

O DIREITO DOS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ AO CUSTEIO DE TRATAMENTO ALTERNATIVO PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Luiz Carlos Goiabeira Rosa¹

Ana Flávia Souto Ribeiro²

Ana Victoria Cunha Santos³

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges⁴

Resumo: Este trabalho tem como objetivo discutir o direito de quem segue a religião das Testemunhas de Jeová de, ao contratar um plano de saúde, poder optar por tratamentos alternativos que se enquadrem em suas crenças. Pelo método dedutivo, abordou-se inicialmente a amplitude do direito fundamental à proteção do consumidor e do direito de crença para, ao fim, discutir-se o direito das Testemunhas de Jeová a ter tratamentos alternativos. Também foi adotado o método dialético, discutindo a colisão entre os direitos fundamentais do consumidor e os das operadoras de planos de saúde, a fim de se concluir pelo que se denomina a correta prestação pelo prestador do plano de saúde acima

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas). Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Professor Associado Nível I na Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

² Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogada.

³ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogada.

⁴ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Advogado.

mencionado, onde as operadoras de planos de saúde não poderão negar coberturas alternativas de tratamento aos pacientes Testemunhas de Jeová, mesmo que o contrato de seguro saúde preveja tratamentos comuns a todos, sem observar peculiaridades.

Palavras-Chave: Direito do consumidor, Direito à crença, Testemunha de Jeová, Transfusão de sangue, obrigação de operadoras de planos de saúde.

THE RIGHT OF JEHOVAH'S WITNESSES TO THE COST OF ALTERNATIVE TREATMENT BY HEALTH PLAN OPERATORS

Abstract: This paper aims to discuss the right of those who follow the religion of Jehovah's Witnesses to be able, when hiring a health plan, to choose alternative treatments that fit their beliefs. Through the deductive method, the scope of the fundamental right to consumer protection and the right of belief were first addressed, in order to finally discuss the right of Jehovah's Witnesses to have alternative treatments. The dialectical method was also adopted, discussing the collision between the fundamental rights of the consumer and those of the health plan operators, in order to conclude by what is called the correct provision by the health plan provider mentioned above, where the health plan operators health plans cannot deny alternative treatment coverage to Jehovah's Witness patients, even if the health insurance contract provides for treatments common to all, without observing peculiarities.

Keywords: Consumer Right, Right to belief, Jehovah's Witness, Blood transfusion, health plan operators obligation.

1 INTRODUÇÃO



Quando contrata um plano de saúde, o consumidor pretende ter uma proteção adequada caso necessite da prestadora. Sob esse ponto de vista, tais contratos costumam ser de adesão, cujas cláusulas majoritariamente beneficiam os prestadores de serviços, e o consumidor, dada a vulnerabilidade diante da necessidade de dispor de serviços de saúde, firma o contrato sem poder previamente analisar as lacunas contratuais, entre elas a falta de previsão ou autorização contratual nas situações em que há mais de uma opção de tratamentos de saúde.

No caso das Testemunhas de Jeová, que recusam a transfusão de sangue por motivos religiosos, esta situação torna-se mais acentuada, visto que se espera que a sua liberdade religiosa seja respeitada pelas operadoras do plano na prestação do serviço e, no entanto, é corriqueiro que o plano de saúde simplesmente se cale sobre essa particularidade, muitas vezes impondo um tratamento que viola suas crenças – no caso, a transfusão de sangue.

Por outro lado, as operadoras de planos de saúde, enquanto prestadoras de serviço, têm o direito fundamental à livre iniciativa, razão pela qual à primeira vista teriam o direito de oferecer o produto como desejassem, cabendo às Testemunhas de Jeová aceitar ou procurar outro plano de saúde. Nesse caso, poderiam os provedores de planos de saúde privados ser forçados a oferecer ou financiar tratamentos alternativos para as Testemunhas de Jeová?

Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo discutir a necessidade de a operadora de plano de saúde incluir no contrato, em relação às Testemunhas de Jeová, a cobertura de tratamentos alternativos que estejam de acordo com os preceitos da citada religião. Para tanto, será utilizado o método da abordagem dedutivo, partindo de considerações gerais sobre os direitos fundamentais à crença e à proteção do consumidor para, posteriormente, discutir o dever e a responsabilidade das operadoras

de planos de saúde em relação às Testemunhas de Jeová, na prestação de coberturas contratuais. Também será adotado o método dialético quando se discute a colisão entre o direito fundamental à proteção do consumidor e o direito fundamental à livre iniciativa, a fim de se concluir pelo que se entende por uma prestação adequada do fornecedor no referido contrato.

2 DA RESTRIÇÃO DA LIVRE INICIATIVA PELA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

De acordo com Sarmiento (2006, p. 33):

O Estado e o Direito assuem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

Nesse universo complexo, a dignidade humana tem dupla função protetora no Estado Constitucional brasileiro: é um direito fundamental do indivíduo contraposto ao Estado e à sociedade, ao mesmo tempo em que é um encargo constitucional dirigido ao Estado no sentido de que este deve proteger a respectiva efetividade em relação ao indivíduo. Corolário lógico, como direitos fundamentais, as liberdades individuais são preceitos incontornáveis que garantem uma vida digna: são cláusulas afirmativas do poder do indivíduo de agir de acordo com sua vontade e de acordo com suas determinações subjetivas, intrínsecas a todo ser humano que não seja “prisioneiro ou em algmas” (HUME, 1999, p. 100).

No entanto, os direitos fundamentais não devem ser considerados absolutos, e outros bens jurídicos de âmbito constitucional podem justificar a sua restrição (SARMENTO; GALDINO, 2006, p. 293). Há casos em que, se exercido inadvertidamente em toda a sua extensão, o direito fundamental tem o efeito contrário: ofende os direitos de outrem sem causa legal e lhes causa prejuízo injustificado, tornando responsável pela

respectiva reparação o titular que exerceu abusivamente o direito de forma a que tenha acarretado prejuízos difíceis ou mesmo impossíveis de reparar a outrem. Diante disso, o legislador constitucional estabeleceu restrições a determinados direitos fundamentais justamente para prevenir tais abusos e prevenir tais perdas, consubstanciando tais restrições na limitação e delimitação do âmbito protetivo e/ou intensidade da incidência do direito, com vistas a harmonizar a concomitância em situações em que os valores e direitos de outros são verificados e devem ser considerados.

Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 450) sugere a existência de três tipos de restrições aos direitos fundamentais, sendo o primeiro tipo constituído por restrições expressamente feitas pela Constituição, em que o próprio texto constitucional, de forma expressa e clara, restringe ou condiciona o direito fundamental: na descrição normativa do próprio direito ou ao longo do corpo da Carta Fundamental, o elemento restritivo do respectivo âmbito e intensidade do conteúdo do direito fundamental é também descrito, tal qual se dá, por exemplo, com o direito fundamental à reunião prevista no artigo 5º, XVI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), segundo a qual a liberdade de reunião é expressamente restrita a fins pacíficos, e condicionada à ausência de armas e para não frustrar outra reunião previamente convocada para o mesmo lugar.

A segunda situação é a em que a lei infraconstitucional restringe o direito fundamental, o que só pode acontecer com prévia e expressa autorização constitucional: desde que a Constituição expressamente determine que o direito fundamental sofrerá algum tipo de restrição por lei infraconstitucional, esta lei tem competência para fazê-lo. É exatamente isso que acontece com o direito fundamental à proteção do consumidor: ao preconizar que a proteção do consumidor dar-se-á na forma da lei (CF, art. 5º, XXXII), a Constituição preconiza que uma lei infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor) delimitará e

disciplinará o aludido direito fundamental, estipulando a forma como o consumidor será protegido.

