804.

²⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, cit., p. 107.

²⁶⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 285.

Impossível, assim, negar que há evidente e insistente demonstração, pelo legislador constituinte, em diversos dispositivos, da ausência de contrariedade e incompatibilidade absoluta entre todos os valores realçados e protegidos quando trata da vida econômica do país, prevalecendo, ao revés, um caráter de variedade, dinamicidade e complementaridade entre eles, em deliberada movimentação de distanciamento de tabus ideológicos, os quais sabidamente travam o cumprimento dos comandos constitucionais e comprometem a higidez da própria economia.

Corolário disso é que eventuais propostas administrativas e legislativas que desconsiderem a necessária vinculação entre livre-iniciativa, valorização social do trabalho e justiça social simplesmente não são compatíveis com a Constituição brasileira, problemática que afeta de modo sistematizado, por exemplo, a assim chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que nem mesmo na escolha de sua terminologia escapa de problemas severos de constitucionalidade material.²⁶⁷

A heterogeneidade e a paridade axiológica da “Constituição Econômica” brasileira levaram o jurista Ives Gandra Martins, ao comentar os méritos do constituinte de 1988 em sistematizar os princípios e fundamentos essenciais da ordem econômica e realçar o grande valor da livre-iniciativa, a reconhecer que:

Esta foi bem definida, na sua dualidade de iniciativa. Ou seja, se essencialmente originada da liberdade de empreender por parte da sociedade, com regras pertinentes ao direito privado, muito embora dela pudesse participar o poder público, em face do relevante interesse nacional ou por segurança. Por outro lado, sempre que a relação econômica envolvesse prestação de serviço público, as regras passariam a ser de direito público, embora o setor privado pudesse dela participar, submetido às regras próprias do direito administrativo.

[...]

Para o controle da livre-iniciativa, que poderia descambar para a competição selvagem e não social, estabeleceu dois polos de vigilância permanente, na ponta do consumo, com o direito do consumidor assegurado, e na ponta da produção, com a punição ao abuso do poder econômico, com o que, disciplinada a livre concorrência, pudesse permitir a evolução da economia, de forma intratraumática, objetivando que a competência, em sua condução, prevalecesse sobre eventuais distorções dos que violassem a ética que deve nortear o livre mercado.²⁶⁸

²⁶⁷ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**, cit., p. 99. Nesse sentido: “Com efeito, até a terminologia ‘liberdade econômica’ tem por objetivo eclipsar os demais desdobramentos da liberdade, pois é a lei do mercado que se pretende universalizar. Dessa maneira, apesar de estar assentado em uma união entre economia de mercado e democracia representativa, o projeto político ora em voga acaba aproveitando-se da sua ambiguidade a respeito da relação entre a política e a economia, para o fim de requerer apenas o pouco de democracia que é necessária para o mercado. A ideia predominante é a de que o mercado possa substituir o Estado como força regulatória da sociedade”.

²⁶⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito econômico na Constituição de 1988. In: NUSDEO, Fábio (coord.); PINTO, Alexandre Evaristo (org.). **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 38-39.

Por sua vez, Paula A. Forgioni relembra que a livre-iniciativa é um dos fundamentos da República e da ordem econômica (arts. 1º, IV, e 170, *caput* e IV, da CF/88). Muito mais do que propriamente “liberdade de comércio e indústria”, garante aos agentes econômicos ingresso no mercado (a arena de disputas), e a possibilidade de nele permanecer ou dele se retirar *sponte propria*.²⁶⁹

O agente é livre para agir, livre para empreender, mas dentro dos marcos de possibilidade fixados na legalidade infraconstitucional. Nos dizeres da mencionada autora, a liberdade de iniciativa é a viga mestra da nossa ordem econômica, mas é limitada pela legalidade.²⁷⁰

Analizando a Constituição Econômica espanhola, que em alguns pontos é bastante similar à brasileira, aduzem Fernando Rey Martinez e Ma. Aránzazu Moretón Toquero, professores de Direito Constitucional da Universidad de Valladolid, que o modelo econômico se centra, mas não se esgota, na proclamação da liberdade de empresa e da economia de mercado.²⁷¹

A esses preceitos somam-se outros, heterogêneos, caracterizados por redações constitucionais flexíveis e indeterminadas. Conjunto este que conforma uma constituição aberta, porque não reflete um arquétipo unitário e tampouco neutro de um modo de ser e viver a economia. Com isso, torna-se possível uma multiplicidade de ações pelos operadores econômicos e pelos poderes constituídos, cuja delimitação concreta será fruto de escolhas políticas por meio de eleições periódicas.²⁷²

O direito de explorar atividades empresariais é titularizado por todos. A livre-iniciativa projeta-se tanto contra o próprio Estado quanto contra os demais particulares, na medida em que dela decorre o dever de a generalidade de pessoas respeitar o mesmo direito constitucional do agente econômico, bem como explicita a ilicitude de atos, estatais ou privados, que impeçam ou restrinjam seu pleno exercício.²⁷³

Logo, trata-se de um direito fundamental que todos, pessoas físicas e jurídicas, ostentam de se inserir no mercado de produção de bens e serviços, sem restrições que embaracem o acesso às relações de troca. Todavia, há de se salientar que a livre-iniciativa não se limita à liberdade de empresa, conquanto essa dimensão seja pressuposta.

²⁶⁹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**, cit., p. 286-287.

²⁷⁰ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**, cit., p. 287.

²⁷¹ BIGLINO, Paloma *et al.* **Lecciones de derecho constitucional II**. 2. ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, p. 721-722.

²⁷² BIGLINO, Paloma *et al.* **Lecciones de derecho constitucional II**, cit., p. 722.

²⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1: Empresa e estabelecimento. Títulos de crédito. p. 213.

Realmente. Dado que a livre-iniciativa é, como visto, um dos pilares da autonomia negocial, fundamento da ordem econômica constitucional e, em seu valor social, fundamento da República, conseqüentemente, há de ser entendida em aspecto abrangente, pois nem a autonomia negocial e muito menos os fundamentos republicanos do país esgotam-se em questões apreciáveis economicamente.

Nesse norte, ensina o jurista Eros Roberto Grau que a livre-iniciativa é um dos princípios políticos constitucionalmente conformadores do ordenamento jurídico, não podendo ser tomada, enquanto o fundamento republicano, como expressão individualista, mas sim de cunho socialmente valioso, afinal a ordem econômica daria prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado.²⁷⁴

Tratar-se-ia, portanto, de um desdobramento da própria liberdade, devendo ser considerada em uma perspectiva substancial, tanto como resistência ao poder quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade social econômica).²⁷⁵

Com raciocínio parecido, e amparo em lições históricas de Orlando Gomes, Arruda Alvim aduz que a liberdade de contratar não tinha na Constituição Federal de 1969, como não tem na Constituição vigente, uma proteção constitucional direta, mas sim reflexa, mediata, decorrente da garantia à liberdade de iniciativa, princípio básico da ordem econômica e social.²⁷⁶

Raízes dos bens fundamentais protegidos pela autonomia privada são extraídas do art. 170 da Constituição Federal de 1988, que inaugura a ordem econômica, de modo que os fundamentos nucleares preenchedores da autonomia privada podem ser identificados como a proteção da propriedade privada, da personalidade e, conseqüentemente, a capacidade negocial ou a livre negociação.²⁷⁷

Segundo as palavras do autor:

Evidente, pois, que a atividade jurídica negocial, em que é exercida a autonomia privada, não se confunde com a liberdade de iniciativa econômica. Há diversos aspectos mais amplos protegidos pela liberdade de iniciativa. No mais, há campos em que a autonomia privada também encontra fundamento em outros valores, como quando empregada no direito de família e no direito de sucessões. Parece-nos claro e evidente, contudo, que a autonomia privada efetivamente é essencial para a efetivação

²⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 196.

²⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, cit., p. 196.

²⁷⁶ ALVIM, Arruda. Jurisdição estatal, arbitragem e autonomia privada. In: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Tereza Arruda (coord.). **Jurisdição e direito privado**: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 56.

²⁷⁷ ALVIM, Arruda. Jurisdição estatal, arbitragem e autonomia privada, cit., p. 56-57.

da liberdade de iniciativa. Daí por que viável a constatação de que da proteção constitucional à livre iniciativa emana a proteção à autonomia privada. Nessa perspectiva, ainda que não haja explicitude, parece que os contratos e a vontade que os anima encontram reflexo dessa previsão constitucional (livre iniciativa).²⁷⁸

Não se deve confundir livre-iniciativa com livre concorrência. Esta é desdobramento daquela. Significa a possibilidade de atuar na atividade econômica dentro de um contexto de respeito e lealdade às regras do jogo capitalista, de modo a instar o Estado a não só não interferir, em regra, na dinâmica dos mercados como também, em exceção, atuar invasivamente para reprimir distorções mercadológicas em prol da sobrevivência do próprio mercado perante um contexto de autossabotagem, como práticas abusivas e anticoncorrenciais, abuso do posição dominante, aumento abusivo de preços e lucros, ajustes indevidos entre concorrentes como cartelização etc. Nos dizeres de Ana Paula de Barcellos:

Por fim, o princípio da livre-concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados econômicos: qualidade dos bens e serviços e preço justo. Como regra, não deve o Poder Público substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo diante de situações de ruptura das condições de concorrência livre ou para evitá-las. Os agentes privados têm o direito subjetivo à livre-concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado.²⁷⁹

Inaceitável, portanto, a redução da livre-iniciativa meramente à feição de liberdade econômica ou de liberdade de iniciativa econômica. Essa é apenas uma de suas facetas. Seu âmbito de aplicação é consideravelmente maior, abrangendo, na verdade, todas as formas de produção, individuais ou coletivas, como é o caso da iniciativa privada, da iniciativa cooperativa, da iniciativa autogestionária, da iniciativa pública etc.²⁸⁰

Consequentemente, é realidade inegável que um sistema econômico predatório, alicerçado em uma liberdade econômica praticamente incondicionada, não encontra respaldo na ordem constitucional inaugurada em 1988. Da mesma forma que não o faz a planificação econômica estatal. Toda atividade produtora de riqueza para seu protagonista ou para terceiros é legítima, mas desde que esteja em sintonia com um ou mais valores constitucionais que trabalhem em prol do bem-estar dos cidadãos.

Assim sendo, a própria Lei Maior indica as correções de rumo necessárias para preservar o sistema capitalista de suas próprias distorções, e abre considerável espaço de conformação

²⁷⁸ ALVIM, Arruda. Jurisdição estatal, arbitragem e autonomia privada, cit., p. 56.

²⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 458-459.

²⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, cit., p. 197.

para o legislador ordinário trabalhar de modo mais detalhado nesse sentido. Nenhuma das soluções sequer acena para a adesão a um regime de economia planificada, ou para o “cada um por si e Deus por todos” da total desregulamentação da vida econômica, limitando projetos de empreendedorismo unicamente à busca incessante por lucro.

Há de se ter clareza da opção constitucional pelo equilíbrio e paridade entre todos os valores propositalmente heterogêneos fixados pelo legislador constituinte. As tensões entre os fundamentos da ordem econômica podem ser reais e não apenas aparentes, mas certamente não são insolúveis. Há de se buscar o ponto ótimo entre a tutela geral da personalidade humana e o desenvolvimento econômico, social e cultural. Parte desse trajeto passa pela reconfiguração do instituto da autonomia da vontade.

4.3 A autonomia negocial como direito constitucional fundamental implícito e a função social dos contratos como princípio estruturante decorrente dos fundamentos da República e da ordem econômica brasileira

A complexidade e o caráter multifacetado da sociedade atual tornaram imperiosa a superação do modelo de regramento individualista próprio das codificações civis oitocentistas consagradas nos dois últimos séculos. A necessidade de remodelagem de estruturas civilistas tradicionais, para além dos interesses das partes protagonistas de certa relação jurídica, não deixaria de fora a figura contratual, instrumento absolutamente salutar para o funcionamento de toda a engrenagem da ordem econômica de um regime capitalista de produção e circulação de riquezas.

É sabido que, no fim da primeira metade do século XX, os códigos perderam o protagonismo normativo para as constituições, e que estas, como visto no tópico adstrito à constitucionalização do direito, passaram a dispor em seus textos de institutos outrora largamente empregados nos primeiros, certamente no intuito não só de estabilizá-los com proteção reforçada na ordem normativa como também de modernizá-los e reconfigurá-los em face da nova sociedade que então já se avizinhava.

Por conseguinte, na linha de outros institutos consagrados, como o casamento, a propriedade, a herança, o contrato igualmente ganhou reconhecimento constitucional, talvez não com a mesma nitidez, mas certamente com a mesma reverência, conclusão esta tirada da leitura atenta da Constituição de forma sistemática e teleológica, enfim, em sua inteireza, levando em conta todas as suas ambições e vicissitudes, especialmente à luz dos novos

regramentos dos direitos e garantias fundamentais, dos objetivos fundamentais da República e da ordem econômica e social.

O legislador constituinte sabe que qualquer modificação na ordem normativa não pode ambicionar a perpetuidade, sob pena de engessamento das gerações futuras pelas passadas. Contudo, a pretensão de estabilidade e normatização prolongada de determinada realidade social, por gerações a fio, deve ser perseguida, de modo a condensar, em um único corpo orgânico, normas com algum grau de determinabilidade, normas com previsões genéricas e abstratas (como feito nas passagens constitucionais citadas acima) e modelos limitados formal e materialmente de alteração constitucional.

Algum grau de alterabilidade é bem-vindo porque as sociedades mudam, assim como seus valores, problemas, riscos e desafios. Contudo, a inesgotabilidade e a imprevisibilidade das vicissitudes sociais não são fruto unicamente de imperfeições legislativas semânticas. Refletem igualmente no próprio desejo do poder constituinte, que reconhece previamente a necessidade de transformação e evolução de parte de seu texto, desde que isso não implique perda da identidade do projeto constitucional.

Isso porque, como lembrado por Ingo Wolfgang Sarlet, o legislador, ao proceder à reforma da Constituição, não dispõe de liberdade de conformação irrestrita, encontrando-se sujeito a limitações que objetivam não só a manutenção da identidade da Constituição mas também a preservação de sua posição hierárquica, de modo a evitar a elaboração de uma nova Constituição por via da reforma constitucional.²⁸¹

A identidade constitucional salvar-se-á com a configuração das chamadas cláusulas pétreas, variáveis conforme a ordenação e a tradição constitucional de cada país, mas que, no caso do Brasil, engloba os princípios fundamentais, os direitos fundamentais, a forma de Estado e de governo, a separação de poderes, enfim, os elementos genuínos que permitem a continuidade e a identificação de um espírito constitucional comum e aceitável, de modo que sua supressão ou secundarização resultaria em destruição dos elementos essenciais do projeto constituinte.²⁸²

Para John Rawls, os elementos constitucionais essenciais são de dois tipos: i) os princípios fundamentais, que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político; ii)

²⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e “cláusulas pétreas” na Constituição Federal de 1988. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 37.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e “cláusulas pétreas” na Constituição Federal de 1988, cit., p. 43-44.

os direitos e liberdades fundamentais e iguais da cidadania, que as maiorias legislativas estão obrigadas a respeitar, tais como o direito ao voto, de participação política, a liberdade de consciência, de pensamento e de associação, assim como as garantias do Estado de Direito.²⁸³

Ambos constituem uma trama complexa, havendo menor maleabilidade na forma de configuração dos segundos, pois a caracterização de direitos de liberdade é mais ou menos parecida nos regimes livres e democráticos, enfrentando, portanto, menor desacordo social quanto a seu conteúdo.²⁸⁴

Logo, Títulos como o I, o II e o VII da Constituição da República de 1988 não devem ser lidos de forma hermética e apressada, e sim em harmonia com a totalidade constitucional, que se revela ambiciosa, globalmente estável, mas ao mesmo tempo com partes cambiantes, sem perder de vista seus caracteres essenciais, voltados à proteção e promoção da pessoa humana.

Então, o projeto constitucional não poderia seguir adiante sem uma visão vivificada e evolutiva de seus objetivos primordiais, circunstância apta a tornar inviável a leitura restrita e engessada dos direitos e garantias fundamentais, que, em uma ordem democrática e humanista, podem e devem viver em constante aperfeiçoamento e alargamento sem que isso implique contrariedade à arquitetura constitucional como um todo.

Realmente, com o advento e o desenvolvimento do constitucionalismo do pós-guerra, formou-se uma espécie de consenso de que algumas coisas, mesmo não sendo objeto de garantias específicas, passaram a ser características da democracia ocidental, sendo autênticas exigências desta, como se dá com a presença de direitos não enumerados e latentes na ordem normativa, e que podem ser especificados e impostos judicialmente quando a demanda surgir.²⁸⁵

Observe-se que é no princípio maior da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica democrática encontra o próprio sentido, sendo o ponto de partida e de chegada da hermenêutica contemporânea. Tanto no âmbito internacional como no interno, centraliza e unifica todo o sistema normativo e redireciona a leitura do direito constitucional.²⁸⁶

Vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema normativo, o que resta bem claro da própria nova topografia constitucional, que, quebrando tradição anterior, deixou de

²⁸³ RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 268.

²⁸⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**, cit., p. 268.

²⁸⁵ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 524.

²⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 112-113.

regular o Estado para só então regular os direitos das pessoas. A lente agora deixa de ser *ex parte principe* para ser *ex parte populi*, assumindo como ponto de partida a gramática dos direitos das pessoas, para só então iniciar a regulação das formas estatais.²⁸⁷

Desta feita, de todas as funções/dimensões/características do princípio da dignidade da pessoa humana já mencionadas no tópico anterior, resta irrenunciável ao intérprete e ao aplicador do direito constitucional reconhecer e conceituar a de cláusula de extração dos direitos fundamentais implícitos na ordem constitucional como de extrema relevância para assentar a importância de tais direitos no topo axiológico da normação constitucional.

Sem dúvida trata-se de trabalho bastante árduo, mas também um dos mais importantes (senão o mais importante), ao menos sob um ponto de vista prospectivo, para a consolidação de direito constitucional atual e concretamente efetivo perante a comunidade política.

É sabido que os direitos fundamentais não se esgotam no rol do art. 5º da Constituição Republicana, e nem poderia ser diferente, já que o legislador constituinte reconhece de plano que sua obra visa à transformação da realidade social injusta e desigual com que se deparou. Ora, não custa lembrar que a nova realidade constitucional nascida em 1988 é de ruptura com um regime totalitário que durou 21 anos, e cônica de vir a lume em um contexto de amplas patologias econômicas e sociais.

Por isso mesmo, o projeto constitucional traz dentro de si ambições de possível durabilidade intergeracional, como fica claro no preâmbulo e na fixação dos objetivos fundamentais da República, delineados logo no início do texto pátrio, algo inviável de se alcançar com amparo em um rol taxativo e engessado de direitos e garantias fundamentais.

O constituinte sabia dos desafios fáticos e jurídicos que viriam com a inauguração de uma nova ordem, e por esse motivo bem se preparou para superar de vez uma leitura positivista clássica dos direitos e garantias fundamentais, optando por manter, mas ao mesmo tempo aperfeiçoar, a tradição da previsão de cláusula de abertura substancial dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira.²⁸⁸

Tal circunstância, então, resta indissimulavelmente realçada pela inteligência do § 2º do art. 5º da Constituição, a escancarar o rol não exaustivo dos direitos e garantias fundamentais, que na verdade estão presentes, de forma explícita ou implícita, em todo o corpo constitucional,

²⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, cit., p. 115-116.

²⁸⁸ A despeito de consubstanciar tradição constitucional brasileira, a redação da previsão atual pode ser considerada um avanço em relação às anteriores, pois privilegia uma leitura teleológica e evolutiva desses direitos, tanto que acresceu a referência aos tratados internacionais de direitos humanos, algo até então inexistente.

ou mesmo fora dele, como nos casos dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

O tema ainda era pouco debatido em sede doutrinária quando o Supremo Tribunal Federal, ainda nos primeiros anos da década de 90 do século XX, fez ruir a concepção de leitura semântica e literal dos direitos e garantias fundamentais por ocasião do julgamento do *Leading Case* ADIN 939-7, no qual o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, “b”) foi entendido como um direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte, isso a despeito de estar topograficamente distante do art. 5º da Constituição e de não haver linguagem constitucional expressa nesse sentido. Então, não só as liberdades públicas constituem o cerne imodificável, mas também o são outras prerrogativas espalhadas pela Carta de 1988.²⁸⁹

Na ocasião, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet, o cerne da fundamentação da Suprema Corte fixou-se na redação inovadora do § 2º do art. 5º, tido como o princípio fundante da abertura material do catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição, permitindo seu reconhecimento até mesmo em corpos normativos distintos do texto constitucional, integrando assim o denominado bloco de constitucionalidade.²⁹⁰

O precedente foi o pontapé inicial para uma série de discussões posteriores, perante a Suprema Corte pátria, envolvendo alegados direitos fundamentais implícitos, como preservação da integridade ambiental, igualdade entre os cônjuges em matéria de alimentos, direito ao nome e indisponibilidade do estado de filiação como direitos fundamentais e de personalidade, autonomia universitária, direito à ressocialização do preso, duplo grau de jurisdição em matéria criminal, dentre outros.²⁹¹

Já perante o Sistema Interamericano de Defesa dos Direitos Humanos, Jorge Isaac Torres Manrique destaca a decisão do caso *Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honrat (Nuestra Terra) vs. Argentina*, no bojo da qual o Estado Argentino foi condenado por vulnerar não só a propriedade coletiva da terra, identidade cultural e direito à saúde e alimentação adequada daquela comunidade indígena como, igualmente, por vulnerar o direito fundamental à água daquela população. De rigor a percepção de que esta foi a primeira vez que

²⁸⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 420.

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 550.

²⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**, cit., p. 550.

referida corte internacional de justiça reconheceu o acesso à água como direito fundamental implícito.²⁹²

Em outra obra, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais trazido pelo dispositivo constitucional supracitado é de amplitude ímpar, encerrando, expressa e concomitantemente, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos, bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e dos tratados internacionais.²⁹³

A abertura do sistema de direitos fundamentais abrange, então, tanto a previsão expressa de uma abertura de direitos não enumerados quanto a dedução de posições jusfundamentais por meio da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a inclusão de direitos de matiz internacional e a dedução das normas de direito fundamental de outras normas de envergadura constitucional.²⁹⁴

É característica inerente aos direitos fundamentais sua inexauribilidade, ou seja, a impossibilidade de alcance de um ponto ótimo e definitivo de satisfação, seja fático ou jurídico. Direitos fundamentais são produto de prolongadas lutas históricas de grupos de pessoas geralmente deixadas à margem do processo civilizatório.

A não enumeração serve justamente para que essas reivindicações sejam reconhecidas e conformadas pela ciência do direito à medida que a sociedade se desenvolve, conhece e enfrenta novos riscos, desequilíbrios e controvérsias dentro de sua própria identidade. A incorporação posterior no texto constitucional no mais das vezes tem um cunho de reconhecimento, consolidação, e não de inovação.

Foi o que ocorreu, por exemplo, com direitos fundamentais como duração razoável do processo, moradia, alimentação e transporte, todos trazidos via emenda constitucional, mas nem por isso objeto de menor reverência se postos lado a lado com os direitos e garantias fundamentais trazidos já na inauguração da ordem constitucional de 1988. Pensar o contrário importaria indesejável hierarquia entre tais direitos, algo que nem de longe o legislador constituinte cogitou.

²⁹² TORRES MARINQUE, Jorge Isaac. Reflexiones acerca del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales en la pandemia sanitaria. In: **Derechos fundamentales contemporáneos: enfoques actuales y futuros**. Barcelona: Bosch, 2021. p. 216-217.

²⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 87.

²⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, cit., p. 87-88.

O constitucionalista Dirley da Cunha Júnior relembra que, para os teóricos da Declaração Universal de 1948, os direitos humanos constituem um ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações. Corolário disso é que são direitos morais decorrentes da própria condição humana, e, como tais, ainda que não positivados, devem ser observados e respeitados, por exigência de uma consciência ética coletiva, consistente na convicção generalizada da comunidade de que o homem vive, convive e desenvolve suas virtualidades de alcançar um estágio ideal de dignidade.²⁹⁵

Aparentemente agasalhando essa mesma lógica, Eduardo Rodrigues dos Santos ressalta a importância substantiva dos direitos e garantias fundamentais, independentemente da ostensividade (ou não) dentro do sistema normativo constitucional, ou mesmo inseridos no bloco de constitucionalidade. São suas as seguintes considerações:

Das três fontes estabelecidas pelo § 2º, do art. 5º, da CF/88, é possível, por uma interpretação sistemática, apontar quatro possibilidades constitucionais de construção e identificação de direitos fundamentais atípicos (espécies de direitos fundamentais atípicos), isto é, quatro possibilidades de se encontrar direitos fundamentais que não estejam expressamente previstos no Título II da nossa Carta Maior: a) direitos e garantias fundamentais positivados expressamente na Constituição, mas fora do Título II, que chamamos de direitos fundamentais não enumerados; b) direitos e garantias fundamentais não positivados expressamente na Constituição, mas implicitamente nela contidos, que chamamos de direitos fundamentais implícitos; c) direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, que chamamos de direitos fundamentais atípicos *stricto sensu*; d) direitos e garantias fundamentais advindos dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, que chamamos de direitos humanos fundamentais.²⁹⁶

O grau de proximidade axiológica entre o direito latente na ordem constitucional e o princípio maior da dignidade da pessoa humana deve ser sensível o suficiente a demonstrar que a consagração do direito “novo” a que o aplicador do direito se refere é uma decorrência lógica do sistema protetivo constitucional. É algo descoberto, e não inventado, não se tratando, assim, de fruto de atividade criativa, manipuladora, mas antes hermenêutica e apreensiva daquilo que consta da manifestação expressa ou implícita do poder constituinte.

Direitos fundamentais implícitos são essenciais para não tornar letra morta a própria finalidade dos direitos fundamentais como um todo, que é proteger e destacar o ser humano em si considerado dentro do ordenamento jurídico. Ora, um rol taxativo desses direitos tornaria inviável a máxima proteção da pessoa em face da complexidade da vida social atual, especialmente em áreas onde o poder econômico e o desenvolvimento tecnológico podem ter

²⁹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 569.

²⁹⁶ SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos: uma análise da cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da CF/88**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 213-214.

força deletéria equiparável ou maior que o poder cogente estatal, como se dá nas redes sociais e na realidade contratual dos tempos atuais.

São próprias da evolução dos direitos fundamentais, alerta o constitucionalista lusitano José Carlos Vieira de Andrade, as ideias de acumulação, variedade e abertura.²⁹⁷ Acumulação porque em cada momento histórico se formulam novos direitos, típicos de cada tempo, vindo a se somar aos direitos antigos. Variedade porque os direitos fundamentais não são estruturalmente uniformes e apresentam complexidades funcionais, desdobradas em diversas dimensões normativas.²⁹⁸

Por último, a característica da abertura – a que mais de perto interessa a esta parte do trabalho – consiste na premissa de que nenhum catálogo constitucional pretende esgotar o conjunto ou determinar o conteúdo dos direitos fundamentais, aceitando-se a existência de direitos não escritos ou de faculdades implícitas.²⁹⁹

Então, conclui o autor que objeto de total atenção deve ser a proteção da dignidade das pessoas contra os perigos que resultam das estruturas de poder da sociedade, sendo imperativo que o surgimento de uma nova forma de poder ou um novo tipo de perigo para a dignidade individual seja acompanhado do aparecimento de um novo direito.³⁰⁰ Ou – ousa-se acrescentar – o desenvolvimento de uma nova faceta de um direito fundamental já existente.

No caso específico das relações contratuais, a leitura concertada de diversos dispositivos constitucionais brasileiros permite concluir pela consagração da autonomia negocial como faceta indissociável da realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais, individuais ou sociais, devendo, por isso mesmo, ser reconhecida como direito fundamental implícito, donde flui o princípio estruturante da função social dos contratos, também de inegável estatura constitucional.

