

O Direito Fundamental à Liberdade Religiosa de Crianças e Adolescentes

The Fundamenal Right to Religious Freedom for children and Adolescents

*Alan Felipe Provin¹
Audrey Pongan Borteze²*

Resumo: O presente artigo objetiva a análise do direito à liberdade religiosa de crianças e adolescentes, tendo em vista que este é consagrado com um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. A pesquisa possui como problemática o questionamento acerca da possibilidade de atribuir o fundamento da liberdade de convicção religiosa às crianças e adolescentes, ainda que em conflito com o direito à vida, considerando a incapacidade civil dos menores. Ademais, analisa também os direitos constitucionais e princípios aplicados aos menores à luz da doutrina da proteção integral, bem como expõe o conflito entre direitos fundamentais e aborda as posições dos Tribunais quanto ao tema. Em termo de metodologia, utilizou-se a pesquisa qualitativa, indutiva e bibliográfica. Ao final dos estudos, concluiu-se que, em que pese o direito à vida e a liberdade religiosa serem direitos fundamentais, com hierarquia idêntica, há casos em que é permitida a relativização de um direito em prol do outro, devendo ser analisado cada caso em concreto.

Palavras-chave: Direitos fundamentais da criança e do adolescente - Liberdade de convicção religiosa - Direito à vida.

Abstract: This article aims to analyze the right to religious freedom of children and adolescents, given that this is enshrined as one of the fundamental rights provided in the Federal Constitution of 1988. The research has as problematic the possibility of attributing the foundation of religious' freedom to the children and adolescents, although in conflict with the right to life, considering the civil incapacity of the minors. In addition, it also analyzes the constitutional rights and principles applied to minors in the light of the doctrine of integral protection, as well as exposes the conflict between fundamental rights and addresses the positions of the Courts on the subject. In terms of methodology, we used the qualitative, inductive and bibliographic research. At the end of the studies, it was concluded that, in spite of the fact that the right to life and religious freedom are fundamental rights, with a similar hierarchy, there are cases

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante/Espanha, e em Ciência Jurídica pela UNIVALI, no qual foi bolsista FUMDES. Especialista em Direito Civil, em Direito Constitucional e em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial. Professor de Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e de Pós-Graduação Lato Sensu na UNIVALI, UNOESC e UNOCHAPECÓ.

² Especialista em Direito Constitucional e Bacharela em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Acadêmica da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Advogada registrada na OAB/SC e conciliadora.

where the relativization of one right is allowed for the other, and each case must be analyzed in particular.

Keywords: Fundamental rights of children and adolescents - Freedom of religious belief - Right to life.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca, em seu texto normativo, os direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o direito à vida e o direito à liberdade de crença religiosa, estando estes dispostos no caput do artigo 5º e tendo a mesma hierarquia dentro do plano constitucional, não podendo haver supremacia entre eles.

O direito à liberdade religiosa, assim como outros direitos fundamentais, possui caráter de relativização, podendo colidir com o direito à vida em determinados casos, como ocorre em situações médicas, em que certas pessoas, em razão de suas convicções religiosas, se privam de receber tratamento médico, com fundamento em violação de preceitos religiosos.

Neste paradigma, há o conflito de direitos fundamentais, especialmente em relação às crianças e aos adolescentes, pois apesar de serem destinatários dos direitos supracitados, não possuem capacidade civil para gerir seus próprios atos desacompanhados de seus representantes legais, o que gera controvérsias no mundo jurídico, uma vez que a criança e o adolescente, muitas vezes, necessitam de tratamento médico, mas não podem optar pelo mais adequado ou efetivo, se este tratamento ofender os preceitos religiosos de seus pais, que sendo os representantes legais dos menores, tem o poder de escolher o tratamento médico ao quais seus filhos irão se submeter. É nesse sentido que se constitui a problemática inserida no presente estudo: Como resolver o conflito existente entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa da criança e do adolescente?

Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo geral analisar o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa e achar um equilíbrio na aplicação desses dois institutos, justificando-se pela relevância

do tema, sendo que o estudo aborda os direitos dos menores e a dificuldade que os eles têm de exercer esses direitos, considerando que não possuem capacidade civil perante o ordenamento jurídico, ou seja, não podem legalmente responder por seus atos na vida civil, devendo ser representados quando absolutamente incapazes, e assistidos quando relativamente incapazes, conforme dispõe o Código Civil.

Partindo da problemática geral, têm-se como objetivos específicos, quais sejam: (a) compreender o a tutela jurídica dos direitos fundamentais da criança e do adolescente; (b) discorrer acerca do direito à vida e do direito à liberdade religiosa e do conflito entre eles; e (c) buscar uma solução para esse conflito de modo que não cause danos aos menores.

O artigo se utiliza de posições doutrinárias, entendimentos jurisprudenciais, e divide-se em três partes. Em um primeiro momento é apresentada a tutela jurídica da criança e do adolescente, especificando quais são os direitos fundamentais aplicados aos menores e analisando o Princípio do Melhor Interesse da Criança. Na sequência é abordado o direito à liberdade religiosa, com seus fundamentos constitucionais e a dignidade da pessoa humana, bem como as polêmicas e as posições dos tribunais quanto ao tema. Ao final é demonstrado o conflito de direitos fundamentais da criança e do adolescente; e a liberdade religiosa afeta à criança e ao adolescente em *Leading Cases*, buscando alternativas de solução do problema no plano prático.

2. A tutela jurídica dos direitos da criança e do adolescente

A tutela jurídica dos direitos da criança e do adolescente é estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, além de ter previsão Constitucional com ênfase nos artigos 227, 228 e 229 da Constituição da República Federativa do Brasil e ao longo do texto Constitucional, bem como em leis esparsas e na própria Declaração

Universal dos Direitos Humanos. Ramos (2017, p. 21) define os Direitos Humanos:

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna. Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos.

Os Direitos Humanos são tidos como direitos essenciais ao ser humano, sem os quais não se pode ter uma vida digna, atendendo os fundamentos da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. De fato, todos os direitos se destinam a atender ao requisito da dignidade da pessoa humana, visto que os direitos se destinam às pessoas.

A tutela jurídica dos direitos da criança e do adolescente se fez necessária devido à maneira como as crianças e adolescentes eram tratados no passado, havendo uma preocupação com a tutela de seus direitos. No direito romano, os menores não eram vistos como sujeitos portadores de direitos, mas apenas deveres, tendo o patriarca o poder de decidir acerca da vida e da morte de seus filhos, constituindo-se como autoridade mais importante dentro da família e da sociedade. Acerca disso, Fonseca (2015, p. 4) menciona:

No direito romano, o pai de família (*pater familiae*) era a autoridade máxima no clã familiar, com um poder quase ilimitado sobre a criança (*patria potestas*); poder que se constituía pelo nascimento de pais unidos em matrimônio legítimo (*justae nuptiae*) ou por ato jurídico; adoção (*adoptio*), ad-rogação (*adrogatio*) e legitimação.

Na Idade Média, com o desenvolvimento da religião católica, houve uma maior preocupação com os menores, surgindo a ideia do direito à dignidade e à igualdade, inclusive para os menores, pregando o respeito entre os homens obedecendo aos preceitos religiosos da fé cristã. Amin (2015) cita que os filhos nascidos fora do manto sagrado do matrimônio (um

dos sete sacramentos do catolicismo) eram discriminados, pois, indiretamente, atentavam contra aquela instituição sagrada, àquela época única forma de constituir família, base da sociedade.

No âmbito nacional houve grande omissão legislativa durante a colonização do Brasil, permitindo-se violências e agressões de crianças e adolescentes, vez que era resguardado ao pai o direito de castigar seus filhos como este preferisse, havendo assim uma aproximação do modelo romano e de uma sociedade voltada ao patriarquismo.