O terceiro tipo é a restrição exercida sem a autorização ou previsão expressa da Constituição, porém legitimada pela ponderação de princípios no caso específico, a partir do qual se aplica o princípio mais adequado à realização dos direitos fundamentais, restringindo-se na medida necessária o alcance da incidência de outros princípios fundamentais para o bem da ordem e do interesse social.

É o que se denomina “limite imanente”, de acordo com Canotilho (2003, p. 1.282):

[...] os chamados “limites imanentes” são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade ou garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, *prima facie*, no seu âmbito de protecção, a greve dos trabalhadores dos serviços de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) jurídico-constitucionais – direito à greve, saúde pública, bem da vida -, pode chegar-se a excluir, como resultado dessa ponderação, a “greve total” que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida.

No mesmo sentido, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 491) observam:

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecerem restrições a direitos por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. Embora tal hipótese possa ser subsumida na segunda alternativa, considera-se que a distinção entre os três tipos de limites referidos torna mais visível e acessível o procedimento de controle da atividade restritiva em cada caso. Além disso, verifica-se, como já demonstram as três espécies de limitações

referidas, que, em qualquer caso, uma restrição de direito fundamental exige, seja direta, seja indiretamente, um fundamento constitucional.

Alexy (2015, p. 105) é elucidativo a esse respeito, afirmando que “um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico”, denotando assim a limitação de um princípio fundamental tendo em vista a maior adequação do outro nesse caso. Nesta última situação, é possível tomar como exemplo a liberdade de expressão prevista no art. 5º, IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), segundo a qual, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”: se, por um lado, não há restrição expressa e nem autorização expressa de restrição por lei, por outro, o exercício abusivo de tal liberdade pode implicar danos a outrem, constituindo entre outros violação de privacidade, tendo os autores o dever de indenizar pelos danos materiais ou morais por eles ocasionados.

Ou, na hipótese de que trata o presente estudo, o direito fundamental à livre iniciativa que as operadoras de planos de saúde possuem não é absoluto, sendo inexoravelmente limitado pelos direitos fundamentais à proteção do consumidor e à crença de que são titulares os adeptos das Testemunhas de Jeová que contratam seus serviços.

Atualmente, de acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar, o Brasil é um dos países que mais têm planos e seguros de saúde, o que confere aos convênios privados um papel primordial na sociedade brasileira, já que mais de 20% da população está coberta por algum tipo de plano de saúde privado (ANS, 2020). Esse cenário ilustra a incapacidade do Estado de garantir de forma eficiente o direito fundamental à saúde dos cidadãos, o que leva aqueles que têm condições financeiras a optar por fazer valer seu direito fundamental à saúde por meio de um plano de saúde privado.

Nesse sentido, Andrichi (STJ, 2010) conclui:

Ao propor um seguro-saúde, a empresa privada está substituindo o Estado e assumindo perante o segurado as garantias previstas no texto constitucional. O argumento utilizado para atrair um maior número de segurados a aderirem ao contrato é o de que o sistema privado suprirá as falhas do sistema público, assegurando-lhes contra riscos e tutelando sua saúde de uma forma que o Estado não é capaz de cumprir.

A propósito, e como o artigo 199 da Constituição Federal prevê que a iniciativa privada possa explorar economicamente a saúde de forma suplementar, as operadoras de planos de saúde o fazem com fins lucrativos, valendo-se do direito fundamental de livre iniciativa previsto no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal. Porém, deve-se considerar que, conforme afirmado sobre a restrição dos direitos fundamentais, a livre iniciativa é delimitada pelo art. 170 na medida em que deve ser exercido de acordo com os demais princípios contidos no referido artigo, destacando-se aqui o princípio da proteção ao consumidor (item V), ressaltando-se que o contrato de consumo possui uma conotação existencial, razão pela qual é mais impactado por fundamentos direitos.