Realmente, liberdade e autonomia são conceitos praticamente indissociáveis, já que esta pode ser entendida como aquela em movimento. A possibilidade concreta de se governar por si mesmo, de tomar decisões livremente, de forjar a si próprio o senhorio da existência. Por isso, a autonomia é talvez a face mais sensível da liberdade, já que coloca à prova a real capacidade humana de tomar as rédeas de seu destino. A autonomia não se esgota na atividade contratual, mas dela não pode prescindir ao longo da existência humana.

²⁹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 65.

²⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, cit., p. 65-66.

²⁹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, cit., p. 66.

³⁰⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, cit., p. 66.

Não obstante, interessante atentar que inexistente previsão constitucional expressa para os princípios da autonomia privada e da função social dos contratos na ordem constitucional brasileira em vigor. Possivelmente o legislador constituinte assim agiu atento ao imbricamento dos conceitos liberdade/autonomia, e ciente do generoso manto protetor já estendido à liberdade, tanto em seu aspecto genérico quanto em todos os seus desdobramentos (liberdade de expressão, liberdade de ação, liberdade de reunião, direito de ir e vir, proteção constitucional do *habeas corpus* etc.), nos vieses positivo e negativo, individual e coletivo, algo absolutamente compreensível, tendo em conta a ruptura completa com o regime autoritário anterior.

Quanto à função social dos contratos, provavelmente entendeu por suficientes para caracterizá-la os fundamentos da República como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e livre-iniciativa (art. 1º, I a III, da CF/88), objetivos fundamentais da República como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I a III, da CF/88).

Também não se descarta a função social dos contratos dos variados princípios estruturantes da ordem econômica, que, conjugados ao generoso rol de direitos fundamentais como liberdade de profissão e propriedade privada, deixam claro o caráter vital da atuação contratual não só para o crescimento, mas, especialmente, para: i) o desenvolvimento, econômico e social da comunidade; ii) a emancipação do ser humano, individualmente considerado; iii) o equilíbrio das relações negociais, dentro das quais há um dever de reverência para com os direitos fundamentais.³⁰¹

Nesse norte, lembra Flávio Tartuce que a função social do contrato, preceito de ordem pública, encontra fundamento constitucional no princípio da função social do contrato *lato sensu* (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, III), no princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na busca de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I, e 5º, *caput*), em uma remodelação do instituto à luz da nova concepção de direito privado, no plano civil constitucional.³⁰²

O mesmo autor, em outra obra, ressalta que o contrato hoje está vinculado a paradigmas constitucionais e, ao contrário do que prega parte da doutrina estrangeira, passa longe de correr risco de extinção ou de encontrar-se em momentos de desprestígio e decadência. Antes, hoje o

³⁰¹ Haverá aprofundamento do tema no item 5.2 do capítulo final.

³⁰² Flávio Tartuce, **Função social dos contratos**, São Paulo: Método, 2005, p. 315, *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 3: Contratos. p. 23.

contrato protagoniza sua própria reconstrução pelos novos valores e estruturas sociais que mitigam sobremaneira características outrora primordiais do instituto, como o *pacta sunt servanda* e a relatividade.³⁰³

No mesmo sentido, Cora Cristina Ramos Barros Costa aduz, corretamente, que a função social do contrato tem fundamento constitucional no país, e se liga a dois pontos: à cláusula geral de solidariedade e à igualdade substancial. Trata-se de um canal de abertura sistêmica que visa à criação de mecanismos que possibilitem uma progressiva emancipação do sujeito que contrata.³⁰⁴

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery igualmente concluem ser a cláusula geral da função social do contrato decorrência lógica do princípio constitucional dos valores da solidariedade, da construção de uma sociedade mais justa (art. 3º da CF/88), da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III) e do valor social da livre-iniciativa (art. 1º, IV), todos eles interligados, de modo que não se pode conceber o contrato apenas do ponto de vista econômico.³⁰⁵

E, assim como o contrato, a autonomia negocial, prerrogativa humana que lhe dá concretude, também se vê confrontada e reinventada pela complexidade e alta carga axiológica trazidas pelos novos ordenamentos jurídicos constitucionais, devendo agora andar concatenada, ou ao menos não contrariar, o manto de valores protegidos comunitariamente

Não por outro motivo, dispositivos como os artigos 280 e 405 do Código Civil Português deixam claro que a liberdade de fixação do conteúdo dos contratos se dá dentro dos limites da lei, da ordem pública e dos bons costumes.

Comentando sobre a disciplina do tema no direito espanhol, afirmam Encarna Cordero Lobato e Manuel Jesús Marín López que as limitações da autonomia privada encontram marco legal nos artigos 1255 e 6.2 do Código Civil daquele país, pelos quais a autonomia da vontade está limitada pelas leis, pela moral e pela ordem pública. Tacham-se de nulidade, exemplificativamente, contratos que contrariam a norma imperativa, a moral e os bons costumes, como o caso de contratos perpétuos, contratos sobre favores sexuais, doações que premiam o silêncio de quem se abstém de denunciar uma infração tributária.³⁰⁶

³⁰³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, cit., 14. ed., v. 3, p. 7.

³⁰⁴ COSTA, Cora Cristina Ramos Barros. A função social do contrato nas relações consumeristas. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 144.

³⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 877-878.

³⁰⁶ LOBATO, Encarna Cordero; LÓPEZ, Manuel Jesús Marín. **Derecho de obligaciones y contratos em general**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2021. *E-book*.

No Brasil, a ausência de previsão idêntica, todavia, não embaraça a plenitude e a eficácia jurídica da autonomia negocial e da necessidade de seu balizamento com valores prestigiados constitucionalmente, a uma, porque se trata de instrumento de importância ímpar para dar viabilidade ao amplo espectro de possibilidades de tomada de decisões humanas em vários campos de atuação tolerados pela ordem jurídica, sendo portanto extraível dos direitos fundamentais que reverenciam a liberdade.

A duas, porque, embora com redação diferente, o art. 421 do Código Civil, especialmente levado a uma interpretação sistemática com outros dispositivos do mesmo *Codex* (arts. 113, 187, 422, dentre outros), acaba por, da mesma forma, conglobar, proteger e harmonizar a liberdade contratual e os valores comunitários caros ao corpo social, como os expressos nos arts. 3º e 170 da Constituição, de modo que a leitura conjunta das disposições legais e constitucionais vigentes leva ao entendimento da efetiva existência de condicionamentos à autonomia negocial. Apenas não se trata de condicionamentos arbitrários, e sim constitucionalmente justificados.

A autonomia negocial abrange quer a possibilidade de livre conformação das relações jurídicas entre as partes, permitindo a celebração de negócios jurídicos, quer o exercício de um direito. Corresponde a uma área de licitude, um espaço de liberdade, dentro do qual as pessoas dispõem da possibilidade de praticar os atos que bem entenderem.³⁰⁷

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, a autonomia da vontade se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.³⁰⁸

Envolve a liberdade de contratar ou não, e, em caso de resposta positiva, atos relevantes como a escolha da contraparte, a fixação de conteúdo da avença e a criação de contratos atípicos e distintos dos modelos já previstos, possibilidades essas não desnaturadas, mas antes harmonizadas, com as exceções previstas no ordenamento jurídico.³⁰⁹

Prossegue a autora, salientando que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam

³⁰⁷ CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 12-13.

³⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. p. 41-42.

³⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, cit., v. 3, p. 41-42.

contrárias e aos bons costumes, de modo que a vontade das partes contraentes está subordinada ao interesse público, pois é o que demonstram os arts. 421 e 2.035 do Código Civil.³¹⁰

Nesse diapasão, a doutrina do civilista português Menezes Cordeiro delimita o conceito de autonomia privada como “a liberdade de constituir e de conformar situações jurídico-privadas, de acordo com a livre vontade do sujeito, sem necessidade de fundamentar ou de explicar as suas opções”.³¹¹

Consequentemente, sem autonomia negocial não há que se falar em sistema capitalista de produção, com consequente circulação e propagação de riquezas, e mesmo em Estado Social e Democrático de Direito, com prestígio aos poderes pessoais de ação e autorregulação, atividades redistributivas, implementação de políticas públicas e programas sociais de enfrentamento à marginalização e às vulnerabilidades etc.

Assim sendo, não é exagerada a alegação de que a autonomia negocial e o contrato e sua função social encontram sim guarida não em um, mas em vários direitos e valores fundamentais agasalhados ao longo do texto da Constituição Republicana de 1988, como a igualdade material, a liberdade (em seus aspectos genérico e desdobramentos, como a liberdade de profissão), a livre-iniciativa, o direito à propriedade, a solidariedade social, o direito ao desenvolvimento, bem como, especialmente, o já citado Estado Democrático de Direito e os objetivos fundamentais da República, no caso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, marginalidade, erradicação das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, com repúdio a toda e qualquer forma de discriminação (art. 3º).

De fato, não há que se falar em eliminação de contextos sociais injustos, onde impera a desigualdade e escassez de recursos, se o ordenamento jurídico não fornece a seus cidadãos um campo livre de atuação pessoal, que acene positivamente à possibilidade de busca de recursos materiais e existenciais classificados como aptos, pelo titular de direitos, à plena satisfação de suas necessidades, potencialidades e ambições de vida.

Não cabe ao Estado, a grandes conglomerados econômicos ou a terceiros em geral estabelecer os fins específicos que cada pessoa deve seguir ao longo de sua jornada, pois é ínsito a um Estado Constitucional e Democrático de Direito deixar à livre competência de cada um de nós o protagonismo da existência, assim como dispor de condições mínimas para tanto.

Apesar da direção evidentemente humanista da atividade de leitura evolutiva dos direitos e garantias fundamentais, à comunidade política não é dada a prerrogativa de

³¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, cit., v. 3, p. 42.

³¹¹ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**, cit., v. II, p. 39.

reconhecer ou enunciar a existência de um direito fundamental atípico de forma afoita, arbitrária e não criteriosa, mas sim observando certos *standards* de consolidação prática, social e jurisprudencial, necessariamente amparados nos princípios e objetivos fundamentais da ordem constitucional, como a solidariedade social, a igualdade substancial, o objetivo de erradicação da pobreza e a dignidade humana, sem descuidar, ainda, da práxis do direito internacional, com destaque para os instrumentos de proteção internacional da pessoa humana.

A ordenação da comunidade política atual rejeita a interpretação constitucional desarrazoada, entendida esta como desvinculada da ordem objetiva de valores consagrada no texto constitucional.

Isso porque direitos e garantias fundamentais trazem mais do que posições jurídicas subjetivas de proteção da pessoa contra eventual postura invasiva e ilegítima do Estado ou da própria sociedade em sua esfera de liberdade. Mais do que isso, consubstanciam uma ordem objetiva de valores, alicerçada no livre desenvolvimento da personalidade e no valor intrínseco da pessoa humana. Independentemente, portanto, de quem sejam os titulares e sujeitos de direito, os critérios de controle da ação ou omissão estatal são impositivos.³¹²

Como explica George Marmelstein:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais é do que a capacidade que esses direitos possuem de se irradiar pelos diversos ramos do ordenamento jurídico, como manifestação da ordem de valores que eles representam. Ela é fruto de um dever específico de proteção que obriga que os direitos fundamentais sejam levados em conta na hora da tomada de decisões pelos agentes públicos. Como consequência da dimensão objetiva, qualquer interpretação jurídica deverá ser feita à luz dos direitos fundamentais, que se transformam no fundamento axiológico de todo o sistema normativo...³¹³

Nesse diapasão, Otavio Luiz Rodrigues Jr. lembra que o conceito de ordem objetiva de valores remonta ao Caso Luth, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha no final da década de 1950, donde se reconheceu a extensão dos direitos fundamentais para além de sua estrutura clássica de direitos de resistência. Tal construção se completa com a admissão de que o ordenamento jurídico não é axiologicamente neutro, pois a Lei Fundamental criou uma ordem objetiva de valores, baseada no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade de todos os seres humanos, vinculando diretamente todas as funções estatais e todos os ramos do direito.³¹⁴

³¹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 139.

³¹³ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**, cit., p. 16-17.

³¹⁴ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022. p. 260.

A operacionalidade da ordem objetiva de valores, então, evidencia a atuação dos direitos fundamentais não propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformados em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica.³¹⁵

A consequência disso é que o arcabouço de direitos fundamentais tem ampla aplicação em face de todos os setores e conflitos sociais, incidindo inclusive na relação entre particulares, ainda que envolva direitos *a priori* disponíveis, sem a imposição antecipada de soluções abstratas, mas impondo sempre um desfecho respeitoso e protetivo aos direitos fundamentais em conflito, na medida em que isso for possível.

Já para Antonio Enrique Pérez Luño a concepção dos direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores dotada de unidade material foi apresentada na etapa da Constituição de Weimar por Rudolf Smend, por meio de sua teoria da integração, pela qual os direitos fundamentais cumprem sua função integradora ao sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático ao qual a maioria dos cidadãos dá seu consentimento.³¹⁶

Concomitantemente, os direitos fundamentais constituem um sistema coerente que inspira todas as normas e instituições do ordenamento e prescreve as metas políticas a alcançar.³¹⁷

A expressão “ordem objetiva de valores” seria equívoca, explica o jurista alemão Karl Larenz, uma vez que não se deve conceber como tal algo como um catálogo completo, válido por si mesmo. O que ocorre é que subjaz à Lei Fundamental o reconhecimento de determinados valores humanos gerais, como a dignidade humana, os valores da personalidade, para os quais foram atribuídos aos indivíduos direitos fundamentais amplamente tutelados, como também se elevaram a direito vigente de escalão constitucional certos princípios ético-jurídicos e políticos constitucionais (igualdade, Estado de Direito etc.).³¹⁸

Ademais, esses direitos fundamentais e princípios não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas se relacionam reciprocamente de acordo com o sentido, e, por isso mesmo, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si. Seria isso que pretende dizer o Tribunal

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, cit., p. 149.

³¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Direitos humanos, Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Martins Fontes, 2021. p. 289.

³¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Direitos humanos, Estado de Direito e Constituição**, cit., p. 289.

³¹⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019. p. 482-483.

Constitucional Federal germânico quando fala da “Constituição como um todo de sentido” ou da “unidade deste sistema fundamentante de valores”.³¹⁹

Por conseguinte, certos direitos fundamentais, uma vez consagrados explícita ou implicitamente na ordem jurídica constitucional, impõem o dever estatal de proteção, seja ele administrativo, legislativo ou judicial, a demandar ações na ordem jurídica e no plano fático pelo poder público para fins de evitar o esvaziamento dos valores constitucionais na realidade concreta. Pelas palavras do doutrinador alemão Robert Alexy:

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos à proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis forma de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas de responsabilidade civil, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas. O que há em comum em meio a essa diversidade é o fato de que os direitos à proteção são direitos subjetivos constitucionais a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado.³²⁰

Essa complexa atividade pode levar ao reconhecimento de direitos fundamentais implícitos dentro do sistema. Porém, seu reconhecimento não é possível sem a detecção de alguma vinculação, direta ou indireta, com a ordem objetiva de valores consagrada no texto constitucional, o que pode ser extraído através de sua indissociabilidade com os objetivos fundamentais e estruturantes da República, e com o protagonismo exercido pelos direitos fundamentais já notadamente agasalhados na ordenação vigente. O ingresso do postulado maior da dignidade da pessoa humana nessa equação é inafastável, especialmente por sua aptidão funcional para a extração da essencialidade de certo direito de dentro da lógica do arcabouço normativo, o que pode se dar em face não só de pretensões patrimoniais, mas também existenciais, ou mesmo mistas.

Ou seja, a proximidade normativa e funcional de determinada posição jurídica de vantagem com a ordem objetiva de valores trazida pelos direitos fundamentais e demais princípios estruturantes, especialmente com a dignidade da pessoa humana, é essencial para o reconhecimento de sua jusfundamentalidade pela comunidade jurídica, algo feito por meio de um processo de maturação do entendimento da vontade constitucional.

³¹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, cit., p. 483.

³²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 450-451.

Nesse diapasão, a jusfundamentalidade do fenômeno contratual é verificável pela própria essencialidade dos contratos para a consolidação da troca e circulação de riquezas, permitindo às pessoas fazer parte da engrenagem do regime econômico. Ainda, há a possibilidade de poder ajustar situações existenciais como melhor lhes aprouver, contribuir para o desenvolvimento nacional e obter condições materiais mínimas para o exercício de atos de cidadania, participação política e concretização de direitos materiais. Não há exagero na assertiva de que não há vida em sociedade viável para a pessoa sem esta tomar parte em relações negociais, mesmo que minimamente.

A limitação da atuação contratual pela própria função social dos contratos no Código Civil de 2002 é uma decorrência, uma melhor especificação, de todas essas circunstâncias, não subsistindo, em verdade, como uma inovação legislativa avassaladora. Antes se trata de um coroamento legislativo da necessidade, imposta constitucionalmente, de harmonização dos interesses negociais com valores sociais constitucionalmente relevantes, sob pena de invalidade da avença, no todo ou em parte.

Menos ainda a inovação legal deve ser tida por surpreendente à luz de todas as transformações pelas quais passou o constitucionalismo econômico a partir do período pós-guerra, donde prevalece, nos regimes constitucionais democráticos que agasalham o sistema de produção capitalista e uma série de tarefas à atuação estatal, uma autonomia negocial e livre-iniciativa funcionalizadas, em paridade com outros valores constitucionais.

Assim, a explicitação legislativa do princípio da função social dos contratos deve ser vista muito mais como o resultado natural de um processo de maturação de um constitucionalismo comunitário, apropriado a um Estado Democrático e Social de Direito, e de uma sociedade complexa, multifacetada e marcada por sucessivos processos de criação ou incremento de riscos a direitos e garantias fundamentais, do que uma mudança repentina de parâmetros legais para a avaliação de um instrumento tradicional do direito.

Há mais. O contrato é um instrumento próprio da Teoria Geral do Direito, e não unicamente do direito civil, de modo que as modificações empreendidas em sua configuração e funcionalidades atingem instrumentos contratuais produzidos em todas as searas do ordenamento jurídico, do direito público ou privado, sendo de sensível incidência em relações negociais que trazem reflexo a direitos fundamentais, coletivamente considerados.

5 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E SEU ASPECTO PERANTE AS CONTRATUALIZAÇÕES FIRMADAS NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

5.1 A causa nos negócios jurídicos e sua relação com a função social dos contratos

Nenhum negócio jurídico pode ser sumariamente rechaçado ou confirmado de forma apriorística, sem atentar o operador do direito para suas características concretas e para o tipo de valor constitucional que promove em determinado ambiente social, cultural e econômico. Mesmo negócios privados, firmados por partes em aparente situação de simetria, como os contratos interempresariais, devem obedecer a alguns parâmetros éticos e jurídicos para gozar de plena eficácia e trilhar ordinariamente o caminho rumo à consecução de seu objeto.

A conhecida fórmula agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei, prevista em na codificação civil como consubstanciadora dos requisitos de validade dos negócios jurídicos (art. 104 do CC), é verdadeira, porém insuficiente para caracterizar todo e qualquer instrumento de concreção da autonomia negocial como plenamente apto à produção dos efeitos jurídicos previstos e queridos pelas partes.

Assim se dá porque, na atual ordem constitucional e legal, privilegiadora, como se viu, de uma série de valores não só econômicos como igualmente existenciais, não é mais possível desvincular a idoneidade de certo negócio jurídico das efetivas circunstâncias concretas que geraram sua razão de ser e existir. Adicionalmente, deve-se verificar que tipos de valores promovem, não raramente ligados à efetivação de algum direito fundamental.

De rigor, portanto, para além dos tradicionais e supracitados requisitos de validade, apreender qual foi a causa, a razão determinante, de certo negócio jurídico, para então aferir sua legitimidade ético-jurídica e consequente agasalho pela normatividade constitucional.

Assim sendo, entende-se por causa do negócio jurídico sua razão de ser determinante e objetivamente aferível à luz de padrões de conduta objetivamente verificáveis por sujeitos de diligência normal, razão esta que deve estar alinhada a valores constitucionais relevantes, ou que, pelo menos, não os contrariem, possibilitando o caminhar da atividade negocial em direção ao desfecho que dela ordinariamente se espera.

Segundo definição do jurista italiano Francesco Santoro-Passarelli:

De lo que se há dicho resulta, empero, que es también esencial al concepto de negocio este elemento del fin, que pone de relieve su aspecto funcional. El fin, que no tiene transcendencia, como tal, en los otros actos jurídicos porque al estar sus efectos

establecidos independientemente por el ordenamiento también la función de cada uno de ellos está predeterminada por la ley, no solo en abstracto, sino también en concreto, tiene, en cambio, importancia fundamental en el negocio. La voluntad privada llega a ser jurídicamente transcendente y puede tener, en tal sentido y con relación al sujeto de que dimana, fuerza de ley (art. 1.372 pr. C.c.; cfr. Arts. 1.091 y 1.278 C.c. esp.) no por sí misma ni como fin en sí misma, sino en cuanto sea importante socialmente, esto es, tienda a realizar un interés que el ordenamiento jurídico considere merecedor de tutela y protección (art. 1.322 C.c.; cfr. Art. 1.255 C.c. esp.). Esta función que el negocio debe cumplir, considerada como razón determinante del sujeto para realizar el negocio, aparece como tal y se llama causa del negocio mismo...³²¹

O conceito de causa não é propriamente recente no direito. Em estudo de análise obrigatória para quem quer entender a evolução histórica do instituto, António Menezes Cordeiro explica que a expressão teve uma utilização plurivalente no direito romano, aparentando, em geral, a ideia de causa eficiente da obrigação, isto é, sua fonte, de modo que a *justa causa traditionis* seria o amparo jurídico para a transferência de uma coisa.³²²

No direito medieval teria havido uma multiplicação de utilizações para o termo causa, traduzindo, designadamente, a situação normativa, o título jurídico de uma prestação e a motivação pessoal da prática de um ato.³²³

Todavia, foi com o direito canônico que o conceito de causa ganhou papel relevante, o que lhe asseguraria a sobrevivência até sua incorporação ao Código Napoleônico de 1804. Segundo o supracitado civilista português, a causa canônica, contributiva para o desaparecimento da tipicidade inicial e do estrito formalismo, equivaleria ao reconhecimento, pelo sistema, da conformidade do ato com seus princípios.³²⁴

A noção agregada ao Código Civil de França do ano de 1804 seria tributária do pensamento de Pothier, para quem a causa consistiria no interesse, na vantagem que as partes encontrariam em contratar.

Anticausalista, António Menezes Cordeiro refuta a utilidade da conceituação, especialmente à luz do direito civil português, que não a abraçou. Segundo sua linha de raciocínio, a causa seria uma noção adicional desnecessária para o conceito de contrato e para a identificação das formas de sua invalidação. Adverte:

Tecnicamente, a questão põe-se em termos diferentes. Ultrapassada a fase do dogma da vontade, não se deve perguntar se tal contrato é, ou não, digno de proteção legal mas sim se esse contrato existe, ou não, como contrato. E para ajuizar dessa questão ontológica, há que lidar, também, com o conteúdo do contrato. Assim, se a regulamentação contratual for irrelevante, não há contrato válido não por falta de

³²¹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Doctrinas generales del derecho civil**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019. p. 122.

³²² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. Coimbra: Almedina, 2018. v. VII: direito das obrigações. Contratos e negócios unilaterais. p. 604.

³²³ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**, cit., v. VII, p. 605.

³²⁴ MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**, cit., v. VII, p. 606.

causa, induzida de carência de utilidade, mas por ausência de juridicidade emergente da não utilização autêntica da faculdade de contratar, ou, simplesmente, por falta de conteúdo. Se tal regulamentação for ilícita ou impossível, a questão não é de ilicitude ou impossibilidade da causa, mas tão só do desrespeito pelos limites da autonomia privada, que viciam seu conteúdo.

[...]

Por tudo isto, fácil se torna concluir que a “causa” objectiva dos contratos apenas interessa, num nível extrajurídico, ao legislador, quando estabelece os diversos limites à autonomia privada.³²⁵

As lições acima sem dúvida são bem instigantes e alicerçadas em um raciocínio de construção formidável. Porém, encaixam-se de forma bem menos tormentosa em ordenamentos jurídicos onde não há previsão expressa ou mesmo implícita para o instituto, como é o caso da codificação civil portuguesa.

Todavia, no que pertine a ordenamentos jurídicos guarneceados com um leque maior de dispositivos concretizadores da nova Teoria Geral dos Contratos, onde há previsão ou sistematização do instituto em uma ou mais cláusulas gerais (caso do Brasil), não é possível rejeitar a noção de causa, sendo preferível entender a correta delimitação do fenômeno e de que forma o operador do direito pode se valer de sua contribuição para o desfecho de relações contratuais conflituosas.

Assim, expõe Maria Celina Bodin de Moraes que a causa é tida por muitos autores como sendo o mais importante elemento do negócio jurídico, o elemento que verdadeiramente o justifica sob o ponto de vista técnico, e que avaliza a colocação de freios à liberdade individual. Sua investigação se torna útil à luz do Código Civil de 2002.³²⁶

Pela causa, individualizam-se os elementos essenciais de um determinado contrato, e a partir daí se pode proceder à investigação da presença (ou ausência) de tais elementos no concreto regulamento de interesses estabelecidos pelas partes. A causa permite, portanto, que se qualifique o negócio jurídico, com o consequente juízo de merecimento de tutela. Nos dizeres da autora:

Então, embora a causa seja uma, ela cumpre três papéis diferentes, mas interdependentes, daí a confusão em que se vê envolvido o termo: i) serve para dar juridicidade aos negócios, em especial aos contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve para os delimitar através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, para os qualificar, distinguindo os seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável.³²⁷

³²⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil*, cit., v. VII, p. 626-627.

³²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 290.

³²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos, cit., p. 303.

Já para Orlando Gomes, a questão da utilidade do conceito de causa resolve-se no plano prático, à luz de sua funcionalidade, abrangida por: i) tipificação dos negócios jurídicos; ii) proteção aos negócios jurídicos atípicos; iii) definição das vicissitudes da relação jurídica oriunda do negócio, com especial relevo para sua concatenação com a consciência jurídica da comunidade e consequente repúdio a eventuais ilicitudes e imoralidades do propósito negocial.³²⁸

O papel e a importância jurídica da causa tornam juridicamente inócua a ausência de sua previsão expressa no Código Civil como elemento fundamental a ser observado nos negócios jurídicos, na medida em que tal omissão é suprida pela própria funcionalização social dos institutos contratuais (arts. 421 e 2.035), que, da mesma forma, alça por prestigiosa a efetiva utilidade social dos ajustes bilaterais ou multilaterais como característica avalizadora de sua idoneidade jurídica.

Nesse sentido são as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem há, no Código Civil de 2002, um reencontro do direito privado com a noção de causa, entendida esta como as razões que as partes perseguem com o contrato e sua finalidade no meio social.³²⁹

Ou seja, o ordenamento civil constitucional não quer que o contrato seja “abstrato”, no sentido de servir somente à utilidade econômica proporcionada às partes, mas “causal”, cumpridor de uma função social.³³⁰

Na pena dos autores, a Constituição Federal não restringe a autonomia negocial, mas cria mecanismos de controle de sua legitimidade, condicionando-se, na ótica solidarista, a um quadro de valores, sendo a liberdade consentida pelo sistema, de forma que o contrato não se restrinja às “vestes da circulação econômica”, mas, simultaneamente, atue como instrumento a serviço da defesa dos interesses existenciais do contratante e da coletividade que com ele interage.³³¹

Não há como negar que o entendimento favorável à presença da causa como elemento estrutural do negócio jurídico não é propriamente uma unanimidade na doutrina brasileira. Sílvio de Salvo Venosa, por exemplo – de forma semelhante a António Menezes Cordeiro quando analisa o direito civil português –, entende que o Código Civil vigente já engloba o

³²⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 54-55.

