

REVISTA INTERNACIONAL  
**CONSINTER**  
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do  
Conselho Internacional de Estudos  
Contemporâneos em Pós-Graduação*

**ANO V – NÚMERO IX**

**2º SEMESTRE 2019**

**ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS**

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO V, Nº IX, 2º SEM. 2019



**Europa** – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600  
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

*Home page:* revistaconsinter.com

*E-mail:* internacional@jurua.net

**ISSN: 2183-6396**

**Depósito Legal: 398849/15**

**DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.00**

**Editor:**

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

**Diretores da Revista:**

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL  
**CONSINTER**  
DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do  
Conselho Internacional de Estudos  
Contemporâneos em Pós-Graduação

**ANO V – NÚMERO IX**

**2º SEMESTRE 2019**

**ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS**

Porto  
Editorial Juruá  
2019

# Instruções aos Autores

## Revista Internacional CONSINTER de Direito

### 1. DAS PUBLICAÇÕES

Para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria.

O enquadramento dos textos avaliados e aprovados para fins de publicação na Europa pelo Editorial Juruá Lda., e no Brasil pela Juruá Editora Ltda., obedecerão aos seguintes critérios:

#### REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO

Conforme as exigências das agências e instituições nacionais e internacionais de investigação e docência que avaliam a atividade acadêmica e investigadora das Pós-Graduações, a Coordenação Executiva do CONSINTER, ao seu melhor juízo, selecionará uma determinada quantidade de artigos aprovados que serão agraciados com a Publicação no Periódico “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, com ISSN de Portugal. Ainda:

- a) Para cada artigo selecionado para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, será atribuído um número de registro específico e único no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*);
- b) Também será atribuído um registro no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*) para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

**OBS. 1:** Em face das normas técnicas, para fins de qualificação do periódico, somente poderão ser selecionados para a Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos aprovados nos quais pelo menos um dos autores e/ou autor tenha a titulação de Doutor.

**OBS. 2:** Ficará a critério do Comitê Organizador a indicação e o número da Revista em que o artigo aprovado será liberado para publicação.

### 2. PERIODICIDADE

Semestral.

### 3. CONDIÇÕES

- a) A submissão do trabalho científico para análise está condicionada à confirmação da inscrição de todos os autores e coautores;
- b) Somente serão publicados os artigos aprovados pelo Corpo de Pareceristas/Conselho Editorial do CONSINTER.

### 4. DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS PARA SUBMISSÃO

- a) Inscrição;
- b) Comprovante de pagamento da submissão/inscrição;
- c) Cessão de direitos autorais assinada;
- d) Artigo completo seguindo as orientações do item 5;
- e) O artigo deverá ser encaminhado por um dos autores ao e-mail contato@consinter.org.

## 5. NORMAS — OS ARTIGOS ENVIADOS DEVEM CUMPRIR OS SEGUINTE CRITÉRIOS:

- a) Ser inédito (não publicado em livros, revistas especializadas ou na imprensa em geral) e apresentar propriedade técnico-jurídica; relevância nacional e internacional do tema abordado, fluência redacional, correção gramatical e respeito a aspectos éticos e científicos;  
**Obs.:** Textos inseridos em documentos de circulação restrita nas universidades serão considerados inéditos.
- b) Ter sido produzido por Estudantes e/ou Professores de Pós-graduação *Lato Sensu* e/ou *Stricto Sensu* ou por Mestres, Doutores e Pós-Doutores;
- c) Serão aceitos trabalhos em coautoria, com limitação máxima de 03 (três) participantes devidamente inscritos;
- d) O artigo deverá estar identificado com um dos critérios de classificação conforme edital;
- e) O(s) autor(es) que submeter(em) o mesmo artigo científico (com o mesmo título e conteúdo ou apenas mudando o título) para mais de um dos ramos do Direito acima indicados terão ambos os artigos científicos automaticamente eliminados da avaliação;
- f) Conter no mínimo 15 páginas, e no máximo 25 páginas;
- g) Ser redigido em formato Word em dois arquivos distintos, um com e outro sem identificação, ambos completos, contendo: Título em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa; Sumário; Resumo e Palavras-chave em língua portuguesa ou espanhola e inglesa, respeitando as normas técnicas;
- h) Para o arquivo sem identificação é importante o autor certificar-se que no conteúdo do artigo a ser avaliado não conste nenhuma informação que possibilite a identificação do autor ou o Instituto ao qual esteja vinculado direta ou indiretamente;
- i) O artigo poderá ser apresentado em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa, observando que o título, resumo e palavras-chave precisam, obrigatoriamente, estar indicados em dois idiomas, sendo peremptoriamente uma indicação no idioma inglês;
- j) O texto deve estar salvo em arquivo Word, em versão recente, com as seguintes características: fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaço de 1,5 entrelinhas; parágrafo de 1,5 cm; não colocar espaçamentos especiais antes ou após cada parágrafo; margens superior e esquerda com 3 cm, inferior e direita com 2 cm; em papel tamanho A4; notas de rodapé explicativas na mesma página em que for citada a referência, sendo que as Referências deverão seguir as Normas Técnicas;
- k) As páginas deverão estar numeradas;
- l) Para cada título, subtítulos, todos alinhados à esquerda, deverá haver um texto correspondente;
- m) Devem ser escritos de forma clara e objetiva, evitando-se parágrafos prolixos ou extenuantes e privilegiando as orações na ordem direta como: sujeito – predicado – complemento;
- n) Não serão aceitos textos com figuras, ilustrações e/ou fotografias, à exceção de gráficos e tabelas que sejam imprescindíveis para a compreensão do trabalho e compatíveis com a impressão em preto e branco, sendo vedada a utilização de gráficos e tabelas se originarem de terceiros;

- o) Conter Resumo (entre 100 e 250 palavras) em língua portuguesa ou espanhola e em inglês, assim como a indicação de Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras) também em português ou espanhol e inglês;
- p) Conter: Sumário a ser indicado na sequência da apresentação do Título, Resumo (entre 100 e 250 palavras – peremptoriamente com 02 idiomas), sendo um em Língua portuguesa ou espanhola e outro necessariamente em inglês, assim como a indicação das Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras), obedecendo o mesmo critério de apresentação do Resumo;
- q) O texto deve obrigatoriamente vir acompanhado do termo de autorização para publicação – cessão de Direitos Autorais/Patrimoniais – conforme modelo anexo e/ou disponível no *site*;
- r) A qualificação do autor deverá ter no máximo 4 linhas, em nota especial de rodapé, indicando obrigatoriamente a formação acadêmica e citando a Instituição de Ensino Superior à qual esteja vinculado, quando for o caso;
- s) A taxa de inscrição é individual e única para cada autor. Assim, cada autor deverá efetuar a sua inscrição e o pagamento da respectiva taxa;
- t) Um autor poderá enviar quantos artigos desejar, no entanto, para cada artigo submetido deve haver o pagamento da taxa de inscrição/submissão;
- u) Observando as normas de qualificação, somente poderá ser liberado para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito um artigo por autor. Em caso de aprovação de dois ou mais artigos do mesmo autor para a Revista, ao melhor juízo da comissão avaliadora, os demais artigos serão direcionados para publicação no Livro Direito e Justiça ou para o(s) próximo(s) número(s) da Revista.

## **6. DOS SISTEMAS PARA A INDICAÇÃO DAS FONTES DAS CITAÇÕES**

Para a indicação das fontes das citações, os artigos deverão adotar os sistemas:

### **I) Trabalhos Estrangeiros:**

Trabalhos estrangeiros poderão utilizar as normas técnicas compatíveis com o seu país de origem, respeitando as normas de publicação dispostas nesse edital, inclusive o Estilo Chicago se assim o autor entender cabível e adequado.

#### **Estilo Chicago:**

Último nome do autor, primeiro nome, título do livro. (Cidade: editora, ano), versão. Por exemplo: Ninguém, José, Livro Exemplo. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

### **II) Trabalhos Brasileiros:**

Para artigos brasileiros recomenda-se seguir as Regras da ABNT (NBR 10.520/2002) para as citações, as quais podem ser diretas ou indiretas.

Para a indicação da fonte das citações, o autor poderá optar pelo sistema numérico (notas de rodapé) ou pelo sistema autor-data, não podendo, portanto, utilizar os dois sistemas concomitantemente.

#### **A – Sistema Autor-Data**

As Referências deverão seguir a NBR 6.023/2002.

No sistema autor-data, a fonte da citação é indicada junto à mesma e de forma sucinta. Devem ser evidenciados apenas: a autoria, o ano de publicação e a página do trecho citado.

**Obs.:** Se a opção for pelo sistema Autor-Data, pode-se utilizar o rodapé para as notas explicativas, conforme assim autoriza a NBR 6.022/2003.

#### **B – Sistema em Notas de Rodapé**

Ainda, adotando o sistema brasileiro de referência, se a opção de citação das referências for pelo sistema numérico, ou seja, **em notas de rodapé**, estas deverão seguir a NBR 10.520/2002.

### **7. DA AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS**

Os artigos científicos serão analisados pelo Corpo de Pareceristas do CONSINTER, formado somente por renomados juristas Doutores e Pós-Doutores, nacionais e estrangeiros especialmente convidados.

**Os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria.** A apreciação inominada dos artigos científicos afiança a imparcialidade do seu julgamento, diminui a subjetividade e as preferências ideológicas. Dessa forma, o autor deverá evitar referências diretas a si mesmo e citações que possibilitem extrair da leitura do texto a sua autoria.

Em caso de admissão do artigo científico por um dos Pareceristas do CONSINTER e reprovação por outro, o texto, ao melhor alvitre do conselho diretivo, poderá ser submetido à apreciação de um terceiro Parecerista.

- a) O conteúdo dos artigos científicos é de inteira responsabilidade dos autores e após submetido para avaliação não poderá sofrer qualquer substituição ou alteração, salvo solicitação do Corpo de Pareceristas;
- b) Não é permitido plágio ou inserção de cópias literais.

### **CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO**

**Coordenação Executiva** contato@consinter.org

www.consinter.org

#### **INDEXADORES DA REVISTA:**

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

## Instructions To Authors

### 1. ABOUT THE PUBLICATIONS

For publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito, the scientific articles shall be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER Referees shall evaluate the papers without any author identification.

The framework of the evaluated and accepted articles for the purpose of publication in Europe by the Editorial Juruá Lda., and in Brazil by Juruá Ltda, will follow the following criteria:

#### 1. FOR THE JOURNAL “REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO”

According to the requirements of national and international agencies of investigation and teaching that evaluate the investigative and academic activity of Post-Graduation, the CONSINTER Executive Coordination, at the best of their judgment, will select a certain amount of articles approved that will be awarded with the Publication in the Journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, with ISSN from Portugal. Also:

- a) For each article selected for the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, a number of the specific and unique register in the DOI (Digital Object Identifier) system will be assigned;
- b) A register in the DOI (Digital Object Identifier) system will also be assigned to the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

**NOTE 1:** In the face of the technical rules, for the purpose of qualification of the journal, only the articles approved in which a least one of the authors and/or author has a doctorate degree will be selected for the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito”. The articles properly approved that do not fulfill this requirement will be published in the Book of CONSINTER.