No século XVIII, aumentou a preocupação do Estado com os órfãos e os expostos, pois era prática comum o abandono de crianças (crianças ilegítimas e filhos de escravos, principalmente) nas portas das igrejas, conventos, residências e até mesmo ruas. Como solução, importou-se da Europa a Rosa dos Expostos, a qual foi mantida pelas Santas Casas de Misericórdia. A Roda dos Expostos, ou roda dos enjeitados, era considerado uma maneira “digna” de se livrar das crianças consideradas “ilegítimas” ou mesmo do fruto de uma gravidez indesejada, não havendo preocupação para proporcionar a esses menores uma vida digna ou ainda uma prestação assistencial, sendo estes deixados à margem da sociedade e vistos como “delinquentes” quando cresciam em razão de suas origens, não conseguindo um trabalho ou uma vida digna (AMIN, 2015).

Somente em 1926 foi publicado o Primeiro Código de Menores do Brasil, contudo, o instrumento legislativo não se destinava a proporcionar condições de vida dignas de acolhimento e adoção aos menores, e sim buscava a solução para as infrações cometidas pelos “delinquentes”.

No plano Internacional houve a Declaração Universal dos Direitos Humanos após a Segunda Guerra Mundial, mais precisamente em 1948, trazendo disposições fundamentais para a proteção jurídica de qualquer pessoa, tais como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade, como se verifica:

Artigo 2.1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de

qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. Artigo 3. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (ONU, 1948).

Em 20 de novembro de 1959 foi publicada a Declaração dos Direitos da Criança, sendo que essa Declaração trouxe à criança uma proteção diversa da que existia até o momento, conferindo aos menores uma proteção especial, surgindo a Doutrina da Proteção Integral, como expressa no Princípio 2º da Declaração: “[t]oda criança tem direito a proteção especial, e a todas as facilidades e oportunidades para se desenvolver plenamente, com liberdade e dignidade” (ONU, 1959).

Com a implantação da Ditadura Militar, os direitos dos menores, que presenciaram significados avanços após a Declaração dos Direitos da Criança, como, por exemplo, o desenvolvimento do Serviço Social voltado para o atendimento aos menores, sofreram restrições, passando a tratar os menores infratores como delinquentes e permitindo graves violações aos direitos humanos e violência como forma de reprimir a criminalidade (AMIN, 2015).

Contudo, a situação jurídica mudou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, sendo que esse novo texto constitucional trouxe ao país uma série de direitos que haviam sido suprimidos durante a ditadura militar, além de um movimento político de redemocratização. Para Motta Filho e Barchet (2008, p. 1):

A nossa atual Constituição coroou o processo de redemocratização do país. Elevou o Brasil à categoria de Estado Democrático de Direito, inaugurando um novo regime político: a democracia participativa ou semidireta; ampliou, de modo significativo, o rol de direitos fundamentais, dedicando-lhes, mesmo, um título interno; reduziu a competência do Poder Executivo, aumentando proporcionalmente a do Legislativo e do Judiciário; promoveu uma valorização sem precedentes na autonomia dos Estados e

Municípios da Federação; reorganizou o Sistema Tributário Nacional; disciplinou os princípios norteadores da Administração Pública; e unificou o regime de vinculação dos servidores públicos civis, entre outras inovações.

Relativamente aos menores, ao ser promulgada, a Constituição trouxe à tona a Doutrina da Proteção Integral, inaugurada com a Declaração dos Direitos da Criança no âmbito internacional, e não aplicada em todo seu conteúdo no Brasil. Quanto ao tema, já lecionou Amin (2015, p. 49):

A nova ordem rompeu com o já consolidado modelo da situação irregular e adotou a doutrina da proteção integral. No caminho da ruptura, merece destaque a atuação do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMNR), resultado do 1º encontro nacional de Meninos e Meninas de Rua realizado em 1984, cujo objetivo era discutir e sensibilizar a sociedade para a questão de crianças e adolescentes rotulados como “menores abandonados” ou “meninos de rua.

A partir do Movimento dos Meninos e Meninas de Rua, houve a consolidação de dois artigos na Constituição Federal, sendo eles o artigo 227 e 228, os quais inauguram a Doutrina da Proteção Integral e dispõem acerca da maioria penal, respectivamente. Estabelece o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Desta forma, a Doutrina da Proteção integral às crianças e adolescentes está estabelecida no artigo 227 da Constituição Federal, bem como no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento que se fez necessário devido a criação aos Movimentos dos Meninos e Meninas de rua assim como a emergência dos Direitos Fundamentais e Humanos com o advento da nova Constituição. Assim sendo, seguindo essa linha de

raciocínio, o tópico seguinte tratará acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente e o princípio do melhor interesse.

2.1 O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Princípio do Melhor Interesse da Criança

Quanto à Doutrina da Proteção Integral trazida à tona tanto pela Constituição Federal quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Nucci (2017, p 6) cita que:

Um dos princípios exclusivos do âmbito da tutela jurídica da criança e do adolescente é o da proteção integral. Significa que além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela *completa e indisponível* tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, aos menos durante a fase de seu amadurecimento.

A Proteção Integral é uma preocupação, tanto por parte do Estado quanto da família da criança e do adolescente, em garantir seus direitos, conceder a eles uma vida digna, saúde, educação, segurança, liberdade e todos os demais direitos conferidos pela Constituição às pessoas, mas com uma prioridade maior em razão das crianças e adolescentes se tratarem de pessoas em desenvolvimento, ou em condição peculiar de desenvolvimento, necessitando de uma atuação maior do Estado e da família para a efetivação de seus direitos fundamentais. A Proteção Integral deve respeitar a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, não podendo haver a aplicação de um direito ou ainda uma situação jurídica do mesmo modo para um adulto e para uma criança, considerando que esta última é muito mais vulnerável que o primeiro.

Amin (2015, p. 61) enumera como três os princípios que consagram a Doutrina da Proteção integral, sendo eles: o princípio da prioridade

absoluta, o princípio da municipalização e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A prioridade absoluta se preocupa com a prioridade de atendimento de crianças e adolescentes nas áreas da saúde e na esfera dos três poderes; a Municipalização descentraliza e amplia a política social para um maior atendimento para os menores; já o Princípio do Superior Interesse da criança e do adolescente, também chamado Princípio do Melhor Interesse da Criança e do adolescente, compreende a ideia de atribuir uma interpretação jurídica sempre no sentido de melhor atender as crianças e adolescentes, ou seja, a preocupação do Poder Público em tomar suas decisões analisando de que modo o Interesse dos menores será melhor atendido.

Quanto ao exposto, já explicou Fonseca (2015, p.15) que “a prioridade absoluta, assim como os direitos fundamentais, tem origem constitucional (art. 227, caput, CF), sendo que o “superior interesse” tem origem nos Tratados Internacionais, integrante dos acertos de proteção integral de crianças e adolescentes”.

Deste modo, ambos os princípios se diferem, uma vez que a Prioridade Absoluta visa priorizar o atendimento ao menor nas esferas administrativas, judicial e política, tendo origem constitucional, enquanto o Superior Interesse visa à interpretação e aplicação da norma jurídica em um sentido mais favorável ao menor, derivando da Convenção dos Direitos da Criança, qual seja, o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, o qual estipula em seu artigo 3:

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da

proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada (BRASIL, 1990).

Dessa forma, o referido princípio pode ser entendido como uma forma de compensar a situação especial de vulnerabilidade do menor, fazendo com que toda decisão judicial, administrativa ou social se oriente em favor do menor não apenas para não prejudicar a criança e o adolescente, mas também para que esses menores, que necessitam de uma maior proteção, possam ter seus direitos aplicados na prática e não apenas no plano teórico, cabendo ao Poder Público e aos responsáveis legais o dever de assegurar o bem-estar da criança e do adolescente.