³²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 4: Contratos – teoria geral e contratos em espécie. p. 255.

³³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, cit., p. 178-179.

³³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, cit., p. 179.

conceito satisfatoriamente na própria noção de objeto do negócio jurídico (art. 104), que seria bastante ampla.³³²

Há, ainda, quem entenda positivamente pela presença do elemento causal na normatividade brasileira, contudo, apenas em circunstâncias restritas, previstas legislativamente, como quando coíbe o enriquecimento sem causa ou quando esta deixa de existir (art. 885 do CC). Já nos chamados contratos nominados, a causa restaria presente, porém seria confundida com o objetivo econômico ou social visado pelo negócio jurídico. Ou seja, o que se analisaria, na espécie, é a função que cabe a cada tipo ou modalidade de negócio jurídico. É o pensamento de Humberto Theodoro Júnior e Helena Lanna Figueiredo.³³³

Todavia, em que pesem as percutientes considerações dos três renomados civilistas pátrios citados, em uma realidade social complexa e multifacetada, não é possível transigir com a noção de causa, pois ela se mostra absolutamente essencial não só para o entendimento do que se trata determinado negócio jurídico. Há mais. A noção é indispensável para entender o porquê da existência de certos ajustes, qual seu trajeto esperado e, mais importante ainda, a que eles servem e se agasalham, em seu conteúdo, ao menos de forma razoável, interesses sociais normativamente prestigiados pela ordem constitucional.

O conceito de causa, aliás, se bem apreendido pelo operador do direito, tende a fortificar a proteção dos direitos fundamentais sociais e da dignidade da pessoa humana nas relações contratuais, especialmente aquelas que trazem impactos significativos aos cidadãos sob o aspecto metaindividual, como saúde, saneamento básico, tutela contra o superendividamento etc.

Isso porque deve ser ressaltado o aspecto objetivo do instituto, no sentido de que, para sua correta apreensão, não se deve levar em conta os interesses íntimos das partes, em regra irrelevantes para o direito, e sim o aspecto objetivo, adstrito à finalidade genuína daquele tipo de relação contratual e sua consonância a valores fundamentais caros à coesão social, sob pena de desmerecimento de tutela jurídica.

Novamente se faz salutar trazer à baila os ensinamentos da Professora fluminense Maria Celina Bodin de Moraes, dada a precisão e importância das colocações:

O princípio, tantas vezes repetido, segundo o qual “o que não é proibido é permitido”, há muito não corresponde aos valores que presidem as relações jurídicas de matriz privada. A liberdade dos privados mudou: encontra-se hoje circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente demarcados por princípios os mais diversos, a

³³² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1: Parte geral. p. 331.

³³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 106.

começar pelos valores constitucionais, entre os quais primam a solidariedade e a dignidade humana. Além disso, limitam a vontade privada institutos tais como o já aludido abuso do direito, a fraude à lei, os princípios da boa-fé e da probidade, bem como da função social dos contratos.³³⁴

De fato, o negócio deve ser celebrado por razões que o ordenamento jurídico considera admissíveis e merecedoras de tutela, de proteção. Tais razões correspondem ao por que e para que serve o ato. Enfim, bem aduz a autora que “o problema central da causa, no fundo, é o problema do reconhecimento jurídico do negócio; é o problema do por que existe o negócio, de qual é a sua razão (jurídica) de ser – em suma, sua causa”.³³⁵

Por conseguinte, em que pesem as controvérsias que o conceito traz, confusão esta em parte tributária da indefinição legislativa em precisar sua verdadeira importância e as exatas consequências de seu desvirtuamento em determinada realidade negocial, é idônea a assertiva de que a causa do contrato ultrapassa a posição de um requisito de validade adicional e formal do negócio jurídico. Trata-se, em realidade, como salta aos olhos, de um elemento nuclear para sua qualificação jurídica, social e econômica, à luz da tábua de valores constitucionais.

Segundo conceituação de Luis Díez-Picazo e Antonio Gullon, causa é elemento essencial do negócio jurídico que tem por fim seu controle judicial, e só pode ser precisamente analisada e conceituada tendo em vista os propósitos empíricos das partes em determinado negócio jurídico.³³⁶

Ou seja, a causa pode ser definida como o propósito, razoavelmente esperável, de alcançar determinado resultado empírico com o negócio. Sua presença é essencial não apenas no momento de formação do contrato como igualmente durante sua execução, eis que seu desaparecimento permite ao contratante prejudicado buscar a modificação/resolução da avença.³³⁷

Também analisando a realidade do direito civil espanhol, Juan Miguel Ossorio Serrano expõe que o codificador daquele país não facilitou o trabalho do operador do direito, fixando disposições aparentemente contraditórias nos artigos 1261 e 1274 da codificação civil respectiva. Por tal motivo, causa seria o fim próximo que se persegue ao assumir uma obrigação, mas não um fim subjetivo, pessoal, íntimo, e sim objetivo, independente daquele, nada tendo a

³³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos, cit., p. 296.

³³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos, cit., p. 296-297.

³³⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2016. v. II, t. I: el contrato em general, la relación obligatoria. p. 36-37.

³³⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. **Sistema de derecho civil**, cit., p. 38-39.

ver com interesses particulares que as partes podem propor-se ao contratar, que são contingenciais e, em regra, juridicamente irrelevantes. Aduz o autor:

No basta querer obliarse, sino que hace falta querer obligarse en consideración a un fin que el Derecho conceptúe idóneo para justificar la obligatoriedad del contrato. Puede pues decirse que la causa es la razón que justifica la eficacia jurídica del contrato y la protección que la ley le concede al tutelar los derechos y obligaciones que de él nacen.³³⁸

Já no que pertine ao direito alemão, onde, aliás, o conceito não tem consagração expressa em sede legal, mas alcança reverência doutrinária e jurisprudencial, Karl Larenz expõe a importância da causa como controle de legitimidade do negócio jurídico bilateral, conformando a autonomia privada em patamares de racionalidade, social e econômica. Aduz:

No solo los negocios jurídicos reales, sino también otras disposiciones, tales como la cesión de un crédito, tienen por lo regular carácter “abstracto”, esto es, son válidos independientemente de la validez del negocio básico al que adecuadamente se rifieren. Por el contrario, los contratos obligatorios son, por lo regular, causales. Ello indica que contienen una “causa”, un fin jurídico de la obligación al cual al propio tiempo da a conocer el fin económico perseguido con aquél. Por ello son comprensibles por sí mismos según cuales sean sus objetivos económicos, y no necesitan, para ser comprensibles en el orden económico, un fundamento exterior a ellos constituido por otro negocio o por una relación jurídica. El prototipo de los negocios obligatorios causales son los “contratos bilaterales” [...] Será conveniente considerar como “causa” o fundamento legal de una obligación, no la finalidad económica del negocio, que puede ser de gran alcance, sino la consecuencia jurídica ulterior pretendida por cada parte con el negocio según su contenido y más allá de la propia obligación...³³⁹

Em solo francês, em que pese a supressão relativamente recente da expressão no Código de Napoleão, a reforma do ano de 2018, que trouxe nova redação ao artigo 1171, prevê a invalidade de cláusulas não negociáveis (em contratos de adesão) que criem um desequilíbrio significativo entre os direitos e obrigações das partes.³⁴⁰ Certamente o juízo de valor que subsidiará a análise do significado concreto das situações de desequilíbrio dependerá da correta apreensão da causa dos contratos, o que já ocorre na prática civilista brasileira, embora de forma relativamente tímida, na análise do instituto da onerosidade excessiva (art. 478 do CC).

Todavia, foi o direito italiano, por meio da concepção do conceito de causa como elemento revelador da função econômico-social do negócio jurídico, desenvolvida especialmente pelo civilista Emilio Betti, com fulcro no artigo 1343 do Código Civil respectivo, a maior fonte de inspiração para o desenvolvimento jurídico do instituto no Brasil.

³³⁸ SERRANO, Juan Miguel Ossorio. **Curso de derecho civil II: derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos**. 11. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 160.

³³⁹ LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019. p. 278-279.

³⁴⁰ SABRINNI, Fernanda. A proteção contra cláusulas abusivas em contratos interempresariais: análise comparativa do direito brasileiro à luz do direito francês. In: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (org.). **Problemas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 392.

Para o autor italiano, os elementos de concreção da autonomia privada exigem uma justificação objetiva. Deve-se utilizar um grau de sensibilidade social na investigação do negócio jurídico, em estrutura, forma e conteúdo, possibilitando assim a apreensão de sua função, e do porquê de sua existência. Tal função é a causa, a razão do negócio, e liga-se a seu conteúdo, sem identificar-se com ele.³⁴¹

Imprescindível a transcrição do seguinte trecho das lições do autor:

Em qualquer negócio, analisado no seu conteúdo, pode distinguir-se, logicamente, um regulamento de interesses nas relações privadas e, concretizada nele – como, quando é normal, não se tenha desfeito [...] – uma razão prática típica que lhe é imanente, uma causa, um interesse social objetivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder. Causa, bem entendido, não em sentido fenomenológico, mas teleológico e deontológico, atinente à exigência da sociabilidade que preside à função ordenadora do direito. Tal como os direitos subjetivos, também os poderes de autonomia, efetivamente, não devem ser exercidos em oposição com a função social a que são destinados: o instrumento da autonomia privada, colocado à disposição dos indivíduos, não deve ser desviado do seu destino.³⁴²

Assim, a causa, portanto, trata-se da função econômico-social que caracteriza o tipo de negócio como fato de autonomia privada, e lhe determina o conteúdo mínimo necessário. O ordenamento jurídico não transige com o arbítrio das partes em eliminar a causa do negócio, desvirtuando ou bloqueando o conteúdo mínimo indispensável a seu aperfeiçoamento.

Trata-se de temática de interesse público. Não está no poder das partes dispensar, arbitrariamente, a presença de elementos que constituem parte integrante de sua função típica, nem conferir eficácia a atos que não sejam, em si mesmos, idôneos a criar vínculos jurídicos. Quanto à inobservância desses preceitos, Emilio Betti é claro ao tratar das respectivas consequências:

Se a causa, como função típica e normal determinação constitui um momento incindível do preceito do negócio, é lógico que a sua eventual falta, a sua ilicitude ou a sua irracionalidade, não possam deixar de influir sobre a eficácia daquele preceito. Isto acontece quando o interesse individual, em vez de coincidir, interfira com o interesse objetivo na mudança, por modo a neutralizar e paralisar, no caso concreto, a realização da função social típica, desviando o negócio do seu destino para o fazer servir a um escopo anti-social. Assim, se o negócio (por ex., na hipótese do art. 1.988) é celebrado por um interesse que não pode incluir-se em nenhuma causa que o justifique, será nulo por falta de causa.³⁴³

Trata-se de solução similar à agasalhada pela doutrina civilista brasileira quanto às consequências jurídicas reservadas pelo ordenamento jurídico ao desrespeito do princípio da

³⁴¹ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 251.

³⁴² BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, cit., p. 251.

³⁴³ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**, cit., p. 274.

função social dos contratos por uma ou mais partes da avença, o que em regra pode gerar a invalidade ou ineficácia do negócio jurídico ou de cláusulas contratuais. Aliás, o conteúdo do Enunciado nº 431 da V Jornada de Direito Civil é precisamente nesse sentido.³⁴⁴

Logo, há uma proximidade axiológica entre o supracitado dispositivo alienígena e os arts. 113, 187, 421, 422 e 2.035 do Código Civil brasileiro, que tratam da boa-fé objetiva, abuso do direito e função social dos contratos. Todos são princípios de extrema e urgente relevância, que dialogam entre si e têm no instituto da causa um tronco justificativo comum.

O entendimento do conceito de causa na realidade brasileira, como visto, de forma majoritária, não muito destoa do já maturado em solos alienígenas como um todo. Aqui, igualmente privilegiando a visão objetiva do tema, caminha o magistério de Caio Mário da Silva Pereira, que não nega a importância da causa para a qualificação do negócio jurídico, desde que vista sob um viés objetivamente aferível. Segundo suas palavras:

Na verdade, os motivos que levam o agente a praticá-lo podem ser vários, todos interligados, mais ou menos indissolúvelmente: o médico aconselha uma pessoa a mudar de clima em benefício de sua saúde; o cliente planeja passar suas férias numa estância hidromineral; delibera vender um terreno para obter numerário; realiza um contrato de compra e venda. Há uma corrente de motivos, todos tendentes a um mesmo fim, ligados por uma causação subjetiva, de que a declaração de vontade é o desfecho. [...] Na pesquisa das razões determinantes do negócio, é necessário fazer uma distinção fundamental, que consiste em destacar a causa do ato, dos motivos que levaram o agente a praticá-lo. Tais motivos se apresentam como uma razão ocasional ou acidental do negócio, e nunca faltam como impulso originário, mas não têm nenhuma importância jurídica. Por isso, o jurista deve relegá-los para o plano psicológico, há que seria então afeta a indagação da deliberação consciente. E detém-se apenas na investigação da causa propriamente dita, que se deve caracterizar na última das razões determinantes do ato.

[...] Na caracterização da causa, portanto, é preciso expurgá-la do que sejam meros motivos, e isolar o que constitui razão jurídica do fenômeno, para abandonar aqueles e atentar nesta. Na causa há, pois, um fim econômico ou social reconhecido e garantido pelo direito, ou uma finalidade objetiva e determinante do negócio que o agente busca, além da realização do ato em si mesmo. Como este fim se vincula ao elemento psíquico motivador da declaração de vontade, pode ser caracterizado sob outro aspecto, como a intenção dirigida no sentido de realizar as consequências jurídicas do negócio. Mas sempre haverá de distinguir da causa a motivação, pois que esta, mesmo ilícita, não chega a afetar o ato, desde que àquela não se possa irrogar a mesma falha.³⁴⁵

Orlando Gomes merece uma derradeira citação, na medida em que, da mesma forma, traz considerações de importância ímpar ao fenômeno, mesmo antes de seu resgate legislativo

³⁴⁴ “A violação ao art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia dos contratos ou de cláusulas contratuais” [BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). **V Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 431**. Brasília, DF, [s. d.]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/303>. Acesso em: 9 dez. 2022.

³⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. p. 428-429.

inequívoco pela codificação em vigor, que privilegiou o caráter de socialidade das relações contratuais. São suas as seguintes e irreparáveis conclusões:

O recrudescimento do interesse pelo problema da causa explica-se diante das novas direções do pensamento jurídico e da tendência moralizadora do Direito contemporâneo. Generaliza-se a preocupação de submeter a controle as manifestações da autonomia privada, no sentido de conformá-las às novas exigências sociais. Considera-se superada a concepção individualista do Direito que, para estimular a iniciativa privada, despreocupava-se com o conteúdo das relações contratuais e do fim a que visavam as partes. Importava, apenas, que as obrigações fossem livremente contraídas. Substituídos esses pressupostos culturais, passou-se a justificar a necessidade de subordinar o exercício da autonomia privada a critérios restritivos, no entendimento de que o poder de atuar na esfera jurídica é concedido para ser utilizado em limites traçados por uma concepção política e moral desapegada da ideologia liberal. Nos seus tempos modernos a noção de causa responde a essa nova concepção, seja qual for a sua inspiração política. Em suma: a lei exige uma justificação, para a criação, por um negócio jurídico, de um vínculo digno de proteção. A justificação encontra-se na relevância social do interesse que se quer tutelar e no fim que se pretende alcançar. É a causa.³⁴⁶

Na doutrina civilista contemporânea, Gustavo Tepedino e Milena Donato apontam a imprescindibilidade da causa como elemento de validade do negócio jurídico, da qual faz parte juntamente com os elementos subjetivo, objetivo e formal. Aduzem os autores que a causa consiste na mínima unidade de efeitos essenciais que caracteriza determinado negócio, sua função jurídica, diferenciando-os dos demais.

Enfim, por aqui, como visto, a construção do conceito de causa na qualidade de elemento integrante e indispensável à higidez do negócio jurídico, para quem a adota, guarda maior proximidade com a concepção objetiva do instituto desenvolvida na Itália, notadamente por Emilio Betti, circunstância absolutamente compreensível, afinal tal concepção prestigia a funcionalidade econômico-social do negócio jurídico à luz de realidades concretas e pessoas concretas, rompendo com dogmas individualistas e com a lógica do “tudo ou nada” na análise da presença de requisitos substanciais, o que nem sempre (para não dizer quase nunca) atende à complexidade da dinâmica contratual dos dias correntes.

Assim, somente a identificação da causa pode determinar a qualificação contratual, a invalidade ou ineficácia de certas relações jurídicas para as quais o exame dos demais elementos tradicionais para atestar a validade de certo negócio jurídico mostra-se insuficiente.

Mais do que isso, o conceito de causa como elemento integrante do negócio jurídico reforça a proteção a direitos e garantias fundamentais, notadamente perante ajustes de grande repercussão perante esses mesmos direitos, como na contratualização de serviços públicos de saúde perante o SUS, pois reforça o juízo de merecimento de tutela do conteúdo dos ajustes e

³⁴⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 286.

dos comportamento pré-contratual, contratual e pós-contratual das partes, avalizando a intervenção do Poder Judiciário nos casos patológicos.

Nem poderia ser diferente, pois, se mesmo em relações contratuais paritárias, sem maiores repercussões perante terceiros, como é o caso de algumas relações civis e empresariais, a causa se mostra valiosa para a higidez jurídica do conteúdo do negócio, que dirá a análise do juízo de tutela de contratações públicas de grande abrangência, impactantes perante direitos sociais da população. Causa e função social dos contratos andam lado a lado e nunca foram – e nem poderiam ser – de aplicação limitada a relações privadas.

5.2 Função social dos contratos: conceito, desenho constitucional e legal, relação com a boa-fé objetiva e equilíbrio contratual

O art. 421 do Código Civil talvez seja aquele que, de toda a codificação, mais exige uma atividade hermenêutica laboriosa e cuidadosa por parte do operador do direito. Realmente, impõe um desafio contundente no entendimento de seu significado, alcance e efeitos. Talvez por isso sua maturação jurisprudencial ainda se revele embrionária e circunscrita a demandas de caráter nitidamente civil ou consumerista, quando sua vocação e potencialidades são muito mais expressivas, igualmente no direito público.

Realmente, a evolução principiológica da Teoria dos Contratos é similar à vivenciada pela Teoria dos Direitos Fundamentais, a partir do período pós-guerra do século passado, no sentido de que as novas características e prerrogativas acumuladas pelo instituto com o decorrer das experiências históricas não implicam secundarização ou anulação das conquistas anteriores, mas sim um reforço ontológico e axiológico. Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior:

De fato, busca-se nas novas concepções do contrato a introdução no sistema de melhores instrumentos para realizar a justiça comutativa, como o que se faz por meio dos princípios do equilíbrio, da proporcionalidade e da repulsa ao abuso. Mas, o acordo de vontades continua sendo “o elemento subjetivo essencial do contrato, sem o qual ele não poderia sequer existir, e que lhe dá sua função primordial nas relações sociais”. Se a justiça da convenção entra na perspectiva da teoria contratual moderna, não o faz para assumir todo o seu objetivo. Deve conciliar-se com seu fim natural que se passa no âmbito da circulação das riquezas, com segurança jurídica. O contrato deve ser justo, mas sem se afastar da sua utilidade específica.
[...]

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com a visão social do Estado Democrático de Direito, hão de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a

implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob “efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos”.³⁴⁷

Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira apontam a existência de três correntes quanto ao princípio da função social dos contratos. Para a primeira, nitidamente conservadora, a função social do contrato não seria dotada de uma eficácia jurídica autônoma, sendo espécie de orientação política legislativa que revela sua importância em outros institutos da civilística, como a lesão, a resolução por onerosidade excessiva, a conversão do negócio jurídico etc.³⁴⁸

A segunda corrente afirma que a função social dos contratos traduz o valor social das relações contratuais, configurando uma forma de assegurar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros, alçando-a a fundamento da tutela contratual provocada por terceiro cúmplice, contra o qual é imposta a obrigação colaborativa para com os contratantes, respeitando a situação jurídica creditória originária. Logo, transmuta-se em instrumento de criação de direitos, não de deveres.³⁴⁹

A terceira linha de entendimento coloca a função social do contrato como fonte de deveres jurídicos, à luz da dignidade da pessoa humana, valor social da livre-iniciativa, fundamentos da República, igualdade substancial e solidariedade social, de modo a impor às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes alcançados pelos contratos. Passando longe de qualquer concepção coletivista autoritária, sob a ótica constitucional, a função social do contrato não instrumentaliza os interesses individuais a entidade ou interesse supraindividual, mas à plena realização de interesses existenciais e sociais destinados à promoção da pessoa humana.³⁵⁰

Desta feita, para a doutrina civilista contemporânea, a função social do contrato consiste em cláusula geral e princípio estruturante da ordem jurídica brasileira, e por ela se desdobra a necessidade de conformação dos interesses privados dos protagonistas da relação contratual com o interesse público e social com o qual a relação contratual dialoga ou tangencia. Diante disso, impõe deveres não só negativos como positivos às partes, não necessariamente delimitados pelas cláusulas expressas do negócio jurídico.

³⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento e a jurisprudência contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 18-19.

³⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 3: Contratos. p. 51-52.

³⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, cit., p. 52.

³⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, cit., p. 52.

Para a última concepção, que deve ser tida como a prevalecente, e que é acatada por este trabalho, os legítimos interesses individuais dos titulares de atividades econômicas só merecerão tutela do ordenamento jurídico na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à vontade individual, venham a ser igualmente tutelados.

A proteção de interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual. Vincula-se, assim, a proteção de interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica.³⁵¹

Consentânea com a legalidade constitucional a percepção de que a função social dos contratos impõe aos contratantes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica. O princípio ora estudado amplia para as relações patrimoniais a noção de ordem pública, daí a necessidade de leitura conjunta entre os arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil.³⁵²

A ruptura trazida por referido dispositivo legal, lembra Anderson Schreiber, é para com a tradição individual-voluntarista, reservando primordial importância ao elemento funcional do contrato, ao qual imputa ainda uma conotação social, um direito comprometido com os valores solidários da Magna Carta de 1988.³⁵³

Não por outro motivo, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery reputam que o contrato estará conformado a sua função social quando as partes se pautarem pelos valores da solidariedade e da justiça social, bem como da livre-iniciativa, quando for respeitada a dignidade e os direitos fundamentais da pessoa, não se ferirem valores ambientais etc., de modo que haverá desatendimento da função socioeconômica do contrato quando: i) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional; ii) a desvantagem gerar a uma das partes situação de ruína; iii) quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do negócio; iv) a vantagem que o contrato proporcionar às partes resultar em perdas para a sociedade civil.³⁵⁴

³⁵¹ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**, cit., p. 52.

³⁵² TEPEDINO, Gustavo. Funcionalização do direito civil e o princípio da função social dos contratos. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (org.). **20 anos do Código Civil**: relações privadas no início do século XXI. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 164-165.

³⁵³ SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 257.

³⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 536.

Rennan Thamay, Vanderlei Garcia Junior, Paulo Victor Oliveira Queiroz e Giselly Prado Silva ressaltam que a finalidade primordial do instituto, ao contrário do que se pode imaginar em um primeiro momento, não é tutelar a igualdade dos contratantes, mas sim uma segurança imposta para controlar e limitar as consequências ou os reflexos que derivam do objeto contratual. Logo, o objeto e o limite protetivo da função social dos contratos estão relacionados com os efeitos que esse contrato pode trazer à coletividade e até mesmo ao Estado.³⁵⁵

O papel da função social dos contratos na defesa de direitos, em espectro metaindividual, interessa de perto ao objeto deste trabalho, já que o princípio em estudo pode se revelar uma barreira de suma importância contra arbitrariedades externadas em cláusulas e comportamentos contratuais nocivos ao gozo efetivo de direitos fundamentais coletivamente considerados. Um mero juízo abstrato de licitude do objeto da prestação não atesta, por si só, a conformidade do negócio jurídico com o ordenamento jurídico, especialmente à luz dos valores constitucionais.

O juízo de merecimento de tutela pelo ordenamento jurídico deve ser firmado *in concreto*, de acordo com as especificidades do caso em análise, devendo-se perquirir qual a finalidade precípua do ato e quais direitos fundamentais, e em que escala, podem ser afetados se a falta de comprometimento social do ajuste for de fato detectada. Nesse jaez, Anderson Schreiber traz um exemplo instigante de aplicação do mencionado princípio na tutela da saúde:

... suponha-se que um laboratório celebre com determinada clínica privada um contrato de fornecimento de determinado medicamento com cláusula de exclusividade. Suponha-se, ainda, que uma epidemia venha a se abater sobre a população daquela região, que, embora disposta a comprar o medicamento, fica impossibilitada de adquiri-lo diretamente com o laboratório por força da cláusula de exclusividade. O juiz pode, diante do interesse social à saúde, concretamente ameaçado no caso em questão, suspender a eficácia da cláusula de exclusividade em virtude da função social do contrato. O dispositivo contratual, no caso concreto, choca-se com um interesse socialmente relevante. A liberdade de contratar encontra, por assim dizer, um “limite” na realização desse interesse, ficando a eficácia da cláusula suspensa até que tal interesse tenha sido atendido e com os necessários ajustes na dinâmica econômica do contrato...³⁵⁶

O mesmo autor, em outra obra, salienta que a função social dos contratos é um dos novos princípios contratuais que ganharam força com a edição do Código Civil de 2002, ao lado da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Todos eles atrelados a valores solidaristas

³⁵⁵ THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; QUEIROZ, Paulo Victor Oliveira; PRADO, Giselly Silva. **A função social do contrato**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 126.

³⁵⁶ SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado**, cit., p. 259. Releva salientar que o controle do merecimento de tutela certamente deve ser ainda mais reforçado em relações negociais que impactam o sistema público de saúde. Exemplos concretos dessa circunstância serão trazidos em tópico a seguir, dedicado à casuística.

consagrados na Constituição de 1988, em oposição ao pensamento liberal-voluntarista que caracterizava o tradicional direito civil brasileiro, cujos princípios tradicionais prevalecentes até então – a liberdade de contratar, a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) e a relatividade dos contratos – não deixam de existir, mas agora passam a ter sua aplicabilidade temperada pelos novos princípios acima citados.³⁵⁷

A ordem jurídica atribui efeitos jurídicos aos contratos não só porque estes explicitam o exercício da liberdade individual dos contratantes, mas sim porque avalia o fim perseguido pelas partes no exercício de sua liberdade de contratar, ao longo de todo o seu trajeto (negociações preliminares, confecção, execução e consequências pós-contratuais), exigindo que seu objeto exprima alguma utilidade social. O contrato é considerado merecedor de tutela tão somente quando nele se vislumbra a promoção de algum interesse útil ao olhar da comunidade. Tal circunstância vale para o direito público e para o direito privado.

Flávio Tartuce chama a atenção para a circunstância de que o art. 421 do Código Civil passou por recente aperfeiçoamento de redação por força do advento da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), que corrigiu dois equívocos técnicos presentes no dispositivo original. Na linha da concepção doutrinária de Antônio Junqueira de Azevedo, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Álvaro Villaça Azevedo, além do próprio Tartuce, o primeiro equívoco dizia respeito à expressão “liberdade de contratar”, relacionada com a celebração do contrato em si, o que, em regra, é algo ilimitado, afinal a pessoa celebra contrato com quem quiser e quando quiser.³⁵⁸

Por outra via, tem-se que a função social limita a liberdade contratual, relativa ao conteúdo negocial em si e às cláusulas contratuais propriamente ditas. A função social nunca foi e não é a razão do contrato, constituída esta pela autonomia privada, daí a necessária e bem-vinda exclusão da expressão “em razão de”.³⁵⁹

De rigor, portanto, a transcendência da esfera particular em prol de interesses socialmente relevantes e agasalhados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico, especialmente no arcabouço normativo constitucional. A depender das partes, do objeto e do conteúdo, o contrato afetará sobremaneira número grande, determinado ou determinável, de terceiros interessados, que podem ter direitos fundamentais maculados ou restringidos

³⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 25.