**NOTE 2:** The Organizing Committee will be in charge of the nomination and the issue of the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito” in which the approved article will be authorized for publication.

### 2. PERIODICITY

Half-yearly

### 3. REQUIREMENTS

- a) The submission of the scientific work for analysis is conditioned to the confirmation of subscriptions of all authors and co-authors;
- b) Only articles approved by CONSINTER Referees Board/Editorial Board will be published.

### 4. REQUIRED DOCUMENTS FOR SUBMISSION

- a) Registration;
- b) Proof of payment of the Submission/registration;
- c) Assignment of copyrights signed;
- d) Full Article following the guidelines of item 5;
- e) The articles must be forwarded by one of the authors by e-mail [contato@consinter.org](mailto:contato@consinter.org)



## 5. RULES — THE ARTICLES SENT MUST FULFILL THE FOLLOWING CRITERIA:

- a) Be original (not published in books, specialized journals or in the press in general) and present technical-legal property; national and international relevance of the theme approached, wording fluency, grammar correction, and respect to the ethical and scientific aspects;

**Note:** The texts inserted in documents of restrict circulation at universities will be considered original.

- b) Have been produced by students and/or professors of Lato Sensu and/or Stricto Sensu Post Graduation courses, or by Masters, Doctors, and Post-Doctors;
- c) Works in co-authorship will be accepted, up to the maximum of 3 participants properly registered;
- d) Be identified with one of the criteria of classification to be informed in public notice;
- e) The author (s) that submit the same scientific article (with the same title and content or only having the title changed) for more than one of the fields of Law above mentioned, will have both scientific articles automatically eliminated from the evaluation;
- f) Have a minimum of 15 pages, and a maximum of 25 pages;
- g) Be submitted in Word format in two distinct files, one with and the other without identification, both complete, containing: Title, Summary, Abstract and Keywords in Portuguese, Spanish, English, Italian or French; in Portuguese or Spanish and in English, respecting the technical rules;
- h) For the file without identification it is important for the author to make sure that, in the content of the article to be evaluated, there is no information that makes it possible to identify the author or the Institution they are directly or indirectly bound to;
- i) The article can be presented in Portuguese, Spanish, English, Italian, or French, observing that the title, abstract and keywords have to be written in two languages compulsorily, being one of them, peremptorily, English;
- j) The text must be saved in a word file, in a recent version, with the following characteristics: Times New Roman font, size 12; justified alignment, without hyphenation; 1.5 spacing between lines; 1.5 cm paragraph spacing; do not insert special spacing before or after each paragraph; top and left margins with 3 cm, bottom and right margins with 2 cm; A4 size document; explanatory footnotes on the same page the reference is cited, and the references must follow the technical rules;
- k) The pages must be numbered;
- l) For every title, subtitle, all of them aligned on the left, there must be a corresponding text;
- m) The text must be written in a clear and objective way, avoiding long-winded and strenuous paragraphs, giving priority to sentences in the direct order, such as subject-predicate – complement;
- n) Texts with figures, illustrations and/or photographs will not be accepted, except for graphs and tables which are indispensable for the understanding of the work, and compatible with black and white printing, being prohibited the use of graphs and tables if originated from a third party;

- o) It must contain an Abstract (between 100 and 250 words in Portuguese or Spanish and in English, as well as the Keywords (between 3 and 10 words), also in Portuguese or Spanish and in English;
- p) It must contain: a Summary to be indicated in the sequence of the presentation of the title, Abstract (between 100 and 250 words, peremptorily in 02 languages, being one of them in Portuguese or Spanish and the other in English, just as the Keywords (between 3 and 10 words), in accordance with the same criterion of the presentation of the Abstract;
- q) The text must be accompanied by the copyright form – according to the model attachment and/or available on the site;
- r) The author's qualification must have a maximum of 4 lines, in a special footnote, indicating their academic background and citing the Higher Education Institution which they are bound to if that is the case;
- s) Observing that CONSINTER is a non-profit organization, the submission/registration rate subsidize the articles' publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito. Submission/registration fee is individual and unique to each author. Therefore, each author must achieve the registration and make the payment of the respective fee. For example: For article submission in co-authorship with 02 authors – it will be mandatory the registration of the two authors and payment of 02 submission fees;
- t) An author may submit as many articles as he pleases, however, for each submitted article there must be made the respective submission/registration fee payment;
- u) Observing the qualification standards, only one article per author will be authorized for publication on the Revista Internacional CONSINTER de Direito. In case of one or more articles of the same author have been approved for publication on the Journal, to the better judgment of the evaluation commission, the other papers will be guided for publication on the Book Direito e Justiça or for future edition(s) of the Journal.

## **6. ABOUT THE SYSTEMS TO INDICATE THE SOURCES OF CITATIONS**

To indicate the sources of citations, the articles must adopt the systems:

### **I) For Foreign Work:**

Foreign works can use the same technical rules compatible with their country of origin, respecting the publication rules displayed in this notice, including the Chicago style, if the author finds it applicable and appropriate.

#### **Chicago Style:**

Author's last name, first name, title of the book. (City: Publisher, year), version. Example: Someone, José, book example. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

### **II) For Brazilian Works**

For Brazilian articles, it is recommended to follow the ABNT rules (NBR 10520/2002) for the citations, which can be direct or indirect, by Author-Date or in Footnotes.

For citation source's indication, the author may choose the number system (footnotes) or by the author-date system, therefore he/she cannot choose to use both concomitantly.

#### **A – Author-Date System**

The references must follow NBR 6023/2002.

In the author-date system, the source of citations is indicated alongside with it and in summary form; Point out, only: authorship, publication year and page of the piece cited.

**Note:** If the choice is the Author-Date system, explanatory notes can be used as footnotes, as authorized by NBR 6022/2003.

### **B – Number System (Footnotes)**

Still, adopting the Brazilian System of references, if the choice of citation of references is by the number system, or else, in footnotes, they should follow NBR 10520 /2002.

## **7. ABOUT THE ARTICLE REVIEW**

The scientific articles are analyzed by the CONSINTER Referees Board/Editorial Board, formed only by renowned Doctors and Post-Doctors, jurists, Brazilian and foreigners, especially invited. The scientific articles will be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER members of the board will evaluate the works without any authorship identification. The assessment of scientific articles by anonymous authors guarantees the impartiality of judgment and decreases subjectivity and ideological preferences. This way, authors must avoid direct references to themselves and citations that make it possible to extract its authorship from the reading of the text.

If the scientific article is accepted by one of the CONSINTER members and failed by another, the text, at the suggestion by the Director Council, can be subjected to the assessment by a third party.

- a) The content of the scientific articles is the authors' full responsibility, and after subjected to assessment cannot go through any changes or replacements, except if requested by the Referees Board/Editorial Board;
- b) Plagiarism or the insertion of verbatim copies are not allowed.

## **INTERNATIONAL COUNCIL OF CONTEMPORARY IN POST-GRADUATE STUDIES CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO**

**Executive Coordination** [contato@consinter.org](mailto:contato@consinter.org)

### **INDEXERS**

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

## COLABORADORES

Adelgício de Barros Correia Sobrinho  
Adriano Fábio Cordeiro da Silva  
Adriano Fernandes Ferreira  
Alcir Gursen de Miranda  
Alessandra Balestieri  
Alexandre de Albuquerque Sá  
Almir Santos Reis Junior  
Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz  
Ana Lúcia Seifriz Badia  
Andrei de Oliveira Rech  
Bruno Miragem  
Carlos Francisco Molina del Pozo  
Carlos José Cordeiro  
Carlos Roberto Bacila  
Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho  
Daniel Blume Pereira de Almeida  
Daniela Carvalho Almeida da Costa  
Edimur Ferreira de Faria  
Edna Raquel Hogemann  
Eugênio Facchini Neto  
Euvaldo Leal de Melo Neto  
Fabiana Oliveira Bastos de Castro  
Fabiana Ricardo Molina  
Fábio Lins de Lessa Carvalho  
Felipe Azzi Assis de Melo  
Felipe Dutra Asensi  
Fernanda Alves Vieira  
Fernando Massardo  
Fernando Rodrigues Martins  
Glauca Maria de Araújo Ribeiro  
Gonçalo S. de Melo Bandeira  
Inês da Trindade Chaves de Melo  
Isaac Sabbá Guimarães  
Jaume Martí Miravalls

José María Lombardero Martín  
José María Tovillas Morán  
Josiane Becker  
Judith Morales Barceló  
Karina A. Denicol  
Karine Silva Demoliner  
Laís Alves Camargos  
Leonardo David Quintiliano  
Luciana Kellen Santos Pereira Guedes  
Luis Bahamonde Falcón  
Luiz Carlos Figueira de Melo  
Marcus Elidius Michelli de Almeida  
María Ángeles Pérez Marín  
María Soledad Racet Morciego  
Mário Luiz Ramidoff  
Mayrinkellison Peres Wanderley  
Miguel Horvath Júnior  
Nancy Carina Vernengo Pellejero  
Nancy de la C. Ojeda Rodríguez  
Nicola Frascati Junior  
Nilton Cesar da Silva Flores  
Patrícia Fortes Attademo Ferreira  
Paulo J. S. Bittencourt  
Raphael Corrêa  
Renata Martins de Carvalho  
Renato Lopes Becho  
Roberta Soares da Silva  
Rogério Medeiros Garcia de Lima  
Themis Eloana Barrio Alves G. de Miranda  
Theodoro Vicente Agostinho  
Thiago Serrano Pinheiro de Souza  
Vânia Maria do P. S. Marques Marinho  
Vitor Hugo Mota de Menezes  
Wagner Balera

# Integrantes do Conselho Editorial do



## **Alexandre Libório Dias Pereira**

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

## **Antonio García-Pablos de Molina**

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

## **Carlos Francisco Molina del Pozo**

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

## **Fernando Santa-Cecilia García**

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

## **Ignacio Berdugo Gómez de la Torre**

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

## **Joan J. Queralt**

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

## **Jordi García Viña**

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridad Social da Universitat de Barcelona.