Essa ideia fora inaugurada no Brasil por Azevedo (2005, p. 115), ao propor a distinção entre contratos existenciais e contratos empresariais:

A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no art.422 do CC/2002 (LGL/2002/400), tem um primeiro nível, negativo e elementar, comum a todo e qualquer contrato, consistente em não agir com má-fé, e um segundo nível, positivo, de cooperação. Neste último, a boa-fé inclui diversos deveres (deveres positivos), como o de informar, mas a exigência de boa-fé, nesse patamar, varia conforme o tipo de contrato. Ela, em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de “contratos existenciais” (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os “contratos empresariais”.

De acordo com o autor supracitado, os contratos existenciais são aqueles que proporcionam a subsistência da pessoa sem que haja um fim lucrativo, conforme se observa na saúde,

manutenção da vida, poupança em situações de perigo, acesso à moradia, bens imóveis como patrimônio da família, contratos de educação, trabalho, energia elétrica, transporte, meios de comunicação e provedores virtuais, entre outras possibilidades (MARTINS; FERREIRA, 2011, p. 265). Nessa forma contratual, pelo menos uma das partes visa à promoção da sua dignidade e/ou personalidade, desde que se pretenda satisfazer uma necessidade ou comodidade inerente à sua sobrevivência, de forma que o interesse contratual não se volte a um conteúdo primordialmente mercantil ou lucrativo.

Segundo Azevedo (2009, p. 100):

Por contrato empresarial há de se entender o contrato entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, o contrato entre um empresário e um não empresário que, porém, naquele contrato, visa obter lucro. O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros.

Assim, ao contrário dos contratos de lucro, em que os contratantes presumivelmente estão no mesmo nível socioeconômico e têm a mesma finalidade (circulação de riqueza), nos contratos existenciais existe um distanciamento socioeconômico entre as partes, onde um - o mais vulnerável - busca um existencial o bem e o outro - o economicamente mais forte - busca o lucro. Esta vulnerabilidade é claramente verificada porque, conforme observado por Rosa, Bizelli e Félix (2017, p. 178):

[...] a parte que tem o interesse existencial não poderá exercer plenamente sua autonomia privada, pois, invariavelmente, necessita do bem prestacional, dele não podendo abrir mão, o que faz com que, em regra, concorde com cláusulas abusivas. Desse modo, esse contratante encontra-se em posição de vulnerabilidade em relação à outra parte, situação adversa que obriga o direito a ter ferramentas aptas a corrigir esse desequilíbrio para restaurar a harmonia da relação. Importante compreender, portanto, que no contrato existencial a parte que busca a “existencialidade” no objeto prestacional encontra-se em posição de vulnerabilidade frente à parte que busca a

“lucratividade”.

Percebe-se claramente nos contratos de consumo, que o consumidor visa a adquirir ou utilizar um produto ou serviço com finalidade não econômica e presumivelmente para garantir uma vida digna, caracterizando-se a vulnerabilidade na medida em que o consumidor acaba tendo que se submeter à vontade do fornecedor ao adquirir o produto ou o serviço de que necessita, nomeadamente nos contratos cujo objeto seja um bem essencial não só à dignidade mas também à sobrevivência da pessoa. Nesse sentido, uma vez vulnerável na relação contratual, o consumidor deve ser o mais protegido possível, aplicando-se assim o princípio da máxima efetividade da norma constitucional relativa ao direito fundamental à proteção do consumidor (art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal), conforme explica Canotilho (2003, p. 1.224):

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Assim, por se tratar de uma relação de consumo - e portanto, devendo-se necessariamente observar aí o direito fundamental à proteção do consumidor -, o direito fundamental do fornecedor à livre iniciativa deve se restringir a uma situação que não prejudique a condição existencial do consumidor: da ponderação entre o direito fundamental à livre iniciativa do fornecedor e a proteção do consumidor, observa-se que o fornecedor pode realizar um negócio jurídico e assim obter lucro, desde que respeite as necessidades existenciais e a vulnerabilidade do consumidor, visto que a dignidade humana impõe a proteção existencial como prioridade e secundariamente a vantagem patrimonial.