³⁵⁸ TARTUCE, Flávio. Função social do contrato e interpretação dos negócios jurídicos após a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019): novas reflexões. In: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (org.). **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2. p. 336-337.

³⁵⁹ TARTUCE, Flávio. Função social do contrato e interpretação dos negócios jurídicos após a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), cit., p. 337.

indevidamente no decorrer da concreção da relação contratual de que não tomaram parte, ou que nela adentraram posteriormente. É o caso, para citar exemplos, de usuários de serviços de relevância pública, como saúde, saneamento básico e transportes.

Tal circunstância não macula a autonomia negocial, antes a prestigia e a redireciona para um ambiente interpretativo de conciliação com valores objetivamente agasalhados pela ótica constitucional. A autonomia negocial é vetor de grande prestígio e de necessária concreção, mas não é a única diretriz a ser observada nos variados negócios jurídicos existentes, típicos e atípicos.

Todas as balizas da ordem econômica devem se pautar pelos ditames da justiça social, não só porque tal conceito se encontra expresso no *caput* do art. 170 da Carta Política em vigor mas também porque a justiça social, ao lado do trabalho e da livre-iniciativa, é um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CF/88).³⁶⁰

Assim sendo, a disciplina da propriedade privada e, conseqüentemente, a disciplina dos contratos ganham contornos não só acumulativos como distributivos. Contratar e adquirir só ganha sentido pleno enquanto estiver em consonância com as exigências equitativas de uma ordem econômica que se pretende justa.³⁶¹

A função social dos contratos, já fixada de modo sistemático, porém implícito, na ordem constitucional, lança uma visão em que será legítima a pretensão acumulativa de riquezas, desde que isso não destrua outros interesses constitucionalmente legítimos. Ademais, não preocupada exclusivamente com a circulação de riquezas, a dinâmica constitucional contratual enaltece, igualmente, uma ótica de justiça contratual distributiva.

Há mais. A esse viés de busca por relações contratuais aptas a gerar riquezas e economicamente equilibradas soma-se ainda outro, consistente no reconhecimento, pela ordem constitucional, da importância da figura do contrato para a realização dos valores existenciais, um instrumento amplo de tutela da personalidade e da própria dignidade da pessoa humana.

Contrata-se não só para “ter”, mas também para “ser”, e sob essa ótica é que também devem ser lidos os artigos “irmãos” da função social dos contratos na codificação civil atual, ou seja, os arts. 421 e 2.035, parágrafo único. Não há exagero na assertiva de que não existe vida em sociedade viável para a pessoa sem que esta possa tomar parte, mesmo que de forma modesta, em relações contratuais.

³⁶⁰ SANTOS, Fernando Muniz. Princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 3: Constituições econômica e social. p. 178-179.

³⁶¹ SANTOS, Fernando Muniz. Princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal de 1988, cit., p. 179.

Não é aferível numericamente contar quantas vezes uma pessoa necessita participar de uma relação contratual ao longo da trajetória de sua vida para poder satisfazer suas necessidades, básicas ou não. Viver sem poder contratar, salvo situações de isolamento impostas por questões étnico-culturais, certamente é viver à margem da dignidade humana, longe de um mínimo existencial.

Por conseguinte, uma vez submetida a uma filtragem constitucional: i) a cláusula geral da função social dos contratos prevista nos dois dispositivos supracitados do Código Civil é um desdobramento daquela já fixada de forma sistemática em diversos dispositivos do texto constitucional (localizados nos objetivos e fundamentos da República e na Constituição Econômica), ou seja, um melhor detalhamento do instituto: ii) em seu detalhamento, fixa a necessidade de conformação dos interesses privados dos protagonistas da relação contratual com o interesse público e social com o qual a relação contratual dialoga ou tangencia; iii) esse interesse público e social deve ter guarida, explícita ou implícita, no texto constitucional; iv) com isso, a função social tem aptidão para impor deveres não só negativos como positivos às partes da relação negocial; v) tais deveres não precisam estar necessariamente delimitados pelas cláusulas do negócio jurídico, mas devem encontrar concatenação com sua causa concreta, ou seja, com a funcionalidade do negócio e com o melhor desfecho a ele esperado, à luz de seu papel cravado dentro do ordenamento jurídico.

Essa parece ser a visão de Claudio Luiz Bueno de Godoy, professor de Direito Civil da Universidade de São Paulo, segundo o qual a função social do contrato não só é um princípio do novo direito contratual brasileiro como também consubstancia princípio estruturante da ordem econômica constitucional (art. 170, *caput*), eis que, ao lado da empresa, o contrato, afinal, é um dos principais instrumentos de organização e desenvolvimento da atividade produtiva.³⁶² Acrescenta o autor:

Ora, dúvida não pode haver que a função social do contrato, hoje, e aliás desde a passagem, já descrita, do Estado Liberal para o Estado Social, em que se valoriza o interesse social, ao lado do interesse de cada qual dos indivíduos, seja um princípio jurídico, daqueles que dão fundamento não só à ordem econômica, no Brasil (art. 170 da CF), como ainda à própria estruturação da República, assentada sobre o valor social da livre-iniciativa (art. 1º, IV, da CF); mas, também, e antes, integra os próprios objetivos constitucionais (art. 1º, III, e 3º, I, da CF) de estabelecimento de relações solidárias e de valorização da pessoa humana no trato entre os indivíduos. Mais: e, por isso mesmo, princípio a que não se pode recusar pronta aplicação, reconhecendo-se-lhe evidente força normativa, impondo, outrossim, que o próprio instituto do contrato seja relido, à sua luz, por compor-lhe, verdadeiramente, o seu conteúdo...³⁶³

³⁶² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112.

³⁶³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**, cit., p. 117-118.

Sua vocação é, pela leitura civil constitucional, de ampla operabilidade. À luz da unidade do ordenamento jurídico, pode incidir, por aplicação direta ou por meio de diálogo com outras fontes normativas, em negócios jurídicos firmados no âmbito do direito público, especialmente se em reforço à proteção dos direitos fundamentais neles considerados.

Contudo, alerta Anderson Schreiber que o legislador de 2002 pecou por se valer de uma expressão demasiadamente genérica, desprovida de um conteúdo material mínimo que pudesse facilitar um pouco o trabalho do operador do direito. A amplitude da expressão teria aptidão para confundi-la com a própria ordem jurídica em geral, o que poderia ser remediado com a utilização de uma enumeração normativa de parâmetros, pelo menos em caráter ilustrativo.³⁶⁴

Pertinente a observação, pois é o que já acontece com o princípio constitucional da função social da propriedade, mediante rol exemplificativo de situações reveladoras de sua observância, como o respeito ao meio ambiente, à legislação trabalhista, à observância da ordenação das cidades, a exploração racional, adequada e produtiva etc. (*vide* arts. 182 e 186 da CF/88).

Por fim, cabe salientar que a função social dos contratos não se confunde com o princípio do equilíbrio contratual e com a boa-fé objetiva, embora com eles se relacione umbilicalmente, podendo um, alguns ou todos, cumulativamente, contribuir para a resolução de celeumas complexas em âmbito negocial.

De fato, o equilíbrio contratual consiste em uma das principais formas de concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, III e IV), da igualdade substantiva (art. 5º, *caput*) e da justiça social (art. 3º, I, III, IV, e art. 170, *caput*, da CF/88) não só, mas, principalmente, no campo do direito civil. Impõe que haja uma proporcionalidade objetivamente aferível entre os direitos e obrigações das partes contratantes, de modo a impedir posições contratuais abusivas, seja por discrepância entre os valores econômicos do objeto obrigacional assumido pelas partes, seja pela concessão de um catálogo de direitos e prerrogativas a uma delas sem que haja alguma vantagem correspondente à outra, com prejuízo sensível à paridade de armas.

Assim, é vocacionado especialmente para neutralizar a possibilidade de subjugação da parte contratante mais fraca pela mais forte unicamente em razão da disparidade de poder econômico, financeiro, tecnológico, científico, mercadológico, informacional etc. Logo, repudia a compreensão da disparidade de forças como uma contingência compreensível e

³⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**, cit., p. 29-31.

aceitável e, portanto, reflexiva, no mundo das transações, de um processo equiparável à odiosa seleção natural. Nos dizeres de Fábio Ulhoa Coelho:

A autonomia privada depende, para sua afirmação, da existência de um equilíbrio entre os contratantes. A ordem jurídica somente deve reconhecer validade e eficácia à composição dos interesses pelos próprios titulares, mediante acordo de vontades, se eles possuírem iguais meios para defendê-los na mesa de negociação. Caso contrário, o mais forte acabará fazendo prevalecer os seus interesses, e não se realizará a articulação de interesses amparada na autonomia privada.

Entre os contratantes iguais, o equilíbrio é alcançado pela isonomia. Nesse caso, nenhum deles pode titularizar um direito contratual que não seja reconhecido pela ordem jurídica também para o outro. As normas devem ter caráter supletivo, destinadas apenas a suprir as eventuais omissões do instrumento contratual negociado entre as partes. Já entre os desiguais, o equilíbrio não se estabelece pela isonomia. Aqui, a lei deve atribuir à parte fraca direitos e prerrogativas negados à outra, para equalizar as condições com que comparecem à mesa de negociação. Os direitos e prerrogativas concedidos ao contratante vulnerável ou hipossuficiente compensam, por assim dizer, a sua debilidade econômica, cognoscitiva, social etc.³⁶⁵

Ademais, a função social dos contratos, embora tenha pontos de confluência e alguns parâmetros axiológicos comuns com o princípio da boa-fé objetiva, com ele não se confunde, pois se trata de institutos com finalidades e métodos de aplicação distintos.

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o termo boa-fé era aplicado apenas tendo por foco seu aspecto subjetivo, consistente no desconhecimento de eventual mácula jurídica do negócio no qual o sujeito tomava parte. A boa-fé era averiguada *a contrario sensu*, como ausência de má-fé por aquele que praticava, concepção esta que se mostrou insuficiente para reger as práticas contratuais de uma sociedade marcada pela constante evolução econômica e tecnológica.

Então, com o advento do diploma normativo consumerista, por inspiração das codificações civis europeias (especialmente alemã e italiana), eis que a boa-fé agora passa a ser ressaltada em seu aspecto objetivo, pelo qual se realçam variadas funções e aspectos que têm em comum a imposição de dever de comportamento probó, coerente e cooperativo pelas partes da relação negocial, sempre em prol de sua regular negociação, execução, conclusão e, até mesmo, gestão dos efeitos produzidos após o término de todo o pactuado (arts. 6º e 51 do CDC).

O dever de boa-fé impõe a obrigação de comportamento adequado, leal e cooperativo ao longo de todo o negócio jurídico, inclusive nas fases pré e pós-contratual, impondo às partes o dever de atuar concatenada e mutuamente para a consecução dos fins perseguidos e encerrando de forma satisfatória a atividade contratual, em consonância com sua natureza, finalidade, objeto e costumes do tráfego.

³⁶⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 3: Contratos. p. 38.

Isso pode se dar, inclusive, pela verificação *in concreto* de que nem sempre apenas o convencionado obriga as partes, pois nascem, ao lado dos vínculos criados pelo acordo de vontades, deveres paralelos, anexos a todo o pactuado (como transparência, lealdade, confiança, sigilo, informação, segurança etc.),³⁶⁶ e consubstanciam uma decorrência lógica daquilo que fora negociado e firmado.

A boa-fé objetiva tem como inspiração a busca de interpretar a convenção de modo a compatibilizá-la com os anseios éticos do meio social em que o contrato foi ajustado, com foco não no subjetivismo ou psiquismo do agente, mas de forma objetiva, com verificação de comportamentos, explicitação de vontades e usos e costumes do tráfego.³⁶⁷

A boa-fé objetiva e a subjetiva possuem o mesmo substrato ôntico, mas diferem quanto ao modo de manifestação, ensinam João Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo.³⁶⁸ A boa-fé objetiva se projeta do exterior para o interior, pois a vontade externada no meio social é a que deve prevalecer para garantir a segurança e estabilidade do tráfego negocial. Na boa-fé subjetiva o caminho é inverso, centrando-se a análise sobre o sujeito emitente da declaração de vontade.³⁶⁹

Ou seja, a boa-fé objetiva elimina a razão da assertiva de que o elemento ignorância da inserção de determinado sujeito em situação juridicamente inadequada para o exercício de direitos ou determinada posição de vantagem seria suficiente para caracterizar sua autêntica boa-fé. Hoje se exige um *plus*, consistente em um comportamento adequado externado e objetivamente detectável, segundo padrões temporais, espaciais e circunstanciais razoavelmente delimitados.

A boa-fé objetiva impõe a visualização da relação obrigacional pelas óticas da totalidade e dinamicidade. Tal se dá porque agora se apreende o vínculo obrigacional como um *totum*, abrangendo, em seus polos, direitos, pretensões, deveres, ônus e ações. A depender da situação concreta, o cumprimento de um crédito determinado agora já pode, por si só, não dar azo à extinção ou modificação de certa relação jurídica.³⁷⁰

Consequentemente, credor e devedor não mais são vistos como partes antagônicas, dialéticas e polêmicas, sobressaindo a importância cooperativa de seus feixes de atuação, em prol da resolução ordinária da relação obrigacional, via adimplemento.³⁷¹ Qualquer um deles

³⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, cit., p. 25.

³⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, cit., p. 26 e 31.

³⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 191.

³⁶⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil comentado**, cit., p. 191.

³⁷⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006. p. 18-19.

³⁷¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**, cit., p. 19.

pode faltar para com as atividades necessárias ao correto desenvolvimento contratual, ainda que a falta não esteja adstrita ao objeto principal da obrigação.

Não basta analisar o dissídio entre a vontade e a declaração, sendo mister averiguar o comportamento de quem a recebe. Indagar se este manteve sua expectativa de vinculação segundo a boa-fé, ou se, ao revés, de alguma forma concorreu com culpa para certo evento danoso.³⁷²

Com a chegada do Código Civil de 2002, a interpretação sistemática e teleológica de seus arts. 113, 187 e 422 revela a abrangência e imponência do princípio agora para todas as esferas contratuais, civis, empresariais e mesmo no âmbito dos contratos administrativos firmados em sede de direito público (*vide* art. 89 da nova Lei de Licitações), não se cingindo mais às relações de consumo. Sua projeção rumo ao direito processual igualmente resta consolidada por dispositivos como os arts. 5º, 6º e 489, § 3º, do Código de Processo Civil.

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior, o campo propício de aplicação do princípio é o das declarações imprecisas ou lacunosas. A boa-fé despreza a malícia da parte que se valeu de evasivas para criar convenções obscuras ou duvidosas e, posteriormente, procurar, de forma maliciosa, obter vantagens incomuns em negócio da espécie.³⁷³

O art. 113 do Código Civil, como dito, irradia a boa-fé objetiva para toda a seara do direito civil, não se cingindo aos direitos das obrigações e contratual. Fulmina a sorte da teoria da vontade como fonte de interpretação genuína do negócio jurídico. Não que a vontade interior não seja importante, mas deve ser analisada em todo o contexto do negócio. A boa-fé deve iluminar a interpretação dos negócios jurídicos, além dos usos do lugar da celebração e, ainda, as práticas habitualmente adotadas entre as partes.

É a inteligência do Enunciado nº 409 das Jornadas de Direito Civil e, também, do novel art. 113, *caput* e inciso IV, do Código Civil, pelo qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Ainda, corresponde a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.³⁷⁴

Os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais, simples ou complexos, demandarão sempre interpretação, e sua necessidade, por si só, já demonstra a presença incontornável de

³⁷² COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**, cit., p. 192.

³⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, cit., p. 32.

³⁷⁴ Redação atual do dispositivo, após as alterações feitas pela Lei nº 13.874/2019, a chamada Lei da Liberdade Econômica.

interesse público apto a legitimar a intervenção do Estado (ainda que potencial) para a determinação dos efeitos do negócio.

Então, a boa-fé objetiva fica restrita ao relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico, ao passo que a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos também sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes).³⁷⁵ Sua atuação pode se dar nos estritos termos da convenção, mas, a depender da situação concreta posta em conflito, a ela não se limita.

Se, por um lado, os terceiros têm de respeitar os efeitos dos contratos no meio social, por outro também possuem o direito de evitar reflexos danosos e injustos que o contrato, desviado de sua natural função econômica e jurídica, possa ter na esfera de quem não participou de sua pactuação.³⁷⁶ A função social dos contratos é a cláusula geral mais eficiente e indicada para esse tipo de enfrentamento, especialmente em razão de sua eficácia externa, que a avaliza para produzir efeitos perante toda a coletividade, como será visto a seguir.

5.3 Eficácias interna e externa da função social dos contratos e sua relação com os direitos fundamentais no Estado Constitucional

A função social do contrato, segundo doutrina pátria majoritária, possui duas espécies de eficácia, quais sejam, a eficácia interna, adstrita apenas às partes da relação contratual, com especial (mas não exclusivo) desiderato de proteger a parte concretamente vulnerável do ajuste,³⁷⁷ e a eficácia externa, assim nominada pois seus efeitos incidem perante terceiros alheios à relação contratual, em abrangência individual ou metaindividual, como desdobramento direto ou indireto, de cunho patrimonial ou não, do próprio conteúdo da avença, ou seja, sem perder algum nexo de causalidade com o ajuste negocial originário.³⁷⁸ Segundo ensinamentos do civilista Flávio Tartuce:

³⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, cit., p. 37.

³⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, cit., p. 37.

³⁷⁷ Vide Enunciado nº 360 da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes” [BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). **IV Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 360**. Brasília, DF, [s. d.]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/464>. Acesso em: 9 dez. 2022.

³⁷⁸ Vide Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito” [BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). **I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 21**. Brasília, DF, [s. d.]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/667>. Acesso em: 9 dez. 2022.

Em resumo, a eficácia interna da função social dos contratos pode ser percebida: a) pela mitigação da força obrigatória dos contratos; b) pela proteção da parte vulnerável da relação contratual, caso dos consumidores e aderentes; c) pela vedação da onerosidade excessiva; d) pela tendência de conservação contratual, mantendo a autonomia privada; e) pela proteção de direitos individuais relativos à dignidade humana; f) pela nulidade de cláusulas contratuais abusivas por violadoras da função social e g) pela tese da frustração do fim da causa.

Ainda quanto à eficácia interna, a função social dos contratos, pelo que consta dos arts. 104, 166, inc. II, 187 e 421 do Código Civil, pode se enquadrar nos planos da validade ou da eficácia do contrato, o que depende de análise caso a caso. Isso porque, havendo no exercício da autonomia privada um abuso do direito, estará configurado o ilícito que pode eivar de nulidade a cláusula contratual ou mesmo todo o contrato.

Por outro lado, a eficácia externa da função social dos contratos pode ser extraída das hipóteses em que um contrato gera efeitos perante terceiros (tutela externa do crédito, nos termos do Enunciado nº 21 do CJF/STJ); bem como das situações em que uma conduta de terceiro repercute no contrato. Também, denota-se essa eficácia externa pela proteção de direitos metaindividuais e difusos. Como exemplo de eficácia externa, ainda pode ser citada a função socioambiental do contrato.³⁷⁹

Há limite positivo e negativo no exercício da liberdade contratual, à luz da função social dos contratos, em sua eficácia interna e externa. Positivo porque o próprio ato de autonomia deve ter como objetivo a prossecução da função de socialidade consagrada legalmente. Pode estar em causa uma eficácia intersubjetiva, por exemplo, através da imposição de deveres positivos às partes, mesmo sem disposição expressa na avença. Haverá, ainda, um limite negativo, quando visível uma eficácia em relação a terceiros ou bens que afetem ou são afetados pelos contratos, impondo-se um dever externo de respeito.³⁸⁰

A eficácia externa quebra o paradigma da relatividade dos contratos, reputando por simplista o raciocínio de que a atividade contratual só impactaria aqueles que dele tomam parte. O *locus* do princípio da função social, em sua acepção externa, reside em sua capacidade provocativa de repensar o mito da relatividade contratual, em contraposição à eficácia *erga omnes* dos direitos reais, de modo que sua missão é substituir a vertente individualista do vínculo contratual pela arejada concepção da tutela externa do crédito.³⁸¹

Há de se analisar, caso a caso, o objeto, a natureza das obrigações assumidas e o impacto esperável do ajuste perante a comunidade na qual se insere. Assim, contratos administrativos que envolvem serviços de grande relevância pública estão sujeitos a um escrutínio mais rigoroso do ordenamento jurídico quanto à aptidão substancial de suas cláusulas em atender ou, ao menos, não desrespeitar os direitos fundamentais. As mesmas observações valem para os comportamentos das partes, em sede pré-contratual, contratual e pós-contratual.

³⁷⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 17. ed. São Paulo: Forense, 2022. v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. p. 90.

³⁸⁰ CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 23.

³⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, cit., p. 269.

Não destoa dessa premissa o teor do Enunciado nº 23 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesses individuais relativos à dignidade da pessoa humana.³⁸²

A eficácia externa introduz a diretriz de solidariedade social (art. 3º, I, da CF/88) para dentro do ajuste, ainda que as partes deliberadamente ignorem as consequências sociais das cláusulas e comportamentos. Hão de ser respeitados interesses coletivos agasalhados constitucionalmente, como o meio ambiente, as relações de trabalho, a livre concorrência, a ordem tributária, a saúde pública, dentre outros. O comportamento contratual violador desses interesses deve ser neutralizado pelo ordenamento jurídico, dentre outros fundamentos, via art. 421 do Código Civil, especialmente graças a sua eficácia externa.

A eficácia externa da função social do contrato guarda íntima relação com a tutela coletiva dos direitos fundamentais, sociais ou individuais, na medida em que legitima a atuação das funções essenciais à justiça no enfrentamento de cláusulas contratuais ou comportamentos contratuais antissociais que vulnerem, mesmo que de forma indireta, esses direitos.

Não se pode olvidar que o legislador reconheceu o caráter de norma cogente e de interesse público da função social dos contratos, em dispositivo tão ou mais importante que o art. 421 do Código Civil, qual seja, o art. 2.035, parágrafo único, pelo qual nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pelo próprio Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. Aqui não só se fixou importantíssima norma de direito intertemporal no país como se reconheceu uma importância axiológica diferenciada ao princípio ora estudado, entre outros motivos por sua significativa conexão com os valores fundamentais da República e os direitos humanos.

Trata-se de regra indeclinável, comando expresso de direito intertemporal que revelou a manifestação inequívoca do legislador em privilegiar os preceitos de ordem pública relacionados com a função social da propriedade *stricto sensu* (art. 1.228, § 1º, do CC) e a função social dos contratos (art. 421).³⁸³

³⁸² BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). **I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 23**. Brasília, DF, [s. d]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20do%20contrato,%C3%A0%20dignidade%20da%20pessoa%20humana>. Acesso em: 9 dez. 2022.

³⁸³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, cit., 17. ed., v. 3, p. 72.

O dispositivo escancara um princípio de retroatividade motivada ou justificada, interligado à função social dos contratos, gabaritando-a como matéria de ordem pública, por vezes mais forte que o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, de modo que sua eventual retirada do ordenamento jurídico estará fadada à decretação de inconstitucionalidade material.³⁸⁴

Trata-se, nos dizeres da melhor doutrina, de disposição legal concretizadora de um direito civil constitucional, cuja filtragem é conferida por direitos fundamentais que potencializam o primado das dimensões existenciais sobre as dimensões patrimoniais. Justifica, assim, a aplicação de uma retroatividade média quando a lei nova é benéfica para a coletividade, no sentido de maior proximidade aos ideais de justiça.³⁸⁵

Com isso, tem-se o reconhecimento legislativo da abrangência normativa qualificada da função social dos contratos, ocupando ela um *locus* axiologicamente privilegiado no ordenamento jurídico. Desta feita, resta inequívoca sua aptidão para reforçar a tutela coletiva de direitos fundamentais eventualmente maculados por disposições contratuais antissociais, especialmente aquelas firmadas no seio de ajustes que visem detalhar serviços e atividades de relevância pública, como a saúde.

Tem-se, portanto, por não suficientemente relevante para a incidência genuína do princípio a participação dos terceiros lesados no ajuste contratual originário. Deve-se focar muito mais a finalidade e utilidade social das disposições que estão sendo discutidas do que a forma de discussão e criação do ajuste, embora esta guarde sim sua devida importância.

De fato, a eficácia externa da função social do contrato é de sensível percepção nos contratos que afetam, de forma direta ou indireta, direitos de abrangência metaindividual, ou direitos individuais de inegável adstrição ao princípio da dignidade humana. Trata-se do fenômeno que mais interessa a este trabalho, afinal, quanto ao primeiro exemplo, podem ser lembrados os ajustes formulados no âmbito do Sistema Único de Saúde para fins de complementação da rede de atendimento, nos moldes no art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988, com almejada concretude para o direito fundamental social à saúde (art. 196).

Ora, se mesmo relações paritárias civis e empresariais podem por vezes afetar negativamente direitos fundamentais de terceiros estranhos à relação contratual, que dirá então ajustes contratuais públicos de grande abrangência e impacto social.

³⁸⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, cit., 17. ed., v. 3, p. 74.

³⁸⁵ ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Código Civil comentado**: artigo por artigo. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 2134.

A importância da eficácia externa pode interagir com direitos fundamentais da mais variada espécie, e não só o direito fundamental à saúde. Citem-se, ainda, as diversas concessões de serviços públicos (água, esgoto, energia elétrica, seguro-saúde etc.) e os contratos firmados dentro de contextos de programas habitacionais como o Minha Casa Minha Vida (Lei nº 11.977/2009), que visam dar aplicação prática ao direito fundamental social à moradia, do art. 6º da Lei Maior.

A eficácia externa da função social dos contratos, portanto, deve ser extraída não só da cabeça do art. 421 do Código Civil como igualmente do art. 2.035, parágrafo único, do mesmo dispositivo, pois, se reconhecido o caráter de ordem pública e interesse social do instituto, é porque ele interessa a toda a sociedade quando da análise de seu respeito concreto dentro de determinados negócios jurídicos.

A eficácia interna da função social dos contratos, por sua vez, clama pelo estabelecimento de um contexto de justiça e paridade entre os personagens e as disposições da trama contratual, dentro do desenho e finalidade precípua do ajuste. Trata-se de mecanismo de atuação endógena. Seu impacto no interior da relação negocial e o consequente poder de moderação e correção no uso da autonomia privada são, ao menos *a priori*, mais incisivos, podendo trazer consequências nos planos de validade e/ou eficácia, no todo ou em parte, do contrato.

Talvez por isso a eficácia interna tenha encontrado maiores resistências doutrinárias no Brasil, e tenha sido objeto de maior maturação pela doutrina civilista, ganhando enunciado próprio apenas na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, posteriormente, portanto, ao apontamento doutrinário da eficácia externa, que ganhou, com maior rapidez e abrangência, aceitação científica.³⁸⁶

Parte significativa da doutrina, aliás, entende que a neutralização de situações contratuais assimétricas ou materialmente injustas, causadas por cláusulas determinadas ou mesmo pela inteireza do programa contratual, podem ser enfrentadas satisfatoriamente, no interior da própria relação contratual, por princípios outros, de igual relevância e operacionalidade corretiva, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio material das prestações.