## **Manuel Martínez Neira**

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

## **María Amparo Grau Ruiz**

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

## **María del Carmen Gete-Alonso y Calera**

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

## **Mário João Ferreira Monte**

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

## **Paulo Ferreira da Cunha**

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

## ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

**Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma  
licença 3.0 Brasil.**

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



### **ATRIBUIÇÃO**

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



### **USO NÃO COMERCIAL**

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



### **COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA**

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

***Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.***

## APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

# ESTATUTO CONSTITUCIONAL DA PESSOA E A GÊNESE DE DIREITOS INDERROGÁVEIS: VIDA, SAÚDE E MORTE DIGNA NOS CONTRATOS PRIVADOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

## CONSTITUTIONAL CHARTER OF THE PERSON AND THE GENESIS OF INDERROGABLE RIGHTS: LIFE, HEALTH AND DIGNATIAL DEATH IN PRIVATE SERVICES CONTRACTS

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.08

Recebido 17.02.2019 / Aprovado 15.04.2019

*Fernando Rodrigues Martins*<sup>1</sup> – [https://orcid.org/0000 0003 0777 8424](https://orcid.org/0000_0003_0777_8424)

*E-mail: frodriguesmartins@me.com*

**Resumo:** A presente pesquisa contextualiza vida, saúde e morte digna como direitos inderrogáveis no sistema jurídico, especialmente nos contratos privados de prestação de serviço, passíveis de interpretação com carga de prevalência ante demais direitos considerando os fundamentos que estruturam e funcionalizam o Estado Constitucional Cooperativo.

**Palavras-chave:** Contratos de saúde. Dignidade da pessoa humana. Vida. Morte digna.

**Abstract:** This research contextualizes life, health and dignified death as non-derogable rights in the legal system, especially in private service contracts, which can be interpreted with a prevalence burden before other rights considering the fundamentals that structure and functionalize the Constitutional Cooperative State.

**Keywords:** Private contracts. Dignity of the human person. Life. Dignified death.

### 1 INTRODUÇÃO E SUBSÍDIOS PARA NOVO EIXO EPISTEMOLÓGICO

O enfrentamento às questões referentes às relações privadas de serviços e assistência à saúde ganhou novo tratamento considerando a transmutação valorativa havida no sistema jurídico. Aqui está-se a manifestar sobre o fundamento da dignidade que qualifica pessoa, mas que deve encontrar no direito critérios concretos e razoáveis (não especulativos)<sup>2</sup>, sob pena de discursos vazios e estereis<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Professor de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador científico no *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*. Promotor de Justiça em Minas Gerais.

<sup>2</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado**: Código civil y Comercial da la Nación Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016. p. 22. Explica o direito como ciência problemática:



A assunção de referido fundamento fez brotar na estrutura do Estado Constitucional republicano (CF, art. 1.º, inc. III) elemento concreto-fático humano<sup>4</sup>, além de pontos normativos meramente ideais e virtuais. Via de consequência, redefiniram-se os conteúdos dogmáticos de múltiplas disciplinas, introduz-se nova hermenêutica e dotam-se de funcionalidades diversos institutos jurídicos, entre eles a obrigação e suas principais fontes: contrato<sup>5</sup> e responsabilidade civil<sup>6</sup>. Nesta condição, a dignidade pode ser compreendida dicotomicamente, enquanto valor e norma.

No plano do valor (base filosófica), muito embora ainda se aproxime mais de criticável vertente antropológica<sup>7</sup>, a dignidade ganhou ambiente global e coletivo, permitindo, de um lado, ampla clivagem entre os conceitos de ‘sujeito de direito’ e ‘objeto do direito’<sup>8</sup>, e de outro, a ultrapassagem da *summa divisio* entre direito público e direito privado rumo à unidade sistêmica<sup>9</sup>.

Ainda nesta seara, a dignidade expressa concretude não apenas como fonte de direitos e deveres (onde nascem, onde provêm), senão fim (objetivo) a ser alcançado, até porque o êxito ao projeto de vida das pessoas é tarefa a ser proporcionada (ou não impedida) pelo sistema jurídico. Daí verificar com tranquilidade as segundas diferenciações entre indivíduo (atomização liberalista)<sup>10</sup>, ser humano (categorização biológica, *homo sapiens*)<sup>11</sup> e pessoa (centro de imputação jurídica promocional)<sup>12</sup>.

---

*“El caso es contemplado como un supuesto de hecho de la norma, es decir, que todo el sistema de Derecho Privado regula casos, controversias y no meras declaraciones abstractas”.*

<sup>3</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Parte geral. Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004. t. III, p. 27. Esclarece: “O estudo das pessoas presta-se a desenvolvimentos linguísticos. Enfatizar o seu papel não pode desembocar num discurso dogmaticamente estéril, incapaz de solucionar com consciência os problemas que se lhe deparam. A defesa dos direitos das pessoas não pode operar contra interesses legítimos de outras pessoas. O necessário equilíbrio deve ser seguro, previsível e controlável: de outro modo não haverá Direito e todos ficarão a perder. Em Direito, a verdadeira defesa das pessoas tem de conseguir-se através de uma análise cuidada dos problemas e de uma dogmática aperfeiçoada”.

<sup>4</sup> VIGO, Rodolfo L.; HERRERA, Daniel A. El concepto de persona humana y su dignidad. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe: Rubinzal, 2015.

<sup>5</sup> Ver WEINGARTEN, Celia. La confianza como elemento superador de la asimetría para consumidores y usuarios. In: GHERSI, Carlos; WEINGARTEN, Celia (Orgs.). **Manual de los derechos de usuarios y consumidores**. Buenos Aires: La Ley, 2015. Também: PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. 2. ed. Napoli: Scientifiched italiane, 2004. p. 72. De perceber: “La persona è inseparabile dalla solidarietà: la cura dell’altro fa parte del concetto di persona”.

<sup>6</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. In: **Doutrinas essenciais de dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1, p. 1.037-1.053.

<sup>7</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-14. Com destaque: “Por fim os direitos humanos concebidos sob a ideia iluminista das declarações de direito do séc. XVIII e com base no ‘personalismo ético’ de fonte kantiana, a nosso ver, ficaram incompletos, a partir da já referida descoberta da evolução por Darwin [...] A descoberta da evolução não só pôs por terra de que a natureza é imutável – há mutações das espécies – como nos obriga a acordar para o valor da vida”.

<sup>8</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 101.

<sup>9</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Doutrinas essenciais de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 1.151-1.167.

<sup>10</sup> ORGAZ, Alfredo. **Las personas humanas: esencia y existencia**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 37.

<sup>11</sup> RAWLS, John. **Justicia como equidad: una reformulación**. Barcelona: Paidós, 2002. p. 44. Explica: “No ha de confundirse esta concepción de persona con la concepción de ser humano (un miembro de

Em aspecto último quanto ao valor, a dignidade também na contemporaneidade ultrapassa a noção de criação meramente transcendental ‘deferida’ à pessoa, postando-se como espaço imanente de atitude (tomada de posição ou decisão) e aptidão (capacidade de fazer algo) conquistada em processos culturais<sup>13</sup>.

Mais do que compreender a dignidade pelos anteriores e clássicos desdobramentos (*preis/würden*<sup>14</sup>; substância e subsistência<sup>15</sup>; marco da convivência humana, justa e pacífica<sup>16</sup>; e, base de sustentação dos direitos<sup>17</sup>) pode-se dizê-la espalhada *verticalmente* (nas vinculações entre pessoa e Estado), *horizontalmente* (nas relações entre as pessoas) e *originalmente* (deveres consigo próprio)<sup>18</sup>.

Noutro vértice é de perceber que a dignidade da pessoa humana também está provida de normatividade, o que equivale dizer que abre passagem da dimensão axiológica para a deontológica, expressando força normativa (*devido*)<sup>19</sup>. Nesta ambiência, a dignidade adentra ao campo jurídico de modo positivado, agora não mais estando servil à racionalidade fraca própria do naturalismo, senão fixando-se na cúspide do sistema, juntamente com outras disposições, como ferramenta de controle de validade e efetividade<sup>20</sup>.

Não há dúvidas de que a dignidade na forma como está positivada nos mais diversos ordenamentos jurídicos mantém-se em extremada vagueza semântica. Entretanto, encontra tanto na órbita internacional (direitos humanos)<sup>21</sup>, como constitu-

---

*la especie homo sapiens) que pudera establecer la biología o la psicología sin hacer uso de conceptos normativos de diversa índole”.*

- <sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção ao meio ambiente. In: **Doutrinas essenciais de direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 281-288. Explica: “A pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento”.
- <sup>13</sup> FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 8.
- <sup>14</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1975. p. 53.
- <sup>15</sup> MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 192.
- <sup>16</sup> RODRÍGUEZ, Manuel Atienza. **Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución**. Madrid: Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, 1979. v. 2, p. 123.
- <sup>17</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 331. Indica: “O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é o que o expulsa da humanidade”.
- <sup>18</sup> OTERO, Paulo. **Direito da vida**: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino. Coimbra: Almedina, 2004. p. 21.
- <sup>19</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 208.
- <sup>20</sup> NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 155. Importante nas lições do mestre lusitano a adoção da corrente filosófica do jurisprudencialismo que parte da relação crítico reflexiva entre o racionalismo moderno e o pragmatismo, estabelecendo critérios para a atuação do juiz frente ao caso: *juízo* (julgamento como prática argumentativa), *decisão* (escolha das alternativas possíveis) e *concretude* (resolução da controvérsia prática).
- <sup>21</sup> LUNO, Antonio Pérez. **Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución**. Madrid: Technos, 1984. p. 48.

cional (direitos fundamentais)<sup>22</sup> e infraconstitucional (direitos da personalidade)<sup>23</sup> modos mais concretos de aplicação, mesmo porque as três esferas de direitos relacionam-se justamente com essa vertente global humanitária, contudo cada qual em campo de atuação próprio.

Talvez a forma de operar diretamente a dignidade da pessoa humana, sem associá-la à base trípole acima citada, seja atrelá-la no caso concreto às situações de ampla gravidade e aviltamento da pessoa em que a qualidade de vida restará em baixa qualidade de sobrevivência<sup>24</sup>.

Aos contratos privados de prestação de serviços médicos, com operadoras de saúde ou não, as reflexões a seguir direcionam com maior profundidade os fundamentos jurídicos que irritam e proporcionam interpretação e aplicação do direito de forma mais favorável ao vulnerável.

## 2 VIDA, SAÚDE E MORTE DIGNA: PROCEDIMENTO OBRIGACIONAL E PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL

Vida, saúde e morte digna são direitos que detêm pertinência e liame jurídico com o tema *contratos existenciais de saúde*<sup>25</sup> especialmente no que respeita a ‘obrigação fundamental’<sup>26</sup> negociada. Refletem a noção de direitos humanos, direitos da personalidade e direitos fundamentais e, via de consequência, estão a exigir posturas relativas à liberdade negativa, liberdade positiva e deveres de proteção.