Ou seja, nos contratos de consumo, a restrição ao direito fundamental de livre iniciativa do fornecedor baseia-se na vinculação da vontade de lucro ao respeito pela vulnerabilidade do consumidor e ao caráter existencial de sua necessidade contratual: obtendo lucro a partir da vulnerabilidade do consumidor em detrimento deste, o fornecedor excede sua liberdade de iniciativa e viola o direito fundamental à proteção do consumidor.

Por isso, a operadora de plano de saúde não pode oferecer cobertura apenas para tratamentos que envolvam transfusão de sangue às Testemunhas de Jeová, dado que o Código de Defesa do Consumidor, como extensão do direito fundamental à proteção do consumidor, prevê entre outros em seu art. 51, inciso IV, que é nula a cláusula contratual que estabelece “[...] obrigações consideradas pecaminosas, abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem excessiva, ou incompatíveis com a boa fé ou com a equidade” (BRASIL, 1990). O direito fundamental à livre iniciativa, uma vez que não é absoluto como todos os outros direitos fundamentais, deve ser restringido no caso das Testemunhas de Jeová de que trata este estudo, para que não sejam ofendidas e tenham injustamente coibido seu fundamental direito à crença aliado ao seu *status* de consumidor.

3 DO DIREITO DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ À COBERTURA DE TRATAMENTO ALTERNATIVO

O Estado Democrático Brasileiro de Direito funda-se na dignidade, a qual, pelo princípio da democracia, é indissociável da igualdade e da promoção da pessoa, merecendo a respectiva proteção de quem seja impopular, ameaçado ou excluído por suas diferenças, por uma maioria forte e esmagadora, que tem seus direitos e interesses, em tese, protegidos por sua capacidade política de substituir seus representantes (Perlingieri, 2008, p. 468-469). Este entendimento deriva da fórmula romana *suum cuique*, onde a ideia de justiça está diretamente relacionada com

a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, ponderada de acordo com as semelhanças, diferenças e necessidades objetivas e subjetivas consideradas entre os cidadãos.

Hart (1994, p. 174) observa bem a respeito:

[...] a justiça é semelhante às noções do que é genuíno, ou alto, ou quente, que contém uma referência implícita a um padrão que varia com a classificação da coisa a que são aplicados. Uma criança alta pode ser da mesma altura de um homem baixo, um inverno quente da mesma temperatura de um verão frio e um diamante falso pode ser uma peça genuína em anti-qualidade. Mas a justiça é bastante mais complicada do que estas noções, porque o critério variável de semelhança relevante entre casos diferentes nela incorporado varia não só com o tipo de questão a que é aplicado, mas pode estar muitas vezes sujeito a impugnação, mesmo em relação a um tipo único de questão.

Daí se dizer que os direitos fundamentais devem ser mais ou menos efetivos - isto é, devem ter sua amplitude de incidência modulada - de acordo com a situação, de modo a não resultar em excessos e conseqüentemente em dano injustificável aos direitos alheios. Nesse sentido, segundo Novais (2006, p. 35), os direitos fundamentais são como “bens” das minorias contra a maioria democrática, o que significa, em termos de crença, que o cidadão tem o direito e o Estado tem o dever de garantir a proteção da pessoa ao praticar sua crença ou religião, podendo adorar qualquer divindade.

Assim, a liberdade de crença religiosa é garantida pela Constituição Federal de 1988, permitindo ao indivíduo seguir determinado credo e seus mandamentos, o que leva as Testemunhas de Jeová ao direito de se valerem de sua crença e respectivos desígnios para, enquanto consumidores, escolher a intervenção médica que se adapte aos preceitos de sua religião.

