



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LYELLEN SILVA FERNANDES

**A RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO PELOS PAIS EM CASO DE
FILHOS MENORES: A CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E
O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA EM CONFRONTO COM
O DIREITO À VIDA**

Salvador
2017

LYELLEN SILVA FERNANDES

**A RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO PELOS PAIS EM CASO DE
FILHOS MENORES: A CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E
O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA EM CONFRONTO COM
O DIREITO À VIDA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Ana Thereza Araújo Meirelles.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

LYELLEN SILVA FERNANDES

A RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO PELOS PAIS EM CASO DE FILHOS MENORES: A CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA EM CONFRONTO COM O DIREITO À VIDA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2017

A Deus, pelo sustento diário. A minha família e amigos, por todo suporte, paciência e amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu sustento diário, fonte de onde retiro forças para galgar novos caminhos, muitas vezes dolorosos, mas necessários. Meu melhor amigo, a Ti devo louvores e agradecimentos.

A minha família, em especial meus queridos pais, que com toda bravura de sol a sol, não medem esforços para me proporcionarem um futuro melhor. Manter filhos estudando longe não é tarefa fácil, sei bem disso. Além do alto custo, a falta da companhia dessas figuras parentais influenciam demais em nossas vidas. Mas, meus pais, saibam que o meu propósito de vida é honrar tudo o que vocês já fizeram por mim. Obrigada por todo amor.

Meus queridos irmãos: Durval, obrigada por todo apoio e proteção singular. João e Davi, joias preciosas que Deus nos enviou para alegrar ainda mais nosso lar, obrigada pelo amor e carinho. A existência de vocês tem sido meu impulso e motivação.

Minha querida vozinha Isabel, agradeço por todo cuidado e dedicação que tem comigo, sempre prestativa e atenciosa com a neta primogênita.

Ao meu namorado Leonardo, que tem me ajudado a me tornar uma pessoa melhor a cada dia, mais centrada, auto confiante e determinada. Obrigada pela paciência, por me compreender e nunca me abandonar nessa trajetória. Amo você.

Aos meus amigos da faculdade, tesouros que Deus me deu aqui em Salvador, que sempre estiveram presentes, torcendo e me apoiando com palavras de força e ânimo, cada um com sua forma singular de ser. Agradeço em especial a Aninha – pela empatia, por ser ombro amigo, consolador e encorajador sempre; Rai – companheira de apartamento, onde pude dividir grandes momentos da minha vida em Salvador, obrigada pelo companheirismo e atenção; Gaby – me fez compreender, de forma especial, novas formas de lutar pelo nossos objetivos. Mine, Mari, Lívia, Lara, Luci e Jaime, amizades que quero levar pra vida.

Aos meus amigos de sempre, por, mesmo de longe, se fazerem presentes, nunca me abandonando apesar da distância física. Costumo falar que amigos são as escoras que nos mantem de pé quando fraquejamos. Obrigada por sempre me ouvirem quando preciso. Em especial agradeço a Mikaella, amiga-irmã que, por maior que seja o tempo que passemos distantes, somos capazes de manter total sintonia. A Sandy, por nunca abrir mão da minha amizade. A Alda e Ianny, minhas amigas cacheadas mais lindas, por sempre me motivarem, por todo zelo, carinho, atenção e preocupação que tens dedicado a mim nesses anos de amizade.

Obrigada por, mesmo sem entenderem uma vírgula desta pesquisa, me ouvirem quando eu precisava desabafar sobre um tópico que me agoniava. Possuo grande carinho por vocês.

A Igreja Assembleia de Deus da Barra que se tornou minha segunda casa nos últimos meses; me concederam apoio emocional e psicológico, onde me aproximei de Deus e fiz muitas amizades.

Agradeço imensamente a minha orientadora Ana Tereza Meirelles, que com todo conhecimento, doçura, paciência e amor, não mediu esforços para me orientar ao decorrer desta pesquisa. Professora, a senhora se tornou exemplo de profissional competente, dedicada e, ao mesmo tempo, amorosa e atenciosa. Agradeço a Deus pela sua vida. Foi um prazer ser sua orientanda.

A Baiana, instituição que me auxiliou nessa caminhada chamada graduação. Em especial agradeço a Fernanda Lins por nunca medir esforços para me ajudar. Agradeço também aos queridos funcionários da biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, que, às 7:00 da manhã, já estavam sorridentes e felizes, me desejando bom dia, em todos os dias desse trajeto, em especial aos que dediquei à escrita desta pesquisa. Vocês também são partes disto.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”

Eduardo Juan Couture

“Não há nada mais relevante para a vida social que a formação do sentimento da justiça”

Ruy Barbosa

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar a possível aplicação da teoria do menor maduro no Brasil. Para isso, é imperioso analisar premissas introdutórias do direito à vida na ordem constitucional brasileira. Logo após, busca-se a análise da ponderação de princípios trazida por Alexy, relacionada ao direito à vida e a liberdade religiosa dos pais e do menor em questão. No bojo dessa discussão, tratar-se-á também da existência ou não de direitos absolutos. Em seguida, esta pesquisa abordará a recusa a tratamento médico, onde será abordado neste capítulo a teoria do menor amadurecido de forma aprofundada e quais aspectos são analisados para aferir a autonomia e capacidade de escolha deste menor. Em seguida, aborda-se como esse direito de recusa a tratamento médico é tutelado no ordenamento jurídico brasileiro e se a teoria do menor maduro pode ou não ser aplicada no Brasil. Por fim, finaliza-se a pesquisa com uma análise da responsabilidade dos pais/responsáveis e dos profissionais de medicina pelo tratamento do menor. Analisa-se se haveria alguma responsabilidade civil ou penal destas figuras e, caso positivo, como essa responsabilidade se efetivaria.

Palavras-chave: princípios constitucionais, direito à vida, liberdade religiosa, transfusão de sangue, testemunhas de jeová, incapaz, autonomia, menor maduro, responsabilidade civil, responsabilidade penal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CP	Código Penal
CF/88	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
MP	Ministério Público

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA	15
2.1 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
2.1.1 O direito à vida sob a ótica da dignidade da pessoa humana	18
2.1.2 O direito à vida consoante a integridade física	23
2.2 O EMBATE NORMATIVO E AXIOLÓGICO	24
2.2.1 Princípios norteadores do Biodireito e da Bioética	25
2.2.2 Solução aferida por Alexy: a técnica hermenêutica da ponderação de princípios	33
2.2.3 A relativização do conceito de direito absoluto na contemporaneidade	36
2.3 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	39
2.3.1 Questões Introdutórias sobre a Personalidade Jurídica	40
2.3.2 Direitos da personalidade no âmbito do ordenamento brasileiro	42
2.3.3 Ponderações sobre a titularidade e a legitimidade dos direitos da personalidade	45
3 AUTONOMIA E EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA	48
3.1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A LIBERDADE	48
3.2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA	50
3.2.1 Breves considerações sobre a religião	50
3.2.2 Liberdade religiosa: conceito, princípio e direito fundamental no Estado Brasileiro	53
3.3 A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NO BRASIL	55
3.3.1 Na sociedade	55
3.3.2 Nas constituições brasileiras	62
4 A RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO FACE À TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	71
4.1 O DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO	72
4.1.1 A teoria do menor maduro	74
4.1.1.1 Questões gerais sobre a teoria do menor amadurecido	75
4.1.1.2 Aspectos analisados para se verificar a capacidade do poder de escolha do menor	78
4.2 O DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO DE ACORDO COM O DIREITO BRASILEIRO	84

4.2.1 Posicionamento brasileiro: leis, doutrina e jurisprudência	84
4.2.2 Aplicação da teoria do menor maduro no Brasil	94
5 A RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO PELOS PAIS EM CASO DE FILHOS MENORES: A CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA EM CONFRONTO COM O DIREITO À VIDA	99
5.1 COLISÃO ENTRE O DIREITO À VIDA DE UM MENOR E A LIBERDADE RELIGIOSA DOS PAIS	99
5.2 A RESPONSABILIDADE DOS PAIS	105
5.2.1 O papel de garante e a omissão penalmente relevante	106
5.2.2 Responsabilidade Penal	109
5.3 A RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS	112
5.3.1 Responsabilidade Civil	112
5.3.2 Responsabilidade Penal	116
6 CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS	125

1 INTRODUÇÃO

De acordo com a Constituição Federal, art. 5º, caput, a todos é garantido o direito à vida, à igualdade, à segurança e, no inciso IV, temos que é inviolável a consciência de crença e assegurando também a liberdade religiosa.

Numa sociedade pluricultural como o Brasil é frequente que haja colisão entre os direitos acima citados. É de notório saber que no Estado Democrático de Direito não há direitos absolutos, em regra, exceto aqueles que, por serem expressão da dignidade da pessoa humana, não poderão ser restringidos; são eles: a vedação à tortura, ao tratamento cruel ou degradante e à escravidão. Por isso, a depender da situação concreta, pode um direito prevalecer sobre outro, de acordo com a ponderação de princípios, como bem defendida por Alexy, pois a função do direito é construir uma decisão mais justa para cada caso concreto.

Tal ponderação é o que acontece no Brasil e em vários outros países do mundo com a questão dos profetas da religião Testemunhas de Jeová, que não permitem que lhes seja administrado o procedimento de transfusão sanguínea por se tratar de método condenado pela dogmática. Insta frisar que, em face disso, é dado aos pais o poder decisório e, portanto, de negativa acerca de procedimentos que envolvam transfusão sanguínea a serem administrados a seus filhos.

Embora o direito à vida seja uns dos mais sensíveis do ordenamento brasileiro ele não é intocável e é sabido que a vida há muito tempo já perdeu o posto de direito absoluto. Da mesma forma a liberdade religiosa, a ponto de permitir que, por conta de uma fé professada, se possa interferir profundamente ou até mesmo pôr fim a vida de outrem, a quem nem sequer foi oportunizada a escolha pela crença.

Indivíduos ainda incapazes (relativa ou absolutamente) possuem, como qualquer outro ser humano, os direitos da personalidade que são aqueles inerentes à pessoa humana. São direitos que visam a auto proteção, como traz o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Tem-se como direitos da personalidade a integridade moral, intelectual, física – na qual se inclui o direito à vida, ao corpo vivo – dentre outros.

Os direitos da personalidade, segundo o art. 11 do Código Civil de 2002, são irrenunciáveis e intransmissíveis, ou seja, em regra, não se pode de forma alguma dispor deles. Se, de acordo com o dispositivo do referido código, nem o próprio titular do direito pode abrir mão desses direitos, tampouco poderia um terceiro deliberar acerca do tema. Isto é, dispor de um direito que não lhe pertence, tendo como fundamento a religião que é professada racionalmente em seu

âmbito pessoal. Essa indagação emblemática gira em torno de saber até onde vai o poder decisório dos pais, de deliberar sobre a vida de um filho civilmente incapaz de decidir sobre sua própria vida.

O intuito desse trabalho é abordar o amplo leque de decisões que os pais podem tomar a respeito de vidas que não são suas, mas, sim, de seus filhos. De acordo com nosso Estado, é garantido a todos o direito à vida e à liberdade religiosa, se discutirá, portanto, se seria lícito aos pais decidirem não submeter seus filhos a procedimentos médicos, como a transfusão sanguínea, que sejam de suma importância para a sobrevivência do menor, em face de argumentação religiosa.

Explorar-se-á a teoria do menor maduro, originada em países de *common law*, na qual o menor poderia decidir sobre sua própria vida, quando se considerar, em face do caso concreto, que este possui discernimento, autonomia e maturidade para decidir qual tratamento médico irá se submeter. Se analisará a “capacidade” deste menor, em quais hipóteses a sua deliberação poderá ser considerada válida para fins de tratamento médico. Ademais, será examinada a possibilidade desta teoria ser aplicada no Brasil.

Caso a resposta seja negativa, isto é, caso os pais/responsáveis decidirem cercear o tratamento, se haveria alguma responsabilização se seus filhos viessem a sofrer danos à suas vidas ou até vir a óbito por conta de decisões como estas. A análise também será feita com relação aos profissionais de medicina, se haveria algum tipo de responsabilidades deste e, se sim, como se daria essa responsabilidade.

Justifica-se juridicamente a escolha deste tema para analisar, de acordo com os princípios, regras, doutrina e com a jurisprudência brasileira, se os pais que são adeptos da religião Testemunhas de Jeová, podem ou não decidir sobre qual o tratamento adequado para seus filhos; se esta decisão está ou não abarcada dentro do poder familiar; se decisões como estas caracterizam um abuso de autoridade familiar e se estes menores podem ou não deliberar sobre sua própria vida, com fulcro na teoria do menor amadurecido.

Avaliar-se-á também, em caso de recusa dos pais a tratamento médico de seus filhos, se os médicos estarão obrigados ou não respeitar essa decisão – o que deverá prevalecer: o Estatuto de Ética do Conselho Federal de Medicina ou decisão dos pais e, para além disso, se estes profissionais poderão vir a ser responsabilizados.

Motiva-se essa pesquisa para verificar os aspectos, as características e limites dos direitos da personalidade, quem pode exercer e dispor desses direitos e, por fim, caso os pais se recusem a

algum tratamento médico para seus filhos, se estes podem ou não responder civil e/ou penalmente.

Instiga-se este trabalho a análise da teoria do menor maduro, como surgiu, como se embasa e se caberia sua aplicação no Brasil.

Justifica-se também esta pesquisa para analisar a responsabilidade do médico: como este deve proceder para não cometer ilícitos e ser, conseqüentemente, punido pelo direito pátrio. Procurar-se-á a resposta se este profissional deverá levar em conta a decisão dos pais, do menor ou agir como prescreve o Conselho Federal de Medicina para tomar a melhor decisão.

Sociologicamente a escolha deste tema visa averiguar a influência das religiões e até onde se estende o seu poder dentro das relações interpessoais.

Para abarcar tais assuntos, esta pesquisa dividiu o seu desenvolvimento em 4 (quatro) capítulos, quais são: 2) Direito à Vida e Integridade Física; 3) Autonomia e Exercício da Liberdade Religiosa; 4) A Recusa a Tratamento Médico Face à Tutela dos Direitos da Personalidade e 5) A Recusa a Tratamento Médico Pelos Pais em Caso de Filhos Menores: a conformação da responsabilidade e o exercício da liberdade religiosa em confronto com o direito à vida. A seguir, breve explicitação sobre cada capítulo. Por fim, finaliza-se esta monografia com a conclusão.

No segundo capítulo, intitulado Direito à Vida e Integridade Física, discutir-se-á como o direito à vida é abordado na ordem constitucional brasileira sob a ótica da dignidade da pessoa humana e a integridade física. Tratar-se-á sobre o embate normativo e axiológico acerca do tema, os princípios norteadores da bioética, a questão da colisão principiológica existente entre o direito à vida e a liberdade religiosa e a técnica da ponderação de princípios trazida por Alexy. Tratar-se-á sobre a relativização do conceito de direito absoluto na contemporaneidade, e a sua in adequação com a ordem jurídica atual.

Finalizar-se-á o capítulo 2 (dois) com uma sucinta análise sobre os direitos da personalidade, tratando de suas questões introdutórias, a forma que foi trazida pelo direito brasileiro e uma ponderação sobre a diferença entre a titularidade e a legitimidade dos direitos da personalidade.

No terceiro capítulo, será abordada a autonomia e o exercício da liberdade religiosa. Para tanto, inicia-se com questões introdutórias sobre a religião de uma forma geral, em seguida, enveredar-se-á pela discussão acerca da liberdade religiosa em si, com seu conceito, e uma análise sobre suas características principiológicas.

Por fim, finaliza-se o capítulo com uma análise da influência da religião no Brasil, como esta interferiu e interfere nas Constituições brasileiras e na sociedade.

No quarto capítulo será discutida a recusa a tratamento médico em face da tutela dos direitos da personalidade. Será analisado neste tópico a teoria do menor amadurecido, teoria originada em países de *Common Law*. A referida teoria tem sido aplicada na Espanha, Estados Unidos, Inglaterra [...], porém, pouco conhecida no Brasil. Abordar-se-á questões introdutórias sobre essa teoria e os aspectos analisados para se verificar a capacidade do poder de escolha desse menor e, por fim, a aplicação dessa teoria no ordenamento pátrio.

No quinto capítulo, última parte do desenvolvimento do presente trabalho, analisar-se-á a recusa a tratamento médico pelos pais em caso de filhos menores: a conformação da responsabilidade e o exercício da liberdade religiosa em confronto com o direito à vida. Neste capítulo será tratado como se dá a responsabilidade dos pais e dos profissionais de medicina quando estes descumprem os seus deveres de garantidores. Para isso analisar-se-á a questão da omissão penalmente relevante no direito, o papel dos garantidores e a responsabilidade civil para concluir em quais ilícitos estes indivíduos iram incorrer.