Observe que o contrato de prestação de serviços, com objetos (digam-se direitos) assim definidos, exige abordagem coerente e unitária, conforme atua o sistema jurídico. Impossível manifestar que exista potências diferentes entre referidos direitos na seara pública e na seara privada (como se vida, saúde e morte digna recebessem conceituações díspares). A perspectiva conceitual é única, assim como em diversas situações a operacionalização de referidos direitos será também semelhante, como no exemplo da obrigação de fazer que, propriamente de base privada, é utilizável como fundamento para buscar do provedor (SUS ou ente privado) a necessária intervenção.

É conveniente compreender que a teoria contratual desdobra do ponto de vista hermenêutico adotando novos conteúdos, especialmente de caráter ético que ultrapassam a contingência patrimonial e dão conta da emergência substantiva e es-

---

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

<sup>23</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 23.

<sup>24</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O direito das obrigações na contemporaneidade. **RDC**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, p. 13-20, 2014. Exemplifica com o caso da validade de fiança que implicava excessiva onerosidade à família decido pelo Tribunal Alemão.

<sup>25</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 356.

<sup>26</sup> DELEBECQUE, Phillipe; PANSIER, Frédéric-Jérôme. **Droit des obligations: contrat et quase contrat**. Paris: Litec, 2001. p. 180. Com base no *raciocínio concreto* sobre cada caso identifica-se o conteúdo do contrato precavendo-se contra o inadimplemento, intensificando-se o agravamento quanto à inexecução e evitando-se as cláusulas de não indenizar e cláusulas de não obrigar.

sencial. Justamente nos contratos de consumo, principalmente aqueles cujo escopo seja a promoção da vida, da saúde, da expectativa de sobrevivência e até (se caso for) da morte digna, essa tendência é dominante.

Cabe advertir que o procedimento obrigacional<sup>27</sup>, galvanizando os desdobramentos da boa-fé, é composto não apenas pelas delimitações positivas (dever de prestação primário e secundário), senão as negativas que exigem, sobretudo, o estabelecimento de prestações conforme a lei e ordem pública<sup>28</sup>. A licitude prepondera sujeitando a prestação obrigacional não romper com a pertencibilidade normativa. Já a ordem pública é satisfeita pela prestação que não claudique com os princípios injuntivos, os quais, geralmente, refogem à ideia da patrimonialidade, base estruturante das obrigações<sup>29</sup>.

E não fosse isso, o cumprimento das obrigações pactuadas estão longe de prumarem na correção levando em consideração apenas os deveres primários e secundários da prestação (dever de prestar). A questão, neste ponto, não se adstringe, vai além. É que enquanto o dever de prestação relaciona-se com a interpretação contratual (mais propriamente com o plano da autonomia privada e interesse de equivalência do credor), os deveres acessórios se atêm com a interpretação legal (com destaque à boa-fé, à confiança e ao interesse de integralidade, a que se soma as esferas física e moral). Na legislação alemã (BGB) esses deveres acessórios são nominalmente designados como ‘deveres de consideração’<sup>30</sup>.

Destarte, a concretização dos ‘deveres de consideração’ se dá em círculos interno e externo, legitimando o tráfego. No primeiro, se encontram deveres destinados a acautelar e substancializar a prestação (deveres de informação e lealdade com o escopo de que a vontade se forme de acordo com a realidade existente; a obrigação se mantenha saudável em todas as vicissitudes e a colaboração esteja presente entre as partes). No segundo círculo, de índole externa, verifica-se a vulnerabilidade com que a obrigação coloca as partes, com efeitos no plexo jurídico-social do credor e devedor, exurgindo a tutela da confiança e boa-fé para promoção também das partes e terceiros (deveres de segurança e lealdade geral, prevenindo danos pessoais ou patrimoniais ou atingimento de valores circundantes)<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **Obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

<sup>28</sup> CDC, art. 51, incs. I e IV. CCB, art. 166, incs. II e VI.

<sup>29</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 118.

<sup>30</sup> BGB § 241, n. 2°. A relação obrigacional pode obrigar, de acordo com seu conteúdo, cada parte à consideração pelos direitos, pelos bens jurídicos e pelos interesses de outra pessoa.

<sup>31</sup> CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil. Direito das obrigações**: Introdução, sistemas e direito europeu. Dogmática geral. Coimbra: Almedina, v. 6, p. 513. Oportunidade em que estabelece as diferenças entre o dever de prestação e dever acessório (de consideração): i) os deveres de prestar fundam-se na autonomia privada; os acessórios na boa-fé; ii) os deveres de prestar vinculam o devedor; os deveres acessórios adstringem ambas as partes; iii) os deveres de prestar visam o efeito da prestação (ou atuação); os acessórios dirigem-se para os efeitos substancialização e integralidade; iv) deveres de prestar são altamente disponíveis; os acessórios, enquanto *ex lege*, operam sempre que estiverem reunidas as condições constitutivas; v) os deveres de prestar surgem com o cumprimento; os deveres acessórios podem ser pré ou pós-eficazes; vi) os deveres de prestar cessam quando a referida fonte seja declarada nula ou anulada; os acessórios mantêm-se, prosseguindo os seus fins de tutela; vii)

Muito embora no Brasil a ‘obrigação sem o dever de prestar’ não seja ainda bem aprofundada, as pesquisas científicas sobre a boa-fé e confiança como processo de legitimação tornaram-se abundantes, especialmente no viés transversal já que há ampla utilização destas duas figuras no âmbito privado e público<sup>32</sup>.

Corroborando a assertiva acima a tendência doutrinária de assunção de Estado Constitucional Cooperativo que, também valendo de caráter processual, busca legitimar a atuação estatal não apenas no espaço público, senão nas relações entre particulares com arrimo em diversos matizes, dentre eles os direitos fundamentais<sup>33</sup>. Eis aqui a indeclinável função estatal quanto aos deveres de proteção dos direitos fundamentais<sup>34</sup>.

Os direitos fundamentais adestram o Estado (como destinatário) no processo evolutivo de criação de estruturas jurídicas em nichos de proteção através de amparo, legislação e preservação do indivíduo frente ao intenso recrudescimento das atividades particulares, cada vez mais preponderantes àquelas próprias do setor público. Procedimentalização essa caracterizada ainda pela distribuição de funções a diversas instituições públicas vinculadas aos deveres de proteção.

Portanto, a procedimentalização dos direitos fundamentais no viés constitucional estabelecendo deveres de proteção ao Estado (leia-se cooperativo) assim como a procedimentalização da obrigação fixando deveres de fidúcia entre as partes demonstram ampla sintonia e coordenação na efetividade destes três direitos inderrogáveis que se comunicam a todo tempo: vida, a saúde e morte digna.

### 3 O DIREITO DE DEFESA DA VIDA

A vida posicionada como valor ético pela teoria tomista é também valor fundamental ao Direito<sup>35</sup>. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 além de afirmar no art. III que “*todos têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*”, ainda refere-se no item primeiro do art. XXV a ‘padrão de vida de bem-estar e saúde’, qualificando a existência. Ao seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, de 1969) proclama em seu art. 4º que “*toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido*

---

os deveres de prestação adstringem as partes; os acessórios podem tutelar terceiros; viii) os deveres acessórios no círculo externo podem subsistir sem que exista um dever de prestar.

<sup>32</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 102.

<sup>33</sup> HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 265. Apresenta seis características do Estado Constitucional Cooperativo: abertura mundial através da solidariedade; formas específicas de cooperação conforme Constituições; adoção de declarações universais de direitos humanos; concretude aos direitos fundamentais; a aplicação do direito internacional; defesa ao desenvolvimento e meio ambiente, sem prejuízo da luta antiterror e paz mundial.

<sup>34</sup> SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres de proteção de direitos fundamentais**: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. Lisboa: Universidade Católica, 2015. p. 213.

<sup>35</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **El valor de la vida humana**. 4. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002. p. 17.

*pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*<sup>36</sup>.

Nessas circunstâncias pode ser compreendido que o direito à vida: garante ao indivíduo não ser morto pelo Estado; o Estado deve abster-se de atentar contra a vida do indivíduo; o indivíduo tem o direito à vida preservado diante de outros particulares, os quais devem também se abster de práticas atentatórias contra a vida dos demais indivíduos<sup>37</sup>.

Entre nós, a Constituição Federal no art. 5º, *caput* acompanhando a dicção global de direitos humanos firmou o direito de defesa da vida<sup>38</sup> como direito fundamental<sup>39</sup>. Basicamente a nível internacional e nacional, o direito de defesa da vida permite as seguintes conclusões: *i*) dá concretude ao direito de existir (direito à existência) e ao direito de seguir vivendo; *ii*) possibilita a aplicação plena do princípio da dignidade da pessoa humana (ver item supra); *iii*) não constitui valor econômico, no entanto a extinção da vida pode trazer consequências patrimoniais (ex.: abertura de sucessão, danos morais, danos materiais, implemento de seguro de vida); *iv*) exige a aplicação de recursos públicos e privados necessários a cobertura de custos considerando a plêiade de riscos espargidos na sociedade<sup>40</sup>; *v*) estabelece integralidade biopsíquica como parâmetro da pessoa; *vi*) impõe exigência mínima para sobrevivência a partir de direitos fundamentais de ordem social<sup>41</sup>.

Obviamente que sendo da essência (*essentialia negotii*)<sup>42</sup> dos contratos de prestação de serviço de saúde – aliás, de todo o sistema de saúde privado – meios para manutenção das condições salutaras do consumidor através de medidas de

<sup>36</sup> É importante perceber aqui que o Pacto de São José da Costa e a legislação brasileira reconheceram como origem da vida a concepção, ou seja, a singamia e partir daí o genoma, vedando situações de interrupção de gestação e colocando em xeque as formas abortivas ainda toleradas pela legislação infraconstitucional (aborto de feto concebido de estupro e aborto para salvar a genitora). Esse direito sequer será suspenso em casos de guerra, estado de emergência ou perigo (art. 27, item 2).

<sup>37</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 533.

<sup>38</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. In: **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23. Manifesta ser mais adequada utilizar a expressão ‘direito de defesa à vida’, porquanto expressa valor anterior ao direito, do que ‘direito à vida’ que iguala a vida a demais direitos subjetivos, relativizando a forma de acesso.

<sup>39</sup> Todavia é importante verificar que o mesmo cânone Constitucional cuidou de forma mais acendrada da igualdade, porquanto a ela faz menção três vezes. As duas primeiras como princípio de hermenêutica e a última como direito fundamental. Confirmam-se os grifos: “**Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes**”.

<sup>40</sup> Esta assertiva encontra restrições na hermenêutica conhecida como *análise econômica do direito*. Cf. POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 156: “*todos tomam precauções contra os acidentes; o interessante é a extensão dessas precauções*”. Ver ainda, CALABRESI, Guido. **El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil**. Barcelona: Ariel, 1984; COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, 1960.