Nesse mister, de acordo com as Testemunhas de Jeová tanto o Antigo quanto o Novo Testamento ordenam que se abstenham de ter contato com sangue que não seja o e si mesmos. A proibição de receber sangue, para os fiéis, está na Bíblia

Sagrada: “A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis” (Gn 9,4); “E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma que comer sangue, eu porei a minha face, e a extirparei do seu povo” (Lv 17,10); “Somente esforce-se para que não comas o sangue; pois o sangue é a vida; pelo que não comerás a vida com a carne;” (Dt 12,23); “Porque pareceu bem ao Espírito Santo, e a nós, não vos impor mais encargo algum, senão estas coisas necessárias” (Atos 15,28); “Que vos abstenhais das coisas sacrificadas aos ídolos, e do sangue, e da carne de animais sufocados, e da fornicção; das quais fazeis bem se vos guardardes. Bem vos vá.” (Atos 15,29).

Além disso, as Testemunhas de Jeová acreditam que, para Deus, o sangue representa a vida (Lv 17, 14) e que, portanto, cabe a elas evitar “ingerir sangue” por qualquer meio, não apenas em obediência a Deus, mas também por obediência e respeito a Ele como doador da vida.

Nesse íterim, cabe um contraponto: deve-se considerar que a vontade do indivíduo pode ser substituída em favor de interesses “mais fundamentais” do que o da crença, como o direito à vida. Assim, da mesma forma que, como se afirma, a livre iniciativa deve ser ponderada com a proteção do consumidor, a liberdade religiosa deve ser ponderada quando confrontada com o direito à vida para que este, o bem maior, não seja relativizado a ponto de ser ceifado por questões de crença. Em outras palavras, e a nosso ver, no choque entre a liberdade de crença e o direito fundamental à vida, esta última obviamente tem maior peso e importância notadamente se a opção de obedecer ao credo em detrimento da adoção do procedimento médico adequado implicar em risco de morte: admitir-se o contrário permitiria à pessoa abrir mão de um direito fundamental - no caso, a vida -, abrindo uma perigosa brecha de permissividade ao suicídio e sua instigação e assistência, por exemplo.

De fato, embora haja um entendimento indiscutível de

que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, alguns deles devem ser priorizados dada a evidente indispensabilidade à sobrevivência e à existência do ser humano antes e além da vida digna. É o que acontece com o direito fundamental à vida, que, não sem motivo, foi elencado primeiro no art. 5º da Constituição Federal: segundo Moraes (2020, p. 113), o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois, sem ele, não há outros direitos.

Esse entendimento é compartilhado por Branco (2019, p. 392-393):

O direito à vida é uma premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro caso, antes, não seria garantido o direito próprio de estar vivo para usuárias. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevante, é superior a todo outro interesse. [...] Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá o último sentido a todos os demais direitos fundamentais.

É por isso que, dada a extrema essencialidade do direito à vida, em caso de colisão entre este e outro direito fundamental a vida deve ser sempre priorizada, pois, como afirmado, é uma condição *sine qua non* para todos os outros direitos. Com efeito, se a efetividade do direito à vida fica comprometida de forma que este permaneça violado, torna-se inútil garantir os demais direitos individuais se o respectivo titular não puder estar vivo.

De acordo com Diniz (2007, p. 24):

A vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela contém e sem ela nada terá sentido. Consequentemente, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental, etc.. Havendo conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante.

A par de tal ressalva, não sendo o caso de risco de morte e portanto não havendo colisão entre os direitos fundamentais à vida e à fé, as Testemunhas de Jeová têm o direito de exigir das operadoras de planos de saúde o respeito por sua opção religiosa e a consequente cobertura de tratamentos alternativos, ou seja, é legítima a recusa de praticantes da religião Testemunhas de

Jeová em se submeter a tratamento previsto contratualmente e que implique em transfusão de sangue, se houver um tratamento alternativo. E esse tratamento alternativo deve ser oferecido pela empresa mesmo que não esteja expressamente previsto no plano de saúde, visto que é necessário observar que as Testemunhas de Jeová não desejam ou optam pela morte ao recusar um único tratamento médico (transfusão de sangue), mas almejam alternativas viáveis que garantam não só saúde, mas vida com dignidade, respeitando sua crença.