Quanto ao Princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, já se manifestou Maciel (2015, p. 68), citando que:

Trata-se de um princípio tanto para o legislador quanto para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos ou mesmo para elaboração de futuras regras. Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidos do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismo do intérprete.

Assim, pode-se auferir que o princípio do melhor interesse sempre visa um sentido interpretativo da norma a fim de garantir aos menores a ampla proteção de seus direitos fundamentais, inclusive, é muito aplicado em situações de guarda e adoção, priorizando o interesse da criança, a situação em que será melhor cuidada e acolhida, ao invés da fria aplicação da norma jurídica no sentido literal, não podendo confundir o princípio do superior interesse de crianças e adolescentes com o princípio da prioridade absoluta, visto que eles têm origens e aplicações totalmente diversas. Realizadas as abordagens necessárias, o tópico seguinte abordará os direitos fundamentais aplicados à criança e ao adolescente.

2.2 Os direitos fundamentais aplicados à criança e ao adolescente

Quanto à destinação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e regulamentados na Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, a norma dispõe que:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Art.2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Vislumbra-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado a indivíduos entre 0 e 18 anos, pelo fato de esses indivíduos estarem em situação mais frágil, ou ainda em condição peculiar de desenvolvimento. Contudo, o Estatuto admite uma aplicação excepcional a indivíduos entre 18 e 21 anos de idade, conforme se observa no disposto do parágrafo único do artigo 2º. Ao tratar dos Direitos Fundamentais, Silva (2017, p.181) menciona que:

A natureza desses direitos, em certo sentido, já ficou insinuada antes, quando procuramos mostrar que a expressão *direitos fundamentais do homem* são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Desde que, no plano interno, assumiram o caráter concreto de *normas positivas constitucionais*, não tem cabimento retomar a velha disputa sobre seu valor jurídico, que sua previsão em declarações ou em preâmbulos das constituições francesas suscitava. Sua natureza passava a ser constitucional, o que já era uma posição expressa no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a ponto de, segundo este, sua adoção ser um dos elementos essenciais do próprio conceito de constituição.

Desse modo, os Direitos Fundamentais podem ser entendidos como os direitos mais essenciais da pessoa humana, sem os quais não se pode viver uma vida digna, estando sempre associados, portanto, ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto em nossa Constituição como um dos

Fundamentos da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, inciso III. Logo, os direitos fundamentais são os direitos humanos, mas positivados no texto Constitucional. Quanto à aplicação dos direitos fundamentais aos menores, Amin (2015, p.75) cita que:

Levou-se em conta o critério biológico- objetivo, igualitário e mais seguro-para fixação do âmbito de aplicação estatutário. Estudos demonstram que a formação do cérebro se completa apenas com o alcance da vida adulta. Na adolescência o córtex pré-frontal ainda não refreia emoções e impulsos primários. Também nesta fase de formação o cérebro do adolescente reduz as sensações de prazer e satisfação que os estímulos da infância proporcionam, o que impulsiona a busca de novos estímulos. Atitudes impensadas, variações de humor, tempestade hormonal, onipotência juvenil são características comuns a esta fase de formação fisiológica do adolescente, justificando tratamento diferenciado por meio da lei especial que o acompanha durante esta etapa da vida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu texto regulamenta direitos fundamentais aplicados à criança e ao adolescente, divididos entre: direito à vida e à saúde, direito à liberdade, respeito e dignidade, direito à convivência familiar e comunitária, direito à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, assim como direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

O Sinajuve é a sigla do Sistema Nacional de Juventude, coordenado e mantido pela União, pelos Estados e Municípios, tendo sua composição organização, competência definidos em futuro regulamento, também editado pela União e engrandece sobretudo as Políticas Públicas relativas a essa faixa etária - dos 15 aos 29 anos - e responsabiliza os agentes públicos e privados nelas envolvidas e/ou comprometidos, ficando-lhes as diretrizes gerais, as quais funcionam como um norte de obrigações para a implementação do Estatuto (FONSECA, 2015). O citado autor (p.59) ainda estabelece que:

Como referimos ao início, no Título II, ainda no Livro I, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) arrola direitos fundamentais fundados na dignidade da pessoa em geral, mas sob a ótica da criança e do adolescente, em particular, tais como: o direito à vida e à saúde (Cap. I, arts. 7º ao 14), o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade (Cap. II, arts. 15 ao 18), o direito à convivência familiar e comunitária (Cap III), os quais se referem à

colocação de crianças e adolescentes em família substituta (arts 19 a 52), o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer (arts. 53 a 59), o direito à profissionalização e à proteção no trabalho (arts. 60 a 69). Houve certa preocupação sistemática, porquanto os direitos à vida e à saúde, à dignidade e à liberdade precedem aos demais na ordem de importância.

Os direitos da criança e do adolescente não têm caráter taxativo, não sendo estes exclusivamente limitados aos trazidos pelo Estatuto, podendo serem aplicados aos menores os direitos fundamentais trazidos pela Constituição, pois são inerentes a toda pessoa humana por sua característica da universalidade.

Em relação à universalidade dos direitos fundamentais, essa afirma que os direitos e garantias fundamentais se destinam de modo indiscriminável a todos os seres humanos. Neste sentido, as crianças e adolescentes são abrangidos pela ideia de universalidade, tendo, por esse viés, direito à vida, à saúde, assim como à liberdade de crença. Quanto ao direito à vida, afirma Amin (2015, p.76) que:

Trata-se de um direito fundamental homogêneo considerado como o mais elementar e absoluto dos direitos, pois indispensável para o exercício de todos os demais. Não se confunde com sobrevivência, pois no atual estágio evolutivo implica o reconhecimento do direito de viver com dignidade, direito de viver bem, desde o momento da formação do ser humano.

O direito à vida, entendido como o mais fundamental dos direitos é defendido também por Silva (2017, p. 200), que estabelece:

A vida é intimidade conosco mesmo, sabe-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar-se posição de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bemestar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral, e especialmente, o direito à existência.

Assim, sendo o direito à vida inerente a todos os seres humanos e mais ainda às crianças e adolescentes diante da sua condição especial de pessoa

em desenvolvimento, que necessita de uma maior proteção do seu direito à vida, tanto devendo ser efetivada pelo Estado e pela sociedade, como pela família.

Pensando nesse direito o Estatuto da Criança e do Adolescente estipula em seu artigo 7º que “a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Desse modo, o direito à vida é tido como direito basilar do qual se originam os demais direitos, como direito à liberdade, à igualdade, à propriedade, à saúde, à segurança, a integridade física e psicológica, entre outros assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo ser protegido acima de tudo, razão pela qual nosso ordenamento jurídico veda práticas atentatórias ao direito à vida, tais como a eutanásia e o aborto, admitindo esse último apenas em situações excepcionais.

Assim sendo, uma vez analisados os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, passar-se-á ao estudo da liberdade religiosa.