Nesse diapasão, reflexões de autores como Humberto Theodoro Júnior explicitam que a função social dos contratos consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre

³⁸⁶ Enunciado nº 360: “O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes” [BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). **IV Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 360.** Brasília, DF, [s. d.]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/464>. Acesso em: 9 dez. 2022.

a sociedade (terceiros) e não no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes).³⁸⁷ Ofende-se a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial.³⁸⁸

Diferentemente, a boa-fé objetiva age no restrito relacionamento travado entre os próprios sujeitos do negócio jurídico e objetiva auxiliar o intérprete na captura de *standards* de comportamento contratual objetivamente verificáveis pela realidade da vida, que prescinde da constante busca de intenções para ajustar o real sentido de declarações, com uma aproximação maior dos usos do tráfego, de modo que a declaração deva ser entendida pela generalidade das gentes, conforme a realidade do comércio.³⁸⁹

Não se trata do entendimento agasalhado por este trabalho, que reputa igualmente relevantes tanto a eficácia interna quanto a externa da função social dos contratos. Tal se dá ao menos em abstrato, na medida em que, dada a realidade complexa e cambiante dos dias atuais, não é possível prever qual vertente do princípio será mais útil para a tutela dos direitos fundamentais. Pode ser um ou outro.³⁹⁰

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por exemplo, entendem, corretamente, que a eficácia interna da função social dos contratos é o instrumento adequado e necessário para a tutela de situações contratuais direta ou reflexamente ofensivas à dignidade da pessoa humana, como no caso das chamadas “pegadinhas” ou dos *reality shows*, não raro concretizados por meio de negócios jurídicos ofensores da honra e imagem das pessoas.³⁹¹

A função social do contrato, em sua vertente interna, não bloqueia a atuação da boa-fé objetiva. O oposto igualmente não se dá. A função social do contrato se autonomiza por sua verticalidade, pois concerne às relações entre as partes e a sociedade. Os dois princípios coexistem, pois atuam ordinariamente em caráter de complementaridade, e não de forma excludente.

Em comum, ambos são emanção do princípio da solidariedade nas relações privadas, como limite positivo à autonomia das partes. Nos ensinamentos dos mencionados autores, destaca-se outra passagem que reforça a necessidade de verificação do requisito causa do negócio jurídico, de modo a verificar a importância da eficácia interna do instituto:

³⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, cit., p. 37.

³⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**, cit., p. 49.

³⁸⁹ SERRANO, Juan Miguel Ossorio. **Curso de derecho civil II**, cit., p. 174.

³⁹⁰ Análise mais detalhada da boa-fé objetiva dar-se-á no tópico seguinte.

³⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, cit., p. 267.

Todavia, se lembrarmos da noticiada aproximação da função social do contrato com a causa do negócio jurídico, poderemos situar um espaço para a cláusula geral do art. 421, mesmo no âmbito interno da relação obrigacional, sem que isto provoque um abalo no sentido da boa-fé objetiva. Ousamos mesmo afirmar que no espaço endógeno da relação negocial pode incidir a boa-fé objetiva e, simultaneamente, uma afronta à função social do contrato pela quebra de consonância com a utilidade social que ele deveria ostentar. O poder jurígeno da vontade é derivado das opções axiológicas do sistema.³⁹²

A boa-fé objetiva, então, atua em concertação plena com a função social dos contratos, tanto em sua vertente interna quanto na externa, provocando, como consequência, um reforço não só no controle formal mas principalmente no controle substancial das relações contratuais, impedindo contextos de assimetria, subjugação de uma parte a outra e frustração da finalidade do ajuste.

Aliás, a frustração do fim do contrato é outra decorrência indubitável da função social dos contratos, dialogando de forma mais intensa com sua vertente protetiva interna, na medida em que tem por escopo encerrar ou alterar a relação contratual em que a prestação continua passível de execução, tanto jurídica quanto materialmente, porém, por circunstâncias supervenientes inesperadas e não imputáveis ao devedor, acaba por se tornar de execução inútil ou inócua no mundo dos fatos.

Precisas são as lições de Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Marcella Campinho Vaz, que, tendo por base a construção teórica da civilística alemã, apontam que a frustração do fim do contrato advém da quebra da base objetiva do negócio, caracterizada nos casos de destruição na relação de equivalência entre as prestações ou de frustração da finalidade do contrato.³⁹³

Ou seja, o ponto central da teoria da base objetiva do negócio (da qual a teoria da frustração do fim do contrato deriva) está em que o contrato esteja sempre preservado de sentido, deixando este de existir quando sua finalidade objetiva se torna inalcançável, ainda que possível a prestação.³⁹⁴ Esclarecem as autoras:

A teoria da frustração do fim do contrato pode ser definida como um mecanismo de aplicação residual, que atua no momento de crise no cumprimento das prestações, gerada pela perturbação de um fator externo, alheio à vontade das partes contratantes. Essa perturbação se dá quando determinada circunstância se apresenta após a contratação e enseja a impossibilidade em se alcançar o próprio fim do contrato, muito embora a execução da prestação, em si mesma considerada, ainda seja possível. Nas palavras de Rodrigo Barreto Cogro, “trata-se de hipótese na qual a prestação é

³⁹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**, cit., p. 265.

³⁹³ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; VAZ, Marcella Campinho. Frustração do fim do contrato: os efeitos dos fatos supervenientes na utilidade da prestação. In: TEPELINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos (coord.). **Direito civil constitucional: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas**. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 153.

³⁹⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; VAZ, Marcella Campinho. Frustração do fim do contrato: os efeitos dos fatos supervenientes na utilidade da prestação, cit., p. 153-154.

plenamente possível, mas o contrato perdeu seu sentido, sua razão de ser, por não ser mais possível alcançar seu fim, seu escopo, sua função (concreta) em decorrência da alteração das circunstâncias”.³⁹⁵

Realmente, releva salientar, nesse sentido, o teor do Enunciado nº 166 da III Jornada de Direito Civil, pelo qual a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil. Acrescenta-se aqui, tal se dá especialmente em virtude da eficácia interna da função social dos contratos, na medida em que essa é a vertente mais apta a recolocar o programa contratual nos rumos da normalidade substantiva, sob o olhar de seus protagonistas.

Observação extremamente importante de Gerson Luiz Carlos Branco aponta recente reconhecimento expresso da eficácia interna da função social dos contratos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive após o advento da Lei da Liberdade Econômica, no bojo do Recurso Especial nº 186.2508-SP (julgado em 24.11.2020), de Relatoria da Ministra Nancy Andrigli, referente a controvérsias surgidas no interior de um contrato de franquia.³⁹⁶

O precedente teria afirmado um caráter teleológico referente ao contrato, ao decidir que este também encontra sua vinculação e limitação na função econômica e social, visando fazer com que os legítimos interesses da outra parte, relativos à relação econômica nos moldes pretendidos pelos contratantes, sejam salvaguardados, afastando assim a noção estrita de limite externo.³⁹⁷

Ainda é de bom alvitre explicitar que, para uma parte da doutrina, a problemática da revisão contratual em casos de onerosidade excessiva superveniente, nos moldes dos arts. 317 e 478 do Código Civil, não integra a fenomenologia da função social dos contratos, seja na vertente da eficácia externa, ou eficácia interna, afinal se trata de instituto autônomo, com operabilidade legislativamente delimitada a certas situações.³⁹⁸

Outros entendem distintamente, reforçando a similitude axiológica entre função social da propriedade e função social do contrato. Assim, enquanto a primeira tem por objetivo evitar a não utilização ou má utilização da propriedade e tem como consequência a desapropriação,

³⁹⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; VAZ, Marcella Campinho. Frustração do fim do contrato: os efeitos dos fatos supervenientes na utilidade da prestação, cit., p. 154-155.

³⁹⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Comentário ao artigo 421 do Código Civil: a função social do contrato na Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). **Direito privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. p. 477.

³⁹⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Comentário ao artigo 421 do Código Civil, cit., p. 477.

³⁹⁸ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 41-42.

como medida de justiça social, a função social do contrato teria por objetivo evitar o mau uso ou uso abusivo do contrato para fins de enriquecimento injustificado de um dos contratantes ou para causar prejuízo excessivo e também injustificado ao outro. Dessa forma, teria por consequência a revisão contratual como medida de justiça negocial.³⁹⁹

Este trabalho agasalha as premissas do segundo entendimento, ligando a função social dos contratos, especialmente em sua vertente interna, ao fenômeno da onerosidade excessiva, com a singular observação de que esta não esgota a amplitude de atuação daquela na realidade fática.

Então, há evidente conexão entre a função social dos contratos, em sua eficácia externa e interna, e a tutela coletiva dos direitos fundamentais, mesmo (e principalmente) fora do âmbito do direito privado, na medida em que a atuação correta desses dois aspectos do instituto pode prevenir ou impedir posições contratuais que frustrem o esperado respeito a esses direitos por meio da implementação de políticas públicas de relevo.

Não se descarta a possibilidade de ofensa a outros direitos fundamentais, sociais ou individuais, mas o objeto de estudo deste trabalho destaca a plena possibilidade de frustração do direito fundamental social à saúde por meio de comportamentos ou cláusulas contratuais limitadoras de legítimas expectativas dos destinatários finais dos serviços ajustados, o que, sem dúvida, será mais comum na atenção terciária.

Para isso, não se pode perder de vista a importância da multifuncionalidade do direito fundamental à saúde, já que pode ele agir tanto como direito de defesa quanto como direito a prestações positivas, por parte do poder público e mesmo de agentes privados, tudo a depender dos pormenores da situação concreta considerada.

Essencialmente colaborativa para essa circunstância é a presença do já citado art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, pelo qual é reconhecida uma aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais. Tal previsão constitucional pátria impõe uma leitura mais cuidadosa da contraposição entre direitos de liberdade e direitos sociais, ignorada pela realidade constitucional brasileira, mas feitas comumente em sede de tratados internacionais de direitos humanos, afinal, como ensina Saulo Lindorfer Pivetta, não se pode negligenciar que tais tipos de tratados, por sua própria natureza, impõem obrigações ao Estado, mas não reconhecem direitos subjetivos públicos aos cidadãos.⁴⁰⁰

³⁹⁹ AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual superveniente**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. p. 114.

⁴⁰⁰ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito à saúde: multifuncionalidade e consequências jurídicas de sua aplicabilidade imediata. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 1: Teoria da Constituição e direitos fundamentais. p. 1058.

Há uma questão dogmática de fundamental importância no trato dos direitos sociais, segundo o mesmo autor: quando se trata de atuações positivas do Estado para a concretização de um direito, sempre é possível fazer diferente, mais e melhor, e, mesmo quando algo já foi feito, sempre há algo a fazer. Já em relação aos direitos de cunho negativo, as intervenções arbitrárias podem ser resolvidas por um critério de afastamento da restrição indevida, desconstituindo-se aquela conduta restritiva que não deveria ter sido realizada por não ser permitida pelo direito.

A atuação positiva, portanto, será mais ou menos enérgica conforme a intensidade da repercussão da relação contratual em face dos direitos fundamentais daqueles que serão justamente os destinatários finais da atuação concertada entre Estado e prestador. A repercussão positiva do direito fundamental à saúde, perante os ajustes firmados para concretizá-lo no Sistema Único de Saúde, dar-se-á: i) à luz da funcionalidade do ajuste para promover e proteger o direito fundamental à saúde tutelado (caso em que preponderará a eficácia externa, em situações de ofensa de cunho abrangente); ii) quando a escolha do poder público demonstrar-se, em caráter evidente, deficitária se confrontada com outras alternativas, legítimas e mais eficazes; iii) quando o conteúdo contratual colocar uma parte em absoluta situação de vantagem em face da outra, comprometendo a própria eficácia do objeto contratual (eficácia interna, com possibilidade de repercussão, em caráter mediato, na eficácia externa); iv) quando houver ofensa, expressa ou implícita, a um ou mais princípios norteadores do sistema público de saúde.

Diante disso, necessário ver de perto algumas espécies de ajustes comprometedores da função social dos contratos perante o SUS, bem como a forma adequá-la e remediá-los, à luz da cláusula geral em estudo.

5.4 Alguns efeitos da função social dos contratos perante as contratualizações do Sistema Único de Saúde

A análise do conteúdo de um instrumento de contratualização de serviços de saúde perante o sistema unificado brasileiro configura, em regra, uma atividade de complexidade ímpar, especialmente quando se trata da média e alta complexidade hospitalar. A assimilação de instrumentos dessa natureza não raro exige a leitura e revisão exaustiva das cláusulas mais importantes para o correto entendimento das obrigações e direitos das partes, e se nas entrelinhas do negócio jurídico estão guardadas disposições que podem comprometer sua finalidade genuína, em detrimento dos destinatários finais.

São, via de regra, instrumentos longos e detalhistas, ao mesmo tempo que não exaurem, e nem poderiam, todos os possíveis desdobramentos da realidade contratual, daí a importância do apoio, complementar ou supletivo, de outras valiosas fontes jurídicas, como o direito civil. Os exemplos concretos apresentados a seguir corroboram essa assertiva.

A este trabalho interessam de perto os modelos de contratualização que viabilizam parceria e fomento público à participação complementar de entidades filantrópicas ou outras entidades sem fins lucrativos na assistência à saúde da população brasileira, em caráter complementar, não só porque são, folgadoamente, os mais usuais como também porque são os mais suscetíveis de frustração de suas finalidades precípuas, em razão da presença de cláusulas antissociais.

Existem outras modalidades de contratualização, algumas firmadas em âmbito interno, por órgãos administrativos diversos existentes dentro de um mesmo ente federativo administrativo, por exemplo, um acordo institucional de desempenho firmado entre o órgão supervisor, no caso, uma Secretaria Estadual de Saúde, e um órgão a ele subordinado, com seu Sistema Estadual de Auditoria. Tais ajustes visam, em regra, a uma melhoria a médio e longo prazo de exercício de determinados múnus público (no caso citado, controle e avaliação de serviços de saúde). Seria a chamada contratualização interna.

Há também modelos de contratualização que envolvem entidades federativas diversas, em regra concretizados por instrumentos jurídicos como convênios de cooperação, consórcios públicos e gestão associada de serviços públicos, nos moldes da Lei Federal nº 11.107/2005 e do art. 241 da Constituição Federal de 1988, igualmente no desiderato de atender a necessidades coletivas primordiais que digam respeito, diretamente, a necessidades de todos os entes envolvidos.

Embora todos esses instrumentos sejam igualmente passíveis de receber a incidência de efeitos jurígenos de institutos de grande relevo da moderna Teoria Geral dos Contratos, como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, não serão objeto da preocupação nuclear deste trabalho, que visa, antes de tudo, aprofundar-se nas relações entre Administração Pública e certas entidades do terceiro setor, em modelos da chamada contratualização externa, não só porque são os mais frequentes como, também, em razão de seu próprio desempenho colaborativo no fortalecimento da democracia participativa.

Diante disso, como visto no segundo capítulo da tese, são comumente firmados, Brasil afora, ajustes com entidades do terceiro setor no desiderato de complementar a atenção dos serviços de saúde em caráter hospitalar, afinal a insuficiência de recursos hospitalares próprios no sistema público nacional se revelou uma herança de difícil superação, mesmo a longo prazo.

O primeiro ponto a observar é que a finalidade última desses ajustes, qual seja, o atendimento e respeito ao direito fundamental social à saúde dos usuários, é aspiração axiológica que deve impregnar a confecção e interpretação de todas as cláusulas, ora individualmente consideradas, ora vistas sob a sistemática contratual, sob pena de não atendimento da função social desses negócios jurídicos, e sua consequente invalidade, no todo ou em parte.

Patologias congênitas ou supervenientes podem afetar a função social do instrumento contratual, e não são necessariamente limitadas à atribuição de posições de vantagem que coloquem em hegemonia ora o gestor público, ora o prestador, como seria o caso, por exemplo, de cláusulas legitimadoras de assimetria de informações. São certamente hipóteses bastante comuns, mas que não esgotam todas as possibilidades de vulneração de interesses coletivos por meio de negócios jurídicos dessa natureza.

Todo instrumento de contratualização compõe-se por duas partes, uma que estabelece o objeto do ajuste, as responsabilidades dos signatários, formas de acompanhamento e avaliação, dentre outras cláusulas. Trata-se do instrumento negocial propriamente dito. A outra parte denomina-se documento descritivo, igualmente imprescindível, que integra o termo de contratualização para todos os efeitos, e descreve as metas qualitativas e quantitativas a serem alcançadas pela entidade contratada ao longo do período de vigência da avença.

Não é exagero classificar o documento descritivo do termo de contratualização como nada menos que a explicitação administrativa da função social do negócio jurídico sanitário a ser firmado. Em tal seara, relata-se, em minúcias, para que serve aquele programa contratual. O que ele fará. Que tipo de serviço de relevância pública executará, que tipo de interesse público (primário) atenderá, em que quantitativo e com que dinâmica.

É outra das ferramentas do ordenamento jurídico brasileiro que ressalta a importância da funcionalização dos institutos do direito, e está, portanto, estritamente sujeita a um controle de atendimento de interesses sociais em razão de seu conteúdo, da mesma forma que “as cláusulas tradicionais” desse tipo de contrato. Como salienta Gustavo Tepedino:

Todo e qualquer negócio jurídico tem uma estrutura e uma função. A identificação da função que se pretende alcançar e sua compatibilidade com os valores constitucionais precedem e definem a estrutura a ser utilizada. Servem, assim, a estrutura e a função que lhe justifica, de ponto de partida para a construção da legalidade constitucional. Não será, pois, a estrutura do negócio, ou seja, o *modus operandi* (os dispositivos do Código Civil previstos para determinada tipologia ou modelo de ato), que definirá a função a ser desempenhada, mas, ao contrário, é a função que se pretende

desempenhar que indicará a estrutura a ser utilizada diante de determinado arranjo negocial...⁴⁰¹

Realmente, há de se justificar a promoção de interesses socialmente relevantes em todas as modalidades de arranjos negociais, típicos ou atípicos, avalizados pelo ordenamento jurídico pátrio, inclusive (como não poderia deixar de ser) instrumentos de contratualização de serviços públicos de saúde no SUS.

Nesse jaez, o debate acerca da função social é redimensionado, de modo que tal tipologia não mais se limita a institutos como contratos e propriedade, mas a todos os negócios e atividades, analisados em concreto e incidentes sobre bens jurídicos, associando-se, imediatamente, liberdade e responsabilidade, autonomia privada e solidariedade na promoção de valores que, apreendidos pelo constituinte, definem a identidade cultural da sociedade.⁴⁰²

A atuação contratual na atenção de média e alta complexidade, ambulatorial ou hospitalar, eletiva ou de urgência/emergência, deve, como já antecipado, observar parâmetros de conteúdo que permitam a análise positiva de seu merecimento de tutela pela ordem jurídica, afinal são, igualmente, instrumentos passíveis de vulneração por eventos ou comportamentos nefastos, seja na elaboração de redações de cláusulas contratuais, seja na própria execução do contrato.

O termo de contratualização SUS, portanto, até mesmo por delimitar e reger programas contratuais de extensão temporal e volumes financeiros consideráveis, é negócio jurídico passível de desvirtuamentos, obstáculos ou frustrações a sua finalidade precípua, que é atender bem a população, provendo serviços públicos de grande relevância na saúde. As cláusulas antissociais podem tranquilamente aparecer tanto no núcleo do ajuste, em seu próprio documento descritivo, ou em ambos.

Quanto à primeira hipótese, inicialmente, tem-se que é defeso a qualquer gestor firmar instrumento de contratualização cujo objeto desvirtua-se da realidade sanitária, coletivamente considerada, da população que visa atender. Isso porque o escopo de todo e qualquer instrumento dessa natureza é justamente a fixação de um perfil assistencial definido conforme as peculiaridades demográficas e epidemiológicas da comunidade de destinatários finais, de acordo com o desenho da rede locorregional de saúde.⁴⁰³

⁴⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. A perseverante construção da legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Direito civil constitucional: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas**. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 3.

⁴⁰² TEPEDINO, Gustavo. A perseverante construção da legalidade constitucional, cit., p. 3-4.

⁴⁰³ SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Contratualização no SUS: principais conceitos e modelos de contratualização de desempenho institucional do Sistema Único de Saúde**. Curitiba: Editora CRV, 2021. p. 111.

Uma macrorregião de saúde que já disponha, por exemplo, de um CACON – Centro de Assistência Especializada em Oncologia ou um UNACON – Unidade de Alta Complexidade em Oncologia, com estrutura material, recursos humanos e insumos suficientes para absorver a demanda respectiva, sem notícias de sobrecarga, defeitos severos e necessidade de remanejamento de pacientes para outras macrorregiões equivalentes, não precisará confeccionar instrumento de contratualização para outro serviço da mesma natureza, por melhor que seja a qualidade deste e por mais bem-intencionado que esteja o gestor.

Não por outro motivo, ato regulamentar do Ministério da Saúde prevê que cada estabelecimento de saúde habilitado como CACON ou UNACON, inclusive em complexo hospitalar, que tenha como responsabilidade uma população de 500 mil habitantes ou 900 casos novos de câncer/ano, exceto o câncer não melanótico de pele, observará parâmetros mínimos mensais para ampliação de oferta de procedimentos relacionados a consultas especializadas e exames diagnósticos e de seguimento (art. 32 da Portaria nº 140, de 27 de fevereiro de 2014).

Ou seja, se mesmo a ampliação de serviços públicos de saúde já existentes demandam estudos técnicos prévios e detalhados de produção, que dirá a instituição de serviços novos pelo gestor. Ainda que o ato regulamentar traga critérios objetivos palpáveis (índice populacional ou produção ambulatorial/hospitalar) para orientar o Poder Executivo na hora da redefinição da política pública, a regulamentação normativa é, como o próprio nome antecipa, uma regulamentação, e pode, por si só, a depender das peculiaridades do caso, não ter força cogente suficiente para coibir certos tipos de abusos.

Nesse momento, o princípio da função social dos contratos pode servir de valioso reforço argumentativo, com força jurídica própria, para contribuir na direção de uma recomendável correção de rumo, combatendo atitudes voluntaristas da Administração Pública, com o bloqueio de decisões administrativas que não refletem atendimento a efetivas necessidades sanitárias de uma certa população.

A perfectibilização de um negócio jurídico visivelmente desconectado da realidade sanitária concreta e os termos do ajuste estará sujeita, portanto, ao escrutínio judicial, e o vício do ato não se limitará a ofensas a princípios conhecidos de direito público (como eficiência, proporcionalidade e moralidade – art. 37 da CF/88), pois ações administrativas dessa natureza ofendem, igualmente, princípios salutarres da teoria contratual, como a função social dos contratos (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do CC).

Tal acontecerá ainda que a iniciativa para a contratualização parta de entidade federativa distinta da que primeiro contratualizou. A situação não é incomum. Casos de dupla contratualização são frequentes no país, e geralmente ocorrem quando gestores de entes

federativos diversos não se preocupam em alinhar estratégias unificadas de políticas públicas sanitárias diante de um determinado contexto social, geograficamente delimitado.

Fatores como falta de planejamento e conhecimento da realidade local, ausência de prévios estudos técnicos, ausência de articulação ou mesmo interesses políticos inconfessáveis contribuem para a firmação desordenada de instrumentos de contratualização que não refletem a efetiva necessidade de uma população, ora faltando serviços para localidades que realmente necessitam, ora sobrepondo estruturas de saúde em acervo superior à real demanda social.

Acima se citou a situação da oncologia, mas outras especialidades, como nefrologia, cardiologia, cirurgia vascular, ortopedia, pediatria etc., poderiam padecer, como efetiva e infelizmente padecem, do mesmo tipo de ação política equivocada, em prejuízo à população. Ora, nada mais antissocial do que contratar um serviço público de saúde que não reflete uma efetiva demanda social de uma comunidade.

Contudo, uma ressalva se mostra necessária. Embora eventualmente presente irregularidade decorrente de dupla contratação para idêntico serviço de saúde por parte de estado e município, por exemplo, tal situação não enseja a imediata ruptura da assistência em dado território, mas demanda regularização apazada e contínua de modo a não interromper a assistência à saúde da população de modo abrupto, mas progressivo no tempo.⁴⁰⁴

A eliminação do contexto antissocial gerado pela contratualização ilegal há de ocorrer de forma gradual (salvo se houve uma atuação jurisdicional preventiva antes da instituição do serviço), evitando-se desassistência imediata aos usuários do SUS, em mais um desdobramento do ponto de vista consequencialista, adotado no direito nacional, agora expressamente, com a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, especialmente em seus arts. 20 e 21.

De fato. Agora existe uma exigência determinada no sentido de que haja a mensuração de consequências jurídicas e administrativa, no tocante à decisão de invalidação, devendo as autoridades da esfera administrativa, controladora ou judicial indicá-las de modo expreso na decisão, como lembram os administrativistas Fabricio Motta e Irene Patrícia Nohara.⁴⁰⁵

Segundo o magistério dos autores, são características das regras de direito público da LINDB: i) preocupação com a consequencialidade, exigindo-se a ponderação dos efeitos para

⁴⁰⁴ ESTADO DO PARANÁ. Ministério Público do Estado. Procuradoria-Geral de Justiça. **Nota Técnica nº 1/2019 do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção à Saúde Pública do Estado do Paraná**. Curitiba, 13 mar. 2019. p. 7. Disponível em: https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/notas_tecnicas/2019/Nota_Tecnica_1-19-CAOPAU_13_3_19.pdf. Acesso em: 9 dez. 2022.

⁴⁰⁵ MOTTA, Fabricio; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 48.

verificar como se dará a invalidação do ato; ii) que a regularização do ato inválido seja customizada em função das características do caso concreto, para que não haja imposição de ônus ou perdas anormais e/ou excessivas.⁴⁰⁶

Destaca-se, igualmente, o teor do Enunciado nº 7 do encontro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, ocorrido no ano de 2019, na cidade de Tiradentes/MG:

Na expressão “regularização” constante do art. 21 da LINDB estão incluídos os deveres de convalidar, converter ou modular efeitos de atos administrativos eivados de vícios sempre que a invalidação puder causar maiores prejuízos ao interesse público do que a manutenção dos efeitos dos atos (saneamento). As medidas de convalidação, conversão, modulação de efeitos e saneamento são prioritárias à invalidação.⁴⁰⁷

O trabalho adentra agora na casuística das contratualizações que envolvem assistência hospitalar de urgência e emergência, os chamados atendimentos de porta aberta, assim entendidos aqueles em que há obrigatoriedade de acolhimento do usuário do SUS por demanda espontânea, ou seja, fora dos casos de regulação. Engloba, em regra, vítimas de acidentes de trânsito, de acidentes domésticos de maior gravidade, violência doméstica e familiar, criminalidade urbana etc.

O ponto nevrálgico em contratualização sanitária para atendimentos hospitalares de urgência e emergência no SUS consiste justamente em caracterizar, em concreto, uma situação de urgência e/ou emergência.

Há conceituação regulamentar sobre o tema na Portaria MS nº 354/2014, inclusive diferenciando urgência e emergência, que não são sinônimos. A diferenciação interessa mais à medicina, não cabendo a este trabalho se aprofundar nas distinções. Cabe, por ora, salientar apenas que a emergência é identificada como a situação de gravidade mais acentuada, que traz risco imediato de morte ao paciente. A urgência também releva um contexto de acentuada gravidade, porém com a característica de não necessariamente trazer risco potencial à vida, a despeito de exigir atendimento imediato ao usuário.

Aqui, no contexto da análise de certos tipos de casos, especialmente nas situações dúbias, o conceito de *hard cases* tratado no capítulo inaugural faz-se sentir com expressão, dada a dificuldade fenomênica, e objetivamente justificável, em definir certas situações como urgência e/ou emergência ou não, sem a sempre necessária análise médica.

⁴⁰⁶ MOTTA, Fabricio; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**, cit., p. 50.

⁴⁰⁷ SEMINÁRIO “IMPACTOS DE LEI Nº 13.655/18 NO DIREITO ADMINISTRATIVO”, realizado em Tiradentes no dia 14 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

Sequer o tratamento regulamentar dado pelo Ministério da Saúde logrou apaziguar as aflições que a matéria traz. De fato, vige há pouco mais de 11 anos a Portaria MS nº 2.395/2011, a qual tem por objeto organizar o Componente Hospitalar da Rede de Atenção às Urgências no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Extensa e de boa redação, procura trazer um estatuto normativo mínimo, embora em sede infralegal, para a temática, logrando obter, nessa missão, algumas vitórias parciais.