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 32.

<sup>42</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 35.

purga de patologias, o direito de defesa da vida sempre postará como finalidade mediata do conteúdo negocial.

Em dois momentos díspares da realidade humana o direito de defesa da vida, no entanto, atribui efeitos diretos e imediatos nos contratos (e sistema) de saúde. Pode-se resumi-los: *i*) nas situações jurídicas de urgência e emergência para evitar a extinção da existência humana; *ii*) nas situações jurídicas de direito de nascer para implementar a existência humana.

Quanto à primeira situação de aplicação direta do direito de defesa da vida remarque-se que efetivamente quem se presta aos serviços privados de saúde deve ponderar que o exercício contratual é, sobretudo, um juízo de previsão, estando dentro da órbita das normalidades humanas a extinção da vida (morte) por diversos fatores de risco<sup>43</sup>. Em tais hipóteses, a ponderação racional possível a ser engendrada é aquela de que em casos de urgência e emergência com claro risco de óbito ao consumidor frente às limitações usuais em cláusulas contratuais predispostas milita a favor do primeiro não apenas a interpretação mais favorável do conteúdo negocial (exercício hermenêutico pela boa-fé), senão o sopesamento (balanceamento axiológico) do direito fundamental de defesa da vida frente à liberdade contratual.

Em outras palavras: deve ser construída argumentação racional pela qual a possibilidade fática do caso concreto seja compatível com a possibilidade jurídica de satisfação de um dos princípios em conflito, através de um juízo de adequação (legitimidade dos fins) e outro de necessidade (exigibilidade da medida), valendo aqui aquela designação conhecida de Alexy sobre a qual “*quanto é maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância do outro*”<sup>44</sup>.

Por isso mesmo, é de gravidade tamanha disposições secundárias e setoriais, a exemplo da Resolução CONSU-ANS 13, que limita cobertura pelo irrazoável prazo de doze horas em casos de urgência ou emergência de pacientes ainda em carência, confrontando com o disposto no art. 35-C da Lei Federal 9.656/1998<sup>45</sup>, como que o paciente fosse senhor do próprio tempo de cura.

É correto gizar, portanto, que o direito fundamental de defesa da vida reflexivamente (e pelos modais deonticos) *obriga* as prestadoras de saúde agir no sentido de evitar o óbito dos consumidores (função preventiva da responsabilidade civil)<sup>46</sup>;

---

<sup>43</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. Redes contractuales: conceptualización jurídica relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceiros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 28, p. 40, 1994. Quanto aos cálculos dos riscos pelas operadoras de saúde informa o autor: “*O risco da empresa reside em fazer bem ou mal esse cálculo, em administrar melhor ou pior, no modo de seleção de sua carteira, na diversificação dos riscos*”.

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 101.

<sup>45</sup> “**Art. 2º.** O plano ambulatorial deverá garantir cobertura de urgência e emergência, limitada até as primeiras 12 (doze) horas do atendimento”.

<sup>46</sup> NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **RT**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 761, p. 31, 1999. Adverte o autor: “*A função preventiva da responsabilidade civil também é similar a igual função da pena criminal. A responsabilidade civil também visa a dissuadir outras pessoas e ainda o próprio lesante da prática de atos prejudiciais a outrem*”.

bem como as *proíbem* da prática de conduta bizarras que possam levar à morte e, via de consequência, à responsabilidade civil contratual.

A segunda situação jurídica que exprime a aplicação direta do direito de defesa da vida relaciona-se ao direito de nascer ou o direito ao nascimento. Cumpre anotar que o embrião no ventre materno, naturalmente ou ali implantado, tem o direito absoluto ao desenvolvimento para futuro nascimento, porquanto é nascituro e protegido pelo ordenamento<sup>47</sup>. Essa vertente apenas não ocorre com o embrião artificial ainda não implantado meramente de cariz científico e *in vitro*, sem viabilidade como projeto de vida humana<sup>48</sup>, conforme outrora assentado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.

É comum entre as operadoras a negativa de cobertura em hipóteses periclitantes nas quais nascituros com sérios flagelos de saúde e desprovidos de desenvolvimento fetal deixam de nascer com vida ante a ausência do dever de cuidado e cooperação (expoentes máximos da boa-fé objetiva). Para tanto, se valem de cláusulas contratuais exigentes inclusive de carência insuportável para a sobrevida do recém-nascido.

Calha justamente nesse iter explicitar que nos partos problemáticos, extremes de perigos tanto à parturiente, mas essencialmente ao nascituro, bem como naquelas situações em que a criança já nascida apresenta riscos desproporcionais com vistas ao óbito<sup>49</sup>, o sistema jurídico deve tender à preservação da vida e nessas hipóteses os contratos de prestação de serviço de saúde, como existências, têm o papel fundamental de possibilitar o desenvolvimento da pessoa humana.

Insista-se que as carências contratuais para cobertura – tendo por causa a captação de recursos ao longo do tempo para melhor fortalecimento financeiro e atuarial dos grupos contratuais de usuários ligados à determinada operadora ou seguradora de saúde, sem que os serviços sejam prestados na integralidade – constituem condições preordenadas para adimplemento de procedimentos programados ao longo da execução contratual. Entretanto, essas condições não devem prevalecer em casos de riscos evidentes ao paciente infante, porque referido *consumidor agravado* tem absoluta proteção pela Constituição<sup>50</sup>, sendo, ao lado disso, reconhecido pela dogmática jurídica o princípio da proteção integral da criança e do adolescente<sup>51</sup> como critério de hermenêutica prevalente<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> “**CCB, art. 2º.** A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

<sup>48</sup> STF – ADIn 3510/DF – Rel. Min. Ayres Britto.

<sup>49</sup> TJSP – Apelação Cível APL 2726660620098260000/SP 0272666-06.2009.8.26.0000 – Rel. Des. José Joaquim dos Santos – j. em 28.06.2011.

<sup>50</sup> CF, art. 227.

<sup>51</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O direito à profissionalização: corolário da proteção integral das crianças e dos adolescentes. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, p. 15, 1996.

<sup>52</sup> ALVES, José Carlos Moreira. O direito do nascituro à vida. In: **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 119.



## 4 SAÚDE: DIREITO PLURIDIMENSIONAL

A saúde é reconhecida majoritariamente como direito social<sup>53</sup> de caráter vinculante e universal. Anexo à educação, previdência social, moradia, segurança, lazer, proteção à maternidade, infância e assistência aos desamparados, o direito à saúde é dependente e sujeito a comportamentos comissivos (a atuação pronta do Estado) ou comportamentos omissivos (a inatividade do Estado na saúde de determinado utente frente à opção pessoal)<sup>54</sup>.

No entanto, como direito social parte do reconhecimento do desigual acesso entre os destinatários e, nesse caso, a universalidade dá-se como objetivo a ser alcançado através de conteúdo mínimo. Portanto, um direito escasso, carente de procedimentos constantes de intensificação pelo legislador<sup>55</sup>.

O direito à saúde é pluridimensional, porque tem assento não apenas em legislação infraconstitucional, senão goza de reconhecimento na estrutura fundamental do Estado, bem como é móvel constante da proteção internacional dos direitos humanos. A partir dessa vertente seria tacanho situá-lo apenas na esfera da Lei Federal 9.656/1998, pelo que se opta, metodologicamente, pela noção dilatada da saúde conforme o universo incidível<sup>56</sup> da pessoa humana.

### 4.1 A Proteção Internacional ao Direito de Saúde

No âmbito da proteção internacional dos direitos humanos<sup>57</sup> e *a latere* da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXV) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 4º), ambas já abordadas, a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946 tem acendrada importância, porquanto no respectivo preâmbulo estão elencados os princípios e diretrizes que imputam multifacetadas obrigações aos Estados signatários na proteção da saúde dos povos.

Integram como princípios basilares as cláusulas gerais de conceituação e contextualização do direito à saúde, assim assentadas: i) “*a saúde é um estado de bem-*

<sup>53</sup> LEARLY, Virginia. The right to health in international human rights law. In: **Health and Human Rights**. Boston, 1994. p. 24-56. Focaliza a saúde não como direito social, mas como direito de característica própria e, nesse sentido, sujeito à proteção jurídica particular.

<sup>54</sup> Entre nós, citem-se os casos do direito à saúde do paciente em colisão com a respectiva opção religiosa ou liberdade em não se submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica com risco de vida (CCB, art. 15).

<sup>55</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **La empresa médica**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1998. p. 15.

<sup>56</sup> SICHERS, Luis Recasens. **Vida humana, sociedad y derecho**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1939. p. 26. Adverte sobre a universalidade da pessoa humana: “*viver é encontrarmos em um mundo de coisas, que nos servem e que nos opõe, que nos atraem ou que repelimos, que amamos ou odiamos; é nos encontrar em um mundo de coisas ocupando-nos delas. Assim, pois, a vida consiste na presença, na coexistência do eu com o mundo, de um mundo comigo, como elementos inseparáveis, correlativos*”.

<sup>57</sup> É possível identificar na proteção internacional dos direitos humanos o diálogo hermenêutico, axiológico e concretizador entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional Humanitário. Apesar de no primeiro residir declarações de direitos sociais, a aplicação conjunta entre as três vertentes internacionalista converge no sentido de proteção, prevenção e solução de violações em face da existência da pessoa humana ou de sua qualidade de vida.

*estar físico mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade*”; e ii) “*gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social*”<sup>58</sup>.

Calha frente a isso averbar que o mencionado Tratado e os demais atos e pactos que envolvem a Organização Mundial de Saúde têm destaque hermenêutico inderrogável para a interpretação dos contratos de saúde. É que a Lei Federal 9.656/1998 no art. 10 traz expressa menção à OMS e à inerente Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID – 10), o que permite construir pontes de transição na busca de intercâmbio e aprendizado mútuo<sup>59</sup> entre o *consenso humanitário internacional* e o *acervo normativo interno*, já que o tratado empresta a racionalidade transversal de compreensão das múltiplas dimensões do direito de saúde diretamente à legislação infraconstitucional brasileira.

Em outras palavras: a Lei Federal 9.656/1998 é carente do conceito de direito de saúde, sendo necessária a experiência internacional dos direitos humanos para subministrar as corretas plataformas desse essencial modelo, com destaque: à ‘qualidade de vida’ e à ‘melhor condição de saúde’. Portanto, mencionado tratado tem incidência suprallegal na legislação brasileira<sup>60</sup>.