2 DIREITO À VIDA E INTEGRIDADE FÍSICA

Para adentrar a esfera jurídica do direito à vida e à integridade física, faz-se necessário discorrer sobre alguns aspectos a eles relacionados, como a sua tutela jurídica no ordenamento brasileiro, onde buscar-se delimitar o que vem a ser a vida, seus conceitos e a tutela a ela dada, de maneira geral, no ordenamento brasileiro. O capítulo discorrerá sobre a relação entre a vida e a dignidade humana e verificar-se-á a relação da vida com a integridade física. Logo após enveredar-se-á pela análise axiológica. Ao falar em princípios, será abordada técnica hermenêutica da ponderação defendida por Alexy¹. Posteriormente, o último subtópico tratará dos direitos da personalidade em si e suas características, com a análise da relativização do conceito de direitos absolutos e somado à breves ponderações sobre a titularidade e a legitimidade destes direitos.

2.1 O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com a Bíblia Sagrada² (Gêneses 1-2), a vida é algo concedido por Deus, quando este deu o primeiro sopro. Já de acordo com o dicionário Houaiss, o conceito de vida é o período de tempo que decorre desde o nascimento até a morte dos seres.³ Enveredando por uma literatura mais especializada, o conceito de vida incorpora contornos mais palpáveis.

Maria Auxiliadora Minahin argumenta ser bastante complexo determinar com precisão o momento de início da vida, tendo em vista diversas linhas científicas.⁴ Defende a autora que os seres vivos se desenvolvem em um processo chamado de individuação, no qual cada um possui suas particularidades para determinar o exato momento do surgimento de sua vida.⁵ A individualidade do ser humano pode se exteriorizar pelo embrião ou feto, o qual já possui uma certa porcentagem de tutela jurisdicional, mas prescindem de alguns outros requisitos para que o direito seja-lhes aplicado assim como aos já nascidos com vida.⁶

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (tradutor). 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

² BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Editora Mundo Cristão São Paulo, 2008, p. 5-8.

³ HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007, p. 2858.

⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005, p. 64-65.

⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005, p. 68.

⁶ *Ibidem*, 2005, p. 69.

Existem algumas teorias que utilizam argumentos diferentes para definir o início da vida, da formação humana. As que possuem maior destaque são a teoria concepcionista, as teorias médicas e a teoria da potencialidade. Pela teoria concepcionista, a vida surge no momento da união entre óvulo e espermatozoide. No exato momento dessa junção surge a vida, seja essa união artificial (em laboratório) ou natural. As teorias médicas são compostas por linhas científicas, formadas por indicadores biológicos que demonstram a individualidade humana. Dentre elas pode-se citar a teoria da implantação, onde afirma que a vida se inicia no momento da implantação do embrião no útero, na nidificação. Outra corrente defende que haveria vida somente com a formação do sistema neurológico. Por fim, tem-se a teoria da potencialidade, na qual defendem que embrião não possui vida, tendo em vista que este necessitará de outros elementos para se desenvolver e assim, conseqüentemente, possuir a vida.⁷

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o fato do embrião poder vir a se tornar um ser humano é motivo suficiente para receber uma tutela estatal. Mas o embrião não se confunde com o feto, que também não se confunde a pessoa humana, esta última titular dos direitos e garantias individuais, assegurados na Carta Magna Brasileira de 1988.⁸

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegurou alguns direitos básicos ao ser humano e, dentre eles, trouxe o direito à vida, garantindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a sua inviolabilidade.⁹ Essa característica de inviolabilidade é justificada pelo fato de que o direito à vida é pré-requisito para verificação de outros direitos concedidos ao ser humano.¹⁰

O direito à vida possui dois aspectos, quais são: pelo primeiro aspecto, dimensão vertical, entende-se o direito à vida como o direito de se permanecer existente, vivente, de não ser morto, portanto, o direito de continuar vivo, o direito de não interromper os processos vitais do seu

⁷ MEIRELLES, Ana Thereza Araújo. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014, p. 119, 123 e 126.

⁸ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 11.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 598;

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹⁰ MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.34. Disponível em:< <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 09 maio 2017.

titular.¹¹ Como consequência deste aspecto tem-se, por exemplo, a proibição da pena de morte, exceto em caso de guerra declara.¹²

Pela segunda vertente, dimensão horizontal, o direito à vida abrange também o direito de ter uma vida digna, qualidade de vida fluída, onde sejam garantidas as necessidades básicas do ser humano, onde se manifestam os direitos fundamentais. São condições mínimas de vida necessárias ao ser humano que está completamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, que entende-se como uma moradia digna, alimentação necessária, educação, dentre outros.¹³

O direito à vida tem relação intrínseca com a conservação de características físico-psíquicas, entendidas como os elementos materiais, e condições espirituais-morais, elementos imateriais da pessoa humana.¹⁴

A Constituição Federal de 1988, em seus arts. 6º e 227, ratifica o direito à vida aos menores, protegendo a infância e dando o dever a família, a sociedade e ao Estado de efetivar esse direito.¹⁵

A inviolabilidade da vida humana também é tutelada por outros instrumentos normativos, como a lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente que, em seu art. 7º, vem confirmar, mais uma vez, que as crianças e adolescentes possuem a proteção constitucional do direito à vida.¹⁶ Assevera André Tavares que esse dispositivo do ECA impõe políticas que deem efetividade ao nascimento sadio e harmonioso desses sujeitos de direito.¹⁷

Os códigos brasileiros infraconstitucionais também trouxeram a proteção da vida. A exemplo do Código Penal que optou por punir os tipos penais do aborto, art. 124 a 128; do homicídio

¹¹ RAMOS, André de carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 472.

¹² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

¹³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 425; CAMARGO, Marcelo Novelino. **O Conteúdo Jurídico da Dignidade da pessoa Humana. Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 57; RAMOS, André de carvalho. **Curso de Direitos Humanos**, 2.ed. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 472.

¹⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 11.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 597; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 426.

¹⁵ KUHLMANN, Vanessa. Colisão entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental à cultura no contexto de determinadas tribos indígenas brasileiras. **Revista Baiana de Direito**. Nº 10, Salvador: JusPodivm, 2012, p. 163; TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 426.

¹⁶ Art. 7º 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.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Op.cit.*, 2013, p. 426.

nos arts. 121 e 121 §2; do induzimento e instigação ao suicídio, art. 122, dentre outros. O Código Civil trouxe a proteção à vida quando tratou dos direitos do nascituro em seu art. 2º.¹⁸

A Convenção Americana de Direitos Humanos, recepcionada pelo Estado Brasileiro em 25 de setembro de 1992, também dispõe sobre a inviolabilidade da vida humana em seu art. 4º e, ao mesmo tempo, traz uma demarcação sobre a pena de morte.¹⁹ Já a Declaração dos Direitos Humanos, assinada pelo Brasil em dezembro de 1948, trouxe a proteção à vida em seu art. 3º²⁰. No mesmo sentido se posicionou o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que entrou em vigor do Brasil em julho de 1992, onde inclui em seu rol de garantias também o direito à vida.²¹

Após essa breve análise da tutela da vida no ordenamento brasileiro, constitucional e infraconstitucional, e em alguns diplomas internacionais, comprova-se que o direito à vida é essencial, basilar e substancial ao ser humano. Grande parte dos autores, dentre os quais Dirley da Cunha Jr.²² e Alexandre Moraes²³, defende que o direito à vida é o mais fundamental de todos; é a base para surgimento de todos os outros direitos, como traz Minahim²⁴. Entretanto, como irá se discutir mais adiante, este não é um direito absoluto.

2.1.1 O direito à vida sob a ótica da dignidade da pessoa humana

¹⁸ MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.36. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 09 maio 2017

¹⁹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, art. 4º 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

²⁰ Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

²¹ Art. 6º 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

²² CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 11.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 597.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 34.

²⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005, p. 60.

Numa leitura simplória do caput do art. 5º percebe-se a importância que o direito à vida possui em nosso ordenamento, tendo em vista que a vida é um direito fundamental, garantido constitucionalmente como inviolável, que está no ápice do ordenamento jurídico, protegido prioritariamente pelo Estado, uma vez que é um direito indisponível.²⁵

De início cabe sintonizar os leitores com relação ao conceito do que vem a ser o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, resumidamente, significa um atributo inerente a todos os seres humanos, que não depende de raça, sexo ou nacionalidade. Este princípio traduz o dever do estado de promover e proteger o respeito a todos.²⁶

A proclamação deste princípio, bem como sua elevação ao patamar de valor supremo, é característica do segundo pós-guerra, onde o ser humano em geral inicia um novo ciclo, tendo como perspectiva de vida uma convivência pacífica entre os povos.²⁷ O referido princípio já era reconhecido pelos jusnaturalistas e positivistas, mas o grande destaque veio com o após o final da segunda guerra mundial.²⁸

As raízes da dignidade da pessoa humana remontam à doutrina cristã; foi essa religião a responsável pela implementação de tal princípio do mundo ocidental. Nessa doutrina o conceito de pessoa passa a ser composto de dignidade, pois o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus e, por isso, os seres humanos são iguais entre si.²⁹

Entretanto, com a substituição do direito divino/natural pelo direito nacional, baseado na experiência, na razão humana, que possui agora o ser humano no centro das relações e não mais um deus, ocorre drástica mudança também na ideia da dignidade humana e este, juntamente com todo o direito, passou pelo processo de laicização, porém, conservando a ideia central de igualdade entre os homens.³⁰

²⁵ FREITAS, Marcyo Keveny de Lima. GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Direito à vida frente à liberdade de crença religiosa: uma análise jurídica da recusa à transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e das Sociedades**. Natal: FIDES, V.8, n.1, jan/jun.2016; Ao decorrer da presente monografia trabalhar-se-á a característica da indisponibilidade.

²⁶ CAMARGO, Marcelo Novelino. **O Conteúdo Jurídico da Dignidade da pessoa Humana. Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 47.

²⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A Dignidade da pessoa Humana e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. In: Doutrinas Essenciais Direitos Humanos. V. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 607-638. p.609

²⁸ CAMARGO, Marcelo Novelino. *Op.cit.*, 2006, p. 46.

²⁹ SANCHES, Mario Antonio; SANCHES, Leide da Conceição. **Anterior ao conceito de pessoa: dignidade do embrião como ser humano**. Curitiba: revista Pitis Prax., v.2, n.1, jan/jun, 2010, p.100.

³⁰ SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 32.

Immanuel Kant, por exemplo, foi um dos filósofos contemporâneos que defendeu que a autonomia ética do ser humano é fundamento para a dignidade da pessoa humana. Defendeu ainda que o ser humano não poderia ser tratado como objeto, como um meio, mas sim como um fim em si mesmo, um fim tal que não pode ser substituído por nenhum outro (fins objetivos).³¹

No Brasil, não diferente de outros Estados como Alemanha (que foi o primeiro país a incluir o princípio em sua constituição) e Portugal, também incluiu pelos mesmos motivos históricos, na Carta Magna Brasileira, a dignidade da pessoa humana após a ditadura militar.³²

Como dito linhas acima, o princípio da dignidade da pessoa humana é um fundamento constitucional – não é concedido pelo Estado, mas sim inerente à condição humana. A dignidade da pessoa humana é embasamento tanto para os direitos humanos, como também para os direitos fundamentais.³³

De acordo com José Afonso da Silva, dignidade da pessoa humana pode ser subdividido em dois subtópicos: pessoa humana e dignidade. Por pessoa humana entende-se que esta não pode ser vista como um meio para alcançar certos fins (tese defendida por Immanuel Kant), diferente dos seres desprovidos de razão, *res*, que possuem um valor relativo de coisas. Por dignidade entende-se (ainda na ideia Kantiana) aquilo que não é possível se valorar economicamente, como o que acontece com as coisas, que podem ser expressas por preço. O valor do meio é aferível, o fim é algo superior, que não possui valor, mas, sim, dignidade.³⁴

Portanto, pessoa humana e dignidade estão extremamente ligados; a dignidade é particularidade intrínseca da pessoa humana, ser único que possui um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente.

A dignidade da pessoa humana é a fonte material dos direitos fundamentais. A liberdade e a igualdade são substanciais ao conceito de dignidade. Compreende-se por liberdade o poder de

³¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional, p. 28. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf>. Acesso em: 16 de mai. 2017.

³² SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: editora Malheiros, 2006, p. 37.

³³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Temas Atuais de Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora UESC, 2007, p. 30.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2006, p. 38.

autodeterminar-se, agir conforme o seu livre arbítrio e qualquer restrição a esse direito consistiria em afronta a dignidade humana e, conseqüentemente, uma afronta à vida.³⁵

A igualdade não quer dizer superioridade dos seres humanos perante outros seres, mas, sim, tentar equilibrar as desigualdades sociais (igualdade formal). É conceder um tratamento diferenciado à medida das desigualdades pessoais de cada indivíduo. A igualdade também possui sua faceta material, na qual é constituído pelo mínimo existencial, que deve ser concedido a todos seres humanos como saúde, educação, moradia, dentre outros direitos.³⁶

Mínimo existencial são os direitos básicos, direito a um conjunto de prestações estatais que assegure a cada um indivíduo, cada pessoa, uma vida condigna, isso pois qualquer pessoa necessitada que não tenha condições de, por si só ou com o auxílio de sua família, prover o seu sustento, tem direito ao auxílio por parte do Estado e da sociedade.³⁷

O Estado, os poderes públicos, possuem o dever de respeitar, proteger e fomentar meios para se alcançar as condições mínimas de uma vida digna ao ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana exige a execução de tarefas, ou seja, exige uma atuação positiva do Estado.³⁸

Cabe aqui tecer alguns comentários sobre os termos direitos fundamentais e direitos humanos, expressões estas que são de suma importância para este trabalho e que são núcleos de embates doutrinários. Com relação aos direitos fundamentais, não se pretende aqui exaurir todos os conceitos existentes sobre esta matéria, mas apenas o necessário para estabelecer um ponto de partida para a compreensão do tema.

Os direitos fundamentais são, numa visão positivista, os direitos tipificados nas Constituições dos Estados e surgem como uma exigência da dignidade da pessoa humana para fomentar uma existência digna e protegida.³⁹ Ferrajoli conceitua os direitos fundamentais como sendo “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, de cidadão ou de pessoa capaz de agir”.⁴⁰ A visão

³⁵ CAMARGO, Marcelo Novelino. **O Conteúdo Jurídico da Dignidade da pessoa Humana. Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2006, p. 50.

³⁶ *Ibidem, loc.cit.*

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência**. p. 2. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

³⁸ CAMARGO, Marcelo Novelino. *Op.cit.*, 2006, p. 54.

³⁹ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 9.

positivista do referido autor defende a noção de direito subjetivo como qualquer expectativa positiva ou negativa vinculada a um sujeito por uma norma jurídica.

No mesmo diapasão, entende Alcalá que os direitos fundamentais, também chamado de direitos constitucionais,⁴¹ são os interesses e carências da sociedade que podem ser tutelados e promovidos pelo Estado. São direitos mundialmente reconhecidos e que estão tipificados nos ordenamentos jurídicos, em suas respectivas Cartas Fundamentais; no caso no Brasil, na Constituição Federal Brasileira. Para ser considerado um direito fundamental é necessário, também, que essa carência social possa ser fundamentada pelo direito; são tidos como direitos fundamentais aqueles direitos sociais que visam assegurar o mínimo existencial, assim é que defende Alexy.⁴²

Entretanto, numa visão pós-positivista, define-se direitos fundamentais a partir do reconhecimento do outro, ou seja, da alteridade. Direitos fundamentais podem ser definidos como sendo o “resultado acordo básico das diferentes forças sociais, alcançado a partir das relações de tensão e de seus consequentes esforços de cooperação direcionados para alcançar metas comuns”.⁴³ Não somente são direitos fundamentais aqueles positivados no direito interno de um Estado.

Por direitos humanos compreende-se um conjunto de direitos considerados indispensáveis para uma vida digna, fincada na liberdade e igualdade humana. São valores essenciais que podem estar explícita ou implicitamente tipificados nas constituições ou tratados internacionais.⁴⁴ Entretanto, não há a necessidade de positivação desses direitos para que estes existam, pois são essenciais à pessoa.

Geovane Peixoto traz em sua dissertação de mestrado que no pós-positivismo não cabe mais a diferenciação de direitos fundamentais e direitos humanos pois a mera positivação do primeiro na constituição interna (seja expressa ou implicitamente) do Estado não o torna diferente do segundo. A própria Carta Magna Brasileira traz em seu art. 5, §2 uma cláusula aberta que, apesar dos direitos fundamentais ali expressos, não se excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados nessa constituição, ou dos tratados internacionais em que a República

⁴¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A Dignidade da pessoa Humana e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. In: Doutrinas Essenciais Direitos Humanos. V. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 613.

⁴² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Luís Afonso Heck (Tradutor). 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.48.

⁴³ PEZES LUÑO, Antonio E. *apud* PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermêutica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: Editora Juspodwm, 2013, p. 30.

⁴⁴ RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27.

Federativa do Brasil seja parte. Entretanto, apesar de reconhecer tal entendimento, este trabalho coaduna com a diferenciação entre os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”.