3. A liberdade religiosa

O direito à liberdade, assim como o direito à vida, é um direito fundamental, sendo ambos compreendidos como direitos humanos e fundamentais por serem direitos inerentes aos seres humanos, sem os quais não se pode ter uma vida digna, tendo tamanha importância que se encontram positivados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Motta Filho e Barchet (2008, p. 102) classificam os direitos fundamentais da seguinte forma:

Os direitos fundamentais formalmente constitucionais são aqueles **taxativamente previstos na Constituição**, em

qualquer de seus dispositivos, podendo ser subdivididos em direitos fundamentais catalogados e direitos fundamentais fora do catálogo. **Os direitos fundamentais catalogados** são aqueles previstos na parte do documento constitucional especialmente destinada à matéria, a saber, nos arts. 5º a 17, que compõem o Título II da nossa Constituição. **Os direitos fundamentais fora do catálogo** são aqueles previstos de forma esparsa, em outros dispositivos constitucionais, a exemplo dos direitos da criança e do adolescente, previstos no art. 227 da Constituição. **Os direitos fundamentais materialmente constitucionais** são aqueles que não foram previstos na Constituição, estando prescritos na legislação ordinária. É bom que se destaque: tais direitos, porque não previstos na Constituição, não gozam de hierarquia constitucional, cedendo passo perante qualquer das disposições da Constituição da República, seja qual for a matéria por ela disciplinada (grifos dos autores).

Quanto ao alcance dos direitos fundamentais, é necessário estabelecer que estes não se destinam apenas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, como preceitua o caput do artigo 5º da Constituição Federal, mas que os direitos e garantias fundamentais possuem um alcance mais extensivo na prática.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dessa interpretação é de que os estrangeiros não residentes no país também são destinatários dos direitos e garantias fundamentais, face ao informativo 502 do STF, que reconheceu o direito do estrangeiro não residente no país de impetrar habeas corpus, fazendo com que a doutrina, aos poucos, modificasse a interpretação literal do caput do art. 5º, estendendo os direitos e garantias fundamentais aos estrangeiros não residentes no país, desde que se encontrem em território brasileiro.

A liberdade é um direito fundamental de primeira geração, sendo usada inclusive como lema da revolução francesa, juntamente com a igualdade e fraternidade, entretanto, esses últimos são entendidos pela doutrina como direitos de segunda e terceira geração, respectivamente.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é conhecida por inaugurar o movimento constitucionalista, fruto dos ideários iluministas do século XVIII. Os direitos defendidos nessa dimensão cuidam da proteção das

liberdades públicas e dos direitos políticos (BAHIA, 2017). Na opinião de Silva (2017, p. 236):

Já deixamos claro que ao direito positivo interessa cuidar apenas da liberdade objetiva (liberdade de fazer liberdade de atuar). É nesse sentido que se costuma falar em liberdades no plural, que, na verdade, não passa das várias expressões externas da liberdade. Liberdades, no plural, são formas de liberdade, que aqui, em função do Direito Constitucional positivo, vamos distinguir em cinco grandes grupos: (1) liberdade da pessoa física (liberdade de locomoção, de circulação); (2) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, artística, comunicação, do conhecimento); (3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); (4) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); (5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade de autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho), de que trataremos entre os direitos econômicos e sociais, porque não integram o campo dos direitos individuais, mas o daqueles.

Assim, entende-se que a liberdade é gênero, tendo várias derivações e entre elas, a liberdade religiosa, que nada mais é que a liberdade de escolher a qual religião pertencer ou ainda o direito de não pertencer a nenhuma religião ou não crer em nenhum tipo de preceito.

O Brasil é um país laico, portanto, não há vinculação alguma da República Federativa do Brasil com uma religião específica, ensinamentos, dogmas ou princípios. Seu Preâmbulo, desde a promulgação da Constituição de 1988 tem gerado controvérsias judiciais, eis que este dispõe:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Apesar de muito criticado por invocar a palavra “Deus”, o Preâmbulo da Constituição Federal é desprovido de força normativa, adotando a Constituição o entendimento da irrelevância jurídica, ou seja, de que a palavra “Deus” mencionada no Preâmbulo é meramente ilustrativa, não

estabelecendo qualquer vínculo entre a República Federativa do Brasil e uma determinada religião, como ocorria com a Constituição outorgada de 1824, a qual declarava expressamente em seu artigo 5º que a religião católica era a religião oficial do País.

O Supremo Tribunal Federal adotou a tese da Irrelevância Jurídica, conforme ocorreu no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.076. A referida ação tratava da necessidade de no preâmbulo do Estado do Acre se invocar a proteção de Deus, em consonância com o Preâmbulo da Constituição Federal. A ação foi julgada improcedente, tendo como relator o Ministro Carlos Veloso, o qual declarou em seu voto:

O preâmbulo, resai das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do Constituinte. É claro que uma Constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter o preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto relevância jurídica. O Preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o Preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local.

Por isso, apesar do preâmbulo enunciar a palavra “Deus” o enunciado em si é meramente enunciativo, sendo usado para enunciar os Fundamentos da República Federativa do Brasil, não tendo força normativa o suficiente para interpretar as normas contidas na Constituição e nas normas infraconstitucionais. Neste sentido, o tópico seguinte abordará os fundamentos constitucionais da liberdade religiosa.

3.1 Fundamentos constitucionais e a Dignidade da Pessoa Humana

A liberdade religiosa está prevista dentro do texto constitucional no artigo 5º, inciso VIII, o qual estabelece que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei [...]”. Na opinião de Bahia (2017, p. 123):

A liberdade de religião exterioriza-se pela manifestação de pensamento e pode ser apresentada sob duas formas: a) liberdade de consciência e de crença: é a liberdade de foro íntimo. Ninguém pode obrigar ninguém a pensar deste ou daquele modo ou acreditar nisto ou naquilo. Ambas as liberdades situam-se no recante mais profundo da alma humana e são invioláveis; b) liberdade de culto religioso: protege o conjunto de manifestações que levam o crente a expressar sua religião (ritos, cerimônias, cultos, manifestações, reuniões, hábitos, tradições, etc).

Portanto, a liberdade religiosa pode ser entendida tanto sob o ponto de vista de acreditar em algo ou pensar de um modo quanto a acreditar em dogmas específicos de uma religião e seguir esses preceitos e cultos, podendo, diante da laicidade do Brasil pertencer às mais diversas religiões, tais como; catolicismo, espiritismo, judaísmo, budismo, ateísmo, testemunhas de Jeová, protestantismo, islamismo, adventismo, messianismo, umbandismo, entre outras. A liberdade religiosa não se limita ao inciso VIII do artigo 5º dentro do texto Constitucional, estando prevista também no art. 5º, incisos VI e VII, que asseguram, respectivamente:

[...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; [...].

No primeiro caso, vislumbra-se a liberdade de participar de cultos religiosos, sendo assegurada a proteção a esses locais de culto religioso, e no segundo caso, é assegurada a prestação de assistência religiosa em diversos locais, como hospitais, por exemplo. Outros dispositivos constitucionais trazem a liberdade religiosa à baila, tais como o artigo 210, §1º, o qual

estabelece que o ensino religioso será uma matéria ministrada nas escolas, porém, a matrícula na referida matéria será facultativa considerando a laicidade do Estado e a liberdade religiosa das pessoas.

Ainda, o texto constitucional estabelece no Título III, que trata da Organização do Estado, uma série de vedações aos Entes Federativos e entre elas destaca-se em seu artigo 19, inciso I, a proibição de qualquer dos entes impor um culto religioso específico ou mesmo embaraçar o funcionamento de qualquer igreja ou entidade destinada a fins religiosos, respeitando assim a convicção de cada pessoa, em observância tanto a dignidade da pessoa humana quanto ao objetivo da República Federativa do Brasil previsto no artigo 3, inciso I, de construir uma sociedade livre, justa e solidária:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...] (BRASIL, 1988).

No caso previsto no artigo 5º, inciso VIII, vale destacar o imperativo da escusa de consciência. Para Bahia (2017, p.123),

[o] inciso VIII consagra a escusa de consciência, imperativo de consciência ou escusa absolutória. Essas três expressões servem para denominar o direito que nós temos, de deixar de cumprir a obrigação legal a todos imposta (ser mesário nas eleições, cumprir serviço militar obrigatório etc.), que seja contrária à religião ou convicção filosófica ou política. Neste caso, o Estado determinará, no lugar da obrigação principal, a realização de uma prestação alternativa, que se descumprida, gerará a privação de direitos políticos (do status de cidadão) na forma do art. 15, IV.