Do mesmo modo, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com vigência a partir de janeiro de 1966 trouxe diretrizes essenciais à proteção da saúde no âmbito internacional<sup>61</sup>. Dentre elas, o art. 12 positiva “*o direito de toda pessoa a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental*”, mediante as seguintes regulações: *i) diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil; ii) desenvolvimento das crianças; iii) melhoria da higiene do trabalho; iv)*

<sup>58</sup> Afora os dois mencionados princípios acima, ainda têm destaque: “*iii) a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados; iv) os resultados conseguidos por cada Estado na promoção e proteção da saúde são de valor para todos; v) o desigual desenvolvimento em diferentes países no que respeita à promoção de saúde e combate às doenças, especialmente contagiosas, constitui um perigo comum; vi) o desenvolvimento saudável da criança é de importância basilar; a aptidão para viver harmoniosamente num meio variável é essencial a tal desenvolvimento; vii) a extensão a todos os povos dos benefícios dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir o mais elevado grau de saúde; viii) uma opinião pública esclarecida e uma cooperação ativa da parte do público são de uma importância capital para o melhoramento da saúde dos povos; ix) os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas*”.

<sup>59</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 62. Explicando os diálogos e *pontes de transição* entre ordens locais, estatais, supranacionais, internacionais e globais proclama a necessidade da releitura das *normas estatais de direitos fundamentais e normas internacionais de direitos humanos*. E conclui com Radbruch: “*um Estado não é sujeito do direito internacional porque ele é soberano, mas sim é soberano porque é sujeito do direito internacional público*”. Em outra linha, também merecedora de ampla aplicação: Cláudia Lima Marques. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro e coexistência entre o Código de Defesa do consumidor e o Código civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 51, p. 54, 2004

<sup>60</sup> Basta a tanto verificar o julgamento do RE 466.343/SP.

<sup>61</sup> O art. 11 estabelece: “*Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como melhoria contínua de suas condições de vida*”.

melhoria do meio ambiente; v) prevenção e tratamento de doenças endêmicas, epidêmicas, profissionais e outras; vi) luta contra as doenças; vii) criação de condições para assegurar assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Mas não só, outros tratados internacionais de proteção aos direitos humanos avançam na tutela ao direito de saúde. Tem-se no respeitante à órbita de intangibilidade dos pacientes, o Código de Nuremberg passou a ter como essencial o consentimento voluntário<sup>62</sup>, evitando-se a ‘experimentação humana’. Posteriormente, revitalizado em substância pela Declaração de Helsinki de 1974, de extrema importância sobre a tecnologia a favor da saúde humana<sup>63</sup>.

Pode-se dizer, inclusive, da Declaração de Doha promulgada na esfera de competência da Organização Mundial do Comércio (OMC) que, versando sobre patentes farmacêuticas, facilita o acesso de Estados-Partes sem tecnologia à produção de medicamentos essenciais (licença compulsória) sobrelevando a preservação da saúde em ponderação à propriedade industrial<sup>64</sup>. Valendo ainda menção à Resolução WHA 58.3 da 58ª Assembleia Mundial de Saúde que atualizou o Regulamento Sanitário Internacional, melhorando a exigência criteriosa no campo da vigilância sanitária global. O relevante é que o conceito de saúde tem base universal, revelando caráter supra científico, jusfilosófico e jungido a demais direitos humanos<sup>65</sup>.

#### 4.2 A Fundamentabilidade do Direito à Saúde

Topograficamente o constituinte originário situou o direito à saúde entre os direitos sociais (CF, art. 6º). Esses direitos classificados como sociais estão compreendidos no título dos ‘direitos e garantias fundamentais’ e reproduzem na dogmática três resultados hermenêuticos de destaque: i) é escorreito interpretá-los como *direitos fundamentais sociais*, porquanto radicados na estratégia das liberdades positivas essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana tendo como pressuposto o

<sup>62</sup> MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3, p. 393.

<sup>63</sup> A Declaração de Helsinki V, obrigatória aos médicos, trouxe importante ponderação no que respeita o avanço científico e a defesa da saúde do paciente, conforme se vê na parte II do texto e que serve de referência para aplicabilidade da Lei federal 9.656/1998: “O médico deve ser livre para usar novo método de diagnóstico ou terapia no tratamento de pessoas doentes se, de acordo com o seu julgamento, este novo método trazer a esperança de salvar a vida, restabelecer a saúde ou aliviar o sofrimento”.

<sup>64</sup> Parte da Declaração é significativa para demonstrar a ponderação favorável ao direito à saúde frente ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS): “Reconhecemos que os membros da OMC com pouca ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico possam enfrentar dificuldades para a efetiva utilização do licenciamento compulsório previsto no Acordo TRIPS (...)”.

<sup>65</sup> CUREA-LUGO, Victor de. **La salud como derecho humano**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005. p. 21. Explica: “O posto da saúde no direito internacional dos direitos humanos é indiscutível. Aparece como parte de outros direitos como o trabalho e a seguridade social; está incluído de maneira explícita em normas internacionais contra a discriminação racial e da mulher; aparece como limite ao exercício de outros direitos; é o resultado não somente da ação do Estado senão de sua abstenção (por exemplo, no caso de tortura e no relacionado com a integridade física das pessoas) e finalmente, também aparece como direito em si”.

mínimo existencial<sup>66</sup>; *ii*) são de aplicação direta e imediata, conforme disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal<sup>67</sup>; e *iii*) compõem-se pela lógica deontica de categorias reflexivas e complementares: de um lado, integrando as parcelas de *obrigações* públicas e, de outro, postos como *permissão* de exigibilidade mínima de qualquer pessoa<sup>68</sup>.

A ausência expressa do direito à saúde, entretanto, no rol do art. 5º da Constituição Federal não lhe retira a possibilidade de ser igualmente verificado como integrante deste essencial dispositivo, para além do próprio art. 6º da CF. É que no art. 5º, § 2º reside a cláusula geral extensiva de direitos fundamentais que engloba nesta categoria de direitos aqueles decorrentes de tratados internacionais de que a República brasileira seja parte ou consentâneos a princípios adotados na própria esfera constitucional, o que compõe a realidade do sistema jurídico pátrio. Afora a hipótese do § 3º do art. 5º que trata de direito fundamental de natureza formal por força de tratado ou convenção aprovada com força de emenda constitucional, como no caso da Convenção da Pessoa com Deficiência, repleto de considerações quanto à saúde.

Em suma, o direito à saúde mesmo pertencendo ao gênero de direito social pode ser interpretado e concretizado entre os direitos fundamentais dispostos no art. 5º da Constituição Federal, especialmente considerando a esfera de proteção internacional aos direitos humanos, conforme manifestado.

Ademais, o direito à saúde na legalidade constitucional foi regulado no Título VIII, destinado à ordem social, respectivamente do art. 196 ao art. 200. Essa reiteração normatizada quanto ao direito de saúde o sublima como direito humano para além mesmo da simples ideia de direito subjetivo mediante as seguintes preponderâncias: universalidade, moralidade, prioridade, fundamentalidade e abstração<sup>69</sup>.

É dizer que em capítulo destinado exclusivamente ao tema, a Constituição Federal acabou por estabelecer que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado*”<sup>70</sup>. Nesse passo, a função estatal destinada à saúde parece dúplice, porquanto além do dever de *prover* a saúde como reflexo indissociável à intangibilidade humana, ainda concorre à obrigação de regulamentação, controle e fiscalização.

Destarte, ao tema contratos de saúde os arts. 197 e 199 da Constituição Federal têm proeminência. Enquanto o primeiro dispositivo destaca a relevância pública dos serviços e ações de saúde, o segundo possibilita a iniciativa privada atuar na

<sup>66</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución. In: **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 76.

<sup>67</sup> Novamente com SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **RDC**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, p 99, 2007.

<sup>68</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 315. Declara: “*O essencial é que os homens tenham direitos: tenham direitos de praticar certos atos e tenham o direito de exigir que seus direitos sejam respeitados*”.

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 45-48.

<sup>70</sup> É importante expressar que dedutivamente a Constituição Federal aponta como princípios do direito à saúde, a partir do art. 196: *i*) universalidade e igualdade; *ii*) fundamentalidade; *iii*) obrigação estatal; *iv*) integralidade da obrigação estatal; *v*) gratuidade; *vi*) descentralização; e *vii*) participação comunitária.

prestação de serviços desse direito fundamental. Ademais, tanto o § 1º do art. 199 da Constituição Federal quanto o § 2º do art. 4º da Lei 8.080/1990 estabelecem que essa atuação se dá de forma complementar, ao passo que a Lei federal 9.961/2000 ao criar a respectiva agência reguladora alcunhou-a de Agência Nacional de Saúde ‘Suplementar’.

As duas expressões (suplementar e complementar) têm sido utilizadas na contrafação hermenêutica de limitar os deveres das operadoras de saúde, especialmente ao argumento de que as obrigações pactuais seriam de natureza supletiva (residual) ao serviço único de saúde e, por conseguinte, as respectivas responsabilidades decorreriam simplesmente do rol constante no respectivo contrato de adesão, onde unicamente vontade do predisponente atua. Em outras palavras, a restrição na interpretação da locução constitucional impediria a escorreita integração dos contratos de saúde.

Parece evidente que as aposições na Constituição Federal das expressões ‘relevância pública’ (art. 197), ‘complementar’ (art. 199) e ‘suplementar’ (Lei Federal 9.961/2000) forcejam a remessa do intérprete a *conceitos jurídicos indeterminados de ordem valorativa* carentes de preenchimento pela ética<sup>71</sup> e que sucumbidos ao exercício exegético apontam prevalência dos interesses humanitários do consumidor expressados em contrato frente aos inerentes riscos que são próprios das operadoras de saúde. Tanto assim, que os atendimentos levados a efeito pelo SUS aos pacientes protegidos por contratos de saúde podem ser cobrados na forma disposta no art. 32 da Lei federal 9.656/1998. Por isso, a ‘relevância pública’ da saúde somente pode ser interpretada extensivamente, sob pena de minorar as potências da pessoa humana<sup>72</sup>.

Gize-se, em conclusão, que não existem para o ordenamento jurídico dois tipos de saúde: uma pública e outra privada. O conceito jurídico de saúde é unívoco. E neste caso, mesmo que possa haver divergência de efeitos da seara pública ou da atividade privada quanto à prestação de serviço de saúde, a interpretação básica a ser

<sup>71</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 239. Leia: “a função destes conceitos normativos em boa parte é justamente permanecer abertos às mudanças das valorações – a valoração que o conceito normativo aqui exige é, num caso como no outro, uma questão de conhecimento. O órgão aplicador do Direito tem de averiguar quais são as concepções éticas efetivamente vigentes”.