Os direitos humanos possuem como características a universalidade (direitos concedidos a todos); a essencialidade (direitos indispensáveis que devem ser protegidos por todos); a superioridade (os direitos humanos são superiores a qualquer norma, sendo impossível sacrificar-se algum direito humano em detrimento de direitos particulares dos estados); são preferenciais (devem prevalecer em detrimento de outros direitos) e, por fim, são direitos recíprocos (são de titularidade de todos e toda a coletividade tem o dever de promover esses direitos).⁴⁵

Após essa breve explanação percebe-se como o direito à vida está intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana. No momento que a Constituição Brasileira de 1988 positivou o direito à vida, a Carta Magna ratificou o respeito à dignidade humana, demonstrando a clara intenção deste Estado em privilegiar o indivíduo, isso pois a consequência da dignidade humana é uma vida honrada, justa e digna.

2.1.2 O direito à vida consoante a integridade física

A integridade física é um dos direitos da personalidade; são aqueles direitos subjetivos da pessoa humana, são direitos que servem para se auto proteger, como traz o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Tem-se como direitos da personalidade a integridade moral, intelectual, física – na qual se inclui o direito à vida, ao corpo vivo – dentre outros. O direito à integridade física é um direito individual que está correlacionado com o direito à vida, isso pois a integridade física é um bem vital e revela-se como um direito fundamental do indivíduo. Por isso que lesões corporais são punidas no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição brasileira de 1988 tutelou a integridade física quando tratou a respeito da integridade dos presos, em seu art. 5º, XLIX, bem como, quando dispôs que ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano ou degradante, em seu art. 5º, III.⁴⁶

De acordo com André Ramos, a integridade física se dá pela intangibilidade física do ser humano, o qual é digno de proteção contra tratamento desumanos e degradantes. A Constituição

⁴⁵ RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 201-202.

Federal de 1988 também prevê condições especiais no que tange à aposentadoria dos servidores públicos (art. 40, §1º) e dos segurados do regime geral da previdência social (art. 201, §1º), isso para preservar a integridade física dessas pessoas que estão em condições especiais.⁴⁷

A integridade física também foi prevista em diplomas internacionais, como pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. V, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 5.2.

No ordenamento jurídico brasileiro a integridade física possui ainda uma outra vertente, na qual tutela-se, também, condutas invasivas ao corpo humano, sem a autorização do seu titular. Essa tutela, no entanto, suporta exceções, por exemplo, para garantir a concretização de outros valores constitucionais, que quando sopesados se revelem mais importantes à ordem constitucional, como por exemplo a vida.⁴⁸

O direito à integridade física foi apreciado pelo STF ao analisar o HC 71.373, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 1994⁴⁹, quando a Suprema Corte analisou a questão do fornecimento de material genético para investigação de paternidade. Nesse julgamento foi analisado se poderia ou não forçar o réu de uma ação de investigação de paternidade a oferecer seu material genético para o referido fim. Concluiu-se que nessa situação o direito à integridade física preponderaria, sendo possível recusar-se a tal fornecimento, mas que presumivelmente o sujeito seria considerado pai/mãe na hipótese de recusa do fornecimento do material para exame de DNA.

O direito à saúde, a uma moradia, à educação, à integridade física, resumindo o direito às condições mínimas de uma subsistência digna (mínimo existencial), são pressupostos para uma vida digna, que respeite o princípio da dignidade da pessoa humana que é intrínseco ao ser humano. A não observação da integridade física afeta verticalmente o direito à vida digna, ferindo a dignidade da pessoa humana e conseqüentemente direitos humanos e fundamentais.

2.2 O EMBATE NORMATIVO E AXIOLÓGICO

⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 512.

⁴⁸ *Ibidem, loc.cit.*

⁴⁹ "EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (H.C. 71.373/RS - Rel. Min. FRANCISCO REZEK - DJ 10/11/1994 - PP-45.686)". Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo107.htm>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

A colisão entre princípios e o conflito entre regras é uma questão que deve ser analisada no âmbito normativo e axiológico do Direito. Tendo isso em vista, neste tópico a presente monografia irá abordar a técnica hermenêutica trazida por Alexy – ponderação principiológica – e, concluindo, uma pequena exploração sobre a relativização da existência de direitos absolutos no Direito contemporâneo brasileiro.

2.2.1 Princípios norteadores do Biodireito e da Bioética

De início cabe diferenciar o conceito de Bioética de Biodireito. Para partir de uma visão mais específica, de acordo com Michel Foucault, autor francês do século XX, a bioética surge como consequência das dinâmicas socioculturais e econômico-políticas de gestão da vida. Os gregos possuíam duas palavras para designar a vida, são elas: *zoé*, que se refere à vida biológica comum entre humanos e animais; e *bios*, que exprime a vida humana em sua perspectiva política e moral. Até os tempos modernos a *zoé* dos humanos (a sua vida física e a sua saúde) era um assunto privado do âmbito do *pater familiae*, não sendo preocupação da *pólis*. O âmbito público da política, ao contrário, se interessava pura e exclusivamente pelo *bios* dos seus cidadãos.⁵⁰

A vida física e biológica dos seres humanos e animais, que era apenas preocupação privada das famílias, passa a ser questão de interesse público e o Estado começa a tutelar e desenvolver estratégias políticas para sua gestão. Este fenômeno foi intitulado por Michel Foucault como biopolítica e biopoder, assim, a função do poder do Estado era investir sobre a vida. Para Foucault, o biopoder foi fundamental para o desenvolvimento do capitalismo, pois ele foi forte ferramenta para inserir os corpos disciplinados dos trabalhadores nos meios de produção.⁵¹

Com o surgimento do Estado e suas políticas para tutelar a vida humana e animal (a gestão biopolítica da vida) as ações humanas estão eivadas de intencionalidades, ideias e propósitos e

⁵⁰ JUNGUES, José Roque. O nascimento da bioética e a constituição do biopoder. **Acta Bioethica**. Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile. Chile. 17 (2): 172, 2011, p. 173. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v17n2/a03.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2017.

⁵¹ *Ibidem*.

essas ações precisam ser passíveis de avaliação ética, “é assim que a questão ética é introduzida no âmbito da vida quando a gestão da vida configura-se como biopoder”.⁵²

Partindo para uma menos filosófica, o primeiro autor a conceituar bioética foi o biólogo norte-americano Van Rensselder Potter, da Universidade de Wisconsin, em Madison, quando escreveu sua obra intitulada como *Bioethics; bridge to the future* (1971). A Bioética para Van Potter seria uma nova disciplina que juntamente com as ciências biológicas seria capaz de melhorar a qualidade de vida do homem. A bioética seria, no seu conceito original, relacionada com a preservação da relação dos seres humanos com o ecossistema.⁵³

Esse conceito original mudou drasticamente e hoje, na atualidade, compreende-se por Bioética, no seu sentido amplo, uma resposta às novas situações decorrentes da ciência no âmbito da saúde, na qual preocupa-se com as complicações éticas, decorrentes das tecnociências biomédicas, relacionadas ao começo e fim da vida humana. A Bioética, resumidamente, é composta por reflexões filosóficas e morais sobre a vida e sobre todas as práticas médicas.⁵⁴

A Bioética é a seção da ética que estuda os problemas que derivam especificamente da prática médica e biológica, o que inclui os limites das intervenções e experiências aceitáveis, além da razoabilidade da pesquisa genética e das suas aplicações.

Segundo Maria Helena Diniz, a Bioética estuda a moralidade da conduta humana na área que estuda a vida, onde se analisa a licitude das condutas que a ciência pretende pôr em prática; é o estudo disciplinado dos comportamentos humanos, de acordo com os valores e princípios morais.⁵⁵ A Bioética é composta pela macrobioética que cuida da preservação da vida humana, ramo que trata das questões persistentes que são aquelas que sempre se manifestam no grupo social e por isso são regulamentadas, por exemplo, a preservação florestal ou de um patrimônio cultural. Assim como, a bioética é composta pela microbioética, que está relacionada às relações interpessoais entre médico e paciente nas instituições de saúde, sejam estas públicas ou privadas, e entre os profissionais de saúde.⁵⁶

Por outro lado, compreende-se por biodireito o novo ramo do direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana relacionados

⁵² JUNGUES, José Roque. O nascimento da bioética e a constituição do biopoder. **Acta Bioethica**. Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética, Universidad de Chile. Chile. 17 (2): 172, 2011, p. 174. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v17n2/a03.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2017.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 34-35.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. V.1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 416-417.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, 2011, p. 35.

à medicina e à biotecnologia. Assim, o biodireito é o resultado do encontro entre a bioética e o direito, no qual se estuda as peculiaridades relacionadas ao corpo, à vida e à dignidade da pessoa humana.⁵⁷

Os avanços científicos do mundo moderno possuem grande repercussão social, trazendo embates normativos e axiológicos de difíceis resoluções. Para isso, o direito deve acompanhar e adaptar-se a esses desenvolvimentos com elaboração de normas que tragam caminhos adequados, aceitáveis e que consigam atender às novas demandas sociais.⁵⁸

Maria Helena Diniz conceitua o biodireito como sendo uma nova disciplina do ramo jurídico que tem como fontes diretas e imediatas a bioética e a biogenética, e que tem a vida como objeto principal.⁵⁹ A autora defende que a verdade científica não pode sobrepor-se à ética e à ciência do direito, na qual, da mesma forma, a evolução da ciência não poderá encobrir crimes que vão contra a dignidade humana; o Estado (e, conseqüentemente, seus poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) não pode ficar inerte ante o comando da ciência sobre o genótipo do cidadão, do desrespeito à dignidade da pessoa humana, dos abusos em suas experiências, dentre outras atitudes.⁶⁰

Portanto, biodireito e bioética não se confundem, mas andam lado a lado com o intuito de acompanhar a evolução da ciência médica e, ao mesmo tempo, impedir que aconteçam agressões à dignidade humana em detrimento desta evolução.

Com o pós-positivismo passou-se a privilegiar a compreensão da norma como um todo⁶¹, ou seja, não interpreta-se mais a letra fria da lei ou um artigo isoladamente, mas, sim, o ordenamento jurídico como um todo. Isso pois, é vedado o *Non Liqueat*, onde o juiz não poderá eximir-se de julgar o caso concreto por haver lacuna ou obscuridade da lei. Este deverá recorrer à analogia, costumes e aos princípios gerais do direito.⁶²

Os princípios gerais do direito são enunciados normativos, que na maioria das vezes possuem valor universal, que norteiam a compreensão do ordenamento jurídico no tocante à elaboração, aplicação, integração, alteração (derrogação) ou supressão (ab-rogação) das normas. De acordo

⁵⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. V.1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 416.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, 2011, p. 32.

⁶¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria Geral do Direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.45.

⁶² Art. 4º, Código Civil Brasileiro de 2002; art. 140, CPC/15; PAIVA, Eduardo Azevedo. **Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais**. p. 52. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017.

com Alexy⁶³, um princípio é uma norma menos taxativa, com um grau alto de generalidade, já as regras possuem uma generalidade mínima. Hoje a maioria desses princípios já estão positivados nas constituições dos Estados, nos seus textos legais, mas, mesmo que não estejam expressos, podem estar ali subentendidos. Os princípios gerais encerram pautas axiológicas que embasam o exercício dos direitos humanos fundamentais pelos cidadãos.⁶⁴

Princípio tem um significado variável, pode significar começo, início e essas acepções da palavra princípio podem induzir alguns leitores a erro. O princípio trabalhado nesta monografia tem a noção de mandamento nuclear de um sistema, o pilar central, “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas”⁶⁵. Os princípios são a base da norma jurídica e podem estar positivados, dando vida às normas-princípios.

Os princípios constitucionais brasileiros são aqueles princípios positivados na Constituição Federal de 1988, a qual, segundo José Afonso da Silva, comporta princípios que dividem-se em princípios político-constitucionais e princípios jurídico-constitucionais. Aqueles são normas-princípios de onde derivam diretamente as normas particulares que regulam a vida social; são aquelas normas que traduzem as opções políticas fundamentais da constituição; são os princípios que estabelecem a forma, estrutura e governo do estado, dentre outras escolhas. Já os princípios jurídicos-constitucionais são os princípios constitucionais gerais anunciadores da ordem jurídica nacional. Estes possuem desdobramentos como: o princípio da supremacia da Constituição Federal, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, dentre outros.⁶⁶

O art. 5º, da Magna Carta Brasileira, tutela os direitos fundamentais, sendo estes princípios jurídico-constitucionais. Entende-se por direitos fundamentais interesses e carências da sociedade que podem ser tutelados e promovidos pelo Estado. São direitos mundialmente reconhecidos e que estão tipificados na Constituição Federal Brasileira. Para ser considerado um direito fundamental é necessário, também, que essa carência social que necessita de grande proteção possa ser fundamentada pelo direito; são tidos direitos fundamentais aqueles direitos sociais que visam assegurar o mínimo existencial, segundo as lições de Alexy.⁶⁷

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (tradutor). 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.87.

⁶⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria Geral do Direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.54.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 95.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Luís Afonso Heck (Tradutor). 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.48

Concluindo, a esfera jurídica pátria possui princípios fundamentais, enraizados, dos quais o aplicador do direito não pode se desprender, quais sejam, os princípios gerais do direito, onde se encontram os direitos fundamentais.

O biodireito, já conceituado neste trabalho linhas acima, assim como os outros ramos do direito também deve atentar-se para os princípios gerais que norteiam tais áreas. Entretanto, o biodireito possui seus princípios próprios, princípios específicos desse campo da ciência, embora as nomenclaturas destes princípios não sejam pacíficas na doutrina e jurisprudência.⁶⁸ Dentre os princípios que a doutrina traz, este trabalho optou por elencar os que possuem maior destaque, que são os seguintes.

O princípio da autonomia privada está ligado ao ser humano poder tomar suas próprias decisões que são relacionadas aos tratamentos, procedimentos médicos e experimentos. É a concessão de poderes de atuação à pessoa.⁶⁹ Por isso que decisões que envolvam o âmbito da saúde devem ser decididas dentro da relação médico-paciente, com total interação entre ambos.

Outro princípio é o da dignidade da pessoa humana, princípio já citado neste trabalho, o qual jamais pode se desvincular do ser humano. Este comanda que sempre deve se atentar para preservação deste princípio – que é ao mesmo tempo um valor fundamental⁷⁰ – com relação às práticas médicas e biotecnológicas. Aqui protege-se todo o alicerce da pessoa humana, seja em seu aspecto psíquico, físico ou moral.⁷¹

Tem-se o princípio da precaução que prevê uma limitação relacionada à atuação profissional; os profissionais devem se cercar do máximo de cautela possível, pois estão lidando com vidas e os procedimentos poderão ser ou não reversíveis.⁷²

Por fim, tem-se o princípio da responsabilidade que entra em cena quando o princípio da precaução não foi suficiente como se espera. O princípio da precaução procura não causar danos, entretanto, caso este ocorra, ou há grande potencialidade de ocorrer o dano, surge o princípio da responsabilidade, na qual se revela o dever jurídico de satisfazer as obrigações convencionadas ou suportar as sanções legais.⁷³

⁶⁸ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2011, p. 36.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 37.

⁷⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Biodireito e as Relações Parentais**. São Paulo: Editora Renovar, 2003, p. 119.

⁷¹ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op.cit.*, 2011, p. 40.

⁷² *Ibidem*, p. 36.

⁷³ SÁ, Maria de Fátima; *Ibidem*, p. 38.

Com relação à bioética, cabe aqui fazer uma breve digressão na história. Ao decorrer da Segunda Guerra Mundial, várias atrocidades aconteceram, em especial pesquisas na área da medicina envolvendo experimentos com pessoas como cobaias. Foi neste cenário, apesar de já terminada a guerra, onde se continuava a surgir novos escândalos envolvendo os avanços da medicina, que se criaram normas de proteção à integridade e respeito a pessoa humana. O Relatório de Belmont.⁷⁴ foi promulgado em 1978, numa reação institucional aos escândalos causados pelos experimentos da medicina desde o início da 2ª. Guerra Mundial

Tom Beauchamp e James Childress, em 1978, ambos vinculados ao Kennedy Institute of Ethics, publicaram o seu livro *Principles of Biomedical Ethics*, que consagrou o uso dos princípios na abordagem de dilemas e problemas bioéticos. Beauchamp e Childress se basearam no Relatório Belmont de 1978, se aprofundaram e ampliaram o campo de ação dos princípios ali elencados. Estes autores consideravam quatro princípios gerais fundamentais para orientar pesquisadores e clínicos no âmbito da bioética, quais são: autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça.⁷⁵

Beauchamp e Childress analisaram o conceito de autonomia com relação à tomada de decisões das pessoas no contexto biomédico, onde aprofundaram no consentimento e recusa informados. Autonomia significa a capacidade que as pessoas possuem de se autodeterminar, sem a influência de agentes externos. A autonomia composta por duas condições: pela liberdade externa (o indivíduo deve estar desprendido de influências externas) e pela agência ou liberdade interna (capacidade que o indivíduo tem de agir intencionalmente). O ser humano autônomo age de acordo com suas convicções e escolhas; entretanto, indivíduos que possuem autonomia minimizada são controlados por outras pessoas e possuem a capacidade de deliberar sobre suas próprias vidas diminuídas.⁷⁶

Para Beauchamp e Childress uma ação é provida de autonomia se o indivíduo age intencionalmente, com compreensão e sem influências externas que determinem ou controlem sua ação. A ação será autônoma se o sujeito agir com compreensão e não estiver influenciado

⁷⁴ Em 1974 o EUA aprovou a lei conhecida como *National Research Act*, que criou uma comissão encarregada de estudar as questões éticas relativas à pesquisa científica nos campos da biomedicina e das ciências do comportamento. Essa comissão tinha a missão de reavaliar as normas do Governo Federal e formular princípios gerais que pudessem guiar as pesquisas futuras. Essa comissão identificou três princípios: 1) respeito pelas pessoas, 2) beneficência e 3) justiça, princípios estes que fizeram parte do Relatório Belmont, publicado em 1978. Foi com base neste relatório que Beauchamp e Childress se basearam para trazer os quatro princípios básicos da bioética. FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**. São Paulo; Editora Loyola, 2005, p.121-122.