Assim, a escusa de consciência é a possibilidade de a pessoa deixar de cumprir obrigação imposta pelo Estado, como o serviço de mesário, jurado, ou mesmo uma atividade relativa ao serviço militar obrigatório quando esse serviço imposto pelo Estado viola tanto a religião quanto a convicção filosófica ou política da pessoa.

No entanto, a possibilidade de se eximir da prestação obrigatória cabe somente quando a pessoa realmente tiver sua crença violada, não cabendo pelo simples desinteresse da pessoa de cumprir a obrigação. Além disso, a escusa de consciência não desobriga a pessoa de cumprir uma obrigação, ficando essa vinculada ao cumprimento de uma prestação alternativa. Para Paulo e Alexandrino (2015, p.137):

A escusa de consciência não permite, entretanto, que a pessoa simplesmente deixe de cumprir a obrigação legal a todos imposta e nada mais faça. Nesses casos-de haver uma obrigação legal geral cujo cumprimento afronte convicção religiosa, filosófica e política- o Estado poderá impor a quem alegue imperativo de consciência uma prestação alternativa, compatível com suas crenças ou convicções, fixada em lei. Se o Estado estabelece a prestação alternativa e o indivíduo recusa seu cumprimento, aí sim poderá ser privado de direitos.

Logo, o imperativo de consciência serve de certo modo a garantir a liberdade religiosa, porém, sempre obedecendo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e sempre com a consciência de que nenhum direito é absoluto, sendo a relatividade uma das características dos direitos fundamentais. Para Lenza (2012, p. 962):

Os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex: direito de propriedade versus desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da **máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos**, conjugando-a com a sua mínima restrição (grifos dos autores).

Assim, como os direitos fundamentais não são absolutos, muitas vezes colidem com outros direitos, gerando um problema para o mundo jurídico, pois se deve estabelecer qual direito prevalece na prática. Quando o conflito ocorre com um direito previsto na Constituição Federal e um previsto na legislação infraconstitucional, o conflito é facilmente resolvido, considerando que a norma constitucional tem status superior à norma infraconstitucional, resolvendo-se o conflito de forma simples e efetiva, ou seja, a constitucional

prevalece sobre a norma de status inferior, qual seja, a norma infraconstitucional.

A hermenêutica é a parte do direito constitucional responsável por coordenar a atuação de normas e princípios e de resolver os eventuais conflitos entre direitos, se utilizando de diversos meios para isso, como as regras interpretativas da unidade da constituição; do efeito integrador; da máxima efetividade ou da eficiência; da justeza ou da conformidade funcional; da concordância prática ou da harmonização; da força normativa da constituição.

E justamente à luz disso, o tópico seguinte tem como objetivo analisar as polêmicas sobre o tema e a posição dos tribunais brasileiros acerca do assunto.

3.2 A posição dos Tribunais e as polêmicas acerca do tema

O conflito entre normas constitucionais causa não só uma insegurança na sociedade, mas também na Administração Pública e no próprio Judiciário, uma vez que põe em risco a Segurança Jurídica. Ao tratar do conflito entre normas constitucionais, Moraes (2017, p. 33) estabelece:

O conflito entre direitos e bens constitucionalmente protegidos resulta do fato de a Constituição proteger certos bens jurídicos (saúde pública, segurança, liberdade de imprensa, integridade territorial, defesa nacional, família, idosos, índios etc.), que podem vir a envolver-se numa relação do conflito ou colisão. Para solucionar-se esse conflito, compatibilizando-se as normas constitucionais, a fim de que todas tenham aplicabilidade, a doutrina aponta diversas regras de hermenêutica constitucional em auxílio ao intérprete.

Por isso, ao haver um conflito entre normas constitucionais, ou mesmo entre direitos fundamentais, o intérprete deve-se utilizar das regras da hermenêutica para solucionar o conflito. Não obstante, uma regra muito utilizada para solucionar o conflito entre direitos fundamentais é a regra da harmonização, a qual busca estabelecer uma harmonia entre os direitos

conflitantes ao invés de sacrificar um em detrimento do outro. Quanto ao tema, Moraes (2017, p.45) cita que:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas). Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

O direito à liberdade religiosa, como todos os direitos, tem sua aplicação de modo relativo e não absoluto, sofrendo conflito em alguns casos com outros direitos, como quando, por exemplo, choca-se com o direito à vida no caso dos adeptos da religião Testemunha de Jeová, os quais não podem realizar procedimentos médicos que envolvam transfusões de sangue. O fundamento desses religiosos baseia-se em passagens da Bíblia, mais especificamente nos trechos de Gênesis 9:4 e Levítico 17:14, Deuteronômio 12:23 e Atos dos Apóstolos 15:28, nos quais Deus teria proibido seus fiéis de consumirem sangue de qualquer tipo de carne animal, devendo comer a carne que não possua resquícios do sangue do animal. Estipula o Livro de Gênesis, Capítulo 09, Versículo 04:

Mas não comam a carne com o sangue, que é a vida dela. Vou pedir contas do sangue, que é a vida de vocês; vou pedir contas a qualquer animal; e ao homem vou pedir contas da vida do seu irmão. Quem derrama o sangue do homem, terá seu próprio sangue derramado por outro homem. Porque homem foi feito à imagem de Deus (BÍBLIA, 2008).

Desse modo, os adeptos da religião de Testemunhas de Jeová creem, dentro de seu direito à liberdade religiosa, que se consumirem alimentos com o sangue estarão desrespeitando a Deus. Do mesmo modo, ao realizarem algum tipo de tratamento, mesmo os de caráter médico, estão

incorrendo no derramamento de sangue acima descrito, o que seria uma ofensa a Deus, situação que faz com que os adeptos desta religião prefiram não se submeter a tratamentos médicos que envolvam sangue. Ainda dispõe o Livro Levítico, capítulo 17, versículo 14: “[o] sangue é a vida de todo ser vivo; foi por isso que eu disse aos filhos de Israel; “[n]ão comam o sangue de nenhuma espécie de ser vivo, pois o sangue é vida de todo ser vivo, e quem comer será exterminado” (BÍBLIA, 2008).

No entendimento da religião de Testemunhas de Jeová, a vida da pessoa está em seu sangue e o sangue é algo extremamente sagrado, sendo usado inclusive em oferendas a Deus, conforme se extrai da leitura da Bíblia. Para esses adeptos, o sangue é algo sagrado, não devendo ser tocado, portanto, esses adeptos não consomem a carne de animais que foram estrangulados, por exemplo, pois o sangue ficaria impregnado, não podendo uma pessoa comer sangue e nem mesmo usar o sangue para fins medicinais, pois o sangue é algo sagrado, não podendo ser manipulado por médicos mesmo que para tratamento de saúde. Ainda estabelecem as passagens de Deuteronômio, capítulo 12, versículo 23, e Atos dos Apóstolos, capítulo 15, versículo 28, respectivamente;

[p]orém, de nenhum modo coma o sangue, pois o sangue é a vida. Portanto, não coma a vida com a carne. Porque decidimos, o Espírito Santo e nós, não impor sobre vocês nenhum fardo, além destas coisas indispensáveis: abster-se de carnes sacrificadas aos ídolos, do sangue, das carnes sufocadas e das uniões ilegítimas. Vocês farão bem se evitarem essas coisas.