Nesta linha, e ainda no cumprimento do direito social fundamental à saúde, as Testemunhas de Jeová têm direito a que sejam disponibilizados, tanto pelo Estado como por convênios privados, recursos médicos que alcancem resultados iguais ou melhores que os da transfusão de sangue, o que pode garantir que terão uma vida respeitando seus valores morais, espirituais e psicológicos, e bem assim, assegurada sua proteção enquanto consumidores.

A esse respeito, em junho de 2017, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 979.742/AM (BRASIL, 2017), entendeu que cabe ao Estado custear o procedimento cirúrgico indisponível na rede pública, devido à convicção religiosa do paciente proibindo a transfusão de sangue. Decidiu-se no referido Recurso que o direito à saúde deve prevalecer lado a lado com as convicções religiosas do cidadão, a fim de garantir sua sobrevivência e vida digna, respeitando as crenças de cada um, nos termos da Constituição Federal.

Nesse julgamento, o STF entendeu que, sendo tecnicamente possível, o Estado deve garantir o direito à saúde de forma compatível com as crenças e consciência do cidadão, já que não basta garantir a sobrevivência se não for assegurada uma existência digna, respeitar a fé de cada um e, portanto, não realizar transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová se houver alternativa de tratamento. Portanto, não basta que o Estado tenha uma rede de atenção à saúde se os serviços de saúde

existentes não forem compatíveis com a religião dos pacientes, sob pena de discriminação contra percepções minoritárias.

Portanto, não se tratando de violação do direito fundamental à vida, será inconstitucional a exclusão contratual de tratamentos alternativos que implique na submissão de praticante da religião Testemunha de Jeová a tratamento médico que implique transfusão de sangue, eis que injustamente obriga as Testemunhas de Jeová a transgredir os preceitos religiosos que professam, implicando assim numa ofensa ao direito fundamental à crença e ao direito fundamental à proteção do consumidor, na medida em que se revela prática comercial abusiva ao se valer da limitação do consumidor para lhe impor determinado tratamento.

Com efeito, qualquer imposição contratual que restrinja ou retire o direito de convicção religiosa das Testemunhas de Jeová e as obrigue a serem submetidas a um tratamento contrário às suas convicções quando existe um tratamento alternativo, fere entre outros o art. 51, IV, do CDC, na medida em que o fornecedor impõe ao consumidor Testemunha de Jeová uma obrigação abusiva e contrária à boa-fé, consubstanciada na renúncia à sua fé para obter tratamento médico; e o art. 6º, IV, o qual deixa claro ser direito básico do consumidor a proteção contra métodos comerciais coercitivos, tais como a imposição de determinado tratamento pela operadora havendo outro que melhor atenda ao segurado.

4 CONCLUSÃO

Todo contrato tem uma finalidade específica que justifica sua formação. A par disso, mudanças profundas ocorreram na teoria contratual, fazendo com que os contratos, a princípio simples instrumentos de circulação de bens e serviços, tornassem-se fiadores da solidariedade social, aí se observando portanto que a finalidade específica de um contrato existencial há

de priorizar uma consecução igualmente existencial, e somente secundariamente patrimonial.

Portanto, os contratos de seguro saúde, por vontade das partes, devem ser instrumentos a serviço tanto dos consumidores (beneficiários/usuários) quanto dos contratantes (empresas/operadoras de planos de saúde): as sociedades contemporâneas são cada vez mais complexas, plurais e heterogêneas e, portanto, os planos de saúde devem se adequar aos consumidores conforme sua vontade e possibilidade, como forma de verdadeira contribuição social.