⁷⁵ FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**. São Paulo; Editora Loyola, 2005, p.119.

⁷⁶ *Ibidem*, p.122-123.

por controle externo. Para verificar se o sujeito possui um grau necessário de autonomia deve-se levar em conta o contexto particular da decisão em questão. Vale ponderar que a autonomia não é princípio absoluto e superior; nem sempre um sujeito autônomo terá suas decisões acatadas. É necessário a análise do caso concreto para se verificar se, naquele caso específico, uma decisão autônoma pode ou não ser seguida.⁷⁷

O princípio da não-maleficência defende a obrigação de não causar dano intencionalmente. Impõe obrigações negativas, não fazer mal a outrem ou causar dano. São sempre prescrições negativas. “Quando se infligem injustamente graves lesões corporais ou se prejudicam seriamente outros interesses fundamentais das pessoas, estamos diante de exemplos paradigmáticos de danos que são moralmente proibidos pelo princípio da não-maleficência”.⁷⁸

Pelo princípio da beneficência prevê atitudes positivas para estimular o bem e realização dos demais. Compõem o princípio da beneficência a beneficência positiva (agir de forma benéfica em prol de outrem) e o princípio utilidade (sopesar os benefícios e os inconvenientes para se chegar a melhor decisão). Entende-se por beneficência uma ação humana positiva para beneficiar os indivíduos.⁷⁹

Por fim, Beauchamp e Childress trouxeram o princípio de justiça, que está relacionado com aquilo que é devido às pessoas, por isso que, como traz Ferrer e Álvarez, injustiça é uma “omissão ou perpetração que nega a alguém ou lhe tira aquilo que lhe era devido, que lhe correspondia como coisa sua, seja porque lhe foi negado o seu direito, seja porque a distribuição de encargos ao foi equitativa”. Na esfera biomédica, a espécie de justiça que mais possui notoriedade é a justiça distributiva, que se refere a distribuição igualitária de benefícios, responsabilidades e direito.⁸⁰

Em outubro de 2005 foi proclamada a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, na qual trouxe os seus princípios norteadores, onde “pela primeira vez na história da bioética, os Estados-membros comprometeram-se, e à comunidade internacional, a respeitar e aplicar os princípios fundamentais da bioética condensados num texto único”.⁸¹ Essa declaração veio

⁷⁷ FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**. São Paulo; Editora Loyola, 2005, p.126.

Ferrer traz o exemplo de um homem que decide autonomamente dirigir a 200km por hora no centro da cidade; esta decisão terá de ser controlada, e, automaticamente a autonomia do sujeito será restringida, para salvaguardar outro direito fundamental (como a vida e a segurança, por exemplo).

⁷⁸ *Ibidem*, p.131.

⁷⁹ *Ibidem*, p.132-133.

⁸⁰ *Ibidem*, p.132-138.

⁸¹ **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

para incorporar à bioética a importância do respeito aos direitos humanos, dignidade humana e liberdades fundamentais. A bioética foi consagrada entre os direitos humanos internacionais, garantindo o respeito pela vida humana, a declaração assegura a correlação que existe entre ética e direitos humanos.⁸²

Os princípios trazidos pela declaração acima citadas foram: dignidade humana e direitos humanos, em seu art. 3º, na qual prevê que os interesses e o bem-estar do indivíduo devem prevalecer sobre o interesse da ciência ou da sociedade. Efeitos benéficos e nocivos, art. 4º, onde defende que na prática médica e nas tecnologias associadas, deve-se maximizar os efeitos benéficos, diretos e indiretos, e minimizar os efeitos lesivos e desfavoráveis aos indivíduos. Princípios da autonomia e responsabilidade individual, art. 5º, na qual traz que a autonomia individual deve ser resguardada com relação à tomada de decisões. Com relação aos incapazes e o exercício da sua autonomia, pontua a declaração que devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.

Com relação à autonomia cabe fazer aqui uma breve pontuação, quando se fala em autonomia deve-se ter em mente que esta não se confunde com a capacidade civil. Autonomia é a capacidade que uma pessoa tem de se auto governar, se se impor normas, de ser autônomo. Essa possibilidade pede um requisito anterior que é a liberdade, essa liberdade inclusive da ignorância, um conhecimento que um paciente tem para que possa consentir ou não em um consentimento informado onde ele teve informações esclarecidas. Já a capacidade civil é maioria posta para tomar decisões que é estabelecida após os 18 anos. Mas a capacidade no âmbito médico não significa diretamente ter autonomia, é preciso que o paciente tenha sido bem informado (e não vulnerável) para tomar suas decisões conscientemente.⁸³

O consentimento é trazido pela declaração no seu art. 6º, onde profetiza que todo e qualquer procedimento médico deve ser feito com o total consentimento livre e esclarecido do paciente, tido com base em informações claras e adequadas. E ressalta em seu art. 7 que deve-se conceder proteção especial aos pacientes que são incapazes de exprimir sua vontade. Pontua que a autorização deve estar em conformidade com os interesses do paciente (pessoa em causa) e com o seu direito interno.

⁸² **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.** Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

⁸³ VASCONCELOS, Camila. **Autonomia, Capacidade Civil e Vulnerabilidade na Assistência à Saúde.** www.cvmed.com.br. Disponível:< <http://cvmed.com.br/2017/08/23/autonomia-capacidade-civil-e-vulnerabilidade-na-assistencia-a-saude/>>. Acesso em: 04 set. 2017.

Respeito pela vulnerabilidade humana e integridade pessoal, art. 8º, pontua que na prática médica e das tecnologias que lhes estão associadas, deve-se levar em consideração a vulnerabilidade humana. Os indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser resguardados/tutelados, e deve ser respeitada a integridade pessoal de cada indivíduo. O art. 9º vem para tutelar a vida privada do indivíduo, o respeito às informações privadas do paciente. A igualdade, justiça, equidade e a não discriminação estão elencadas nos art. 10º e 11. Respeito a diversidade cultural e do pluralismo, art. 12, onde é devido o respeito, mas esta não pode ser utilizada como justificativa para violar direitos humanos. Solidariedade entre os humanos e cooperação internacional também foi pensada pela declaração, art. 13.

O fomento da saúde e da desenvolvimento social, art. 14, em benefício da sociedade é um objetivo fundamental dos Estados que diz respeito a todos os sectores da sociedade. O direito à saúde de qualidade constitui um direito fundamental. O art. 15 traz um princípio que complementa o 14, a partilha dos benefícios, onde prevê que “os resultados de qualquer investigação científica e das suas aplicações devem ser partilhados com a sociedade no seu todo e no seio da comunidade internacional, em particular com os países em desenvolvimento”.⁸⁴

Para finalizar, a preocupação com as gerações futuras, art. 16, o impacto causado pela ciência ao ser humano e proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade, art. 17, onde prenuncia que deve haver uma interação homem-natureza saudável, na qual aquele conviva harmonicamente com este, tendo como intuito preservar os recursos naturais.

2.2.2 Solução aferida por Alexy: a técnica hermenêutica da ponderação de princípios

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 5º, que é intitulado como dos direitos fundamentais, além de trazer garantias ao povo brasileiro, faz surgir em seu bojo colisão entre princípios⁸⁵ e embates normativos, mas nada que não seja esperado em um país tão miscigenado como o Brasil.

⁸⁴ **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.** Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

⁸⁵ Alexy traz que a nomenclatura adequada para se utilizar quando há embate entre princípios há uma *colisão*, e o embate entre regras há um *conflito* (grifos nossos). (ALEXY, Robert)

De acordo com Alexy, a colisão entre direitos fundamentais pode ser enxergada por uma perspectiva ampla e por outra perspectiva estrita.⁸⁶ Em seu sentido amplo, há a colisão quando os direitos fundamentais colidem com bens coletivos.⁸⁷ Como exemplo dessa colisão podemos citar quando o direito à propriedade de alguém pode interferir em um direito coletivo como a água, onde o proprietário de uma fazenda não pode utilizar o rio que perpassa em sua propriedade como ele quiser.

Em seu sentido estrito a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando o direito fundamental de um titular tem repercussão na esfera de direitos fundamentais de outra pessoa. Esses direitos ora colidentes podem ser idênticos ou distintos.

De acordo com Alexy, a distinção entre regras e princípios é a base para a teoria da fundamentação no campo dos direitos fundamentais e é a saída para solução dos principais problemas dessa dogmática. Por isso, faz-se necessário a distinção de princípios e regras para delimitar o âmbito dos direitos fundamentais, tendo em vista que estes direitos são, na sua maioria, tidos como direitos essenciais.⁸⁸

Segundo o referido autor, regras e princípios são normas pois enunciam o que deve ser, permitindo ou proibindo alguma conduta. Um dos argumentos mais utilizados para diferenciar as normas dos princípios é o grau de generalidade, enquanto aquelas possuem um mínimo grau de generalização/abstração, estes têm essa característica bem marcada em sua gênese. Apesar dos inúmeros argumentos que a doutrina traz para diferenciar regras e princípios, Alexy ressalta na sua teoria que o ponto de maior distinção entre essas normas é a característica que os princípios possuem um mandamento de otimização. Mandamento de otimização é a ordem que os princípios possuem, de que algo seja efetivado na medida mais ampla possível, dentro, claro, dos parâmetros trazidos pela ordem jurídica.⁸⁹

Já as regras Alexy traz que sua maior característica, para se diferenciar dos princípios, é que esta são cumprida ou não; não há meio termo com relação a essas normas. Elas devem ser efetivadas nos seus mínimos detalhes. As regras contem determinações, este é o termo utilizado

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Luís Afonso Heck (Tradutor). 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 56.

⁸⁷ *Ibidem*, 2008, p. 60.

⁸⁸ *Idem*. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Tradutor). 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.86.

⁸⁹ *Ibidem*, p.90.

pelo autor. Determinações no sentido de serem claras e diretas sobre o caso concreto que querem tutelar, com mínimo grau de generalidade e abstração.⁹⁰

Para solucionar-se um conflito de regras há apenas duas soluções: a) ou uma regra é declarada inválida e extirpada do ordenamento jurídico ou b) cria-se uma exceção.⁹¹ Já o princípio é um mandamento de otimização, ou seja, ordena que algo seja executado na sua mais elevada forma factível, dentro das possibilidades concretas existentes.⁹² Na colisão entre princípios um não precisa ser declarado inválido em detrimento do outro, apenas naquele caso concreto algum princípio irá preponderar, irá ter uma precedência sob determinadas condições.⁹³

O referido autor ressalta que as colisões podem ser resolvidas quando um direito fundamental, ou ambos que estão em colisão, de alguma forma, cedem ou se sacrificam, para adaptar-se à realidade social. Uma das formas para se chegar a solução da colisão entre princípio é utilizar-se da máxima proporcionalidade em sentido amplo e seu conteúdo tripartite, que é composta pelo juízo de adequação e necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁹⁴

Daniel Oitaven⁹⁵ traz em seu livro “A Tensão Hermenêutica entre os Papéis representativos do Legislativo e do Judiciário” ponderações sobre a teoria de Alexy:

A adoção da máxima da proporcionalidade e suas submáximas como critério hermenêutico impõe uma análise de correspondência entre meios e fins, com o intento, baseado em uma lógica de otimização harmônica, de orientar a concretização dos direitos e garantias fundamentais mediante uma espécie de sopesamento dos mandamentos axiológicos-constitucionais.

A ideia de adequação revela-se quando, a depender da realidade fática, um princípio pode ceder um espaço para que outro se desenvolva, por exemplo nem sempre o direito à vida, por ser intitulado como de maior valor, irá ponderar sobre outros direitos.

Alexy traz em sua obra o exemplo do cabelereiro alemão que colocou em seu estabelecimento uma máquina de venda automática de cigarros sem permissão do Estado. Tendo isso em vista, o Estado imputou-lhe uma multa sob argumentaram que este profissional não possuía expertise para manusear tal máquina. Indignado com a autuação o cabelereiro procurou guarita no judiciário e o Tribunal Constitucional Federal alemão considerou tal exigência (expertise)

⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (tradutor). 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.91.

⁹¹ *Ibidem*, p.92.

⁹² *Ibidem*, p.90.

⁹³ *Ibidem*, p.93.

⁹⁴ *Idem*. **Constitucionalismo Discursivo**. Luís Afonso Heck (Tradutor). 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 60-61.

⁹⁵ OITAVEN, Daniel. **A tensão Hermenêutica entre os Papeis representativos do Legislativo e do Judiciário: uma interpretação construtiva do princípio da separação dos poderes**. Salvador: Editora Juspodwn, 2013, p. 73.

completamente desarrazoada, tendo em vista que violaria a liberdade profissional, não sendo essa exigência adequada, quando comparada à proteção ao consumidor, ou seja, neste caso concreto o princípio da liberdade profissional preponderou em detrimento da proteção ao consumidor.⁹⁶

A necessidade faz um juízo confrontante, solicita que, quando o meio escolhido restringe outro direito fundamental, sejam buscados meios alternativos que não atinjam outro direito fundamental.⁹⁷ Reside na situação onde não apenas dois princípios são relevantes e essenciais para solução do caso concreto, mas um terceiro princípio é necessário para resolução fática.

Já a proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao mandado de ponderação, exige que se analise se a importância do princípio fomentado pelo meio escolhido é suficientemente grande para justificar a intensidade da restrição ao princípio contraposto.⁹⁸ Para Alexy, a colisão entre direitos fundamentais deve ser solucionada pela submáxima da ponderação em sentido estrito.⁹⁹

Diante disso, pode-se considerar que regras e princípios são normas, uma vez que ambos dizem o que deve ser. Os princípios e as regras são fundamentos para os casos concretos, mas possuem aplicações distintas.¹⁰⁰

Neste trabalho científico analisar-se-á a colisão entre dois direitos fundamentais, entre dois princípios constitucionais, concorrem aqui o direito à vida e o princípio da liberdade religiosa, princípio com alto grau de generalidade.

2.2.3 A relativização do conceito de direito absoluto na contemporaneidade

⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (tradutor). 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.589.

⁹⁷ LIMA, André Canuto de F. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**. Jus Navegandi, 2014, p.1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey/1>>. Acesso em: 20 maio 2017.

⁹⁸ LIMA, André Canuto de F. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**. Jus Navegandi, 2014, p.1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey/1>>. Acesso em: 20 maio 2017.

⁹⁹ A tese da “proporcionalidade” de Alexy vem sendo duramente criticada pelos doutrinados por, na prática, não solucionar a discricionariedade judicial. A Suprema Corte Brasileira aplica a máxima da proporcionalidade, muitas vezes, sem nenhum critério. “Difícil saber em que sentido a proporcionalidade é empregada pelo STF e, igualmente, se as suas decisões atendem à exigência de justificação racional reclamada por Alexy. Também é impossível saber em que sentido o STF emprega a ponderação. Essa questão da (ir)racionalidade das decisões tomadas a partir da aplicação da proporcionalidade é, precisamente, o problema enfrentado na tese de doutorado do Fausto, a ser publicada muito em breve, em que ele faz uma contundente crítica à jurisprudência do STF”. **Alexy e os Problemas de uma Teoria Jurídica sem Filosofia**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-abr-05/diario-classe-alexey-problemas-teoria-juridica-filosofia>>. Acesso em: 29 set. 2017.

¹⁰⁰ JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua Teoria Sobre os Princípios e Regras**. 2007, p.1. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em: 20 maio 2017.