Dessa forma, os adeptos da religião de Testemunhas de Jeová não podem receber transfusões de sangue, nem fazer a doação do sangue em si ou de qualquer de seus componentes, como plasma, hemácias, glóbulos ou plaquetas pois isso seria um pecado e um desrespeito à religião e ao próprio Deus, situação em que a pessoa seria expulsa da religião, por isso, aqueles que fazem parte da religião, por suas convicções pessoais e dogmáticas, acabam seguindo esses ensinamentos.

Contudo, há métodos usados para tratamento médico sem o uso de sangue, que se mostram eficazes em algumas situações mais simples, porém, em situações de urgência se mostram ineficazes e acabam levando muitos pacientes à morte. Quanto ao tema já se manifestou a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso:

TESTEMUNHA DE JEOVÁ – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO COM POSSIBILIDADE DE TRANSFUSÃO DE SANGUE – EXISTÊNCIA DE TÉCNICA ALTERNATIVA – TRATAMENTO FORA DO DOMICÍLIO – RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DIREITO À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – RESPEITO À LIBERDADE RELIGIOSA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – LIMINAR CONCEDIDA – RECURSO PROVIDO. Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve proporcionar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente. (Agravo de Instrumento Cível nº 002239596.2006.8.11.0000, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MT, Relator: Des. Sebastião de Arruda Almeida, j. 31-05-2006).

Portanto, muitos Tribunais têm permitido tratamentos médicos alternativos em que não haja a utilização de sangue, situação em que não haveria violação do direito à liberdade religiosa dos adeptos da religião Testemunhas de Jeová, que poderiam sem problemas sujeitar-se a esses métodos alternativos, devendo o Estado respeitar esse direito, conforme se

observou no Julgamento acima. Ainda quanto ao tema, já decidiu a Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. Transfusão de sangue. Direitos fundamentais. Liberdade de crença e dignidade da pessoa humana. Prevalência. Opção por tratamento médico que preserva a dignidade da recorrente. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de “salvar a pessoa dela própria”, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calçado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (Agravo De Instrumento Cível nº 0148073-89.2009.8.21.7000, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Claudio Baldino Maciel, j. 11-03-2010).

Neste norte, os Tribunais têm se manifestado no sentido de que a pessoa tem direito à liberdade religiosa, tem direito à saúde e tem direito à liberdade de escolher a que tratamento será submetido, por isso se a pessoa escolher não se submeter a um tratamento médico que envolva transfusão sanguínea, esse direito deve ser respeitado pelos médicos e hospitais, não podendo o poder público obrigar a pessoa a se sujeitar a um tratamento médico ao qual ela declarou expressamente que não deseja se submeter.

Surge o conflito do direito à liberdade religiosa com o direito à vida quando não há outra alternativa ou outro tratamento médico sem a utilização de sangue ou ainda quando as técnicas alternativas se mostram ineficazes. Em situações urgência ou emergências médicas se faz necessário uma intervenção médica de qualquer forma a fim de salvar a vida do paciente, sendo que sem a intervenção médica, o paciente ocorre risco de

perder a vida, devendo o médico fazer o possível para salvar o paciente e empregar todas as técnicas necessária afim de salvar a vida, mesmo que para tal precisam realizar transfusão de sangue nesse tratamento, pois como já dispõe o Código de Ética Médica que é vedado ao médico “[...] art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”.

Portanto, conclui-se que o direito à liberdade religiosa é importante e deve ser respeitado, no entanto, em certas situações esse direito sofre restrições ou limitações ao seu exercício, quando choca-se, por exemplo, com o direito à vida. Assim, enquanto houver tratamentos alternativos que possam ser utilizados sem a transfusão de sangue, a liberdade do paciente será respeitada, contudo, quando esse paciente correr sério risco de perder a vida, o Código de Ética Médico obriga o profissional a empreender todos seus esforços a fim de salvar a vida do paciente, agindo o profissional médico em prol do direito à vida.

4. A liberdade religiosa das crianças e dos adolescentes

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma série de direitos às crianças e adolescentes, dispondo sobre a liberdade em seu artigo 16, que abrange o direito à liberdade religiosa, o qual dispõe que o direito à liberdade compreende o direito à crença e culto religioso. A liberdade trazida por esse documento legal às crianças e adolescentes o direito à liberdade religiosa em seu artigo 16, inciso III, busca assemelhar-se às liberdades asseguradas a todas as pessoas pela Carta Magna de 1988, particularmente com o artigo 5º, VIII.

O direito à liberdade religiosa para crianças e adolescentes lhes confere o direito de escolher a religião a qual desejam pertencer ou mesmo o direito de não pertencer a nenhuma religião ou mesmo de crer em

determinadas convicções, mesmo que diversas das de seus pais. Quanto a isso, Amin (2015, p. 95) cita que

[...] [c]renças e cultos religiosos livres também estão compreendidos no direito à liberdade. Os pais, no cumprimento do dever de educar, devem oferecer aos filhos educação formal e moral, formação religiosa. De início, os filhos absorvem a religião dos pais, pois normalmente a única que lhes foi apresentada. Quando começam a sofrer o natural processo de amadurecimento, já na adolescência, questionam e aprendem que a religião se expressa de várias formas e a lei lhes assegura o direito de escolher uma dessas formas como a que melhor realiza seus objetivos de vida. Não podem os pais interferir nesse processo de escolha, mesmo que contrário às suas próprias convicções religiosas. O agir dos pais está limitado pelo princípio do superior interesse do filho; se este não foi violado, os pais não podem interferir impondo seu querer.

Logo, o Estatuto da Criança e do Adolescente busca trazer para a titularidade das crianças e adolescentes os mesmos direitos assegurados na Constituição Federal, porém, com ênfase no princípio do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, que sempre deve prevalecer no âmbito de aplicação dos direitos dos menores. Sobre o tema, explana Nucci (2017, p. 57):

Assegura o art. 5, VI da CF, a liberdade de crença e culto a todos os indivíduos, de modo que este dispositivo apenas confirma o direito fundamental. Uma das consequências dessa liberdade é assegurar à criança e ao adolescente, enquanto estiver abrigado em qualquer instituição pública ou privada, apenas uma orientação de cunho religioso, mas jamais uma obrigação de seguir esta ou aquela religião.

A Lei Federal n. 8.069 de 1990 busca proporcionar às crianças e adolescentes tanto o direito à vida quanto o direito à liberdade religiosa. Além do disposto no artigo 16 há disposição no artigo 124, inciso XVI, que prevê a assistência religiosa aos adolescentes privados de liberdade, caso assim desejarem. Nota-se que o Estatuto se preocupou de modo efetivo com a garantia das liberdades individuais dos menores, mesmo que estes se encontrem privados de sua liberdade, como no caso das medidas socioeducativas. E após tais compreensões, abordar-se-á no ponto seguinte sobre o conflito de direitos fundamentais da criança e do adolescente.

4.1 O conflito de direitos fundamentais da criança e do adolescente

Do mesmo modo que ocorre com os direitos previstos da Constituição, os direitos previstos no já citado Estatuto também sofrem colisão. Sendo assim, o direito à vida choca-se com o direito à liberdade religiosa no caso de procedimentos médicos com transfusões de sangue dos menores cujos pais são adeptos da religião Testemunhas de Jeová, o que gera um problema tanto para os médicos, como para a sociedade e para o direito.