<sup>72</sup> FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O conceito de relevância pública na Constituição Federal. **Série Direito e Saúde**. Brasília: Organização Panamericana da Saúde, n. 1, p. 40, 1994. Segue: “Quando a Constituição Federal afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196) sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle (art. 197) e que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada (art. 199, **caput**); diversas conclusões daí podem ser tiradas: a) a saúde é direito público subjetivo exigível contra o Estado e contra todos os que, mesmo que entes privados, sob a chancela deste, a garantam; b) a saúde é sempre assegurada através da atuação de uma função pública estatal, mesmo quando prestada por particulares, sendo que apenas as suas ações e serviços não têm exercício exclusivamente do Estado; por isso mesmo, são consideradas de relevância pública; c) como função pública estatal, cabe ao Estado a direção da prestação de serviços e ações de saúde, devendo fixar as diretrizes e parâmetros para o exercício destes; com isso, pode-se dizer, que é limitada a liberdade aos prestadores privados”.

realizada deve partir da circunstância jurídica da saúde (nível de satisfação e integridade psicofísica do utente).

Por fim, em consequência ao reconhecimento do direito à saúde como ‘direito fundamental social’ também em face das operadoras de saúde podem ser pleiteadas garantias em forma de justiciabilidade<sup>73</sup> como injunções aptas a limitar a ‘ameaça horizontal’ à intangibilidade da pessoa humana, galvanizando ampla incidência desses interesses fundamentais na relação jurídica privada concretizadora do contrato de prestação de serviços de saúde<sup>74</sup>.

#### 4.3 A Saúde como Direito da Personalidade

Não fossem as vestes jurídicas de direito humano e direito fundamental, o direito à saúde também integra a órbita dos direitos da personalidade<sup>75</sup>. Além dos titulares próprios (pessoa natural, nascituro, pessoa jurídica e tutela *post mortem*), os direitos da personalidade são considerados *direitos subjetivos qualificados*<sup>76</sup>, inatos da pessoa humana, e caracterizados normativamente pelas figuras da intransmissibilidade e irrenunciabilidade, o que leva à parcial indisponibilidade<sup>77</sup>.

Ademais das duas características normativas acima mencionadas, a dogmática ainda menciona outras distinções como: *i*) extrapatrimonialidade (sem detectável valor econômico e, via de consequência, acarretando a impenhorabilidade); *ii*) imprescritibilidade (a violação a direito de personalidade não prescreve, senão apenas a iniciativa indenizatória); *iii*) vitaliciedade (acompanham a existência humana desde a concepção até os efeitos *post mortem*); e *iv*) oponibilidade *erga omnes* (são absolutos, exigindo respeito de toda coletividade).

No Código de Defesa do Consumidor os direitos da personalidade estão alocados entre os direitos básicos do consumidor<sup>78</sup>. Visível a prudente estratégia do direito privado em atuar mediante normas de ordem pública para a tutela de interesses relevantes e intangíveis. Aqui, o sincretismo entre os direitos da personalidade e os direitos básicos do consumidor advém do perfilamento comum de ambos os

<sup>73</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

<sup>74</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 52. Pontua: “*não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si*”.

<sup>75</sup> Exemplo pertinente seja a teoria das esferas de HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967. p. 61.

<sup>76</sup> SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 614. “*Temos, pois, que o direito geral de personalidade é um insofismável direito subjectivo privado face à sua integração nas precedentes noções, com critérios bem diversos. Acresce que o direito subjectivo geral de personalidade e os direitos subjectivos especiais de personalidade tem uma tutela civil mais reforçada do que a generalidade dos demais direitos subjectivos*”.

<sup>77</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 33.

<sup>78</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 124.

institutos (irrenunciabilidade, indisponibilidade, oposição *erga omnes*, vitaliciedade etc.), além do reconhecimento de idêntica base *a priori*: os direitos humanos<sup>79</sup>.

Nesta esteira basta pensar que os princípios de ordem pública passam a incorporar o direito positivo através de leis imperativas (indisponíveis) que exigem cumprimento forçado e observação linear, independentemente da vontade dos particulares ou mesmo do elemento volitivo das partes envolvidas numa determinada relação jurídica<sup>80</sup>.

Os direitos da personalidade (dentre eles, a saúde) fixam o dever jurídico de promoção e tutela (proteção e defesa) da inerente integralidade psicofísica da pessoa, prevenindo<sup>81</sup> e precavendo<sup>82</sup> a ameaça de lesão ou compensando a lesão efetiva à potência vital humana, o que abre ensejo ao reconhecimento da cláusula geral das funções da responsabilidade civil no âmbito de ditos direitos<sup>83</sup>.

Por conseguinte, o direito da personalidade respeitante à saúde também é corolário ao exercício de novas técnicas de interpretação<sup>84</sup> *enformando* os contratos de prestação de serviços de saúde e descortinando juízo de ponderação favorável à obrigatoriedade da atuação da operadora de saúde em casos de dor ou de diminuição da energia humana do paciente-consumidor frente às questões econômicas, exceto nos casos em que intervenção médica seja desnecessária, contraindicada ou estética.

Averbe-se, por isso, que a saúde como direito da personalidade tem especial obséquio no pleno desenvolvimento da pessoa<sup>85</sup>. E justamente sob essa percepção que a negativa infundada de adimplemento do contrato de prestação de serviços de saúde é causa subjacente de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais e materiais, já que o exame de ponderações leva à noção de desprezo à intangibilidade

---

<sup>79</sup> CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. Paris: Dalloz, 1980.

<sup>80</sup> PIÑÓN, Benjamín Pablo. El orden público en la Constitución, en la ley y en el Derecho. **Revista de Derecho Privado y Comunitário**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, v. 3, p. 7-17, 2008.

<sup>81</sup> GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano; Giuffrè, 1996. p. 216. Abre-se espaço para função preventiva da responsabilidade civil: “na doutrina fala-se justamente de *responsabilidade civil sem dano (...)* a prescindir da existência de um dano econômico imediatamente perceptível ou quantificável”.

<sup>82</sup> STANZIONE, Maria Gabriella. **Principio di precauzione responsabilità civile e diritto alla salute nelle esperienze francese e italiana**. Salerno: Brunolibri, 2010. p. 10. Assim expressa: “a ideia de precaução é nova ao direito: com ela geralmente se entende uma conduta direta a evitar um perigo iminente ou possível. Na etimologia mesmo o termo (do latim *precavere*, vale dizer: prestar atenção primeira) é insita à ideia de antecipação, sob o plano temporal, de uma conduta de tutela, consistente num fazer ou num não fazer antes do risco temido”.

<sup>83</sup> O art. 12 do Código Civil tem a seguinte redação: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Neste dispositivo é possível verificar algumas funções da responsabilidade civil: i) prevenção (ante a ameaça da lesão e dano iminente); ii) inibição da lesão (cessação do dano já ocorrido); iii) compensação (perdas e danos como mitigação e lenitivo ao dano sofrido); iv) abertura a demais sanções (*punitive e exemplary damages* ou imposições específicas).

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 345-379.

<sup>85</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 158.

da pessoa humana, conforme autoriza o art. 949 do Código Civil (dano à saúde ou dano biológico).

Mais profunda que essa conclusão é aquela outra já externada pela doutrina de que o incumprimento da prestação é causa de dever de indenizar por violação da obrigação geral de incolumidade (responsabilidade supranegocial)<sup>86</sup>.

Por fim, considerando a cláusula geral de tutela da pessoa humana, que ultrapassa as noções ‘pluralista’ e ‘monista’ dos direitos da personalidade (e os aproxima aos direitos humanos)<sup>87</sup>, desde já se apontam outros direitos exercitáveis, considerando a relação jurídica fundamental entre operadoras de saúde e usuários.

São direitos advindos de declarações sociais (*a priori*)<sup>88</sup> e que merecem total tutela no âmbito privado: *i*) direito à proteção à saúde; *ii*) direito à proteção profissional e ética; *iii*) direito ao trato digno e respeitoso; *iv*) direito à verdade; *v*) direito à atenção de urgência e emergência; *vi*) direito ao tratamento igualitário; *vii*) direito ao consentimento informado e esclarecido; *viii*) direito à reclamação; *ix*) direito a conhecer a rede de tratamento e ao seu médico; *x*) direito de respeito às convicções religiosas; *xi*) direito ao pagamento justo pelos serviços; *xii*) direito de morrer com dignidade; *xiii*) direito à medicina defensiva e preventiva<sup>89</sup>.

De qualquer forma, registre-se a crítica ao legislador brasileiro que deveria partir – a exemplo da vizinha Argentina com a Ley 26.529/2009<sup>90</sup> – para a positivação infraconstitucional dos direitos básicos do paciente, colocando freios na atuação dos hospitais particulares e dos profissionais médicos e exigindo demais comportamentos compatíveis com a boa-fé objetiva, já que são detentores dos enigmas contratuais e tecnológicos para atendimento aos enfermos<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Ver ainda NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 456. Diz o autor: “*Um exemplo característico de responsabilidade supranegocial é a relacionada com a obrigação geral de incolumidade, que incide sobre quem exerce atividades profissionais que têm por objeto outras pessoas, havendo de preservar a integridade psicofísica destas como é o caso da medicina e do transporte de passageiros*”.

<sup>87</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 47.

<sup>88</sup> Em 1949 a Associação Médica Mundial aprovou o Código Internacional de Ética Médica, que foi emendado em Sidney em Agosto de 1968 e em Veneza em 1983. Podemos ainda referir a Declaração de Santiago do Chile, a Declaração de Pilanesberg (África do Sul) e a Declaração de Lisboa de 1981.

<sup>89</sup> Remeto o leitor ao interessante trabalho de PEÑA, Xavier A. López de la. **Los derechos del paciente**. México: Trillas, 2000.

<sup>90</sup> Ley 26.529, de 19.11.2009. A lei portenha vem assim intitulada: **Derechos del paciente, história clínica y consentimiento informado**.

<sup>91</sup> IÑIGUEZ, Marcelo Daniel. Derecho de los pacientes. In: ALEGRIA Héctor; ITURRASPE Jorge Mosset (Coords.). **Revista de Derecho Privado y Comunitario**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, p. 57, 2010. Adverte que: “*Os direitos dos pacientes integram o direito médico e ambos estão compreendidos no direito à vida como categoria genérica de direitos fundamentais. O direito dos pacientes, por sua vez, inclui: a) direito à dignidade pessoal e biológica – é um princípio propositivo, o respeito à dignidade da pessoa humana compreende os âmbitos: a.i) corporal; a.ii) psicológico; e a.iii) constituição biológica; b) direitos de prestações de saúde adequadamente organizadas; c) direito à finalizar a vida com dignidade*”.



## 5 A FINITUDE DIGNA: BIOÉTICA E COOPERAÇÃO PARA TÉRMINO CONFORTÁVEL E PRUDENTE DA VIDA

Por último comentário, deixou-se a visualização da morte e a relação jurídica com as operadoras de saúde e médicos. Percebeu-se anteriormente com tranquilidade o direito à inviolabilidade da vida humana, verificando-o como fundamental e de ordem pública. No entanto, momentos há que a ciência biomédica é capaz de atestar serem os tratamentos terapêuticos dispostos ineficazes para o consumidor em estágio de *'paciente tendente ao falecimento'* ou em *terminalidade*.