De acordo com Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é um preceito constitucional positivo e que possui dupla natureza: de princípio e de regra. Quando a dignidade se perfaz em forma de princípio será, sim, passível de ponderação com outros princípios e bens jurídico-constitucionais, de modo a resguardar, em concreto, uma certa “concordância prática”. Verifica-se também que em diversos momentos a dignidade da pessoa humana opera com regra jurídica, onde traz uma proibição de determinada conduta ou impõe uma determinada ação, sendo esta a situação na qual a dignidade poderá assumir uma feição absoluta, pois afastada a possibilidade de ponderação e o recurso ao critério da proporcionalidade.¹⁰¹

A título de exemplificação, há a proibição de trabalho escravo, tratamento desumano e degradante e proibição de tortura (art. 5, inciso III, CF/88), normas-regras que resguardam a dignidade da pessoa humana, mas que, por serem normas proibitivas, se exteriorizam por meio de regras. Tais práticas implicam inequivocamente a coisificação e degradação da pessoa humana, transformando-a em simples objeto da ação arbitrária de terceiros, sendo, portanto, conflitante com a dignidade da pessoa humana, regra que veicula aspecto nuclear da proteção da dignidade da pessoa humana e, nesse sentido, haveria, sim, direitos que não podem ser relativizados, ou seja, seriam direitos absolutos.¹⁰²

Portanto, conclui-se que os princípios que resguardam a dignidade da pessoa podem sofrer ponderações no caso concreto, onde um ou outro irá preponderar; há, na verdade uma certa flexibilização. Entretanto, quando se fala em regras que resguardam a dignidade da pessoa humana, como a proibição à tortura, por exemplo, estas não podem sofrer nenhum tipo de limitação, ou seja, são direitos absolutos; qualquer restrição deste poderá ferir profundamente a dignidade humana.

Alexy pondera que caso existam princípios absolutos a definição de princípio deve ser alterada, pois, neste caso, os limites jurídicos seriam inexistentes para os intitulados princípios absolutos e assim, conseqüentemente, o “teorema da colisão não seria aplicável”.¹⁰³

Para efetivar-se a proteção dos direitos fundamentais, temos os princípios como pilar central, estes princípios podem ser coletivos ou individuais. Caso um princípio coletivo seja absoluto, este não pode ser limitado pelas normas jurídicas, ou seja, não há direitos fundamentais na

¹⁰¹ SARLET, Ingo. **Proibição da tortura ilustra função da dignidade como cláusula de barreira**. Conjur. p.1. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-21/direitos-fundamentais-veto-tortura-ilustra-funcao-dignidade-clausula-barreira>>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (tradutor). 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.111.

esfera de alcance desse princípio absoluto. Se absoluto for um princípio que garante direito individual, cada indivíduo que possui seu direito absoluto iria preponderar sobre o outro, mas o outro também é portador desse direito absoluto, surgindo assim contradições e embates que não possuem solução.¹⁰⁴

Vírgilio Afonso da Silva¹⁰⁵ ressalta que quando argumentam sobre os direitos fundamentais possuírem caráter absoluto estes autores querem dizer que esses direitos possuem um conteúdo essencial absoluto, ou seja, um núcleo que possui uma barreira intransponível, independentemente da situação fática ou dos interesses que questão.

O direito à vida, por exemplo, apesar de ser um dos direitos mais especiais do ordenamento jurídico brasileiro, não é absoluto, tendo em vista que a própria Constituição Federal abre uma exceção, onde permite a pena de morte em caso de guerra declarada.¹⁰⁶

O homem é um ser independente, capaz de escolher seus valores subjetivos de acordo com sua autonomia privada, que está relacionada à liberdade individual¹⁰⁷, ou seja, ninguém pode impor uma ideologia, uma crença religiosa a outrem.

A autonomia da vontade legitima as decisões subjetivas da pessoa humana quando se é capaz de discernir conscientemente sobre estas deliberações. Autonomia da vontade é um princípio constitucional que garante a liberdade de agir da pessoa para satisfazer sua pretensão, cada indivíduo manifesta sua vontade real, para satisfazer seus anseios na esfera material. A autonomia da vontade difere-se da autonomia privada, este é um princípio do direito privado, que garante as partes criarem as normas que irão contratar, a partir da autonomia da vontade.¹⁰⁸

Há, dentro da autonomia da vontade, a autonomia em saúde, que legitima o titular de direitos decidir, de forma esclarecida, qual o melhor tratamento médico que ele irá se submeter¹⁰⁹, independente se essa decisão tem fundamento religioso ou científico.

Não se defende aqui que o direito à vida é um direito inviolável em todos os seus aspectos ou, muito menos, que é um direito absoluto, como ventilado linhas acima, pois há a possibilidade

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (tradutor). 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.111.

¹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 27.

¹⁰⁶ Art. 5, XLVII, CF/88 - XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.297.

¹⁰⁸ ZANIN JUNIOR, Hernani. **Autonomia Privada e Liberdade de Contratar**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jan-28/nao-real-distincao-entre-autonomia-vontade-liberdade-contratar>>. Acesso em: 14 de mar. de 2017.

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, 2011, p.297, 2011, p. 296.

de, a depender do caso concreto, outros princípios preponderarem sobre o direito à vida. Entretanto, quando se fala em disponibilidade de um direito, defende-se que esta, em alguns singulares casos, poderá ocorrer, porém, o seu titular que deve, por uma manifestação consciente e livre, exercer esse direito.

A corte brasileira já se manifestou no sentido de que não há direitos absolutos no ordenamento brasileiro, como se verifica a seguir:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.¹¹⁰

O ex ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres de Brito, se manifestou em 2009, onde argumentou que, sim, no Estado Democrático de Direito pode haver direitos absolutos, como o direito a não ser torturado, a vedação a pena perpétua, o voto direto e secreto e o impedimento de um brasileiro nato ser extraditado.¹¹¹

Não há que se falar que todos os direitos assegurados ao ser humano são absolutos, como verificou-se a questão do direito à vida e à liberdade religiosa que pode ser relativizado em alguns momentos. Entretanto, cabe frisar a existência de alguns direitos, manifestados por meio de regras (mais precisamente, regras proibitivas) que possuem caráter absoluto, como o direito do ser humano existente na Carta Magna Brasileira de não ser torturado e de não ser condenado a uma prisão perpétua.

2.3 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

¹¹⁰ STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹¹¹ Fonte: Site Oficial do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=109318>>. Acesso em: 30 out. 2017.

Adiante far-se-á uma breve diferenciação dos conceitos de personalidade jurídica, capacidade de fato e de direito. Será tratado de forma sintética do histórico dos direitos da personalidade, o que vem a ser este instituto e suas características no ordenamento brasileiro.

2.3.1 Questões Introdutórias sobre a Personalidade Jurídica

De acordo com o Código Civil Brasileiro de 2002, adquire-se a personalidade jurídica com o nascimento com vida; entretanto a Lei já resguarda os direitos do nascituro.¹¹² O nascimento com vida é aferido por procedimentos médicos, ao qual é verificado se a criança, após o nascimento - separação fática do seu corpo ao corpo da mãe, consegue respirar sozinha, utilizando seus próprios pulmões. Este procedimento é chamado de docimásia hidrostática pulmonar de galeno; isso no caso da personalidade jurídica concedida às pessoas naturais.¹¹³

A personalidade jurídica conferida às pessoas naturais independe da vontade do indivíduo, isso pois a personalidade é atributo inerente ao ser humano na ordem jurídica; é uma característica que não decorre de requisito psíquico, como ressalta Caio Mário.¹¹⁴

Entretanto, por meio da ficção jurídica, a personalidade jurídica também é concedida às pessoas jurídicas, a qual tem início com um ato jurídico ou, simplesmente, a partir da vontade humana.¹¹⁵ Entende-se por pessoa jurídica a entidade que é formada por uma soma de esforços de pessoas naturais ou por uma destinação certa do patrimônio, que tem como intuito o alcance de uma finalidade certa e determinada e é constituída como prevê a lei.¹¹⁶

Cristiano Chaves traz que a personalidade jurídica obteve historicamente um conceito genérico, qual seja a aptidão reconhecida a toda pessoa para titularizar relações jurídicas. Ao pesquisar sobre o conceito de direitos da personalidade, percebeu-se que autores, como Clóvis Beviláqua, por exemplo, conceituam os direitos da personalidade de uma forma que fazia-nos pensar que somente as pessoas naturais possuíam a personalidade. O referido autor conceituou direitos da personalidade como sendo um conjunto de direitos atribuídos a uma pessoa. “É a aptidão

¹¹² Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹¹³ EBAH. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAIRgAK/medicina-legal?part=20>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

¹¹⁴ PEREIRA, Cairo Mário. **Instituições de direito civil**. v.1. 27.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p.181-181.

¹¹⁵ MEIRELLES, Ana Thereza Araújo. **A Delimitação Dogmática do Conceito de Homem Como Sujeito de Direito no Regramento Jurídico Brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade federal da Bahia, Salvador, p. 119.

¹¹⁶ CHAVES, Cristiano. Curso de Direito Civil. v. 1. 14.ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2015, p.164.

reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”.¹¹⁷ A personalidade jurídica nada mais é que o atributo que possibilita o reconhecimento do ente como um sujeito de direito.¹¹⁸

Entretanto, Cristiano Chaves ressalta que este não é um conceito completamente aplicável hoje pois é insuficiente, tendo em vista outros entes, como por exemplo o condomínio edilício, não ser pessoa e titularizar inúmeros direitos e obrigações.¹¹⁹

O Direito atual necessitou adaptar-se a uma nova realidade de personalidade jurídica, ao qual, conseqüentemente, obteve uma modificação conceitual. Miguel Reale conceitua a personalidade jurídica como sendo “a capacidade *in abstracto* de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade”.¹²⁰

De forma análoga, Cristiano Chaves traz seu conceito que a personalidade jurídica é uma característica que as pessoas, sejam estas naturais ou jurídicas, possuem para existirem no plano jurídico com uma maior segurança jurídica, uma tutela especial, com a devida proteção fornecida pelo estados, proteção esta que se materializa nos direitos da personalidade.¹²¹

Personalidade jurídica não é um direito, mas, sim, um conjunto de características da própria pessoa. É, antes de tudo, um valor ético, que decorre de matrizes constitucionais, especialmente da dignidade da pessoa humana.¹²² A personalidade jurídica é onde se apoia os direitos e deveres que dela se propagam. A personalidade é o conceito basilar da ordem jurídica, que é concedido a todos. Foi consagrado pela legislação cível e pelos direitos constitucionalmente estabelecidos, como o direito à vida, à liberdade e à igualdade.¹²³

Convêm esclarecer, resumidamente, que personalidade jurídica além de não se confundir com direitos da personalidade, também é diversa dos conceitos de capacidade de fato e de direito.

¹¹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975, p.71.

¹¹⁸ Posição de autores clássicos como Clóvis Beviláqua, trazida na dissertação de mestrado da professora Ana Tereza Meirelles. MEIRELLES, Ana Thereza Araújo. **A Delimitação Dogmática do Conceito de Homem Como Sujeito de Direito no Regramento Jurídico Brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade federal da Bahia, Salvador, p.15. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9263/1/ANA%20THEREZA%20MEIRELES%20ARA%20C3%9AJA%20-%20Disserta%20C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017; PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. v.1. 27.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p.181.

¹¹⁹ CHAVES, Cristiano. **Curso de Direito Civil**. V. 1. 14 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2015, p.165.

¹²⁰ REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, p. 232.

¹²¹ CHAVES, Cristiano. *Op.cit.*, 2015, p.165.

¹²² *Ibidem*, p.167.

¹²³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130.

Após adquirida a personalidade jurídica (pessoa natural com o nascimento com vida e pessoa jurídica com o devido ato constitutivo), esta passa a ter direitos e obrigações. Capacidade de direito é a consequência do adquirento da personalidade jurídica. Já a capacidade de fato é a aptidão para a prática de atos da vida civil, para o pleno exercício de seus direitos, a qual se subdivide em capacidade absoluta, relativa e incapacidade absoluta.¹²⁴ Esta é o arbítrio concedido à pessoa de efetivar reações obrigacionais.¹²⁵

Portanto, não há que se unificar os conceitos de personalidade jurídica, direitos da personalidade e capacidade de fato e de direito, tendo em vista estas, apesar de terem conceitos interligados, não se confundem.

2.3.2 Direitos da Personalidade no Âmbito do Ordenamento Brasileiro

Para situar os fundamentos dos direitos da personalidade surgiram duas correntes: a positivista e a jusnaturalista. A primeira corrente argumenta que os direitos da personalidade são somente aqueles reconhecidos pelo Estado, seu fundamento é a norma positiva, não aceitam que os direitos são inatos à pessoa. Já a segunda corrente, na qual este trabalho coaduna, traz que os direitos da personalidade são inerentes à pessoa e cabe ao Estado apenas a sua verificação/reconhecimento e, caso necessário, sancioná-los por meio do direito positivo.¹²⁶ Mesmo que o reconhecimento pelo direito positivo não ocorra os direitos da personalidade continuaram a existir pois estes não necessitam deste ‘reconhecimento’, tendo em vista serem consequência de sua característica transcendental da natureza humana.¹²⁷

O ordenamento brasileiro atentou-se para os direitos da personalidade com a Constituição Federal de 1988, onde traz direitos e garantias individuais e coletivos, com o propósito de salvaguardar e assegurar, além de tributar o princípio da dignidade da pessoa humana, como uma cláusula geral de tutela da personalidade.¹²⁸ Estes direitos foram tutelados expressamente no ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil de 2002, capítulo II do livro I, título I, na sua parte geral.

¹²⁴ AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 281.

¹²⁵ CHAVES, Cristiano. **Curso de Direito Civil**. V. 1. 14.ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2015, p.167.

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 188.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 190.

¹²⁸ PEREIRA, Cairo Mário. **Instituições de direito civil**. v.1. 27.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p.202-203.

São tidos direitos da personalidade os direitos subjetivos; são situações jurídicas existenciais que têm por objeto central os bens e valores fundamentais da pessoa, sendo de natureza moral, intelectual ou física. Cabe ressaltar que os direitos da personalidade não são “um direito”, como bem ressaltar Caio Mário, pois seria um equívoco dizer que uma pessoa possui direito à personalidade; mas, sim, da personalidade irradiam-se direitos, pois esta é a coluna mestra de todos os outros direitos e obrigações.¹²⁹

Os direitos da personalidade estão inseridos num universo extrapatrimonial do sujeito, na qual é composto por uma tutela jurídica de valores não redutíveis pecuniariamente.¹³⁰ Entende-se por direitos ou situações objetivas o poder que é dado ao titular do direito de agir em defesa dos seus bens ou valores medulares da personalidade jurídica, na qual integram o aspecto físico (o direito à vida e ao próprio corpo), o aspecto intelectual (o direito à liberdade de pensamento), e o aspecto moral (compreendido pelo direito à liberdade, à honra, ao segredo, à imagem, à identidade e o direito de exigir de terceiro o respeito a esses direitos).¹³¹

Após essa apertada síntese sobre os direitos da personalidade e o ordenamento brasileiro de forma geral, faz-se necessário enveredar pelas características intrínsecas dos direitos da personalidade.

Generalidade, imprescritibilidade, extrapatrimonialidade, impenhorabilidade, vitaliciedade, indisponibilidade e caráter absoluto são algumas das características que a doutrina traz quando se trata de direitos da personalidade. Neste trabalho analisar-se-á as principais características, ao qual tem o intuito de fundamentar o posicionamento final da pesquisa com relação ao conceito de caráter absoluto e indisponibilidade de tais direitos.

Por generalidade compreende-se que os direitos da personalidade são conferidos a todas as pessoas. Imprescritibilidade significa dizer que os direitos da personalidade não possuem prazo para o seu exercício e não se desvanece de acordo com sua utilização. Uma ponderação a se fazer com relação a imprescritibilidade dos direitos da personalidade é que esta não se confunde com a prescritibilidade da pretensão de reparação (pretensão indenizatória) de uma violação a um direito da personalidade. Caso haja alguma violação a esses direitos o titular desse direito terá o instituto da prescrição agindo sobre si, como prevê o art. 206 do Código Civil.¹³²

¹²⁹ PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil**. v.1. 27.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p.204.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 186.

¹³¹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 302.

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, 2015, p. 198.

São extrapatrimoniais, isso pois não possuem um conteúdo patrimonial aferível objetivamente, não possuem apreciação econômica, por mais que caso ocorra lesão a esses direitos possa vir a surgir indenizações. Os direitos da personalidade também gozam da impenhorabilidade, onde não poderão ser penhorados, característica essa decorrente do caráter extrapatrimonial.¹³³

Vitalícios, isso pois são inatos e permanentes, e aderem a pessoa desde o seu nascimento até o final de sua personalidade jurídica, que se dá com a morte. Entretanto, cabe ponderar que há direitos que se estendem após a morte, o qual seja o direito ao corpo morto, o direito à honra pode também ser lesado pós morte do seu titular.

São também, em regra, indisponíveis. Por indisponibilidade entende-se que o titular dos direitos da personalidade não podem dispor destes. Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze trazem em seu livro que a indisponibilidade se subdivide em dois sub-grupos: a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade. Pelo primeiro compreende-se que os direitos ora discutidos não podem ser declinados, renunciados. Com relação ao segundo, compreende-se que esses direitos são também impossíveis, em regra, de sofrerem alteração nos sujeitos.¹³⁴

Porém, cabe trazer à baila a explicação da expressão acima “em regra”. Bom, com relação à intransmissibilidade, há alguns direitos que podem ser transmitidos, seja essa transmissão provisória, como a que ocorre com o direito a imagem, quando algum ator sede, por meio de um contrato, o uso desta, como também pode ser uma transmissão definitiva, como se vê nos transplantes de tecidos e órgãos. Esses exemplos evidenciam a relatividade da indisponibilidade, característica tão marcante desses direitos.¹³⁵

São, por fim, tidos absolutos, característica esta que vem sendo amplamente discutida nos últimos tempos. Depreende-se dessa característica que estes direitos possuem eficácia *erga omnes*, onde se impõe à sociedade o dever de reverência.¹³⁶ Entretanto, o significado de direito absoluto não se exaure a esse conceito do professor Cristiano Chaves.