Nos arts. 1º, 2º e 3º cuida-se da organização por meio da ampliação e qualificação das “Portas de Entrada Hospitalares de Urgência”, a articulação e integração dos componentes da rede de atendimento com plano de ação regional e os objetivos do componente hospitalar da rede de atendimento às urgências.

Contudo, é no art. 4º da mencionada portaria que o diálogo com a função social dos contratos, consagrada no Código Civil, mostra-se visível. Isso porque, dentre as diretrizes do Componente Hospitalar da Rede de Atenção às Urgências, destacam-se, especialmente: I – universalidade, equidade e integralidade no atendimento às urgências; II – humanização da atenção, garantindo a efetivação de um modelo centrado no usuário e baseado em suas necessidades de saúde; III – atendimento priorizado, mediante acolhimento com classificação de risco, segundo grau de sofrimento, urgência e gravidade do caso.

As entidades hospitalares conveniadas ao atendimento vinculado à Rede de Urgência e Emergência de certa entidade federativa devem atender à retaguarda dos atendimentos de média e alta complexidade, mediante protocolos de classificação de risco com vistas a priorizar os pacientes que necessitem de tratamento imediato, com articulação com o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192), Unidades de Pronto Atendimento (UPA), além de receber a demanda espontânea, ou seja, as situações em que o paciente, sozinho ou com ajuda de terceiros, dirige-se diretamente à porta do hospital, sem passar por outros serviços da rede de atenção à saúde, daí a denominação popularmente conhecida como “porta aberta”.

Na situação específica de procura espontânea os abusos infelizmente são mais frequentes, afinal o paciente chega sem a análise médica prévia de outra unidade de saúde, e pode ser mal orientado, ou não orientado, no momento do acolhimento hospitalar inicial. O problema é que isso por vezes é avalizado por cláusulas contratuais restritivas, e certamente antissociais, firmadas em termos de contratualização, e que munem a contratada praticamente de uma posição potestativa, de aceitar ou recusar a avaliação inicial.

De fato, é usual em instrumentos dessa natureza, nas cláusulas que detalham os encargos específicos do nosocômio, a fixação da obrigação de manter atendimento de pronto-socorro

(urgência e emergência), geral ou especializado, em funcionamento ininterrupto, em dias úteis ou não, em prol das demandas espontâneas ou referenciadas de situações urgentes variadas.

Contudo, por vezes surgem exceções contratuais desarrazoadas quanto à demanda espontânea, como aquelas que franqueiam ao hospital a possibilidade de simplesmente negar a realização da triagem inicial, orientando o paciente a procurar outra localidade, nos casos em que, supostamente, seria visível a não caracterização de urgência e emergência. Há um permissivo à não realização da própria classificação de risco pela contratada, que utiliza um juízo unilateral para descaracterizar a situação emergencial, e, o que é pior, sem sequer se valer de uma avaliação médica preliminar

Ocorre que a classificação de risco do paciente, pela própria entidade hospitalar referenciada, é sua obrigação legal e regulamentar. Os constantes abusos cometidos fizeram com que o Conselho Federal de Medicina emitisse duas resoluções que tratam da matéria e deixam clara a obrigatoriedade da classificação de risco em entidades hospitalares que atendem urgência e emergência. No caso, são as Resoluções CFM nº 2.077/2014 e 2.079/2014.

Assim sendo, quando um paciente chega a uma unidade de urgência e emergência, um pronto-socorro, mesmo que por iniciativa própria e de forma espontânea, deve ser avaliado com brevidade por profissional de medicina plantonista para que seja definida a gravidade de seu problema de saúde, jamais podendo ser dispensado ou mesmo encaminhado a outra unidade SUS sem a prévia, necessária e reservada avaliação médica.⁴⁰⁸

Louvável a iniciativa do Conselho Federal de Medicina, assim como igualmente dignas de elogios as diretrizes externadas na acima citada Portaria nº 2.395/2011 do Ministério da Saúde, especialmente em seu art. 4º, quando destaca a necessidade de garantia de universalidade, equidade e integralidade no atendimento às urgências e humanização da atenção, garantindo a efetivação de um modelo centrado no usuário e baseado em suas necessidades de saúde e atendimento priorizado, mediante acolhimento com classificação de risco, segundo o grau de sofrimento, urgência e gravidade do caso.

O problema é que, por mais bem detalhados e humanistas que sejam referidos atos, nem resolução nem portaria possuem força de lei, sendo o princípio da legalidade, ainda, na ordem constitucional pátria, de observância obrigatória tanto para os particulares (art. 5º, II, da CF/88)

⁴⁰⁸ “Art. 3º Todo paciente que tiver acesso ao Serviço Hospitalar de Urgência e Emergência deverá, obrigatoriamente, ser atendido por um médico, não podendo, sob nenhuma justificativa, ser dispensado ou encaminhado a outra unidade de saúde por outro profissional que não o médico” [BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução CFM nº 2.077/14**. Dispõe sobre a normatização do funcionamento dos Serviços Hospitalares de Urgência e Emergência, bem como do dimensionamento da equipe médica e do sistema de trabalho. Brasília, DF, 24 jul. 2014. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao2077.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2022.

quanto para a Administração Pública (art. 37, II), embora em cada qual incida através de uma dinâmica diferente.

A cláusula contratual que abranda ou elimina a obrigatoriedade de classificação de risco em atendimentos de demanda espontânea poderia passar incólume quanto a um juízo de ofensa a ditos atos normativos, a depender da situação concreta em análise, acaso houvesse um juízo meramente subsuntivo, fragmentado e legalista sobre o tema.

Todavia, uma interpretação sistemática e integrada do ordenamento jurídico traria para a equação, através de um diálogo entre fontes normativas distintas, a função social dos contratos, especialmente na vertente de sua eficácia externa, onde se revela a necessidade de preservação e proteção de interesses coletivos juridicamente relevantes da comunidade, afinal esta é integrada por pessoas que, embora não tenham participado da elaboração das cláusulas contratuais implementadoras do serviço público de saúde, sofrem diretamente os efeitos de sua concreção.

Conclui-se, portanto, que a eliminação ou o abrandamento, mediante previsão contratual, da obrigatoriedade de a entidade contratada proceder à classificação de risco em pacientes oriundos de demanda espontânea nos prontos-socorros hospitalares pode ser compreendida como ofensiva a normas cogentes de ordem pública, dentre elas, certamente, a função social dos contratos (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do CC), cuja prospecção da eficácia externa trará como consequência inafastável, a princípio, a decretação de nulidade da cláusula, nos moldes do art. 166, VI, do Código Civil, 147 da Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos) e 18, I, da Lei nº 8.080/90, todos em aplicação coordenada e reforçada.

Solução similar ou idêntica há de ser encontrada nas relações contratuais onde haja, ou por previsão contratual expressa, ou por omissão deliberada na fixação de deveres contratuais da parte contratada, eliminação ou abrandamento daquilo que seria justamente a prestação nuclear e esperada do serviço público de saúde, tendo em consideração a própria natureza, objeto e circunstâncias do negócio jurídico.

A assertiva parece óbvia, mas, por incrível que pareça, por vezes precisa ser reafirmada por órgãos de controle interno e externo fiscalizadores do correto funcionamento do SUS, em seu regime complementar, para fins de impedir a frustração deliberada da própria finalidade precípua da contratualização, enfim, a frustração de sua causa, recolocando a relação negocial instituidora de relevantes serviços públicos de saúde nos trilhos da normalidade.

Significativo, nesse sentido, foi o exemplo citado na introdução deste trabalho, e aqui retomado, referente à eliminação, certamente proposital, do termo “presencial” em contrato de prestação de serviços médicos de ortopedia em hospital de trauma, com porta aberta para

urgência e emergência, em que pese a previsão editalícia específica nesse sentido e a própria natureza intrínseca dos serviços a serem prestados.

Retomando o raciocínio, quando da abertura do edital de chamamento público por entidade conveniada ao SUS, no caso concreto, constou que, na especialidade ortopedia, os plantões médicos deveriam ser presenciais, e nem poderia ser diferente, eis que a entidade hospitalar tratava-se de hospital de trauma, com porta aberta para urgência e emergência.

Ou seja, ante seu próprio papel perante o SUS, a instituição atendia, dentre outras demandas, vítimas de tentativa de homicídio, disparos de arma de fogo, ferimentos com arma branca, acidentes de trânsito e acidentes domésticos de toda ordem, com lesões corporais graves e risco de morte, perda de membros ou sequelas irreversíveis.

Então, a entidade hospitalar prestava atendimento de média e alta complexidade em trauma-ortopedia, sendo a principal porta hospitalar aberta da macrorregião de saúde respectiva, com um público-alvo de aproximadamente 800 mil habitantes. Nada menos que o segundo maior público-alvo em saúde pública de Mato Grosso do Sul.

Em seu termo de contratualização constava que a estrutura hospitalar deveria disponibilizar procedimentos diagnósticos, leitos clínicos, cirúrgicos e de terapia intensiva para a rede de Atenção às Urgências e Emergências. Integrava a Rede de Urgências e Emergências da região de saúde respectiva.

Seu Pronto Atendimento Médico deveria funcionar 24 horas, com atendimento de pacientes trazidos pela Central de Regulação Médica de Urgências do SAMU (e pela Central de Regulação de Leitos Hospitalares do Município), englobando transferências intermunicipais, conforme pactuações da Programação Pactuada Integrada – PPI, sem prejuízo de outras demandas.

Ou seja, o programa contratual, analisado sistemática e teleologicamente, levava à conclusão inarredável e lógica pela indispensabilidade do plantão presencial ortopédico para a própria realização da atividade-fim da contratualização, em sintonia com os princípios vetores da Administração insculpidos no art. 37, *caput*, da Carta Política, sobretudo no que se refere à eficiência, primando ainda, entre outros preceitos, pelo art. 7º da Lei nº 8.080/90, que trata da universalidade do acesso, integralidade da assistência e pela conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos de todos os entes federativos.

Ainda assim, a expressão “presencial”, presente no edital de chamamento, com enorme estranheza, não foi reproduzida no instrumento contratual respectivo, de modo que ganhou vida uma disposição contratual lacônica, que se referia unicamente a “plantão”, sem adjetivação, dando margem a uma interpretação que, acaso levada a efeito literal e fragmentariamente,

avaliava outras modalidades de assistência absolutamente incompatíveis com a urgência e emergência, como o chamado plantão alcançável (a distância), o que submeteria o usuário a toda uma série de intempéries.⁴⁰⁹

Felizmente, a situação anômala foi revertida em razão do acatamento de recomendação ministerial, no bojo da qual a entidade hospitalar foi orientada a proceder ao reconhecimento formal da nulidade da cláusula, eis que despida de eficácia jurídica na parte em que deliberadamente omitia o caráter presencial para o plantão ortopédico. Ressaltou-se, na ocasião, seu evidente potencial vulnerante de direitos fundamentais e princípios fundamentais do ordenamento jurídico, notadamente direito fundamental social à saúde, eficiência administrativa, integralidade da assistência no SUS, função social dos contratos (notadamente em sua eficácia externa), boa-fé objetiva e vinculação ao instrumento convocatório.

Também há casos, e em volume expressivo, de cláusulas antissociais impostas pelo administrador público às entidades contratadas, com prejuízo à finalidade precípua do ajuste à própria população. É o que se vê em algumas situações a respeito da chamada gestão compartilhada. Explica-se.

Entender e identificar os custos globais de um hospital é tarefa de complexidade hercúlea, mesmo para quem tem formação em gestão hospitalar. Ademais, é sabido que já há muitos anos o valor pago por produção hospitalar via tabela SUS não corresponde à efetiva realidade financeira do preço de insumos, medicamentos, procedimentos, próteses, honorários médicos, piso de enfermagem, dentre outros custos operacionais recorrentes. A defasagem nessa seara é expressiva.

Não por outros motivos, via de regra as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos atuantes perante o SUS protagonizam severas dificuldades financeiras, sendo a contratualização um dos remédios para enfrentamento parcial dessa realidade, já que prevê incentivos na remuneração da entidade, em troca de melhor produção no quantitativo de procedimentos e exames, por exemplo.

O problema é que, na ânsia de entender a origem, causa e montante da discrepância entre remuneração e custos hospitalares, às vezes gestores não raramente bem-intencionados impõem à entidade hospitalar, em sede de contratualização, e à míngua de legislação própria da entidade federativa, modelos de gestão compartilhada no mínimo estranhos, com indicação de contador

⁴⁰⁹ Releva salientar que situação distinta ocorria com os profissionais médicos de outras especialidades, contratados sob regime de plantão presencial (oftalmologistas, intensivistas etc.), o que, além de tudo, escancarava ofensa à igualdade substancial.

e auditor do ente público para atuar dentro do hospital de forma continuada, sob o pretexto de auxiliar no equilíbrio econômico e financeiro deste.

A atuação hipoteticamente fiscalizatória com esse modelo nada mais é que uma hipótese de intervenção hospitalar disfarçada, e, o que é pior, sem decisão administrativa ou judicial que a avalize, formada dentro do devido processo legal. Embaraça a autonomia financeira e administrativa da entidade, em manifesto abuso de posição contratual, com amparo em cláusula antissocial, quando existem outras formas menos invasivas e proporcionais para entendimento dos mesmíssimos questionamentos a respeito de eventuais déficits financeiros operacionais apurados entre os valores contratualmente empenhados e os valores efetivamente despendidos na contratualização.

Perceba-se, desta feita, que a relevância pública dos serviços de saúde, reconhecida constitucionalmente (art. 197 da CF/88), bem como a própria natureza antissocial das disposições contratuais que colocam em risco, mediata ou imediatamente, a saúde humana, atrai a incidência de outros princípios caros à Teoria Geral do Direito que possuem perfil colaborativo na defesa e proteção de direitos e garantias fundamentais, individuais ou sociais.

Realmente, qualificar as ações e serviços de saúde como de relevância pública não é decisão constituinte trivial, e significa, segundo o magistério de Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, i) a qualidade de “função”, como verdadeiro dever poder, que rege a garantia da saúde pelo Estado; ii) a natureza jurídica de direito público subjetivo da saúde, criando uma série de interesses em sua realização — públicos, difusos, coletivos e individuais homogêneos; iii) o limite da indisponibilidade, tanto pelo prisma do Estado como do próprio indivíduo, do direito à saúde (relevância pública); iv) a ideia de que, em sede do art. 197, o interesse primário do Estado corresponde à garantia plena do direito à saúde, e suas ações e serviços, sempre secundários, só serão legítimos quando imbuídos de tal espírito; v) o traço de essencialidade que marca as ações e serviços de saúde.⁴¹⁰

Para Luigi Ferri, uma função, uma atividade, são públicas quando o direito impõe que sejam exercidas para finalidades de interesse público, ou seja, para perseguir o bem comum, o bem da comunidade, obrar tendo em consideração a totalidade, e não somente uma parte dos cidadãos.⁴¹¹

⁴¹⁰ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 5, n. 2, jul. 2004. p. 85.

⁴¹¹ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Argentina: Ediciones Olejnik, 2018. p. 226.

É nesse cenário que o princípio da função social dos contratos se encaixa e opera expansivamente, servindo como uma ponte entre o *status* constitucional, abstratamente considerado, do conceito de ações e serviços de relevância pública, para sua aplicação prática, no desenrolar da atividade de complementação dessas mesmas ações e serviços com o apoio da sociedade organizada, em prol da população.

Por todos esses motivos, cabem, ainda, as seguintes observações adicionais: i) a função social dos contratos pode servir de reforço argumentativo ou mesmo de fundamento protagonista para coibir disposições contratuais maléficas à comunidade destinatária, nos casos da contratualização de serviços de saúde; ii) sua incidência pode ocorrer tanto no instrumento contratual originário firmado entre Administração Pública e entidade conveniada quanto nos instrumentos contratuais derivados, firmados entre esta e demais parceiros comerciais (no caso da aquisição de bens, serviços e insumos); iii) a função social dos contratos incide não só para bloquear ou anular disposições que embaraçam o cumprimento idôneo do objeto da prestação como para complementar ou impor a releitura de disposições lacônicas que, deliberadamente ou não, deixam de apresentar bons caminhos para o adimplemento das prestações principais, seja do gestor público, seja do ente contratado; iv) à luz da própria lógica da função social dos contratos, que sempre preza pela manutenção da relação contratual, deve ser preferível a eliminação ou reinterpretação da cláusula antissocial, com salvação do negócio jurídico como um todo, salvo em caso de manifesta impossibilidade, como na hipótese de frustração direta da causa contratual; v) à luz da vertente consequencialista, a resolução dos impasses envolvendo vulneração da função social dos contratos nas contratualizações do SUS deve se dar de forma gradual, sem interrupção repentina da prestação de serviços sanitários relevantes em prol da população.

Os dois últimos aspectos serão objeto do subitem final.

5.5 O papel do Estado-Juiz perante o tema

Como antecipado na parte introdutória e em tópico do segundo capítulo, repise-se não ser objetivo primordial deste trabalho a análise aprofundada da temática controle judicial de políticas públicas, já objeto de centenas de estudos doutrinários de respeito país afora, a contar da redemocratização consolidada pela Constituição Federal de 1988.

O que se visa obter, tão somente, se aqui houver sucesso, é iniciar uma discussão saudável sobre contratualizações do SUS e defesa de direitos fundamentais nelas considerados, a partir da valiosa contribuição do princípio da função social dos contratos em ajustes desse

jaez, acompanhada de algumas sugestões de soluções jurídicas, sempre no sentido de qualificar a tutela contra a ofensa difusa aos direitos humanos, sejam eles de liberdade, sejam econômicos, sociais ou culturais.

Então, se é vislumbrada a necessidade de discorrer sobre os métodos de defesa dos direitos fundamentais que podem ser vulnerados pelas contratualizações SUS, especialmente nas parcerias com a iniciativa privada, por questão de coerência e fidelidade acadêmica, deve-se estudar e sugerir, obviamente sem a pretensão de esgotar o tema, pelo menos algumas das melhores trilhas de solução para a composição jurisdicional desses tipos de conflitos, pois eles possuem especificidades notáveis dentro da temática judicialização de políticas públicas.

Tudo isso no contexto de ajustes contratuais instituidores de ações e serviços de saúde que inicialmente objetivariam melhor tutela de direitos e garantias fundamentais, mas que por má vontade, má gestão, falta de planejamento ou até má-fé, corrupção ou pura infelicidade na construção de redações de cláusulas, acabam por lesar ou ameaçar de lesão os mesmos direitos e interesses que deviam inicialmente proteger.

Seja como for, hoje se identifica uma alteração quantitativa e qualitativa na atuação da atividade jurisdicional brasileira no período pós-Constituição de 1988, fenômeno complexo de causas variadas, que coloca não só o Supremo Tribunal Federal, corte maior do país, como todo o Poder Judiciário nacional, globalmente considerado, como um dos protagonistas na formulação de políticas públicas e sociais de indisfarçável relevância para o dia a dia da população.⁴¹²

A formação adepta do positivismo legalista, em regra deferente aos demais poderes políticos e arraigado a um modelo de interpretação e aplicação ortodoxa da Constituição e dos direitos fundamentais, foi progressivamente perdendo força no contexto da prestação jurisdicional. O modelo kelseniano de legislador negativo foi cedendo, especialmente nos *hard cases*, às possibilidades de atuação, sob certas circunstâncias, de um legislador positivo, integrado à possibilidade de redimensionar o alcance de textos normativos.

De fato, o tradicionalismo já abandonado de interpretação judicial não combinava com as aspirações democráticas e sociais da nova Constituição, marcada por características como supremacia normativa e axiológica, centralidade e irradiação dos direitos fundamentais, normatividade de princípios, reaproximação entre direito e moral e transposição do Poder

⁴¹² CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 349.

Judiciário para o papel político-institucional de agente de transformação social, como ressaltado nos ensinamentos de Carlos Alexandre Azevedo Campos.⁴¹³

O autor defende a tese de que o ativismo judicial atual do Supremo Tribunal Federal corresponde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e momentos históricos distintos. O ativismo, portanto, não se concretiza unicamente pela tomada de posição individual, ou mesmo conjunta, de juízes. Trata-se, na realidade, de fenômeno complexo, de variabilidade institucional e multifacetado. Aduz:

Tendo em conta a realidade decisória das cortes constitucionais contemporâneas quando expandem seu espaço institucional e a influência sobre os outros poderes de governo, é possível fixar cinco premissas normativas para a definição do que seja ativismo judicial: a primeira premissa – o ativismo judicial é uma questão de postura expansiva de poder político normativo de juízes e cortes quando de suas decisões, e não de correção de mérito dessas decisões judiciais; a segunda – o ativismo judicial não é aprioristicamente legítimo ou ilegítimo; a terceira aponta o caráter dinâmico e contextual da identificação e da validade do ativismo judicial; a quarta identifica-se como a pluralidade das variáveis contextuais que limitam, favorecem, enfim, moldam o ativismo judicial; e a última: o ativismo judicial se manifesta como uma estrutura adjudicatória multidimensional.

A partir dessas cinco diretrizes, defino ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais, e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de prática decisórias.⁴¹⁴

A lição pode ser transportada, com as devidas adaptações, à análise de atuação do Poder Judiciário como um todo após a sedimentação progressiva do fenômeno da constitucionalização do direito, afinal foi a partir do momento em que os valores consagrados constitucionalmente se expandiram para todos os espectros do ordenamento jurídico que, de certa forma, foi tida como certa a expansão da atividade decisória jurisdicional, inclusive em face de temas que até então não eram a ela afetados, como a questão referente à implementação ou correção de políticas públicas em saúde coletiva.

Realça, ainda, Carlos Alexandre de Azevedo Campos que a Constituição de 1988 impôs rígidos limites materiais às decisões das majorias de cada tempo, regulando um espaço importante da vida política e social brasileira, seja por meio de seu amplo catálogo de direitos fundamentais, seja por meio da grande extensão de suas regras, revelando dois traços essenciais: traduziu uma constitucionalização abrangente, incorporando muitas questões da vida social e

⁴¹³ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 177-178.

⁴¹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 220.

política brasileira em seu corpo normativo, e traduziu uma constitucionalização compromissória, abstendo-se de sedimentar uma única filosofia política, moral ou social como superior às demais, mas sim forjando-se como resultado de legítimos interesses que eram e são, concomitantemente, contrastantes e demandantes de harmonização.⁴¹⁵

Ademais, a difusão do poder político, dada sua fragmentação horizontal e partidária após 1988, favoreceu o florescimento do ativismo judicial por: i) elevar as oportunidades de conflitos e, conseqüentemente, de judicialização de questões políticas relevantes; ii) aumentar a independência das cortes para decidir sobre essas questões, na medida em que inexistia uma instância hegemônica de poder.⁴¹⁶

De fato, veio a lume maior permissividade para interpretações construtivistas do direito, prevalência do discurso dos direitos fundamentais sobre as prioridades do Estado, inclusão de argumentos de caráter moral e pragmático como justificativas normativas, todos estes fatores contributivos a tornar menos nítidas as divisões entre direito e política.⁴¹⁷

Marina Faraco e Luiz Guilherme Arcaro Conci trazem importante observação. Realmente se percebe uma expansão do papel concretizador dos direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário na América Latina. Todavia, a despeito da larga utilização do termo pela doutrina, “ativismo judicial” acaba por se revelar conceito juridicamente irrelevante para o sistema constitucional brasileiro, na medida em que não condiciona a validade ou invalidade jurídica da decisão, referindo-se, antes, tão somente à postura do julgador.⁴¹⁸

Em sentido parecido têm-se as observações de Edilson Vitorelli, que, em obra analítica a respeito das características dos processos estruturais, que serão analisados, em parte, linhas abaixo, destaca a existência e disseminação da intervenção judicial em políticas públicas não só no Brasil como nos países ocidentais, de modo que as objeções a essa possibilidade são contrafáticas. Ainda que algumas delas estejam certas, surtem poucos efeitos na realidade. O Poder Judiciário interfere em políticas públicas.⁴¹⁹

⁴¹⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 363-364.

⁴¹⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 397.

⁴¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, cit., p. 405-406.

⁴¹⁸ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.869/1999**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 95.

⁴¹⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 87.

Uma série de transmutações levadas a efeito não apenas em sede constitucional como legislativa é deveras contributiva para a permissibilidade da atuação jurisdicional em face de conflitos de interesse, de larga escala, envolvendo políticas governamentais. A visão histórica e panorâmica dessas iniciativas de aprimoramento dos meios de tutela processual é bem lembrada por Maria Paula Dallari Bucci.

Inicialmente, a autora ressalta que a própria existência da chamada “judicialização da política” é um fator que por si só demonstra a processualidade das políticas públicas, afinal o modelo jurídico da Constituição favorece a admissão do conflito, e não sua rejeição (art. 5º, XXXV, da CF/88).⁴²⁰

Ademais, os marcos dessa mudança de postura são basicamente legislativos, e não se limitam aos clássicos exemplos da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Isso porque a grande inovação processual que alterou substancialmente a relação da política com a justiça foi a ampliação das tutelas de urgência. Nesse jaez, a professora da Universidade de São Paulo destaca as seguintes inovações processuais civis quanto ao assunto: i) a criação, no ano de 1994, de nova disposição legal a reforçar os escopos dos provimentos de urgência; ii) a criação, no ano de 2002, da tutela de evidência; iii) a reorganização e a ampliação do tema no Código de Processo Civil de 2015, que, sob a rubrica de tutela provisória, agora abarca as tutelas de urgência (arts. 300 a 310) e de evidência (art. 311).⁴²¹

Arremata, então, seu raciocínio:

A recuperação desse percurso histórico é interessante para desfazer um senso comum que se criou sob o hipotético “ativismo judicial”. Se existe um controle judicial mais presente (e incômodo, em certa medida, para os gestores públicos) sobre a atuação governamental, não se trata necessariamente de voluntarismo por integrantes da magistratura, mas de atuação no contexto de um movimento formalizado pelo Poder Legislativo, cujo sentido claro é evitar a procrastinação das decisões sobre os conflitos, sustentando a decidibilidade judicial mais célere e eficaz...⁴²²
[...]

Um componente relevante é o temporal. A disseminação do uso das figuras de tutela de urgência nos processos altera de maneira relevante o exercício do contraditório. A decisão de maior impacto é a proferida em caráter liminar, em relação à qual as partes dedicam grandes esforços, aí compreendida a decisão dos recursos nas sucessivas instâncias. A fase de produção de provas, na qual o contraditório ocorre em sua plenitude, tem seu sentido reduzido ante uma decisão proferida com antecedência e cujos efeitos já se fizeram sentir por algum tempo. O problema aqui, pode-se dizer, reside na coordenação nas dimensões temporais.⁴²³

⁴²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 210.

⁴²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**, cit., p. 212-213.

⁴²² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**, cit., p. 213.

⁴²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**, cit., p. 215.

Assim sendo, tendo por referencial toda a problemática exposta neste trabalho, o caso não é propriamente realizar um juízo de valor se esse tipo de postura é legítimo ou não para fins de bloquear indesejados efeitos negativos de cláusulas contratuais antissociais perante as contratualizações SUS.

Alguma intervenção jurisdicional poderá e fatalmente acontecerá. O regime constitucional não limita a admissibilidade de demandas a casos individuais, passíveis de solução mediante o exercício de subsunção. Questões complexas e estruturais podem e devem ser conduzidas pelo Poder Judiciário em certas situações. A questão nuclear consiste em definir parâmetros ao menos razoáveis para o tipo de intervenção jurisdicional que se revelar necessário, afinal a dosagem do remédio pode atuar de modo tão ruim quanto ou mesmo mais gravosa que a doença.

Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Orna conclamam que, se a necessidade de que o Poder Judiciário atue em casos complexos e com elevado impacto social entra na ordem do dia, é imprescindível construir mecanismos capazes de absorver essa demanda de forma mais adequada, o que se dará por meio das decisões estruturais. Com base na doutrina norte-americana a respeito do tema processos estruturais, esclarecem os autores que é necessária a ampliação do sentido de jurisdição, de modo a não mais enquadrar nessa moldura tão somente as atividades de *dispute resolution*, já que a elas agora se agrega outra função, a de *structural reform*.⁴²⁴

Isso quer dizer que a jurisdição não mais trataria apenas de pacificar disputas individuais, mas também de permitir a afirmação de valores constitucionais. Ressaltam os autores:

Explicando com maior vagar o problema, é possível destacar que muitas decisões sobre questões coletivas exigem soluções que vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes. Exigem respostas difusas, com várias imposições ou medidas que se imponham gradativamente. É que, nesse tipo de hipótese, entram em jogo valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. Como efeito, seria necessário redesenhar a capacidade de atuação do processo, em um sentido mais atento às necessidades reais; se a noção de congruência impôs historicamente uma postura jurisdicional mais limitada, seria preciso redimensioná-la – formando um campo em que os provimentos estruturais poderiam desempenhar um papel importante.⁴²⁵

Em sentido similar, Leandro G. Giannini, professor da Universidade de La Plata (Argentina), aponta que, se as ações e omissões são sistemáticas e afetam uma pluralidade

⁴²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 122.

⁴²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**, cit., p. 123.

relevante de pessoas, as determinações judiciais muitas vezes podem demandar mudanças estruturais, o que demanda um esforço adicional de prudência e inteligência por parte da magistratura, à qual cabe provocar a mudança necessária para que as autoridades demandadas cumpram suas atribuições.⁴²⁶

Nesse papel, o magistrado deve buscar o equilíbrio se, por um lado, não pode suplantar diretamente a atividade requerida (o magistrado não pode, por exemplo, deflagrar uma licitação pública), tampouco lhe é legítimo fazer menos do que a ordem constitucional dele espera, encerrando sua prestação jurisdicional com mera exortação ou determinação genérica de obrigação de fazer ou não fazer ao faltoso.⁴²⁷

A decisão estrutural é um ponto positivo na busca desse equilíbrio, na medida em que se baseia na imposição progressiva de planos de ação supervisionados pela justiça. As decisões em casos tais podem ser contínuas e flexíveis, de modo a impor que o condenado apresente um plano de trabalho, com objetivos particulares, previsões, metas, desafios e cronograma, sujeito a avaliação e homologação judicial, bem como a um mecanismo de supervisão periódico e proativo.⁴²⁸

Ressalta Edilson Vitorelli:

Em síntese, um processo estrutural é aquele que busca resolver, por intermédio da atuação da jurisdição, um litígio estrutural, mediante reformulação de uma estrutura (entendida como instituição, política ou programa) cujo mau funcionamento é a causa do litígio. Essa reestruturação se dará por meio da elaboração de um plano implementado ao longo de um considerável período de tempo, com o objetivo de transformar o comportamento da estrutura para o futuro. A reestruturação implicará a avaliação e reavaliação dos impactos diretos e indiretos da operação institucional, os recursos necessários e suas fontes, os efeitos colaterais da mudança promovida pelo processo sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição, o que ressalta o caráter policêntrico, e não bilateral, de um processo estrutural. O processo estrutural é, portanto, um processo-programa. Ele pretende a implementação de um plano de alterações significativas e duradouras sobre a estrutura ou instituição cujo comportamento causa o litígio, para que ele seja progressivamente alterado e o litígio evolua.⁴²⁹

Logo, a falta de funcionalidade de algumas disposições firmadas em instrumentos de contratualização do Sistema Único de Saúde encontrará campo de enfrentamento diversificado perante a atuação jurisdicional, cuja resposta para os questionamentos a serem postos tende a não ser unívoca, e pode, não raramente, esbarrar na necessidade de soluções estruturais.

⁴²⁶ GIANNINI, Leandro G. Litígio estrutural y control judicial de políticas públicas: lograr el equilibrio sin destruir la balanza. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 140.

⁴²⁷ GIANNINI, Leandro G. Litígio estrutural y control judicial de políticas públicas, cit., p. 140.

⁴²⁸ GIANNINI, Leandro G. Litígio estrutural y control judicial de políticas públicas, cit., p. 140-141.

⁴²⁹ VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**, cit., p. 65.

Tal ocorrerá não só pela variedade e complexidade de problemas trazidos por interpretações dúbias, lacônicas e, por vezes, ilícitas das cláusulas, aliados a comportamentos contratuais desleais nelas embasados, como igualmente pela necessidade de mensuração judicial prévia e mínima das consequências desses desdobramentos comportamentais no mundo dos fatos e de como deve ser o trabalho de sua superação, o que deve constar, por impositivo constitucional e legal, da fundamentação da decisão.

Nesse diapasão, a premissa maior que deve ser levada em conta no momento de proferir a atividade decisória (que, aliás, pode ser mais de uma, dentro de um mesmo processo) é evitar a todo custo, ao máximo, o prejuízo maior aos usuários, que certamente se faz sentir, com todos os seus efeitos deletérios, mediante a interrupção ou paralisação abrupta das ações e serviços de saúde.

Como aduz Matheus Souza Galdino, realmente paira controvérsia doutrinária quanto ao conceito, características e funcionamento dos processos estruturais. Não obstante haver quem enfoque ora seu aspecto de litígio de interesse público, ora sua finalidade de atuar contra a burocracia de organizações que impedem a efetivação da Constituição, ora o caráter policêntrico do problema, há de se ter como diretriz maior para sua caracterização uma mudança de racionalidade do processo, de uma relação causa-efeito (retrospectiva) para uma relação meio-fim (prospectiva).⁴³⁰

Corolário disso é que toda e qualquer situação de conflito em tema de políticas de saúde pública deve ser superada, salvo raras exceções, de forma gradual e planejada, em um contexto de racionalidade e maturação decisória, com ataque às causas, e não aos efeitos do problema, muito preferencialmente sem que ninguém fique, da noite para o dia, desassistido, ao menos não em razão da judicialização do tema no âmbito da atenção secundária e terciária.

Realmente, no que diz respeito à significativa quantidade de princípios e garantias integrantes da tutela constitucional do processo, a regra de ouro para soluções de problemas dessa ordem é a lembrança de que nenhum princípio é absoluto, e nenhum deles constitui um objetivo em si mesmo. Todos eles, em conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à ordem jurídica justa.⁴³¹

⁴³⁰ GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais**: identificação, funcionamento e finalidade. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. p. 34-36.

⁴³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. v. I. p. 326.

Tendo por base essa primeira constatação, há de se definir que a atuação jurisdicional variará de acordo com os seguintes aspectos contingenciais que podem vir a surgir em uma contratualização SUS entre Administração Pública e iniciativa privada: i) se a cláusula antissocial, embora (em tese) válida, ainda se encontra com sua eficácia prática suspensa (por exemplo, a publicação da minuta do contrato resta pendente em Diário Oficial ou o contrato institui modificação passível de prévia homologação em Comissão Intergestores Bipartite ou Tripartite), mas sua entrada em vigor se avizinha; ii) se a cláusula antissocial já entrou em operatividade no mundo dos fatos e seus efeitos nefastos são sentidos de forma imediata pela coletividade atingida; iii) se a cláusula antissocial já entrou em operatividade no mundo dos fatos, porém atinge interesses coletivos de forma mediata, apresentando efeitos deletérios mais sensíveis na relação contratual intersubjetiva; iv) se a cláusula antissocial já entrou em operatividade no mundo dos fatos, atinge interesses coletivos de forma mediata, mas não causa grandes disparidades contratuais entre as partes.

Analisar-se-á caso a caso.

Na primeira hipótese, em tese ainda pode ser possível uma atuação extrajudicial resolutiva por algum órgão de controle externo ou mesmo interno, como Ministério Público, Tribunal de Contas ou Departamento de Auditoria do Sistema Único de Saúde da entidade federativa contratante, com a recomendação da eliminação da disposição antissocial do termo de ajuste e a consequente entrada em vigor deste último com as devidas correções, de forma concordante com o ordenamento jurídico.

Em casos tais, restando frustrada a correção de rumo antes do término da condição suspensiva, ou seja, antes do início da vigência da relação contratual dotada de uma ou mais cláusulas ofensoras da função social dos contratos, será possível o impedimento de sua operatividade concreta, via provocação jurisdicional, mediante instrumentos de tutela inibitória, nos moldes do art. 497, *caput*, e parágrafo único, do Código de Processo Civil.

A opção pelo salvamento da relação contratual, sem a cláusula nefasta, há de ser a preferível, salvo manifesta incompatibilidade, situação na qual devem as partes, à luz da vertente consequencialista das decisões judiciais (arts. 20 e 21 da LINDB), ser intimadas para, em prazo razoável, produzir e comprovar em juízo o refazimento da relação contratual, sob pena de reinício de todo o procedimento de contratualização, desde sua origem (chamamento público, licitação etc.).

Nem poderia ser diferente, na medida em que a aplicação concreta da vertente consequencialista importa conduzir sempre qualquer investigação ou solução com olhos voltados para o futuro, por meio de alguma antecipação prognóstica. A antecipação é essencial

para o saber pragmático, a fim de que se possa avaliar qual a diferença que produzirá sobre a realidade, em uma atitude marcadamente empiricista e experimentalista pelo operador jurídico.⁴³²

A segunda hipótese é, de longe, a mais gravosa dentre os quatro cenários desenhados. A cláusula contratual antissocial já enfrentou todos os requisitos necessários para sua entrada em vigor. De alguma forma, escapou do crivo dos órgãos de controle interno e externo, de modo que está em operatividade no mundo dos fatos, certamente produzindo consequências maléficas difusas em detrimento dos usuários do SUS. Foi o que se deu no exemplo trazido no tópico anterior, a respeito da contratação de clínica de ortopedia para atuação em hospital de urgência e emergência em traumatologia, com dispensa incompreensível do plantão presencial.

Assim sendo, em casos dessa natureza, a atuação jurisdicional deve necessariamente se revelar mais enérgica, com a suspensão imediata da cláusula contratual antissocial, salvando-se o restante do negócio jurídico, a não ser que haja manifesta impossibilidade lógica ou material. Em regra, deve a decisão nortear-se pela sobrevivência da relação contratual, como se a cláusula antissocial não tivesse sido escrita.

No exemplo da ortopedia, isso implicaria a imediata exigibilidade da modalidade presencial de plantão, restabelecendo-se o que constava do instrumento convocatório originário, inclusive com imposição mandamental de apresentação da respectiva escala (semanal, mensal etc.) em juízo, sob pena de multa diária ou outras medidas coercitivas de necessário rigor.

No outro exemplo citado no tópico anterior, a respeito da falta da classificação de risco em demandas espontâneas, a melhor orientação seria para que, com a desconsideração da cláusula antissocial avalizadora de sua dispensa em atendimentos desse jaez, a retomada da atividade fosse imediatamente imposta à instituição hospitalar, que inclusive poderia ser intimada a apresentar prova documental pertinente, como prontuários de atendimento, registros de ocorrências internas etc., sem prejuízo da notificação da autoridade médica reguladora da entidade federativa para fazer valer o provimento jurisdicional, trazendo ao Poder Judiciário notícias sobre o (des)cumprimento, o que poderia anteceder o empreendimento de medidas coercitivas.

Quanto ao exemplo da gestão compartilhada, a solução seria um pouco menos traumática, pois em tese bastaria a desconstituição dos “interventores”, com a fiscalização do termo de contratualização passando a se dar pelas vias ordinárias (Comissão de Avaliação de

⁴³² BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 55-56.

Contrato/Contratualização), sem prejuízo à autonomia financeira, orçamentária e administrativa da entidade.

As hipóteses de soluções são variadas, como são variados os impasses que podem surgir, além dos respectivos desdobramentos. A radiografia apresentada é a condizente com as soluções que tentam ser o menos heterodoxas possível. O importante é ter em mente que o advento de cláusula contratual violadora da função social dos contratos pode afetar sobremaneira o resultado final da contratualização, atingindo, difusamente, direitos fundamentais de pessoas que sequer têm conhecimento de seu teor, e muito menos de como foram construídas.

Corolário disso é que são essas as pessoas que devem receber um olhar atento do Poder Judiciário, restabelecendo-se a proteção digna de seu direito fundamental à saúde, com a eliminação de cláusulas contratuais antissociais, quando necessário, mas sem que isso implique abrir mão da regular instituição e desenvolvimento de uma política público-sanitária de média ou alta complexidade.

Chega-se ao terceiro cenário. Se a cláusula antissocial já entrou em operatividade no mundo dos fatos, porém atinge interesses coletivos de forma mediata, apresentando efeitos deletérios mais sensíveis na relação contratual intersubjetiva, deve ser dada oportunidade às partes para corrigir a antissocialidade da cláusula por iniciativa própria, à luz do contraditório efetivo previsto pelos arts. 7º, 9º e 10 do Código de Processo Civil.

A violação à função social dos contratos, por si só, não fecha necessariamente as portas para uma solução dialógica e construída em comum acordo, sempre menos traumática que uma decisão judicial unilateral, especialmente se o contexto de urgência for menos sensível. Contudo, aqui deve ser sentida maior proatividade da parte prejudicada em de fato restabelecer a justiça contratual.

Recordando um pouco o tema sobre alocação de riscos em contratos administrativos, tratado em capítulo anterior, é sabido que agora será permitida pela Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) a fixação de uma matriz própria de alocação de riscos pelas partes contratantes, tida inclusive como cláusula necessária em alguns contratos, segundo o art. 92, IX, da Lei nº 14.133/2021.

O dispositivo em questão inclusive guarda sintonia e dialoga com o disposto nos novos arts. 113, V, e 421-A, II, do Código Civil, que ganharam vida em decorrência da promulgação da chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), comprovando-se, novamente, a cada vez mais rica conexão entre direito administrativo e direito civil, tratada no capítulo inaugural.

Realmente, pelo primeiro dispositivo da codificação civil acima citado, a interpretação do negócio jurídico deve atribuir-lhe o sentido que corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. Pelo segundo, a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada.

Em tese, há um alargamento no espectro da autonomia negocial, mesmo no setor público. Porém isso não pode se dar de forma inconsequente e incondicional, sob pena de ruptura da própria causa e base objetiva do negócio. Imagine-se uma cláusula contratual alocativa de riscos em termo de contratualização de serviços hospitalares de média e alta complexidade que restrinja a readequação econômico-financeira do contrato administrativo em casos de eclosão posterior de graves crises sanitárias, como pandemias, impedindo-se a entidade contratada de, por exemplo, demandar administrativamente a readequação econômico-financeira em caso de aumento expressivo no preço de sedativos para pacientes em unidade de terapia intensiva (UTI).

Ora, em que pese o reforço dado à autonomia negocial nas recentes reformas aprovadas pelo Poder Legislativo brasileiro nos anos de 2019 e 2021, a permissão de fixação de uma matriz própria de alocação de riscos pelas partes contratantes não significa abrir caminho para a possibilidade de esmagamento de uma parte da relação contratual pela outra. Há limites de justiça contratual que não podem ser ultrapassados, geralmente revelados pela própria finalidade precípua da relação contratual, que será frustrada se uma alocação de riscos desproporcional e despropositada for levada às últimas consequências, eliminando, ao fim, a própria operatividade do serviço instituído.

A apreensão literal e descontextualizada do art. 124, II, “d”, da Lei nº 14.133/2021, pelo qual é possível a alteração contratual, por acordo entre as partes, para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em casos de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato, não deve levar à conclusão de que a alocação de riscos será, em todo caso, imutável, já que pode revelar um viés antissocial de difícil superação, respaldando situações de manifesto desvirtuamento da própria causa contratual, como no exemplo citado.

Apresenta conclusão similar Joel de Menezes Niebuhr, para quem é igualmente importante discutir o limite às competências discricionárias da Administração para conformar

o equilíbrio econômico-financeiro do contrato por meio da matriz de riscos, eis que a discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade, sendo certo que o primeiro limite imposto ao poder público é justamente o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que prescreve que devem ser mantidas as condições efetivas das propostas.⁴³³

Tal disposição constitucional é uma reserva de proteção ao contratado, ou seja, mesmo na delimitação dos riscos aptos a causar a revisão contratual, a Administração Pública não goza de liberdade absoluta. A alocação de riscos deve respeitar o princípio da proporcionalidade, sobretudo em seu aspecto de adequação, sob pena de se formarem contratos leoninos, comprometedores da competitividade e igualdade, por afastar o interesse de boas empresas, onerando em demasia a própria contratante.⁴³⁴

E a antissocialidade negociada não é vislumbrada unicamente sob o ponto de vista do prestador, mas também e principalmente dos próprios destinatários finais das ações e serviços de saúde, que, a certo prazo, podem sentir seus efeitos deletérios da pior forma possível, se não houver enfrentamento tempestivo da injustiça contratual manifesta pelos órgãos de controle. A expressão “em qualquer caso” do último dispositivo legal citado deve, portanto, ser objeto de leitura temperada e sistemática com outros vetores do ordenamento jurídico, como a função social dos contratos.⁴³⁵

Assim sendo, revelando-se infrutífera a atuação jurisdicional dialógica, e evoluindo a situação de disparidade contratual também para uma situação de grave e iminente risco a direitos fundamentais sociais (como a falta iminente do medicamento, de utilização necessária em UTIs), pode o Poder Judiciário se valer dos mesmos mecanismos de tutela de urgência mencionados quanto à problemática da situação anterior.

⁴³³ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 1121.

⁴³⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**, cit., p. 1121-1122.

⁴³⁵ Há de se ter em mente também o próprio conceito legal de matriz de riscos, qual seja, “cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico; c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia” (art. 6º, XXVII, da Lei nº 14.133/2021). BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos da Administração. Brasília, DF, 10 jun. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

Por fim, é possível que a cláusula antissocial já tenha entrado em operatividade no mundo dos fatos, atingindo interesses coletivos de forma mediata, mas se evidenciarem, ao menos em um primeiro momento, grandes disparidades contratuais entre as partes. Isso pode ocorrer nas situações em que a hipótese de incidência do regramento contratual antissocial demore a aparecer ou até mesmo a ser percebida, seja por sua ocorrência rara, seja pela falta de previsibilidade das partes quanto a seus efeitos deletérios, ou, ainda, que tenham elas subestimado o potencial destrutivo de ditos efeitos.

Imagine-se a hipótese de contratualização de ações e serviços de saúde hospitalar de cirurgia vascular e neurocirurgia em cidade de médio porte, titular de polo regional de saúde. Suponha-se que, por motivos diversificados, não tenha sido possível, em um primeiro momento, a contratualização de todas as atividades cirúrgicas, como acidente vascular cerebral (AVC) tipo II, que realmente demanda uma assistência mais complexa que as demais ocorrências neurológicas. Dada a lacuna, as situações mais graves demandariam transferência de pacientes para a capital do Estado, ou outra cidade de porte maior, onde haja estruturação do serviço faltante.

Fixa-se, então, um prazo delimitado de um ano para que a entidade hospitalar promova as devidas adequações, equipando seu acervo instrumental com recursos materiais, humanos e insumos adequados para promover a habilitação posterior dos serviços remanescentes, completando, portanto, em prazo razoável, a integralidade da assistência, conforme determina a legislação sanitária.

Contudo, não é incomum que, em situações dessa natureza, o concedente deixe de fixar, no termo de contratualização, sanções para o não cumprimento, no prazo fixado, das obrigações assumidas de estruturação adicional e obrigatória de serviços pela entidade contratada, de modo que a situação de desassistência, que deveria ser pontual e transitória, passa a ser definitiva, crônica, abrangente.

É mais um caso de violação da função social dos contratos por regramento insuficiente de certos ajustes da relação contratual, a exemplo da situação do plantão presencial de ortopedistas que tentou ser maliciosamente revertida. Aqui, substitui-se a modalidade de assistência pela falta de um prazo razoável para sua regular implementação, de modo que a obrigação de suplementar o catálogo de serviços médicos não só fica inócua como a própria causa do negócio jurídico corre o risco de ser frustrada em seu âmago; afinal, de que adianta prestar serviços acessórios e abrir mãos dos principais, mais complexos e mais demandados na realidade fática, permitindo o deslocamento, muitas vezes fatal, de pacientes para outras localidades, sem que isso seja, a rigor, necessário?

Enfim, do acervo de cenários disfuncionais que foi aqui exposto, há de se ter em mente, como considerações finais, que a função social dos contratos inaugura o marco legal da Teoria Geral dos Contratos e dos contratos em espécie no Brasil de forma similar àquela como os princípios fundamentais encontram-se escancarados já no limiar do texto constitucional pátrio.

A posição topográfica das normas jurídicas, ao contrário do que em um primeiro momento possa transparecer, não é desimportante, sendo fruto do desencadeamento de uma técnica legislativa utilizada, no caso constitucional, para apontar a existência de um núcleo normativo que explicita valores políticos fundamentais acolhidos pelo legislador constituinte, os quais devem orientar a interpretação e integração de todo o texto constitucional, e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico, conferindo, assim, a coerência necessária a todo o sistema.⁴³⁶

De modo parecido, todas as relações contratuais, dos ramos do direito público e do direito privado, tendo ou não a Administração Pública como parte, são ao final condicionadas por sua aptidão para bem servir a comunidade na qual se inserem, promovendo valores a ela úteis e caros, sob pena de invalidade ou ineficácia do negócio jurídico, no todo ou parcialmente.

A função social dos contratos condiciona e articula, portanto, todos os pormenores das relações contratuais, de modo a tornar concretas as diretrizes constitucionais de solidariedade social, igualdade material, valores sociais da livre-iniciativa, além de contribuir para fazer valer, perante o sistema público de saúde, direitos individuais e direitos sociais, econômicos e culturais. Sua função instrumentalizadora, portanto, pode e deve ser igualmente visível nesse campo de contratação pública.

Como lecionam Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior:

Em outras palavras, por função instrumentalizadora deve-se entender a atividade do juiz de dar concretude à enunciação abstrata do CC 421. Não é regra de interpretação, tampouco princípio geral do direito, como já dissemos. Na prática a cláusula geral da função social dos contratos do CC 421 permite que o juiz faça lei entre as partes. É o denominado *Richterrecht* do direito alemão. Não no sentido pejorativo de o juiz criar o direito, de decisão extralegal, de ativismo judicial, tanto em moda hoje em dia, de ditadura do Poder Judiciário ou de qualquer outro epíteto semelhante que se lhe queira atribuir, como algo nefasto, mas no sentido de o juiz vivificar, no caso concreto, a norma abstrata e estática posta pela lei, recuperando a função típica do contrato, de acordo com a sua causa, moldada de maneira lícita e possível pela vontade das partes.⁴³⁷

⁴³⁶ LEITE, Fábio Carvalho. Os valores fundamentais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 722.

⁴³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**, cit., p. 534.

Assim sendo, ao aplicar a cláusula da função social dos contratos pode o juiz proferir sentença determinativa, de modo que sua ação integrativa pode ser apreendida como direito positivo vinculante. A decisão torna-se norma jurídica, passando a integrar o negócio jurídico em sua base objetiva.⁴³⁸

O regime constitucional em vigência é dirigente, ou seja, quanto aos direitos sociais, econômicos e culturais, sua consagração permite identificar uma mudança na função dos direitos fundamentais como um todo, colocando em evidência o problema de sua efetividade, na medida em que não mais se reduzem a simples apelo ao legislador, já que há uma imposição constitucional legitimadora de transformações econômicas e sociais, necessárias para a efetivação de tais direitos.⁴³⁹

Logo, quando se trata da fixação de ações e serviços de saúde, implementadores, portanto, de um específico direito fundamental social, a observância da função social dos contratos por gestores e operadores do direito deve ser ainda mais expressiva, dado seu papel de protagonismo em fazer valer respeito e proteção efetivos a esse direito e a direitos a ele muitas vezes contextualmente indissociáveis, como vida, integridade biopsíquica e desenvolvimento.

A função social dos contratos especifica e detalha até certo ponto o caráter dirigente da Constituição Federal de 1988 nas contratações públicas, notadamente a partir da fixação dos objetivos da República, como é o caso da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da garantia do desenvolvimento nacional e da redução da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I, II e III).

Lembra Gustavo Bercovici, são princípios que têm por função a identificação do regime constitucional vigente, fazem parte da fórmula política do Estado, a qual o individualiza. De fato, a fórmula política diz respeito ao tipo de Estado, regime político, valores inspiradores do ordenamento, fins do Estado etc. Também define e delimita a identidade da Constituição perante seus cidadãos e a comunidade internacional.⁴⁴⁰

Se, por um lado, é certo que a função social dos contratos deve grande parte de seu prestígio às disposições constitucionais atinentes à ordem econômica, por outro, nelas não se esgota, devendo ser extraída concomitante e sistematicamente dos princípios e objetivos

⁴³⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**, cit., p. 534-535.

⁴³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 478.

⁴⁴⁰ BERCOVICI, Gustavo. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2022. p. 55-56.

fundamentais da República e do caráter dirigente apreendido holisticamente da obra constitucional. Novamente, impõe-se a transposição das palavras de Gustavo Bercovici:

O art. 3º da Constituição de 1988, além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas Verdú, a “cláusula transformadora da Constituição”. A ideia de “cláusula transformadora” está ligada ao art. 3º da Constituição italiana de 1947 e ao art. 9, 2, da Constituição espanhola de 1978. Em ambos os casos, a “cláusula transformadora” explicita o contraste entre a realidade social e injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, impedem que a Constituição considerasse por realizado o que está por se realizar, implicando na obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. Os dois dispositivos constitucionais buscam a igualdade material através da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir uma existência digna para todos. A eficácia destes artigos, assim como a do nosso art. 3º, não é incompatível com o fato de que, por seu conteúdo, a realização desses preceitos tenha caráter progressivo e dinâmico, e, de certo modo, sempre inacabado. Sua concretização não significa a imediata exigência de prestação estatal completa, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado. Do mesmo modo que os dispositivos italiano e espanhol mencionados, o art. 3º da Constituição de 1988 está voltado para a transformação da realidade brasileira: é a “cláusula transformadora” que objetiva a superação do subdesenvolvimento.⁴⁴¹

A atuação jurisdicional interventiva na relação de contratualização SUS entre Administração Pública e iniciativa privada, firmada nos moldes do art. 199 da Constituição Federal de 1988, está apta a corrigir desvios existentes em disposições contratuais que frustrem a finalidade precípua e o interesse social do ajuste, sem que tal forma de proceder possa ser tachada de ilegítima, na medida em que estará respaldada no ordenamento jurídico posto, ante a possibilidade de integração de institutos caros da Teoria Geral do Direito e do direito civil com o direito público, sem que isso implique, necessariamente, a flexibilização deste, na medida em que atuará no desiderato de reforço na proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Tal modo de proceder não configura uma “varinha de condão”, uma solução mágica para, por si só, resolver todas as injustiças contratuais refletidas em instrumentos de contratualização patológicos ou deficitários na proteção dos direitos fundamentais a eles correlatos, mas certamente será um reforço argumentativo bem-vindo e valioso para recolocar o respeito a esses direitos de volta ao papel não só de diretiva central como de própria razão de ser da existência desses ajustes.

⁴⁴¹ BERCOVICI, Gustavo. **Constituição econômica e desenvolvimento**, cit., p. 56-57.