O problema para o direito se baseia no fato de que tanto uma criança como um adolescente não possuem capacidade civil para responder por seus atos, portanto, não têm a capacidade legal para decidir o que é melhor para eles, ou seja, a qual tratamento desejam se submeter. A capacidade civil só é alcançada aos 18 anos, esses menores, embora detentores de direitos e deveres, devem ser representados ou assistidos por seus genitores nos atos da vida civil. No tocante à representação e assistência do menor, leciona Tartuce (2017, p. 161):

Quanto à pessoa física ou natural, aqui figura a grande importância dos arts. 3º e 4º, do CC, que apresentam as relações das pessoas absoluta ou relativamente incapazes, respectivamente. Enquanto os absolutamente incapazes devem ser representados por seus pais ou tutores; os relativamente incapazes devem ser assistidos pelas pessoas que a lei determinar. Todavia, pode o relativamente incapaz celebrar determinados negócios, como fazer testamento, aceitar mandato ad negotia e ser testemunha.

Esse grupo de pessoas chamado de relativamente incapazes é um grupo tido como intermediário, sendo os absolutamente incapazes privados de qualquer decisão em sua vida, tendo sua vontade substituída pela vontade de seus representantes legais, considerando que o ordenamento jurídico afirma que lhes falta discernimento para realizarem por si só os atos da vida civil. Portanto, muitas vezes os menores não têm capacidade para assegurar que estes direitos e deveres sejam garantidos, cabendo aos

pais ou responsáveis legais assegurar o direito da criança e adolescente dentro do poder familiar.

Em outras palavras, os pais seriam as pessoas a quem a lei atribui a função de zelar pelos direitos fundamentais dos menores, tendo estes o poder de decidir o que é melhor para seus filhos, visto que o artigo 5º do Código Civil estabelece que a menoridade cessa aos 18 anos, ocasião em que os menores ficam habilitados para todos os atos da vida civil, podendo então, escolher a que tratamento médico desejam se submeter, não sendo mais representados por seus pais, podendo eles mesmos optar pelo tratamento médico que consideram adequado, mesmo que esse tratamento seja conflitante com a religião dos pais.

Quanto aos conflitos entre direitos fundamentais propriamente ditos, o Direito Constitucional elenca uma série de princípios a fim de resolver o conflito, como o princípio da harmonização já mencionado. Assim, mister trazer à baila o entendimento de Dutra (2017, p.108):

Os princípios constitucionais são normas jurídicas dotadas de normatividade, que obrigam e vinculam. No caso de colisão entre direitos e garantias fundamentais (que são princípios), um deles deve “ceder”. Isso não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo. Na verdade, vigora a ideia de peso ou valor, de modo que o princípio de maior peso é que deve preponderar no caso concreto. Com efeito, para a solução de conflitos entre princípios, no caso concreto, utiliza-se o princípio da proporcionalidade, também conhecido como “metaprincípio” ou o “princípio dos princípios”. Utiliza-se a ponderação de bens como método para se adotar uma decisão de preferência entre direitos ou bens em colisão. O princípio da proporcionalidade determina que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional, ou seja, não excessiva.

Desse modo, a fim de resolver um conflito, como no caso do direito à vida versus o direito à liberdade religiosa, um método eficaz seria o da ponderação, pois este possibilita a aplicação de um direito, considerado de maior importância, mesmo que da mesma hierarquia, enquanto o outro, apesar de não ser declarado nulo, terá menor aplicação ao caso concreto. Quanto ao conflito entre esses direitos, já ensina Alexy (2011, p. 118) que:

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fálicas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Portanto, ao tratar do conflito entre direitos fundamentais, os quais possuem a mesma hierarquia dentro do plano jurídico deve-se exercer um juízo de ponderação ou, ainda, de relativização, assegurando uma aplicação harmônica entre esses direitos a fim de garantir a segurança e a ordem jurídica. Assim sendo, considerando essa questão, no último tópico, será feito um estudo acerca da liberdade religiosa relativa à criança e ao adolescente em *leading cases*.

4.2 A liberdade religiosa afeta à criança e ao adolescente em *leading cases*

Analisando o problema da liberdade religiosa das crianças e adolescentes em conflito com o direito à vida, o Código de Ética Médica dispõe em seu art. 7º que é vedado ao médico deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, por isso, mesmo que haja um conflito no ordenamento jurídico, o profissional médico não pode deixar de empreender todos seus esforços e conhecimentos técnicos a fim de salvar o menor, sendo inclusive responsabilizado se deixar de atender o paciente. Sobre o tema já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, AUTORIZAR OU ORDENAR TRATAMENTO MÉDICO-CIRÚRGICOS E/OU HOSPITALARES, SALVO CASOS EXCEPCIONALÍSSIMOS E SALVO QUANDO ENVOLVIDOS OS INTERESSES DE MENORES. SE IMINENTE O PERIGO DE VIDA, É DIREITO E DEVER DO MÉDICO EMPREGAR TODOS OS TRATAMENTOS, INCLUSIVE

CIRÚRGICOS, PARA SALVAR O PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DESTES, E DE SEUS FAMILIARES E DE QUEM QUER QUE SEJA, AINDA QUE A OPOSIÇÃO SEJA DITADA POR MOTIVOS RELIGIOSOS. IMPORTA AO MÉDICO E AO HOSPITAL E DEMONSTRAR QUE UTILIZARAM A CIÊNCIA E A TÉCNICA APOIADAS EM SÉRIA LITERATURA MÉDICA, MESMO QUE HAJA DIVERGÊNCIAS QUANTO AO MELHOR TRATAMENTO. O JUDICIÁRIO NÃO SERVE PARA DIMINUIR OS RISCOS DA PROFISSÃO MÉDICA OU DA ATIVIDADE HOSPITALAR. SE TRANSFUSÃO DE SANGUE FOR TIDA COMO IMPRESCINDÍVEL, CONFORME SÓLIDA LITERATURA MÉDICO CIENTÍFICA (NÃO IMPORTANDO NATURAIS DIVERGÊNCIAS), DEVE SER CONCRETIZADA, SE PARA SALVAR A VIDA DO PACIENTE, MESMO CONTRA A VONTADE DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ, MAS DESDE QUE HAJA URGÊNCIA E PERIGO IMINENTE DE VIDA (ART. 146, § 3º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL). CASO CONCRETO EM QUE NÃO SE VERIFICAVA TAL URGÊNCIA. O DIREITO À VIDA ANTECEDE O DIREITO À LIBERDADE, AQUI INCLUÍDA A LIBERDADE DE RELIGIÃO; É FALÁCIA ARGUMENTAR COM OS QUE MORREM PELA LIBERDADE POIS, AÍ SE TRATA DE CONTEXTO FÁTICO TOTALMENTE DIVERSO. NÃO CONSTA QUE MORTO POSSA SER LIVRE OU LUTAR POR SUA LIBERDADE. HÁ PRINCÍPIOS GERAIS DE ÉTICA E DE DIREITO, QUE ALIÁS NORTEIAM A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS, QUE PRECISAM SE SOBREPOR AS ESPECIFICIDADES CULTURAIS E RELIGIOSAS; SOB PENA DE SE HOMOLOGAREM AS MAIORES BRUTALIDADES; ENTRE ELAS ESTÃO OS PRINCÍPIOS QUE RESGUARDAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS COM A VIDA E A DIGNIDADE HUMANAS. RELIGIÕES DEVEM PRESERVAR A VIDA E NÃO EXTERMINÁ-LA. (Apelação Cível Nº 595000373, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, j. 28-03-1995).

Como já demonstrado pela jurisprudência acima, o médico deve empreender todo seu potencial para salvar a vida do paciente, não importando qual técnica será utilizada desde que esta resulte na salvação do paciente, não podendo deixar de prestar auxílio pois será responsabilizado penalmente se entregar os cuidados do paciente à providência divina e não empreender todo seu potencial para tentar salvar a vida do paciente, mesmo que os métodos utilizados firam os princípios religiosos do paciente ou seus representantes legais, no caso de crianças e adolescentes.