A sociedade de um modo geral compreende direito absoluto como um direito inquestionável, superior a todos os outros, “poder ou faculdade de agir, sem restrições, contra a pessoa que venha atentar ou ferir o direito de que se é titular”¹³⁷.

¹³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 198.

¹³⁴ CHAVES, Cristiano. **Curso de Direito Civil**. V. 1. 14.ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2015, p.175.

¹³⁵ *Ibidem*, p.174.

¹³⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹³⁷ Conceito retirado do site “Âmbito Jurídico”. Disponível em:<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=enciclopedia_detalhes&id=8343>. Acesso em: 07 ago. 2017.

A questão da relativização dos direitos absolutos já foi ventilada nesta pesquisa, a qual chegou-se à conclusão de que não há, em regra, que se falar na existência de tal característica num estado democrático de direito como o Brasil, exceto o direito a não tortura, de não ser escravizado, se não se submeter a trabalho degradante, e a depender da realidade fática um direito irá preponderar sobre o outro, pois, como defendeu Alexy, a função do direito é construir uma decisão mais justa para cada caso concreto.¹³⁸

Pois bem, com relação às características dos direitos da personalidade, foi trazido neste tópico uma breve síntese, não tendo como intuito o exaurimento desse assunto, mas apenas um apanhado geral, para melhor entendimento destes direitos.

2.3.3 Ponderações Sobre a Titularidade e a legitimidade dos Direitos da Personalidade

Titularidade é o nexó que há entre um sujeito e um direito, sujeito este que pode ser uma pessoa isoladamente falando ou uma coletividade. Ao se falar da titularidade dos direitos da personalidade não há dúvidas de quem o titular destes é a própria pessoa, entretanto, com relação aos nascituros, sabe-se que estes têm seus direitos resguardados desde a sua concepção, de acordo com o art. 2 do Código Civil Brasileiro.

O doutrinador Wilson Silva defendia a não aplicação dos direitos da personalidade à pessoa jurídica¹³⁹, entretanto, este trabalho posiciona-se completamente a favor desta aplicação, assim como a maioria da doutrina contemporânea, tendo em vista que a pessoa jurídica pode ter os direitos da personalidade a ela aplicados no que couber. Esta possui nome e imagem, direitos estes que devem ser resguardados, assim como a pessoa natural, que adquiriu a personalidade com o nascimento com vida.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona trazem uma ponderação em seu livro de grande valia, na qual pontuam que quando a Constituição Federal de 1988 tratou sobre a matéria em seu art. 5, X, ela usou o termo “pessoas”, não delimitando se estas eram pessoas naturais ou jurídicas, portanto, a interpretação deve ser feita de forma extensiva.¹⁴⁰

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (tradutor). 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.93.

¹³⁹ SILVA, Wilson Melo da *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 192.

¹⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193.

Em 1996 Luiz David Araújo já trouxe posicionamento com relação a possibilidade de aplicação do direito de resposta que deve ser aplicado às pessoas físicas e jurídicas, caso sejam afrontadas pela imprensa.¹⁴¹ Este posicionamento já foi aderido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sua súmula 227, e pelo Código Civil, em seu art. 52.¹⁴²

Quando se fala em titularidade, por ser os direitos da personalidade pessoais e personalíssimos, a legitimidade para exigir que cesse a ameaça ou reclame pela lesão já ocorrida é da própria pessoa que teve seu direito ferido. Entretanto, apesar desses direitos se extinguirem com o fim da personalidade jurídica, que se dá com a morte, há alguns direitos que ainda podem ser resguardados com o *post mortem*, como ventilado tópico acima.

De acordo com disposição legal os direitos da personalidade são intransmissíveis¹⁴³, entretanto, cabe aqui fazer uma ponderação sobre a titularidade desses direitos relacionada à intransmissibilidade e o seu efetivo exercício.

Bom, por titularidade de direito, foi trazido acima que este é o nexo que há entre o sujeito e o direito e que este é um direito intransmissível. Já, por exercício de direito, este deve ser definido como “manifestação autônoma construída a partir de uma esfera de liberdade”¹⁴⁴. Carolina Ferraz traz em sua dissertação de mestrado que o exercício de direito, diferente da titularidade, pode, sim, ser exercido por pessoa diversa, que não seja seu titular, na qual seria a terceira pessoa que também estará envolvida nessa situação jurídica.¹⁴⁵ Como exemplo pode-se utilizar uma criança que, ao não poder exercer seu direito de decisão em alguns casos (qual escola frequentar, qual médico se consultar, etc.) tem essas decisões tomadas por uma terceira pessoa, que, em regra, são seus pais.

É evidente, que a intransmissibilidade dos direitos da personalidade recai, tão somente, sobre a titularidade destes direitos sendo, ou seja, os pais não se tornarão titulares dos direitos de seus

¹⁴¹ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional da Própria Imagem**. Belo Horizonte: Del rey, 1996, p. 123.

¹⁴² Súmula 227, STJ: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral; Art. 52, CC/02: Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade

¹⁴³ O Código Civil Brasileira traz, em seu artigo 11, que: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

¹⁴⁴ FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. **A garantia da liberdade religiosa de um menor —filho de pais Testemunhas de Jeová**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p.56. Disponível em:<
http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerrazCA_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017;

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.57. Disponível em:<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerrazCA_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017;

filhos, mas, é possível a manifestação autônoma dos mesmos por uma terceira pessoa, a depender do caso.¹⁴⁶

Por isso, este trabalho não concorda com alguns posicionamentos jurisprudenciais¹⁴⁷, na qual utilizam o argumento de que os direitos da personalidade dos filhos menores não podem ser exercidos pelos pais/responsáveis pois estes não titulares, tendo em vista a intransmissibilidade destes direitos. É certo que os pais/responsáveis não são titulares, mas, em alguns momentos, movidos pelo poder parental, são estes que “exercem” este direito, e ao exercer não passam a titularizar o direito, o que ocorre, por exemplo, com decisões que os responsáveis tomam, como qual escola frequentar, qual profissional de saúde buscar tratamento, dentre outras decisões. Os pais podem decidir sobre a vida de seus filhos, em regra, pois são dotados, pelo poder parental, de capacidade para manifestar sobre tais esferas de liberdade. Entretanto, há algumas decisões que não comportam a transmissão do exercício aos pais, decisões estas que serão debatidas ao longo desta pesquisa.

¹⁴⁶ FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. **A garantia da liberdade religiosa de um menor —filho de pais Testemunhas de Jeová**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p.57.

Disponível em:< http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerrazCA_1.pdf>.Acesso em: 27 out. 2017;

¹⁴⁷ Posicionamento na Des. Vânia Rack de Almeida, Tribunal Regional Federal 4º Região, Ap. 2003.71.02.00155-6, Rel. Vânia Hack de Almeida, 2006. Julgado citado por: FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. **A garantia da liberdade religiosa de um menor —filho de pais Testemunhas de Jeová**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, p.57. Disponível em:<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerrazCA_1.pdf>.Acesso em: 27 out. 2017;

3 AUTONOMIA E EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Ao se falar em recusa a tratamento médico pelos pais em caso de filhos menores, tendo como fundamento dessa recusa uma religião, não há como não abrir um capítulo para aprofundar-se neste tema. Dessa forma, neste tópico, serão analisadas questões introdutórias sobre a liberdade, o que vem a ser essa expressão e sua evolução na sociedade; sobre a religião, seus primórdios, teorias que tentam explicar o momento do seu surgimento, a influência desta na sociedade. Após isso, encaminhar-se-á sobre o princípio da liberdade religiosa, ao qual analisar-se-á a aplicação deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 QUESTÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE A LIBERDADE

Sabe-se que a liberdade não nasceu do dia para a noite, esta foi conquistada (e ainda vem sendo) de forma gradativa/paulatina. É uma conquista da evolução humana, a qual ganha força com o decorrer da história, com a luta e resistência dos povos.¹⁴⁸ Historicamente, a noção de que os seres humanos são livres e, como consequência, respondem pelos seus atos voluntários, surgiu no período axial. Anteriormente a essa concepção, entendia-se que as forças sobrenaturais determinavam o destino da vida humana. Entretanto, para os modernos a liberdade foi redescoberta e afirmada no século XVIII, com a concepção de independência do indivíduo, contra a indevida interferência dos poderes constituídos, sejam eles políticos ou religiosos.¹⁴⁹

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão traz um conceito sensato de liberdade em seu art. 4: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica aos outros: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem como limite apenas aqueles que garantem aos demais membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites são determinados somente pela Lei.”¹⁵⁰ Liberdade, enfim, é a possibilidade de coordenação

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 234.

¹⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 538.

¹⁵⁰ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/biblioteca/125-declaracao-1789>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. “É poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão”.¹⁵¹

Liberdade é um dos inúmeros direitos da personalidade, assegurado pelo art. 5 da Magna Carta Brasileira¹⁵², onde está incluso dentro desta a liberdade religiosa - liberdade psíquica; é direito individual e fundamental.¹⁵³ Para maior esclarecimento, faz-se interessante pontuar nesta monografia o que vem a ser, na verdade, liberdade. Liberdade não é a autorização para se fazer tudo o que se quer, pelo contrário, liberdade não é ausência de coação, mas, sim, é a ausência de coação atípica, ilegítima e imoral. Esse é o conceito de liberdade associado à legalidade.

É esse o conceito de liberdade adotado no Brasil, onde o art. 59 da Constituição Federal de 1988 traz que a lei (*lato sensu*: medias provisórias, decretos, emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e resoluções) é o único instrumento autorizado a restringir a ação das pessoas.¹⁵⁴

José Afonso da Silva traz em seu livro dois tipos de liberdade: a interna e a externa. A primeira se refere ao livre-arbítrio humano, a manifestação de vontade deste no mundo exterior. Significa o poder de decisão de acordo com a sua vontade própria. Já a segunda, a liberdade externa, é “as condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita” é a liberdade de fazer acontecer efetivamente no caso concreto suas decisões.¹⁵⁵

A liberdade se subdivide em subgrupos, nas quais elencar-se-á alguns aqui¹⁵⁶; são eles: liberdade de ação: fazer ou deixar de fazer algo, quando não vedado por lei; liberdade de locomoção: onde qualquer pessoa pode entrar, permanecer ou sair do país nos termos da lei (art. 5, XV, CF/88); liberdade de opinião: a liberdade de exteriorizar o que se pensa (art. 5, IV, CF/88); liberdade de informação: o direito de informar, o direito de se informar e de ser informado (art. 22, *caput*, CF/88); liberdade de reunião: o poder que as pessoas possuem de agruparem em locais públicos independe de autorização do poder público (art. 5, XVI, CF/88); liberdade de associação: direito concedido aos brasileiros de agruparem de forma estável e

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, p. 235.

¹⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2015, p. 193.

¹⁵⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 8.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 540.

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, 2015, p. 233.

¹⁵⁶ Essa monografia não tem por objetivo exaurir todos os subgrupos derivados do princípio da liberdade. Elencar-se-á apenas os mais trazidos pela doutrina.

contínuo, em prol de um fim lícito (art. 5, XVIII); liberdade de opção profissional: o direito concedido às pessoas de escolherem seus trabalhos de acordo com suas alternativas e habilidades, desde que cumpram as exigências legais (art. 5, XIII, CF/88) e, por fim, a liberdade de crença e consciência: estas não são sinônimas, a primeira refere-se a liberdade concedida a todos de escolherem qual religião querem professar e mudarem desta ao seu bel prazer, já a segunda refere-se a liberdade que as pessoas possuem de não escolherem religião alguma, de defender uma visão que não se encaixa em nenhuma religião.¹⁵⁷

Após essa breve introdução sobre a liberdade, seu conceito base, e seu encaixe nos sistema jurídico brasileiro, faz-se necessário aprofundar-se no quesito liberdade religiosa. Para isso, adentrar-se-á neste, afim de construir um raciocínio mais crítico.

3.2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA

Neste capítulo tratar-se-á sobre o princípio da liberdade religiosa. De início o tema será abordado com uma breve introdução sobre a religião e seu histórico; logo após analisar-se-á o princípio da liberdade religiosa em si, seus conceitos e características. Para finalizar o capítulo, será examinada a influência deste princípio na sociedade, como é foi a evolução deste no Estado Brasileiro e, por fim, sua interferência no ordenamento brasileiro.

3.2.1 Breves considerações sobre a religião

Antes de aprofundar os estudos no princípio da liberdade religiosa, é essencial situar o caro leitor, assim como foi feito acima com relação a liberdade, sobre o tema religião, como essa surgiu e se desenvolveu na sociedade humana.

Não há registros exatos de quando se deu o surgimento da religião na humanidade. O que dizem os historiadores é que esta se confunde com o surgimento da humanidade, nem a própria sociologia pode afirmar um período exato, além de meras suposições¹⁵⁸. A religião acompanhou

¹⁵⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 8.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 540-549.

¹⁵⁸ MACHADO NETO, A. L. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. 13 tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 283.

a evolução da espécie “homo sapiens” desde os seus mais remotos ancestrais.¹⁵⁹ Pelo fato do ser humano possuir grandes indagações com relação à vida e a morte, a religião surge para trazer respostas que até então não existiam, satisfazendo seus fiéis.¹⁶⁰

Muito antes de se falar em direito, já se identificava as normas religiosas, fruto da consciência humana e que eram transmitidas e ensinadas de pai para filho, sempre voltadas ao temor reverencial ao ser maior. A religião é o mais antigo e abrangente conjunto de normas conhecido e respeitado pela população.¹⁶¹

A religião, é um dos fenômenos universais da cultura, sendo sua finalidade social a busca da salvação individual do homem na sua dimensão ultratumba.¹⁶² Gelson Amaro delinea religião como sendo:¹⁶³

O sentimento pessoal e complexo que abrange várias vertentes, como o amor, a bondade, o medo, o respeito e a que implica em obrigação aceita pelo religioso com relação a um ser superior, amor, soberano, transcendente, onipresente, onisciente e onipotente, qualquer que seja a denominação dada a este ser.

Século passado, mais ousado que este, arriscou-se em formular algumas teorias sobre o surgimento da religião. São cinco teorias trazidas por Machado Neto, a qual elucidar-se-á aqui; são elas: naturismo, animismo, totemismo, falicismo e evemerismo.

A teoria do naturismo defende que a religião é uma necessidade natural do home. Por isso, o homem começou a adorar plantas e animais, até chegar à adoração de astros. Passou pela adoração de vários deuses (polietismo) à adoração de apenas um (monoteísmo). São adeptos a essa teoria Comte e Marx Muller.¹⁶⁴

O animismo prevê que a origem da religião está na crença primitiva de por ser o ser humano animado (dotado de racionalidade e sentimentos) que a alma dos falecidos, bons ou maus, tem a faculdade de se encarnar nas coisas, animais ou plantas, dando-os a qualidade espiritual de bondade ou maldade. São defensores dessa teoria Tylor e Spencer.

¹⁵⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.

¹⁶⁰ FERREIRA, Lorena Rodrigues. **A influência da religião no constitucionalismo brasileiro: o problema da descriminalização do aborto**. 2007. Monografia (Curso de pós-graduação em Direito) Faculdade Baiana de Direito - Salvador, p. 11

¹⁶¹ SOUZA, Gelson Amaro de. A religião, o estado e o homem. In LAZARI, Rafael José Nadim de; BERNARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (Orgs.). **Liberdade religiosa no estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 70.

¹⁶² MACHADO NETO, A. L. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. 13 tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 283.

¹⁶³ SOUZA, Gelson Amaro de. A religião, o estado e o homem. In LAZARI, Rafael José Nadim de; BERNARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (Orgs.). **Liberdade religiosa no estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 70.

¹⁶⁴ MACHADO NETO, A. L. *Op.cit.*, 2008, p. 283-284.

O totemismo deriva da palavra totem, que possui origem indígena e significa ser mítico, mas com o tempo passou a ser entendido com ancestral, um patriarca de um clã.¹⁶⁵ O Totemismo foi defendido por Durkheim, que fez uma observação com tribos australianas, que são sustentadas por estruturas bases (denominadas clãs) pregava que a origem dos deuses estava na crença social de certos grupos de descenderem de um antepassado comum, animal ou planta em geral, de que herdavam as qualidades distintivas e o próprio nome. Ou seja, afirmou que o culto ao Totem é o elemento formador da Primitiva Religião.¹⁶⁶

Freud defendeu o falicismo, teoria baseada nos órgãos fálcos humanos, onde os grupos religiosos adoravam os órgão sexuais dos indivíduos, considerando-os milagroso, divino e sobrenatural. Por fim, a teoria evemerista teve como precursor o filósofo Evemero, que baseia-se no medo, o medo é a força originária dessa teoria; a teoria evemerista é considerada a mais antiga explicação naturalista, onde teve o seu berço na Grécia.¹⁶⁷

Após a breve análise dessas teorias, conclui-se que, apesar da ousadia desses teóricos em explicar a origem da religião, nenhuma delas é segura o suficiente para afirmar como e quando surgiu essa manifestação cultural. E também não é o objetivo dessa monografia buscar a origem da religião, mas, sim, trabalhar indagações que esta traz para a sociedade, como a questão cerne dessa pesquisa que é “a recusa a tratamento médico pelos pais em caso de filhos menores”.