6 CONCLUSÕES

Ao fim do estudo, chega-se às seguintes conclusões:

- a) O advento de uma ordem constitucional impregnada de forte carga axiológica e de um corpo de ambições de cunho abrangente, duradouro e transformador da realidade social, cultural, econômica e normativa implica a irradiação do projeto constitucional por todos os ramos do ordenamento jurídico e em todos os aspectos do mundo da vida, de modo que o entrelaçamento entre direito civil, direito administrativo e direito constitucional mostra-se não só inevitável como bem-vindo e necessário na missão de reforçar a proteção aos direitos e garantias fundamentais nas variadas relações jurídicas onde são postos à prova.
- b) A aproximação entre direito público e direito privado é inconteste e irreversível no atual estágio do Estado Constitucional. É uma aproximação polar e não excludente. Ora um ou outro ramo sobressai em determinada relação jurídica, sem que isso implique a anulação daquele que incidirá de forma menos sensível. Essas prevalências serão sempre casuísticas, sendo equivocado o juízo de valor, por vezes externado em doutrina, que aponta a superação irreversível entre direito público e direito privado. Além de equivocada quanto ao aspecto substantivo, tal visão jurídica não encontra respaldo formal na ordem constitucional vigente, já que disciplinas de ambas as árvores do direito estão previstas expressamente na Lei Maior (arts. 22, I, e 24, I, da CF/88). O imbricamento dos dois ramos do direito consubstanciará uma transição sempre recorrente, fluida e dinâmica, com características marcantes dos dois polos se entrelaçando, coexistindo, sem eliminações, em diversas situações jurídicas. Há de ser dada atenção à circunstância de que o problema maior a ser enfrentado não será a classificação jurídica a ser delineada, mas sim a superação do conflito social, em prol de maior reverência e proteção aos direitos fundamentais e aos valores constitucionais objetivamente valorados.
- c) O direito civil é disciplina de tradição milenar, instituidora de uma série de institutos e regramentos que ainda mantêm largo espectro dogmático para o estudo de uma série de fenômenos jurídicos, mesmo que levados a efeito perante outros regimes de direito. Isso não significa uma prevalência axiológica do direito civil em face dos outros ramos, mas sim a visibilidade da utilidade e boa funcionalidade no aproveitamento de seus conceitos e institutos para melhor entendimento e resolução dos problemas jurídicos de nosso tempo. O exemplo do contrato administrativo,

nesse sentido, é salutar, pois traz em seu conteúdo muitas das premissas consagradas pela Teoria Geral dos Contratos, desenvolvida em sede civilista. A unidade e a pretensão de completude do ordenamento jurídico são contributivas para o diálogo do direito civil com outros ramos do direito, não só no sentido de atuar supletivamente, mas de modo dialógico e complementar, contribuindo para a apresentação de respostas jurídicas viáveis em casos difíceis.

- d) Um Estado Democrático de Direito tende a se legitimar por meio da criação e aperfeiçoamento de direitos e instituições com vistas a efetivamente melhorar as condições de vida das pessoas, especialmente as menos favorecidas socialmente. O surgimento do Sistema Único de Saúde no país veio nesse sentido, de modo que se caracteriza, dentro do contexto constitucional brasileiro, como garantia institucional fundamental, não passível de supressão ou descaracterização de seus elementos identitários por emenda constitucional. Pelo contrário, há um reconhecimento da necessidade de implementação progressiva das políticas públicas de saúde, com clara preocupação em evitar retrocessos, na linha do que estabelecem os tratados internacionais de direitos humanos que consagram os direitos sociais, econômicos e culturais. Logo, o dever de proteção estatal e social aqui é abrangente, e não pode ser enfraquecido em qualquer das modalidades de prestações de serviços e ações de saúde perante o SUS, ainda que o histórico de proteção constitucional e legal à saúde no país e a herança, ainda nem de longe vencida, da ausência de serviços estatais próprios realmente não ajudem.
- e) Nesse contexto, é bem-vinda a atuação da iniciativa privada, em caráter complementar, na prestação de ações e serviços de saúde perante o SUS, na forma prescrita no art. 199, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, desde que tenha sempre por norte o interesse público primário (interesse social e coletivo), e que sejam empregados, na construção dessas parcerias, certos temperamentos, afinal se censura a inversão do desenho constitucional fixado pelo constituinte. O sistema de saúde brasileiro é publicístico e de acesso universal, de inspiração beveridgeana, de modo que devem ser vedadas construções negociais que priorizem aspectos econômicos, financeiros e políticos em detrimento de uma prestação efetivamente humanista, existencial e preocupada com o acolhimento dos usuários, valorizando sua dignidade e direitos fundamentais. Tal aspecto implicará

a expansão da capacidade de atuação judicial e extrajudicial dos órgãos de controle interno e externo para coibir desvirtuamentos.

- f) Há uma distinção inescapável ao operador do direito na construção semântica de direitos de liberdade e direitos prestacionais, fenômeno que não implica maior desprestígio dos segundos, ao menos na realidade constitucional brasileira. Já é da natureza das normas constitucionais que tenham um nível maior de generalidade, o que lhes permite maior flexibilidade e adaptabilidade. Porém, no caso dos direitos sociais, essa percepção é mais patente, uma vez que, via de regra, a previsão constitucional garante “o se” e “o quê”, enquanto o trabalho do legislador infraconstitucional pode (e deve) detalhar “o como, o quando e o por quê”, o que, em muitos casos, reflete na implementação concreta de políticas públicas. A ausência ou insuficiência de um marco infralegal abrangente sobre a usufruição de determinado direito fundamental social não acarreta prejuízo em sua efetivação ou impede o ofício de julgar. Conclusão diversa implicaria ofensa ao princípio da eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais previstos expressa e implicitamente no seio constitucional (art. 5º, § 1º, da CF/88) e ao direito fundamental processual da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), dentre outros.
- g) O tema é complexo e geralmente enriquecido quando se depara o operador do direito com os chamados *hard cases*. Há trabalhos específicos sobre a temática, recomendados ao longo do texto, mas interessou de perto ao objeto deste estudo a constatação de que a atuação jurisdicional diante da proteção dos direitos fundamentais sociais, notadamente o direito fundamental à saúde, ganhará mais legitimidade e expansividade à medida que tais direitos estejam sendo objeto de riscos concretos de vulneração, seja sob o viés coletivo, seja sob o viés individual. No primeiro caso haverá uma legitimação *a priori* de atuação corretiva do mau uso de políticas públicas, mediante um modelo estrutural da prestação jurisdicional.
- h) Como sempre há o risco de atuação jurisdicional ilegítima quando levada a efeito à míngua de regramentos específicos, deve o órgão judicante ter em mente a unidade do ordenamento jurídico como um todo na hora de proferir uma decisão. No que pertine ao direito sanitário, bastante incipiente, fragmentado, por vezes detalhista em aspectos secundários, por vezes lacônico em aspectos essenciais, e por vezes, ainda, regulado unicamente mediante atos infralegais (portarias, decretos etc.), a colaboração de outros estatutos normativos, como o Código Civil e a Lei de

Licitações e Contratos, é essencial, e muitas vezes não ocorrerá somente de modo supletivo, e sim de forma dialógica, colaborativa, complementar, tendo por norte maior evitar antinomias e resolver problemas jurídicos complexos, próprios da sociedade plural e multifacetada atual. Ou seja, dispositivos como o art. 89 da Lei nº 14.133/2021 não devem ser interpretados literalmente, sob pena de limitação indevida ao operador jurídico. Diante disso, a teoria do diálogo das fontes de Erik Jayme, importada para o país por Claudia Lima Marques, usualmente aplicada nas relações civis e de consumo, pode e deve também promover a interação entre direito civil, direito administrativo e direito sanitário, sempre no norte de reforçar a proteção a direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais.

- i) Como outro efeito da constitucionalização do direito e do advento de uma sociedade complexa e multifacetada, o conceito tradicional de contrato, que traz como elemento essencial do instituto a patrimonialidade da prestação, deve ser revisto e ampliado, de modo que os contratos, mais do que instrumentos de circulação de bens, serviços e riquezas (ou seja, interesses primordialmente econômicos), devem ser vistos como instrumentos de concreção da dignidade humana e de direitos fundamentais, que têm aptidão para satisfazer interesses existenciais e reforçar a tutela da personalidade. Isso não impede, antes recomenda, que, em determinada relação contratual, interesses existenciais e patrimoniais possam andar lado a lado.
- j) A autonomia negocial (privada e pública) tem raízes na livre-iniciativa, fundamento da ordem econômica constitucional, e em seu valor social, fundamento da República. Consequentemente, há de ser entendida em aspecto abrangente, ultrapassando com folga as relações jurídicas que tratam de questões eminentemente econômicas. Ou seja, com respaldo constitucional, agora a autonomia negocial pode adentrar novos rumos, com a condicionante de guardar, invariavelmente, consonância com os valores plasmados na ordenação constitucional. Não há incompatibilidade do conceito atual de contrato com a negociação de interesses extrapatrimoniais, desde que legítimos e em conformidade com as ordens constitucional e legal vistas em sua inteireza. A própria previsão legal de possibilidade de firmação de contratos atípicos (art. 425 do CC) avaliza esse tipo de entendimento e abre as portas para maior criatividade e flexibilidade na constituição de novos modelos negociais de ações e serviços de saúde, notadamente os assim chamados casos de “contratualização” com o terceiro setor, onde se misturam elementos tradicionais de contratos administrativos, elementos modernos de

governança e atuação contratual colaborativa e não hierarquizada entre as partes (similar ao empregado usualmente em contratos de longa duração no direito privado) e a explicitação de finalidades e metas contratuais de cunho abrangente e inegável relevância social para a satisfação de direitos fundamentais.

- k) A função social dos contratos é cláusula geral e princípio estruturante caro à Teoria Geral dos Contratos brasileira, o que fica claro com sua posição topográfica no Código Civil em dois dispositivos essenciais. Um inaugurando toda a disciplina jurídica nacional a respeito dos contratos (art. 421) e outro já próximo ao encerramento da codificação (art. 2.035), reforçando seu caráter de norma de ordem pública e caráter cogente, não derogável por ato das partes. Ademais, a função social dos contratos possui guarida constitucional implícita e sistemática nos fundamentos da República como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, I a III, da CF/88), nos objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na garantia do desenvolvimento nacional, na erradicação da pobreza, da marginalização e na redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I a III) e na heterogeneidade axiológica da “Constituição Econômica” brasileira, notadamente no princípio da função social da propriedade (art. 170, III). Impossível, portanto, a limitação de incidência do princípio unicamente às relações interprivadas, pois tem ele aptidão normativa para incidir em diversos ajustes negociais, inclusive no âmbito do direito público. À luz do supracitado arcabouço normativo, também não é possível sua desconfiguração pelo legislador ordinário, com redução ou eliminação de sua eficácia.
- l) Então, a consagração legislativa da função social dos contratos deve ser lida sob as lentes da gênese constitucional pluriaxiológica do instituto, de modo que a reconfiguração da atuação contratual pela própria função social dos contratos no Código Civil de 2002 é uma decorrência, uma melhor especificação, de todas as disposições constitucionais mencionadas no item acima. É um coroamento legislativo, um resultado natural do processo de maturação de um constitucionalismo comunitário (congênito de um Estado Democrático e Social de Direito), revelador da necessidade, imposta constitucionalmente, de harmonização dos interesses negociais com valores sociais constitucionalmente relevantes, colocando lado a lado liberdade, solidariedade e responsabilidade.

- m) A consagração constitucional e legislativa da função social dos contratos de certa forma resgata e estabiliza, no ordenamento jurídico brasileiro, a importância do conceito de causa, como elemento legitimador do controle de merecimento do negócio jurídico. De fato, entende-se por causa do negócio jurídico sua razão de ser determinante e objetivamente aferível, à luz de padrões de conduta objetivamente verificáveis por sujeitos de diligência normal. Há de externar uma razão de ser ao programa contratual que deve estar alinhada a valores constitucionais relevantes, ou que pelo menos não o contrariem, possibilitando o regular desenvolvimento de toda a atividade negocial em direção ao desfecho que dela ordinariamente se espera.
- n) Causa e função social dos contratos não se confundem, mas estão conexos, já que um contrato que não possui causa ou que desvirtua e frustra sua causa, em sua gênese ou ao longo de uma execução contratual distorcida, não cumpre sua função social, devendo submeter-se a um juízo de adequação ou mesmo de anulação por órgão controlador, administrativo ou judicial. Tal correção se mostra ainda muito mais legitimada quando estão em jogo direitos e garantias fundamentais de usuários de serviços de relevância pública, como a saúde (art. 197 da CF/88). Indiferente, portanto, a ausência de previsão legal expressa no Código Civil brasileiro ou outro diploma legislativo a respeito do conceito de causa como requisito de validade dos negócios jurídicos, pois ele é extraível de toda a sistemática solidarista e humanista consagrada no ordenamento jurídico.
- o) A função social dos contratos possui duas vertentes de eficácia já doutrinária e jurisprudencialmente reconhecidas, a externa e a interna. Ambas são plenamente operativas perante os ajustes contratuais fixados perante o Sistema Único de Saúde para fins de concreção ao mandamento constitucional do art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988. A eficácia externa será a de operabilidade mais visível, na medida em que seus efeitos incidem perante terceiros alheios à relação contratual, em abrangência individual ou metaindividual, ou seja, nos casos de contratações e serviços de saúde do SUS pode entrar em ação para reforçar a proteção de direitos fundamentais dos usuários finais, que pouco ou nenhum contato têm com a gênese da relação contratual, mas que, ao fim e ao cabo, são os principais protagonistas de seus efeitos. Já a eficácia interna é adstrita às partes da relação contratual, com especial desiderato de proteger aquela que, concretamente, sofra algum desequilíbrio acentuado ou vulnerabilidade.

- p) A contratualização de ações e serviços de saúde no SUS é um negócio jurídico parcialmente atípico, diferenciado e de uso cada vez mais frequente na missão de concreção do mandamento constitucional do art. 199, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Em seus elementos constitutivos, privilegia a harmonização, negociação e gestão contratual compartilhada entre o poder público e atores da sociedade civil organizada, tendo por resultado um cenário contratual não hierarquizado, vocacionado à governança, invariavelmente acompanhado da celebração de acordos de operação e desempenho, com fixação de compromissos mútuos a serem implementados em prol do alcance de objetivos públicos, bem delimitados por meio da fixação de metas claras (qualitativas e quantitativas) e cronogramas. Logo, é contrato de prolongada extensão temporal e causa e objeto complexos, cuja execução demanda volumes financeiros consideráveis. Algumas de suas cláusulas essenciais infelizmente podem ter redação ou interpretação deletéria aos direitos fundamentais, trazendo desvirtuamentos e frustrações a sua finalidade precípua: atender bem a população, provendo serviços públicos de grande relevância em saúde. Tais cláusulas antissociais podem aparecer tanto no núcleo do ajuste como em seu próprio documento descritivo, e devem ser combatidas pela autoridade controladora ou judicial, valendo-se, dentre outros fundamentos, do princípio da função social dos contratos. Exemplos dessas possibilidades nefastas foram apresentados ao longo do texto, sem a pretensão de esgotar o tema.
- q) A forma de atuação jurisdicional para o enfrentamento de crises contratuais trazidas pelas cláusulas antissociais dos termos de contratualização SUS será variada e deverá enfrentar as vicissitudes dos casos concretos levados a juízo, de modo que, além de não recomendada, é impossível a mera atividade de subsunção. Porém, há de se antever ao menos duas tendências: p.1) as soluções judiciais devem ser tomadas à luz da constatação de que o princípio da função social dos contratos (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do CC) de fato incide, através de uma relação dialógica e complementar com outros estatutos legais (como as Leis nº 8.080/90 e 14.133/2021), sobre os diversos modelos contratuais firmados no SUS, inclusive e principalmente os de contratualização, de modo a limitar, modificar ou mesmo anular cláusulas antissociais que tenham aptidão para limitar ou neutralizar o gozo de direitos fundamentais individuais e sociais dos usuários do sistema público de saúde; p.2) toda e qualquer decisão há de ser tomada sob a premissa de que ali está em jogo um processo de criação ou reformulação de políticas públicas, portanto deve

fugir do modelo próprio do processo civil tradicional. Ao revés, há de concretizar um viés estrutural de solução de litígios, com uma preocupação acentuada no modelo consequencialista de aplicação do direito (arts. 20 e 21 da LINDB), de modo que, qualquer que seja o provimento, não haja desassistência imediata do usuário, com suspensão ou interrupção abrupta dos serviços. A solução deve ser dialógica e continuada, preferencialmente com participação de todos os protagonistas do processo.

- r) Diante de todas essas observações, verifica-se que o princípio da função social dos contratos, agasalhado implicitamente pela ordem constitucional brasileira de 1988 e explicitamente no Código Civil Brasileiro de 2002, é não só um instrumento de proteção das relações contratuais interprivadas. Também é instrumento de proteção a ser aplicado na seara da contratação pública pela Administração, e instrumento valioso de proteção de direitos e garantias fundamentais dos destinatários finais dos serviços públicos contratados. Por corolário, pode e deve ser aplicado conjuntamente com outras ferramentas normativas, para coibir arbitrariedades contratuais passíveis de concretização mediante cláusulas antissociais componentes de relevantes negócios jurídicos firmados no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. A consequência disso é sua aptidão para limitar, modificar ou mesmo anular o âmbito de incidência das cláusulas contratuais erráticas, sem que a atividade controladora, judicial ou administrativa, possa ser tachada de ilegítima, eis que proferida em concordância com o direito posto, naquelas situações em que a interpretação contratual ou a atuação contratual antissocial nela baseada sejam ofensivas aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ACCA, Thiago dos Santos. **Direitos sociais**: conceito e aplicabilidade. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

AITH, Fernando. Direito à saúde e suas garantias no Brasil: desafios para a efetivação de um direito social. *In*: ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos (org.). **Direitos humanos e direitos fundamentais**: diálogos contemporâneos. Salvador: Juspodivm, 2013.

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria geral do direito administrativo**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

ALVIM, Arruda. Jurisdição estatal, arbitragem e autonomia privada. *In*: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; ALVIM, Tereza Arruda (coord.). **Jurisdição e direito privado**: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ANDRADE, José Maria Arruda de; PINTO, Alexandre Evaristo. Da livre-iniciativa na Constituição Federal de 1988. *In*: NUSDEO, Fábio (coord.); PINTO, Alexandre Evaristo (org.). **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual superveniente**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BEATTY, David M. **A essência do Estado de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

BERCOVICI, Gustavo. **Constituição econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BIGLINO, Paloma *et al.* **Lecciones de derecho constitucional II**. 2. ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: fragmentos de um dicionário político. 23. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra Editora, 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Comentário ao artigo 421 do Código Civil: a função social do contrato na Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). **Direito privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). **I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 21**. Brasília, DF, [s. d.]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/667>. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). **I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 23. Brasília, DF, [s. d.]**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20do%20contrato,%C3%A0%20dignidade%20da%20pessoa%20humana>. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). **IV Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 360**. Brasília, DF, [s. d.]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/464>. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal (CJF). **V Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 431**. Brasília, DF, [s. d.]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/303>. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução CFM nº 2.077/14**. Dispõe sobre a normatização do funcionamento dos Serviços Hospitalares de Urgência e Emergência, bem como do dimensionamento da equipe médica e do sistema de trabalho. Brasília, DF, 24 jul. 2014. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/resolucao2077.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.** Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, DF, 30 dez.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos da Administração. Brasília, DF, 10 jun. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 dez. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 6: Licitação e contratos administrativos.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e democracia.** Salvador: Juspodivm, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. Supremo Tribunal Federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual.** Coimbra: Almedina, 2016.

CHIAMULERA, Caroline. **Contratualização complementar de serviços privados no SUS: uma análise sob a ótica da efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 5. ed. Andradina: Meraki, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 1: Parte geral.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. v. 3: Contratos.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1: Empresa e estabelecimento. Títulos de crédito.

COMANDUCCI, Paolo. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. In: COMANDUCCI, Paolo; AHUMADA, Ma. Ángeles; LAGIER, Daniel González. **Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo; LORENZETTO, Bruno Meneses (coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.869/1999**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COSTA, Cora Cristina Ramos Barros. A função social do contrato nas relações consumeristas. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 144.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1: Teoria geral e princípios do direito administrativo.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLON, Antonio. **Sistema de derecho civil**. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2016. v. II, t. I: El contrato em general, la relación obligatoria.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. *In*: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. II.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 1: Teoria geral do direito civil.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 3: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas de saúde**: um contributo para a dogmática do direito à saúde. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; PIMENTA, Liana de Barros. Direito à saúde: histórico, judicialização e prognóstico. *In*: DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Vitor Luna (coord.). **Direito à saúde**: judicialização e pandemia do novo coronavírus. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ESTADO DO PARANÁ. Ministério Público do Estado. Procuradoria-Geral de Justiça. **Nota Técnica nº 1/2019 do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção à Saúde Pública do Estado do Paraná**. Curitiba, 13 mar. 2019. Disponível em: https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/notas_tecnicas/2019/Nota_Tecnica_1-19-CAOPAU_13_3_19.pdf. Acesso em: 9 dez. 2022.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentido, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição: olhar para o passado, compreender o presente e projetar o futuro. *In*: PRADO, Virgínia; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Direitos humanos atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. v. 4: Contratos – teoria geral e contratos em espécie.

FAYT, Carlos S. **Derecho político I**. Buenos Aires: Universidade Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1962.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Edis (coord.). **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: RT, 2005.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman de. O conceito de “relevância pública” na Constituição Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 5, n. 2, jul. 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Argentina: Ediciones Olejnik, 2018.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FRANÇA, Philip Gil. **Controle do ato administrativo e consequencialismo jurídico na era da IA: judicialização, discricionariedade, compliance e LGPD**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem: a necessária vinculação entre liberdade de iniciativa e justiça social. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1: Parte geral.

GALDINO, Matheus Souza. **Processos estruturais: identificação, funcionamento e finalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Atlas, 2019.

GIANNINI, Leandro G. Litigio estructural y control judicial de políticas públicas: lograr el equilibrio sin destruir la balanza. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marcos Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha; FURTADO, Gabriel Rocha. Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROPPI, Tania. **Menopeggio: la democrazia costituzionale nel XXI secolo**. Bologna: Il Mulino, 2020.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; VAZ, Marcella Campinho. Frustração do fim do contrato: os efeitos dos fatos supervenientes na utilidade da prestação. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos (coord.). **Direito civil constitucional: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas**. Indaiatuba: Foco, 2022.

GUERRA, Alcení; BERTOTTI, Bárbara Mendonça; GUIDI, Silvio. **Comentários à Lei Orgânica da Saúde (LOS): Leis nº 8.080/90 e 8.142/90. Trinta anos da lei**. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX. 1914-1991**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das obrigações**. 15. ed. Coimbra: Almedina, 2019. v. I: Introdução. Da constituição das obrigações.

LEITE, Fábio Carvalho. Os valores fundamentais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOBATO, Encarna Cordero; LÓPEZ, Manuel Jesús Marín. **Derecho de obligaciones y contratos em general**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2021. *E-book*.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 1: Parte geral.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. *In*: MARQUES, Claudia Lima (coord.). **Direito privado e desenvolvimento econômico**: estudos da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV) e da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito econômico na Constituição de 1988. *In*: NUSDEO, Fábio (coord.); PINTO, Alexandre Evaristo (org.). **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2018. v. II: Parte geral. Negócio jurídico. Formação. Conteúdo e interpretação. Vícios da vontade. Ineficácia e invalidades.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**. Coimbra: Almedina, 2018. v. VII: direito das obrigações. Contratos e negócios unilaterais.

MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de direito civil**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. I: Introdução. Fontes do direito. Interpretação da lei. Aplicação das leis no tempo. Doutrina geral.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e contratos administrativos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MIRANDA, Jorge. **Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *In*: **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2018. t. II: Teoria da Constituição.

MOTTA, Fabricio; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NAVARRO, Pablo Eugenio. Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho. **Doxa**, v. 14, 1993. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10684/1/doxa14_13.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Instituições de direito civil**: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Introdução à ciência do direito privado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo**: temas fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios estruturantes de Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2019.

NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional: origem – evolução – principiologia. *In*: NUSDEO, Fábio (coord.); PINTO, Alexandre Evaristo (org.). **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Sem fins lucrativos**: por que a democracia precisa das humanidades. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2017.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações, associações e entidades de interesse social**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão das questões políticas**: a postura do juiz. Curitiba: Juruá, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. I: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. III: Contratos. Declaração unilateral de vontade. Responsabilidade civil.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Manuel das Neves. **Introdução ao direito e às obrigações**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Direitos humanos, Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Martins Fontes, 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528-536.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito à saúde: multifuncionalidade e consequências jurídicas de sua aplicabilidade imediata. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 1: Teoria da Constituição e direitos fundamentais.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REDONDO, Koldo Santiago. **Comentarios a la Constitución Espanola**. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.

RÊGO, Carolina Noura de Moraes. **O estado de coisas inconstitucional**: entre o constitucionalismo e o estado de exceção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

REIS, Márcio Monteiro. A alocação de riscos e sua securitização na Nova Lei de Licitações e Contratos. *In*: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thais (coord.). **Estudos sobre a Lei 14.133/2021**: Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Salvador: Juspodivm, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.

ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. **Código Civil comentado**: artigo por artigo. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

SABRINNI, Fernanda. A proteção contra cláusulas abusivas em contratos interempresariais: análise comparativa do direito brasileiro à luz do direito francês. *In*: SCHREIBER, Anderson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; OLIVA, Milena Donato (org.). **Problemas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SALGADO, Valéria Alpino Bigonha; CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Contratualização no SUS**: principais conceitos e modelos de contratualização de desempenho institucional do Sistema Único de Saúde. Curitiba: Editora CRV, 2021.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **Derecho administrativo**: parte general. 15. ed. Madrid: Tecnos, 2019.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Doctrinas generales del derecho civil**. Santiago: Ediciones Olejnik, 2019.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos**: uma análise da cláusula de abertura do § 2º do art. 5º da CF/88. Salvador: Juspodivm, 2017.

SANTOS, Fernando Muniz. Princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 3: Constituições econômica e social.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado Soares (org.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e “cláusulas pétreas” na Constituição Federal de 1988. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (org.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. **República, inclusão e constitucionalismo**: escritos constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCARPA, Antonio Oswaldo. **Direitos fundamentais sociais**: conteúdo essencial, judicialização e direitos sociais em espécie. Salvador: Juspodivm, 2021.

SCHIER, Paulo Roberto. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do direito na Europa**: da Idade Média à Idade Contemporânea. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SEMINÁRIO “IMPACTOS DE LEI Nº 13.655/18 NO DIREITO ADMINISTRATIVO”, realizado em Tiradentes no dia 14 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2022.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya; KLIKSBEETG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERRANO, Juan Miguel Ossorio. **Curso de derecho civil II**: derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos. 11. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STARCK, Christian. **Ensaaios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2019. v. 3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie; 17. ed. 2022.

TARTUCE, Flávio. Função social do contrato e interpretação dos negócios jurídicos após a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019): novas reflexões. *In*: SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (org.). **Direito civil**: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. A perseverante construção da legalidade constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SANTOS, Deborah Pinto dos; PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Direito civil constitucional**: a construção da legalidade constitucional nas relações privadas. Indaiatuba: Foco, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Funcionalização do direito civil e o princípio da função social dos contratos. *In*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (org.). **20 anos do Código Civil**: relações privadas no início do século XXI. Indaiatuba: Foco, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. **Opiniões doutrinárias**: novos problemas de direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. III.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 3: Contratos.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1: Teoria geral do direito civil.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; QUEIROZ, Paulo Victor Oliveira; PRADO, Giselly Silva. **A função social do contrato**. São Paulo: Almedina, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**: a boa-fé objetiva no ordenamento e a jurisprudência contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TORRES MARINQUE, Jorge Isaac. Argumentando vulneración de derechos fundamentales al juez natural y a la libre contratación entre privados a la vez de contravenir la tutela judicial efectiva. *In*: **Derechos fundamentales contemporáneos**: enfoques actuales y futuros. Barcelona: Bosch, 2021.

TORRES MARINQUE, Jorge Isaac. Enfoque constitucional a la insoslayable agenda directriz pendiente del código civil peruano: réquiem a los dogmas perezosos y a las modificaciones innecesarias. *In*: **Derechos fundamentales contemporáneos**: enfoques actuales y futuros. Barcelona: Bosch, 2021.

TORRES MARINQUE, Jorge Isaac. Reflexiones acerca del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales en la pandemia sanitaria. *In*: **Derechos fundamentales contemporáneos**: enfoques actuales y futuros. Barcelona: Bosch, 2021.

VASCONCELOS, Pedro Pais de; VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1: Parte geral.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 3: Contratos.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020.