Assim, convênios privados podem estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento é usado para curá-las: isso representaria uma agressão às Testemunhas de Jeová, pois limitaria seus direitos como consumidores e até vulneraria a igualdade e a equidade a que esses consumidores mencionados têm direito, uma vez patente a necessidade de o fornecedor respeitar as particularidades do consumidor na celebração de um contrato de consumo.

Portanto, a proteção do equilíbrio nas relações contratuais deve ocorrer nos contratos de plano de saúde onde haja um indivíduo vulnerável e um prestador de serviços econômica e intelectualmente superior, principalmente, como já dito, quando o consumidor apresenta particularidades a serem respeitadas pelo fornecedor e cuja consideração a este não acarretará nenhum ônus adicional.

A saúde é um direito garantido constitucionalmente, de relevância social e individual, e sua manutenção ou restabelecimento devem ser proporcionados integralmente pelas operadoras privadas de planos de saúde quando houver necessidade ou mesmo conveniência de alternância de tratamento médico, respeitando não só a condição genérica de consumidor do paciente, mas também suas particularidades consubstanciadas em valores e crenças, daí se observando e constatando a necessidade que os respectivos contratos, mesmo por adesão, cumpram a sua função

social, no tocante ao respeito à dignidade.

Nesse sentido, os contratos de planos de saúde devem se adequar aos valores da sociedade e da dignidade humana, garantindo às Testemunhas de Jeová, tanto na elaboração do contrato de plano de saúde quanto na prestação do serviço, a possibilidade de recusa de tratamento que implique em transfusão de sangue, oferecendo-se tratamento médico alternativo que garanta não só o direito à saúde, mas também o direito a uma vida digna, respeitando assim a opção religiosa e, portanto, o direito fundamental à crença.

Considerando os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, as operadoras privadas de planos de saúde não podem escapar da obrigação de proporcionar aos seus consumidores o tratamento necessário para suas doenças respeitando suas individualidades e crenças, pois, como já mencionado, o princípio da livre iniciativa deve obedecer aos direitos fundamentais à proteção do consumidor e à crença, que permitem às Testemunhas de Jeová, em caso de transfusão de sangue, escolher outro tratamento: o consumidor de plano de saúde privado que professa a religião das Testemunhas de Jeová não pode ser discriminado quanto à sua fé, e tampouco sua opção pode se restringir a um único tratamento de saúde se há a possibilidade de utilizar outros que estejam em harmonia com suas crenças.

Assim, as operadoras de planos de saúde não poderão negar coberturas alternativas de tratamento para pacientes Testemunhas de Jeová, mesmo que o contrato de seguro saúde não preveja expressamente tal possibilidade e determine um tratamento padrão a todos os consumidores, sem observar destarte peculiaridades subjetivas. Isso porque, tais contratos não são apenas instrumentos de acumulação de riquezas e obtenção de lucros, mas antes disso e principalmente, são instrumentos de efetivação de direitos fundamentais, visto que se materializam em um contrato de consumo existencial.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 4. tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo-SP, ano 94, v. 832, fev. 2005, p.115-137.
- BÍBLIA SAGRADA. Salt Lake City: Intellectual Reserve Inc., 2015.
- BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Dados gerais*. Disponível em <<https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em 4 jun. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Constituição Federal*. Disponível em

- <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 jun. 2020.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 30 jul. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário n. 979.742/AM. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Julgado em 29 jun. 2017. Publicado em 01 ago. 2017. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13133236>>. Acesso em 12 mar. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed.. Coimbra: Almedina, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HART, Herbert L. A.. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- HUME, David. *Investigação acerca do entendimento humano*. São Paulo: Nova Cultura, 1999.
- MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. Contratos existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada. Homenagem ao pensamento vivo e imortal de Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo-SP, 2011, v. 79, p. 265-310.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. ed.. São Paulo: Atlas, 2020.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira;

- FÉLIX, Vinícius Cesar. Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina-PR, 2017, v. 21, p. 155-188.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.