A realidade é que a religião, independentemente de como esta surgiu, está presente entre os humanos e é extrema relevância para a sociedade. Religião e cultura estão interligadas, não há conhecimento de sociedade que não tenha tido influência de alguma religião em seu meio.¹⁶⁸

A religião de certa modo limita e contribui para a organização das culturas, de modo que, em regra, aproxima os semelhantes e afasta os diferentes, como por exemplo: um jovem evangélico se afasta dos outros jovens por não possuir características em comum com esses últimos, mas ao mesmo tempo se aproxima de grupos de jovens evangélicos por ter a mesma visão de mundo que eles.¹⁶⁹

¹⁶⁵ VILLELA, Fábio Renato. **Totem e Totemismo, Ensaio Filosófico**. Disponível em:<<http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/2324662>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

¹⁶⁶ MACHADO NETO, A. L. **Sociologia Jurídica**.6.ed, 13 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284. No mesmo sentido: VILLELA, Fábio Renato. **Totem e Totemismo, Ensaio Filosófico**. Disponível em:<<http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/2324662>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

¹⁶⁷ MACHADO NETO, A. L. *Op.cit.*, 2008, p. 284.

¹⁶⁸ SOUZA, Gelson Amaro de. A religião, o estado e o homem. In LAZARI, Rafael José Nadim de; BERNARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (Orgs.). **Liberdade religiosa no estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 70.

¹⁶⁹ REIS, Daiane do Carmo. **Liberdade Religiosa o Estado Laico: A Relação entre Religião, Estado, Política e Cultura na Contemporaneidade**. Disponível em:<

Dessa forma, percebe-se que a realidade fática é a mútua existência da religião com a sociedade. A questão toda é essa sociedade e o Estado relacionar-se-ão com estas religiões, impondo limites e, ao mesmo tempo, respeitando o direito fundamental de cada um a liberdade religiosa/liberdade de pensamento.

3.2.2 Liberdade religiosa: conceito, princípio e direito fundamental no Estado Brasileiro

Por muito tempo a religião foi instituição presente e influenciadora diretamente nas normas dos Estados, manifestada por grandes movimentos coletivos, o movimento religioso tem grande projeção política e jurídico-política, onde influi na cultural e também na política da sociedade. As constituições dos países em sua maioria (para não generalizar pois não se tem conhecimento de todas as constituições existentes) sempre consideraram a religião, seja como base fundante ou como direito de todos, tendo esta repercussão até no Direito Internacional.¹⁷⁰

Apesar da grande influência da religião na sociedade, o que se observa na contemporaneidade é um processo de decréscimo da influência religiosa (ainda mais nos estados que adotaram a figura de Estado Laico), entretanto, influência esta ainda distante de desaparecer.¹⁷¹

Nas democracias modernas houve a separação entre a religião e o Estado, onde desaparece também a união entre sociedade e religião, falando-se assim, na secularização, ou seja, numa sociedade secular. Não se pode confundir secularização com um mundo/cultura sem Deus. A secularização pressupõe, principalmente, respeito às opções religiosas de cada indivíduo, e os locais onde trabalham funcionam sem Deus e seus sinais visíveis.¹⁷²

A liberdade religiosa é um dos princípios assegurados pelo Estado Democrático Brasileiro e está disposto art. 5, inciso VI da Carta Magna. Pinto Ferreira conceitua liberdade religiosa como sendo liberdade do foro íntimo, voltado para a religião. De acordo com Pinto Ferreira a liberdade religiosa se perfaz de duas facetas; a primeira é compreendida com a liberdade de crença, onde é assegurado a todos escolher e professar uma religião ou optar por não seguir

constitucional/251509-liberdade-religiosa-o-estado-laico-a-relacao-entre-religiao-estado-politica-e-cultura-na-contemporaneidade>. Acesso em: 18 ago. 2017, p. 7.

¹⁷⁰ MIRANDA, Jorge. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Nº 60 abr./jun. 2016, p. 187.

¹⁷¹ MACHADO NETO, A. L. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. 13 tir. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 288.

¹⁷² MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e Direitos Fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. RBDC n. 18 – jul./dez. 2011, p.232.

nenhuma (ateu), e a segunda que é a liberdade de exteriorização ou manifestação do pensamento, onde abrange a liberdade de culto, organização de movimentos religiosos, prática de ritos, reuniões, é a liberdade em praticar atos próprios das manifestações exteriores da religião escolhida.¹⁷³ José Afonso da Silva acrescenta a terceira faceta, a qual intitulou como liberdade de organização religiosa, onde abarca a possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o estado.¹⁷⁴

A liberdade religiosa não significa unicamente em o Estado a ninguém obrigar a exercer determinada religião ou a ninguém proibir de professar determinada crença. Consiste em o Estado permitir e propiciar a todos seguir determinada religião em cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo). E consiste também em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.¹⁷⁵

Quando se fala em liberdade religiosa Jorge Miranda ressalta que este princípio não deve ser compreendido somente pela perspectiva individual, mas sim como um fenômeno comunitário/social, isso pois as pessoas cultuam também em conjunto, umas com as outras.¹⁷⁶

Liberdade religiosa é um direito fundamental, concedidos por meio de princípio basilares, explícitos e implícitos na Magna Carta Brasileira, a todos no Estado Brasileiro. Esse princípio pode ser verificado também em normas infraconstitucionais, que respeitam e se embasam nos princípios.

Nesse sentido liberdade religiosa é um direito fundamental (ou direito humano, a depender de qual corrente o interlocutor se filie, levando em conta o debate já feito neste trabalho sobre a nomenclatura adotada), isso pois esta liberdade é intrínseca ao ser humano, de escolher ou não a religião a qual quer professar e exercer as atitudes relacionados a essa. O estado Brasileiro abarcou os direitos fundamentais em sua Carta Maior por meio de princípio em sua maioria, entretanto isso não impede que nas normas infraconstitucionais (regras) também se encontre proteção aos direitos fundamentais.

Mais precisamente a liberdade religiosa está encaixada nos direitos fundamentais de primeira dimensão, onde foi assegurado ao homem a liberdade. No contexto histórico anterior a ao estabelecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão a realidade era de um estado

¹⁷³ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição de 1988**. V.1. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 69-70.

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: editora Malheiros, 2007, p. 94.

¹⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, Rio de Janeiro, 2000, p.409.

¹⁷⁶ *Ibidem, loc.cit.*

absolutista, onde o regime político interferia verticalmente nas escolhas pessoais do ser humano, como na religião por exemplo.¹⁷⁷

Com o estopim da Revolução Francesa o poder soberano passou a emanar do povo e houve a concretização da primeira dimensão dos direitos humanos, direitos estes tidos como direitos de cunho negativo, onde o Estado se absteve de interferir nessa seara particular do homem, onde a liberdade religiosa se embute.

Portanto, não paira dúvida com relação a titulação da liberdade religiosa como um princípio que exterioriza o direito fundamental de primeira dimensão concedido a todos seres humanos, seja no âmbito do direito interno (Brasil) ou no direito internacional, pois este além de positivado também em tratados internacionais, é intrínseco a condição humana.¹⁷⁸

3.3 A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NO BRASIL

O Brasil é um país com grande influência religiosa e tal influencia é visualizada em vários âmbitos da sociedade, seja na cultura ou nas normas jurídicas. O presente tópico tem como intuito abordar algumas religiões bem conhecidas no Brasil, a questão da liberdade religiosa e sua relação com o poder familiar e, por fim, uma breve análise da relação das Constituições brasileira e a liberdade religiosa.

3.3.1 Na sociedade

É de notório saber que a colonização brasileira está intrinsecamente ligada à igreja católica, tanto é verdade que o catolicismo foi a religião dominante do país por aproximadamente quatro séculos, contados a partir de sua conquista. O nascimento do Brasil se deu através da “descoberta” pelos Europeus, com o propósito de levar a fé e o culto católico à terras “virgens” e “incultas”. Antes da atual denominação, a Colônia Portuguesa foi batizada de “Terra de Vera Cruz”, expressando o intuito religioso na colonização. Os portugueses trouxeram consigo todos

¹⁷⁷ SILVA JÚNIOR, Nilson Nunes da. **A primeira dimensão dos direitos fundamentais**, p. 3. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6741>. Acesso em: 03 set. 2017.

¹⁷⁸ SARLET. Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 274.

seus elementos culturais: novos costumes, valores, deveres e obrigações foram impostos à nova colônia.¹⁷⁹

A caravela de Pedro Alvares Cabral que chegou em terras brasileiras trazia consigo dezessete sacerdotes, o que revela o grande intuito da catequização das novas terras. E isso se confirmou quando, após quatro dias de chegada à nova colônia, celebrou-se uma missa em homenagem a pascoa, celebrada pelo Frei Henrique Coimbra.¹⁸⁰

Em 1987, após a independência brasileira, o Papa concedeu ao imperador D. Pedro I o padroado¹⁸¹, e este passou a desempenhar uma função de controle ainda mais severa e radical, como se depreende do art. 5º da Constituição Política de 1824¹⁸². E foi como consequência dessa expansão da igreja no período colonial que o Brasil se tornou um dos países com maior quantidade de cristãos do mundo.¹⁸³

Com o decreto 119-A de 1890, (que foi um marco na história brasileira em se tratando da relação religião e Estado), consubstanciado ao movimento republicano, ocorreu a ‘separação’, pelo menos em tese, entre a igreja e o Estado Brasileiro, onde proibiu-se a intervenção do Estado em qualquer matéria religiosa, consagrou a liberdade de culto e eliminou o padroado. A partir da república, todas as constituições asseguraram a laicidade do Estado brasileiro.¹⁸⁴

Por Estado laico entende-se mais do que neutralidade religiosa nos atos de governo – é a condição de possibilidade para governamentalidade de um Estado plural e democrático.¹⁸⁵ Designa a ideia que o Poder Público não deve se vincular a nenhuma confissão religiosa.

¹⁷⁹ MACEDO, Emiliano Unzer. Religiosidade popular brasileira colonial: um retrato sincrético. **Revista Ágora**. Vitória: n. 7, 2008, p. 1.

¹⁸⁰ FERREIRA, Lorena Rodrigues. **A influência da religião no constitucionalismo brasileiro: o problema da descriminalização do aborto**. 2007. Monografia (Curso de pós-graduação em Direito) Faculdade Baiana de Direito - Salvador, p. 25.

¹⁸¹ É a designação do conjunto de privilégios concedidos pela Santa Sé aos reis de Portugal e de Espanha. Eles também foram estendidos aos imperadores do Brasil. Tratava-se de um instrumento jurídico tipicamente medieval que possibilitava um domínio direto da Coroa nos negócios religiosos, especialmente nos aspectos administrativos, jurídicos e financeiros. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/glossario/verb_c_padroado2.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁸² “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”

¹⁸³ AZEVEDO, Reinaldo. **O IBGE e a religião — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/>>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁸⁴ FERREIRA, Lorena Rodrigues. **A influência da religião no constitucionalismo brasileiro: o problema da descriminalização do aborto**. 2007. Monografia (Curso de pós-graduação em Direito) Faculdade Baiana de Direito - Salvador, p. 26.

¹⁸⁵ DINIZ, Débora. **Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde**. Caderno de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 29(9):1704-1706, set, 2013, p. 1.704.

Com esse sintético resumo da história do Brasil, percebe-se o quão influenciado pela religião este país foi. Desde seus primórdios (após sua "“descoberta”"), a história do Brasil está ligada a uma instituição religiosa. E os números comprovam essa afirmação. É bem verdade que o campo religioso brasileiro é dominado pela matriz do cristianismo, uma vez que católicos e protestantes significam em média 90%¹⁸⁶ dos brasileiros afiliados a alguma religião no Brasil.¹⁸⁷ Tendo isso em vista, a presente pesquisa abordará algumas religiões que se destacam (no quesito de quantidade de adeptos e visibilidade), tendo em vista que seria quase impossível elencar aqui todas as religiões existentes no país, mas também não é o foco da pesquisa exauri-las.

Começando pelo catolicismo, os dados informam que o Brasil é a nação com maior número de católicos do mundo, sendo resultado, a que tudo indica, de sua colonização fundada na fé católica dos colonizadores. Segundo pesquisa realizada pelo Vaticano (Anuário Vaticano 2017), os católicos brasileiros totalizam 172,2 milhões, o que representa 26,4% de católicos de todo o mundo, seguido por México, com 110,9 milhões, Filipinas, com 83,6 milhões, Estados Unidos, com 72,5 milhões e Itália, com 58 milhões.¹⁸⁸

A vinculação entre o cristianismo e a população brasileira tem raízes históricas, como ressaltado acima. Trazido pelos portugueses, o catolicismo sempre esteve intrinsecamente vinculado à cultura e identidade brasileira e passou por um processo de expansão e consolidação a partir da segunda metade do século XIX, com a restauração do catolicismo na Europa, que influenciou o crescimento de novas práticas religiosas no Brasil, que matizaram definitivamente o catolicismo brasileiro¹⁸⁹.

Entretanto, é no final do século XX que se pode reconhecer um declínio marcante do catolicismo no Brasil. Segundo Faustino Teixeira, há na igreja católica uma grande preocupação com o êxodo de fiéis para outras confissões religiosas, mais precisamente para as denominações

¹⁸⁶ Ressalta-se que este não é um valor exato. As pesquisas oscilam entre 80 a 90% em seus números; O IBGE e a religião — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/>>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁸⁷ SOUSA, Rodrigo Franklin. Religiosidade no Brasil. Estudos avançados 27 (79), 2013, p. 285. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n79/v27n79a22.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁸⁸ Disponível em: <http://www.acidigital.com/noticias/estes-sao-os-10-paises-com-mais-catolicos-no-mundo-38163/>>; Rádio Vaticano. Disponível em: http://br.radiovaticana.va/news/2017/04/07/anu%C3%A1rio_pontif%C3%ADcio_2017_revela_os_dados_da_igreja_no_mundo/1304226. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁸⁹ SOUSA, Rodrigo Franklin. Religiosidade no Brasil. Estudos avançados 27 (79), 2013, p. 285. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n79/v27n79a22.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017

pentecostais; há também um grande número de jovens que não se relacionam mais com a religião, que no último censo ampliaram as fileiras dos “sem religião”.¹⁹⁰

A influência da igreja católica que se visualiza hoje na sociedade brasileira, dentre as várias, pode-se citar a quantidade de feriados religiosos que o Brasil possui, dos quais podemos mencionar como feriados nacionais: Natal, Páscoa, Sexta-Feira Santa e Corpus Christi. Como feriados locais, em Salvador tem-se o feriado no dia 8 de dezembro, onde comemora-se o dia de Nossa Senhora da Conceição, padroeira da cidade.

O protestantismo brasileiro também possui uma história longa e complexa, diretamente relacionada à chegada de diferentes grupos de imigrantes e à atividade de grupos missionários. Desde a separação do Estado da igreja, século XIX, o protestantismo surge com a Modernidade e adentrou em terras brasileiras. Após reformas em sua estrutura, são considerados hoje como a segunda maior religião do país, número que gira em torno de 29% da população brasileira.¹⁹¹

O protestantismo teve influência marcante dos Estados Unidos (Protestantismo Norte Americano), mas aqui no Brasil amoldou-se à cultura brasileira, onde adquiriu características do povo brasileiro e vem, ao longo do tempo, angariando fieis.¹⁹²

Por conta do grande número de protestantes a sua influência na sociedade brasileira também é marcante. A quantidade igrejas, cantores, eventos, literatura gospel movimenta de forma saliente o mercado brasileiro.¹⁹³

Há um número acentuado também de pessoas adeptas à religião Testemunhas de Jeová. O movimento religioso Testemunhas de Jeová se apresenta como uma religião cristã não-trinária (que não se apoiam em três bases – Deus, Filho e Espírito Santo, como o católicos e os evangélicos). A organização das Testemunhas de Jeová se iniciou no final do século XIX. Naquela época, um pequeno grupo de estudantes da Bíblia perto de Pittsburgh, Pensilvânia, Estados Unidos, instaurou uma análise sistemática da Bíblia. Eles comparavam as doutrinas ensinadas pelas igrejas com o que a Bíblia realmente ensina e começaram a publicar suas

¹⁹⁰ TEIXEIRA, Faustino. Faces do catolicismo brasileiro contemporâneo. São Paulo: **Revista USP**, n.67, set./nov. 2005, p. 15.

¹⁹¹ DataFolha Instituto de Pesquisa. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2016/12/1845231-44-dos-evangelicos-sao-ex-catolicos.shtml>>. Acesso em: 2 out. 2017.