Efetivamente, o assunto prende-se de forma mais acirrada à dogmática proposta pela bioética, ramo normativo referente aos problemas éticos que surgem no contexto da medicina e das ciências biomédicas, abrindo espaço de interesse doutrinário a questões que envolvem o aborto, a eutanásia, o transplante de órgãos, a manipulação genética, a clonagem, a relação médico-paciente, a experiência biomédica em seres humanos, os direitos dos animais, a justiça distributiva na área de saúde.

Neste caso, a relação entre bioética e direito parte em três conexões necessárias de registro: conexão prática, conexão legislativa, conexão interpretativa. A *conexão prática* indica que a bioética desenvolve função relevante na fixação de comitês e comissões capazes de assessorar médicos e investigadores nas tarefas laborais cotidianas. A *conexão legislativa* importa em identificar a bioética na experiência como modelo de razões e argumentos aptos na criação e modificação das normas médicas existentes, consoante o progresso sem freios das ciências biomédicas. A *conexão interpretativa* aponta a bioética como elemento facilitador na decidibilidade do caso concreto frente à norma jurídica, especialmente em dias atuais como na questão intrincada da utilização de medicamentos sobre os quais ainda não se tem certeza suficiente de efetividade<sup>92</sup>.

A morte excepciona a plenitude as funções vitais do indivíduo, importando em sua extinção, interpretação essa possível de ser realizada concretamente à primeira parte do art. 6º do Código Civil, para além de tipos de morte presumidas (o que diferencia *vida jurídica* de *vida biológica*)<sup>93</sup>. Ocorre que é comum a continuidade da agonia do paciente, mediante a *distanásia* (processo artificial de prolongamento da vida do consumidor), quando mesmo há certeza da inexistência de cura ao caso específico.

Daí o surgimento de figuras jurídicas no campo da bioética como *eutanásia* e *ortotanásia*. Pela primeira há na realidade uma *ação* de um agente de saúde cuja consequência é a morte do paciente, considerando sentimento de piedade e extremo valor moral. Na segunda, vê-se a *inação* do agente de saúde que deixa naturalmente o paciente chegar a óbito, sem aplicar medidas de prolongamento porque desnecessárias e cruéis<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> LÓPEZ, Eduardo Rivera. **Problemas de vida o muerte**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 40-41.

<sup>93</sup> Basta lembrar-se da morte real sem cadáver e sem declaração de ausência do art. 7º do CCB e do tempo da morte entre duas ou mais pessoas sucessíveis entre si (comoriência) conforme art. 8º do mesmo *Códex*.

<sup>94</sup> SILVA, João Ribeiro da. A morte medicalizada e o pensamento de Hipócrates. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de direito da bioética**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 382. A crítica é severa: "*Morte medicalizada não é sinónimo de assistência médica no fim da vida, no complemento clínico da doença, morte medicalizada é erro grosseiro*".

No Brasil a *eutanásia* é figura ilícita perante o Código Penal, enquanto a *ortotanásia* é aceita em regramento típico secundário expedido pelo Conselho Federal de Medicina, conforme Resolução 1.805/2006, desde que atestada a *terminalidade* do paciente.

Na última hipótese, o direito de morrer com dignidade advém da possibilidade do titular da vida, *per si ou por representante*, optar e consentir pela extinção da vida e inação do agente de saúde, mediante os seguintes requisitos: *i*) enfermidade grave e irreversível; *ii*) acesso do paciente e seus familiares a todas as informações necessárias sobre o estado de saúde, ausência de cura e sofrimento protraído no tempo; *iii*) em função da informação exaustiva, prestar o *consentimento*; *iv*) justificção de que a continuidade da vida é dano, enquanto a morte assistida não representa mal algum; *v*) confirmação do diagnóstico em segunda opinião médica.

Essa opção, não só no Brasil como em diversos países, também pode se dar através de diretivas antecipadas de vontade, que a rigor não redundam na declaração de prévia de consentimento apenas para a morte digna, senão para outras situações<sup>95</sup>. Encontrando, igualmente, base em norma secundária consoante Resolução 1.995/2012 também do Conselho Federal de Medicina.

Daí que em tempos que correm é comum a solicitação perante às operadoras de saúde de atendimentos domiciliares para a prática da ortotanásia, já que irreversível o quadro de saúde do paciente. A medida além de manter o consumidor longe de hospitais e clínicas, permite seu passagem junto aos familiares, preservando os últimos dias com lembranças, afeto e conforto. É o caso da prestação de serviço *home care* do consumidor-paciente (que a rigor também não serve apenas para a terminalidade) e que ressignificam e promovem a pessoa humana.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a dignidade da pessoa humana (oriunda de plano filosófico) alavancou novas diretrizes verticais, horizontais e transversais no sistema jurídico e na hermenêutica inerente ao Direito, cerzindo clivagem outrora tão dicotômica entre o público e o privado de forma a proporcionar interpretação transformadora nos contratos privados de prestação de serviços de saúde: objeto desta análise.

E neste ponto a pesquisa conseguiu desincumbir-se em demonstrar que a vagueza de tal fundamento é necessariamente suprida pelo arrimo normativo e argumentativo oriundo dos direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade: base trípole que proporciona incidência da racionalidade forte na condu-

<sup>95</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Diretivas antecipadas de vontade: questões jurídicas sobre seu conceito, objeto, fundamento e formalização. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Orgs.). **Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 381-392. Em alentado e profundo estudo, separando a figura das diretivas antecipadas de vontade da morte digna, enquanto exercício de autonomia privada sob o ponto de vista da bioética, apresenta outros objetos que podem manifestados pelo titular de direitos: *i*) delimitação de quais procedimentos podem ser realizados no paciente; *ii*) pré-exclusão de certos procedimentos; *iii*) realização de procedimentos médico-terapêutico; *iv*) fixação de prazos para continuidade de tratamentos, inclusive na superveniência de quadro vegetativo; *v*) quando da gravidez, os procedimentos a serem adotados.

ção de diversas decisões favoráveis aos consumidores de operadoras e seguradoras do serviço de saúde no Brasil.

## 7 REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O direito das obrigações na contemporaneidade. **RDC**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, 2014.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. O direito do nascituro à vida. *In: Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo constitucional e insuficiência dos direitos humanos. *In: Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución. *In: Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CALABRESI, Guido. **El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil**. Barcelona: Ariel, 1984.
- CALAIS-AULOY, Jean. **Droit de la consommation**. Paris: Dalloz, 1980.
- CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **O conceito de relevância pública na Constituição Federal**. Série Direito e saúde nº 1. Brasília: Organização Panamericana da Saúde, 1994.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of law and economics**, 1960.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil português**. Parte geral. T.III. Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito civil. Direito das obrigações: Introdução, sistemas e direito europeu. Dogmática geral**. Coimbra: Almedina, 2009. v. 6.
- CUREA-LUGO, Victor de. **La salud como derecho humano**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2005.
- DELEBECQUE, Philippe; PANSIER, Frédéric-Jérôme. **Droit des obligations: contrat et quasi contrat**. Paris: Litec, 2001.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro, 2009.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O direito à profissionalização: corolário da proteção integral das crianças e dos adolescentes. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, 1996.
- GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996.
- HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira

- Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.
- INÍGUEZ, Marcelo Daniel. Derecho de los pacientes. In: ALEGRIA, Héctor; ITURRASPE, Jorge Mosset (Coords.). **Revista de Derecho Privado y Comunitario**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. **El valor de la vida humana**. 4. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1975.
- LEARLY, Virginia. The right to health in international human rights law. In: **Health and human rights**. Boston, 1994.
- LÓPEZ, Eduardo Rivera. **Problemas de vida o muerte**. Madrid: Marcial Pons, 2010
- LOPEZ, Teresa Ancona. Dano existencial. In: **Doutrinas essenciais de dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado: Código civil y Comercial da la Nación Argentina**. Buenos Aires: La Ley, 2016.
- \_\_\_\_\_. **La empresa médica**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1998.
- \_\_\_\_\_. Redes contractuales: conceptualización jurídica relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 28, 1994.
- LUNO, Antonio Pérez. **Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución**. Madrid: Technos, 1984.
- MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. In: **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3, p. 393.
- \_\_\_\_\_. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro e coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 51, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In: **Doutrinas essenciais de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2.
- MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.
- NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2013.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- NORONHA, Fernando Noronha. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **RT**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 761, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ORGAGZ, Alfredo. **Las personas humanas: esencia y existencia**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- OTERO, Paulo. **Direito da vida: relatório sobre o programa, conteúdos e métodos de ensino**. Coimbra: Almedina, 2004.
- PEÑA, Xavier A. López de la. **Los derechos del paciente**. México: Trillas, 2000.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile**. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2004.
- PIÑON, Benjamín Pablo. El orden público en la Constitución, en la ley y en el Derecho. **Revista de Derecho Privado y comunitario**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, v. 3, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de cultura económica, 1998.

- RAWLS, John. **Justicia como equidad**: una reformulación. Barcelona: Paidós, 2002.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Diretivas antecipadas de vontade: questões jurídicas sobre seu conceito, objeto, fundamento e formalização. *In*: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães (Orgs.). **Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira**. São Paulo: LiberArs, 2015.
- RODRIGUEZ, Manuel Atienza. **Sobre la clasificación de los derechos humanos en la Constitución**. Madrid: Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, 1979. v. 2.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. **RDC**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 2007.
- SICHES, Luis Recasens. **Vida humana, sociedad y derecho**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1939.
- SILVA, Clóvis do Couto. **Obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA, João Ribeiro da. A morte medicalizada e o pensamento de Hipócrates. *In*: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Estudos de direito da bioética**. Coimbra: Almedina, 2008.
- SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres de protecção de direitos fundamentais**: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. Lisboa: Universidade Católica, 2015.
- SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da protecção ao meio ambiente. *In*: **Doutrinas essenciais de direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STANZIONE, Maria Gabriella. **Principio di precauzione responsabilità civile e diritto alla salute nelle esperienze francese e italiana**. Salerno: Brunolibri, 2010.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- VIGO, Rodolfo L.; HERRERA, Daniel A. El concepto de persona humana y su dignidad. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Santa Fe: Rubinzal, 2015.
- WEINGARTEN, Celia. La confianza como elemento superador de la asimetría para consumidores y usuarios. *In*: WEINGARTEN, Carlos Ghersi y Celia (Orgs.). **Manual de los derechos de usuarios y consumidores**. Buenos Aires: La Ley, 2015.