Ao analisar o tema, a doutrina tem se manifestado sobre a prevalência do direito à vida em relação ao direito à liberdade religiosa, tendo em vista o caráter supremo do direito à vida, sem o qual nenhum

outro direito pode ser exercido. Ao tratar da prevalência do Direito à vida das crianças e adolescente no âmbito dos conflitos entre direitos fundamentais, Amin (2015, p. 77) cita que:

A dignidade é valor supremo que fundamenta nossa atual ordem jurídica e implica o reconhecimento de direitos indispensáveis para a realização do ser humano. Exemplificando de forma singela, se um adolescente estiver à beira da morte, deve-se buscar, minimamente, assegurar os recursos para mantê-lo vivo, ou se inevitável a morte precoce, que ao menos seja digna, com tratamento e apoio.

Um caso de grande repercussão no ano de 2017 que trouxe à baila essa discussão foi de um bebê recém-nascido que sofria de má-formação no coração. Assim que nasceu, a criança apresentou anemia, necessitando de uma transfusão de sangue para se manter viva. No entanto, seus pais não permitiram que tal transfusão fosse realizada pois esse procedimento iria contra os preceitos de sua religião, sendo eles Testemunhas de Jeová.

Diante do grave risco de morte da criança, o Hospital Beneficência Portuguesa ingressou com pedido de tutela de urgência como pedido liminar perante a 3ª vara Cível da Comarca de São Paulo para que a transfusão de sangue fosse realizada. A juíza do caso deferiu o pedido de tutela de urgência formulado pelo Hospital, fazendo com que a transfusão fosse realizada e a criança sobrevivesse. Em sua decisão, mencionou a Magistrada:

A questão que se põe não é o confronto entre o direito e o respeito à livre convicção religiosa e o direito à vida. Conquanto óbvio que o primeiro deva ser respeitado, entendo que tal regra deve ser excepcionada quando ele se coloca em confronto com segundo, de primazia absoluta: se não há vida, não há motivo para a garantia de qualquer outro direito. Ainda mais quando se trata de paciente menor de idade, incapaz de expressar sua própria vontade: neste caso, salvo melhor juízo, não é dado aos pais escolher entre a vida e a morte de terceiro (PC, nº 001357727.2016.8.26.0635, 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Juíza Mônica Di Stasi Gantus Encinas, j. 09-022017).

No fundamento de sua decisão a Magistrada utilizou-se do julgado da terceira turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual já decidiu:

DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. O recurso de agravo deve ser improvido porquanto à denúncia da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue, não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar à saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor. (TRF4 - 3ª T. - Apelação Cível: AC 155 RS 2003.71.02.000155-6. Rel. Des. Vânia Hack de Almeida, j. 24-10-2006).

Então, tendo o Tribunal decidido que sendo a vida um direito fundamental, essencial para o exercício dos demais direitos, essa deve ser

preservada, sendo a vontade dos responsáveis legais substituída pela Decisão do Magistrado. Do mesmo modo, Lenza (2012, p. 985) cita:

Avançando a análise, não deve ser reconhecido o crime de constrangimento ilegal (art. 146, §3º, CP) na hipótese das **Testemunhas de Jeová** se estiver o médico diante de **urgência** ou **perigo iminente**, ou se o paciente for **menor de idade**, pois fazendo uma ponderação de interesses, não pode o direito à vida ser suplantado diante da liberdade de crença, até porque a Constituição não ampara nem incentiva atos contrários à vida. (grifos dos autores)

Em relação a prevalência do direito à vida, um tema que chamou a atenção foi a decisão proferida pela 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos de Habeas Corpus nº 268.459, do Estado de São Paulo, por meio da qual inocentou os pais de uma menina pela morte de sua filha de 13 anos por recusa à transfusão de sangue que se fazia necessária. A decisão, no entanto, condenou o médico sob a alegação de que este não utilizou de todos os métodos que estavam à sua disposição para salvar a vida da criança, conforme se extrai da decisão abaixo:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESPE E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado. 2. Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em habeas corpus, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados. 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de

recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexitem direitos absolutos em nossa ordem constitucional, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional.⁴ Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes. (STJ - HC: 268459 SP 2013/0106116-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 02/09/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/10/2014)

Portanto, houve a condenação do médico e a absolvição dos pais da infante, decisão que ensejou grande crítica por parte da sociedade. Analisando a questão sob o enfoque jurídico, o Código Civil dispõe que os menores só adquirem capacidade civil aos dezoito anos, sendo, antes disso, representados ou assistidos por seus genitores, conforme o caso.

Contudo, em determinadas situações, como o julgado da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4^o Região e a decisão da 6^o turma do Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus n^o 268.459, tal disposição não se aplica, devendo o médico empreender todos seus esforços para salvar

a vida do paciente, em consonância com o Código de Ética Médica, que gera um dever do médico desrespeitar a escolha do paciente, ou a escolha dos representantes legais do paciente, em caso de iminente risco de morte, somente havendo a possibilidade da prescrição de tratamento alternativo enquanto o paciente menor não corre risco de perder a vida.

5. Conclusão

Com base nos estudos propostos no presente artigo, percebeu-se a importância do direito à vida e do direito à liberdade religiosa das crianças e adolescente e sua colisão nos casos práticos. No que se refere a tutela jurídica dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tem-se que tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente abordam os direitos relativos aos menores, havendo a Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do Superior Interesse para melhor atender os menores respeitando sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Quanto ao direito à liberdade religiosa, percebeu-se que este é um direito com amparo constitucional, sendo relativo, como todo direito fundamental. Ao analisar o conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa dos menores em *leading cases*, constatou-se que será aplicada a ponderação pelo Magistrado em cada caso em concreto, conforme demonstrou-se com as jurisprudências.

Por conseguinte, o estudo não buscou esgotar o tema, mas conclui que, apesar de o direito à vida e o direito à liberdade religiosa estarem na mesma hierarquia, existem casos em que um direito deve ser sacrificado em prol de outro, devendo o Magistrado ao julgar, exercer um Juízo de Ponderação entre os direitos conflitantes.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AMIN, Andréa Rodrigues. **O direito material sob o enfoque constitucional**. 2015. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de direito da criança e do adolescente.

8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BÍBLIA. **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Resolução nº 2.217**, de 01 de novembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, DF: Diário Oficial da União.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 268459**. Sexta Turma. Impetrante: Alberto Zacharias Toron et al. Impetrado: TJSP. Relator: Min. Maria Thereza de Assis. Brasília/DF: DOU de 02 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2076**. Requerente: Partido Social Liberal. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília/DF: DOU de 15 de agosto de 2002.

BRASIL. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 22 nov. 1990a.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 16 jul. 1990b.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível. n. 2003.71.02.000155-6**. Relator: Vânia Hack de Almeida. Julgado em 24 out. 2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>. Acesso em: 13 out. 2018.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da criança e do adolescente**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento. n.002239596.2006.8.11.0000**. Relator: Sebastião de Arruda Almeida. Julgado em: 31 maio 2006. Disponível em: <jurisprudencia.tjmt.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOTTA FILHO, Sylvia; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ONU. Assembléia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 11 set. 2018.

ONU. Assembléia Geral. **Declaração dos Direitos da Criança**, 20 de novembro de 1959. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitosdacrianca.html>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 014807389.2009.8.21.7000**. Relator: Claudio Baldino Maciel. Julgado em: 11 mar. 2010. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 595000373**. Relator: Sérgio Gischkow Pereira. Julgado em: 28 mar. 1995. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

SÃO PAULO. 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. **Procedimento Comum n. 0013577- 27.2016.8.26.0635**, 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, Juíza Mônica Di Stasi Gantus Encinas. Julgado em: 09 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/2/art20170210-23.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Artigo recebido em: 12/02/2019.

Aceito para publicação em: 20/05/2019.