¹⁹² SOUSA, Rodrigo Franklin. Religiosidade no Brasil. Estudos avançados 27 (79), 2013, p. 286. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n79/v27n79a22.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

¹⁹³ MENDONÇA, Andrey. Mundo S/A: Mercado gospel inspira negócios em todos os segmentos. [www.g1.globo.com](http://g1.globo.com). Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/mundo-as/videos/v/mundo-as-mercado-gospel-inspira-negocios-em-todos-os-segmentos/4452052/>>. Acesso em: 02 out. 2017.

conclusões em livros, jornais e na revista que hoje é chamada “A Sentinela Anunciando o Reino de Jeová”.¹⁹⁴

Os Testemunhas de Jeová adoram exclusivamente a Jeová e são seguidores de Jesus Cristo. A religião está presente em 240 países e territórios do todo mundo, com um número de 8.340.982 de adeptos, e hoje no Brasil possuem 829.743 evangelizadores, dando uma proporção de uma Testemunha de Jeová para cada habitante brasileiro, de acordo com site oficial.¹⁹⁵

Um caso bem impactante na sociedade brasileira e também mundial é a questão da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, pois estes, baseados em dogmas de sua religião, recusam o procedimento em qualquer situação. A jurisprudência brasileira oscila com relação às suas decisões levando em conta o paciente adulto, algumas decisões asseguram a liberdade religiosa do adulto e outras argumentam ser esta uma decisão médica¹⁹⁶. Já com relação ao menor, em decisão de 2014, o STJ entendeu que quanto à estes não há que se duvidar, deve-se, sim, aplicar o entendimento da medicina de efetuar o procedimento e se afastar a vontade dos pais/responsáveis, isso pois a vontade dos pais deve ser substituída e o poder familiar neste momento afastado por conta de um bem maior que é a vida do menor.¹⁹⁷

Religiões de matriz africana também possuem grande número de adeptos no Brasil. O umbanda, o candomblé e a religião dos orixás são algumas dentre as muitas que existem. As religiões de matriz africana chegaram ao Brasil entre os séculos XVI e XIX, trazidas pelos escravos, alguns deles sacerdotes, que eram traficados para a Colônia. Como consequência da influência europeia nasceu o candomblé, religião que une a devoção aos orixás com conceitos da religião católica, e posteriormente a umbanda, que é um misto de culto aos orixás, com preceitos kardecistas e crenças indígenas. A população que aqui adentrava (fruto do tráfico de pessoas)

¹⁹⁴ Site oficial das testemunhas de Jeová no Brasil. JW.org. Disponível em: < <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/fundador/>>. Acesso em: 07 out. 2017.

¹⁹⁵ Site oficial das testemunhas de Jeová no Brasil. JW.org. Disponível em: < <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/worldwide/BR/>>. Acesso em: 07 out. 2017.

¹⁹⁶ Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70065995078. Primeira Câmara Cível. Relator: Sergio Luiz Grassi Back. Julgado em: 03 setembro de 2015. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=+Agravo+de+Instrumento+n%C2%BA+70065995078.+&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=+Agravo+de+Instrumento+n%C2%BA+70065995078.+Primeira+C%C3%A2mara+C%C3%ADvel.+Relator%3A+Sergio+Luiz+Grassi+Back.+&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁹⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268459 SP 2013/0106116-5. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília DJ 28 out. 2014. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 out. 2017; BARBOSA, Amanda. Conduas diante da recusa de transfusão sanguínea. [www.youtube.com.br](http://www.youtube.com/watch?v=Aqmvz8-R_vc). Disponível: < https://www.youtube.com/watch?v=Aqmvz8-R_vc>. Acesso em: 08 out. 2017.

encontraram em sua religiosidade uma forma de preservar suas tradições, idiomas, conhecimentos e valores trazidos da África.

De acordo com dados do IBGE de 2010, à época, a população de pessoas que se intitulavam adeptas às religiões de matriz africana totalizou um número de 588.797 pessoas que responderam seguir a religião umbanda ou candomblé, dentre as quais 47% são brancos.¹⁹⁸

Apesar do grande número de adeptos, as religiões de matriz africana ainda enfrentam muito preconceito e são alvo principal da intolerância religiosa no Brasil. De acordo com dados compilados pela Comissão de Combate à Intolerância Religiosa do Rio de Janeiro (CCIR) mais de 70% de 1.014 casos de ofensas, abusos e atos violentos registrados no Estado entre 2012 e 2015 são contra praticantes de religiões de matrizes africanas.¹⁹⁹

Dados da Secretaria Nacional de Direitos Humanos apontam 697 casos de intolerância religiosa entre 2011 e dezembro de 2015, a maioria registrada nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. No Estado do Rio, o Centro de Promoção da Liberdade Religiosa e Direitos Humanos (Ceplir), criado em 2012, registrou 1.014 casos entre julho de 2012 e agosto de 2015, sendo 71% contra adeptos de religiões de matrizes africanas, 7,7% contra evangélicos, 3,8% contra católicos, 3,8% contra judeus e sem religião e 3,8% de ataques contra a liberdade religiosa de forma geral.²⁰⁰

As religiões de matriz africana são rotuladas, muitas vezes, simplesmente pelo fato de possuírem origens africanas. Outras religiões também se valem de mitos e preconceitos para “demonizar” tais religiões, dando sequência à perseguições, especialmente com relação às umbandistas e candomblecistas.

Há também o Espiritismo, religião que surgiu na França, no ano de 1857, após minuciosos estudos e profundo trabalho de investigação desenvolvidos por Hippolyte Léon Denizard Rivail, que mais tarde passaria a utilizar o pseudônimo Allan Kardec. Religião que cresceu na última década e chegou a 3,8 milhões de pessoas, sobretudo nas regiões Sudeste e Sul.²⁰¹

Ainda tem-se o islamismo. O Brasil possui uma grande comunidade muçulmana, com cerca de um milhão de membros, que começou a se formar no século XIX por diversas levas migratórias do Oriente Médio (Síria, Líbano, Palestina) e pela conversão de brasileiros não-árabes. Grande parte dos muçulmanos no Brasil é composta por imigrantes árabes e seus descendentes.

¹⁹⁸ As religiões afro conquistam a classe média. ISTOE. Disponível em: <https://istoe.com.br/374654_AS+RELIGIOES+AFRO+CONQUISTAM+A+CLASSE+MEDIA/>. Acesso em: 06 out. 2017.

¹⁹⁹ PUFF, Jefferson. Por que as religiões de matriz africana são o principal alvo de intolerância no Brasil? BCCBrasil. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160120_intolerancia_religioes_africanas_jp_rm>. Acesso em: 06 out. 2017.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ CAVALCANTI, José Benevides. Como Surgiu o Espiritismo? União Espirita de Piracicaba. Disponível em: <<http://www.uniaoespíritadepiracicaba.com.br/como-surgiu-o-espiritismo>>. Acesso em: 06 out. 2017; AZEVEDO, Reinaldo. **O IBGE e a religião — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/>>. Acesso em: 02 out. 2017.

Entretanto, existe um crescente número de brasileiros não-árabes que se convertem ao Islã através de relações pessoais (como por exemplo, introduzidos por relações de trabalho, amizade ou casamento) ou do trabalho missionário iniciado por instituições muçulmanas organizadas em mesquitas.²⁰²

Essas foram algumas religiões, dentre as inúmeras existentes no Brasil, que esta pesquisa achou por bem abordar. Analisou-se que, apesar de o Brasil ser um país multicultural, este ainda possui grande parte de seu povo adepto a uma só religião (cristã). Há outras, como bem se verificou, entretanto, não tão operantes e influenciadoras como as religiões cristãs, ainda mais no ordenamento jurídico (mais precisamente nas Constituições), como se verificará páginas a seguir.

Verificou-se também que os impactos das religiões causados à sociedade são bem notórios e sensíveis, seja com relação às Testemunhas de Jeová e o procedimento da transfusão sanguínea, seja com o preconceito sofrido pelas religiões de matriz africana. São questões que devem ser tuteladas no ordenamento brasileiro, entretanto, com uma sensibilidade maior, almejando sempre resguardar ao máximo os direitos ali amparados.

Outro quesito sensível a se analisar é a questão de um credo religioso professado pelos pais e imposto aos filhos e sua relação com o abuso de poder familiar.

O princípio da liberdade religiosa, como já tratado nesta pesquisa no tópico 3.2.2 (na qual remete-se o leitor para caso queira rememorar o seu conceito), é um direito intrínseco a todo indivíduo. É direito pessoal de alguém professar ou não uma religião.

De acordo com o art. 15 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança tem direito à liberdade. O art. 16 desenvolve quais seriam as facetas dessa liberdade trazida no art. 15, das quais possui, em seu inciso III, a liberdade de crença e vulto religioso. Isso significa que a criança e o adolescente possui direito à liberdade religiosa, o que inclui os direitos de crer, expressar publicamente a fé ou de não crer em religião alguma.²⁰³

A Constituição Federal também trouxe em seu art. 229 que cabe aos pais o dever de ensinar valores, preceitos e crenças aos filhos, porém cabe a eles decidir se vão recebê-los ou não, isso

²⁰² PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Ritual, etnicidade e identidade religiosa. São Paulo: **Revista USP**, n.67, set./nov. 2005, p. 230.

²⁰³ “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: III - crença e culto religioso”.

pois, como se sabe, a Constituição não deve ser interpretada em partes, mas no seu contexto, de acordo com os outros princípios que ela traz, como a liberdade religiosa.²⁰⁴

Ao se falar em qualquer tipo de crença, não paira dúvidas que este é um ato individual, assim como sua manifestação. Como ressalta Thiago Massão Cortizo Terakoa, em sua tese de doutorado, por mais que a crença possa ser manifestada publicamente, está é interna e personalíssima ao próprio indivíduo. Tendo isso em vista, quando os pais ou responsáveis, por meio da representação, queiram manifestar a liberdade religiosa de seus filhos ou representados, não o podem fazer pois não há manifestação expressa e inequívoca de vontade, ou seja, os pais/representantes não podem impor uma religião escolhida por eles aos seus filhos/representados.²⁰⁵

3.3.2 Nas constituições brasileiras

Como trazido linhas acima, o Estado brasileiro possui uma ancestralidade ligada à religião cristã, tendo em vista a sua colonização por Portugal ser baseada na catequização. Como consequência disso, o ordenamento brasileiro surgiu também intrinsecamente unido a essa realidade, como se compreenderá de forma mais minuciosa a seguir.

Para iniciar a abordagem da relação do ordenamento brasileiro com a religião começar-se-á de uma análise das constituições que já vigoraram no Brasil.

Em 24 de março de 1824 houve a promulgação da Constituição do Império por D. Pedro I, consequência de um contragolpe deste. Esse contragolpe se deu porque boa parte da Assembleia Constituinte, que possuía ideias liberais, e que foi formada pelo próprio D. Pedro I, começou a divergir dos seus ideais conservadores. Tendo isso em vista, o imperador D. Pedro I convocou o Conselho de Estado, composto por dez membros escolhidos entre as expressões políticas e intelectuais da época, que formulou um novo anteprojeto que se transformou na Constituição do Império do Brasil de 1824.²⁰⁶

²⁰⁴ “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

²⁰⁵ TERACOA, Thiago Massão Cortizo. **A Liberdade religiosa no Direito Consitucional Brasileiro**. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, p.163. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-095023/pt-br.php>>. Acesso em: 29 out. 2017.

²⁰⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 8.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 402.

No Brasil Imperial não existia liberdade religiosa. No preambulo da Constituição de 1824 já se invoca a santíssima trindade; logo depois, no art. 5º da Carta, a constituição declara que “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo”, onde consagra como direito fundamental o culto da religião à uma religião específica. Poderiam existir outras religiões, mas os cultos deveriam ser celebrados em âmbito particular.

No art. 179, V na referida Carta, os indivíduos deveriam respeitar a religião do estado e sem ofender a moral pública.²⁰⁷ Era necessário professar a religião católica para se candidatar a deputado, por motivos óbvios: claro que se tivessem muitos deputados com outras religiões iriam pleitear a mudança do art. 5 da Magna Carta.²⁰⁸

Com relação ao matrimonio na legislação imperial, o casamento canônico foi o único reconhecido no período. Entretanto, pelo fato do Brasil imperial permitir a existência de outras religiões, era necessário a regulamentação dos casamentos de não católicos, para garantir a eles direitos civis dos cônjuges e filhos. Com isso, em 1855, regulamentou-se o casamento de católicos com protestantes ou protestantes entre si; mas continuava só o casamento religioso continuou a ser o único a produzir efeitos.²⁰⁹

Somente em 11 de setembro de 1861 que a lei permitiu um casamento parcialmente civil entre os não católicos, porém somente na República que o casamento civil foi aceito como lei geral. Como ressalta Scampì em seu livro, a não concessão de um casamento civil aos não católicos feriu frontalmente à liberdade religiosa no período Imperial, restringindo direitos do ser humano por motivos injustificáveis, isso pois não cabe ao Estado restringir direitos humanos com base em escolhas pessoais de cada indivíduo.

Em 15 de novembro de 1889 declarou-se a república no Brasil pelo general Teodoro da Fonseca. O momento era de mudanças e a própria sociedade já se mostrava indignada com a situação política (que até então era ligada totalmente a igreja). Rui Barbosa, em seu artigo “O papa e o concílio” opinou sobre o assunto, expondo a grande necessidade de reforma do Estado.

²⁰⁷ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte [...] V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

²⁰⁸ SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 1. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 82. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_1.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 out. 2017.

²⁰⁹ *Ibidem*.

Com essa realidade, em 07 de janeiro de 1890, surge o decreto de separação entre o Estado e a igreja (citado linhas acima nesta pesquisa), o decreto 119 - A.²¹⁰

O decreto 119 – A trouxe vários benefícios à liberdade religiosa, dos quais podemos citar: no art. 1²¹¹ já trouxe que seria proibido ao governo federal expedir leis, regulamentos ou atos administrativos sobre religião. No art. 2²¹² veio a liberdade para todas as religiões de realizarem seus cultos (e não mais só em lugares particulares, como era previsto para as religiões diversas do catolicismo). No art. 4²¹³ extingue o padroado, que era o dever do Estado em tutelar a igreja.

Em 1891 publica-se a segunda Constituição do Brasil, primeira da República, na qual teve a figura do ilustre Rui Barbosa como peça principal, na qual era ministro da fazenda e vice chefe do governo. A Carta de 1891 baseou-se na Constituição Norte-Americana de 1787. Buscaram luzes também na Constituição Argentina e Suíça.²¹⁴

No tocante à liberdade religiosa, pode-se destacar artigos na Carta de 1891 que trouxe avanços a este direito. No art. 72, §3²¹⁵ ampliou o âmbito do exercício livre e público de cultos religiosos. Vedou também auxílios pecuniários e alianças entre Estado e igreja. Por nenhum motivo o Estado poderia interferir na religião do indivíduo, seja impondo ou proibindo práticas, pois isto seria violação frontal à liberdade espiritual, mas cabe ao estado protegê-la como todas as liberdades.

A Constituição de 1891 não diferencia ou menciona liberdade de crença (liberdade concedia a todos de escolherem qual religião querem professar), nem em liberdade de consciência

²¹⁰ SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 2. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 376-377. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

²¹¹ “Art. 1º E' proibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear diferenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.”

²¹² “Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.”

²¹³ “Art. 4º Fica extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas.”

²¹⁴ SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 2. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 390-391. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

²¹⁵ “Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) [...]§ 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)”.

(liberdade que as pessoas possuem de não escolherem religião alguma), apenas faz remissão à liberdade de culto (orar e praticar atos próprios com manifestações exteriores da religião).²¹⁶

Entretanto, apesar dos avanços na esfera da liberdade religiosa no âmbito da Constituição de 1891, continuou sendo proibido o voto dos religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, essa vedação se justificava com a própria Carta, em seu art. 70, §1, 4º, onde trazia indivíduos que não poderiam se alistar como eleitores.

Como na República já não existia religião oficial, o casamento civil passou a ser o único conhecido pelo Estado. Scampini traz em sua obra que isso trouxe uma restrição à liberdade religiosa pois isso passou a desconhecer a existência e o valor de qualquer outro matrimônio religioso. O autor pondera que a instituição matrimonial requer prevo entendimento e mútua colaboração entre Estado e Igreja.²¹⁷

Com relação aos ensinamentos nas escolas, a Constituição Republicana elevou como um direito constitucional o laicismo do ensino oficial. Isso foi grande consequência da expansão das liberdades individuais, dentre muitas outras, conquistadas pelo Brasil republicano.

A Constituição de 1934, segunda Constituição Republicana no Brasil, foi promulgada pelo governo provisório, instalado após a revolução de 24 de outubro de 1930, sob a chefia de Getúlio Vargas, fortemente influenciada pelo fim da primeira guerra mundial.²¹⁸

A Carta de 1934 preservou a laicidade do Estado, como a Carta anterior (1891), como se verifica em seu art. 17.²¹⁹ Entretanto, a parte final do inciso III ressaltou a separação entre igreja e Estado, mas trouxe uma colaboração recíproca entre essas instituições. Para a maioria dos deputados da Assembleia Constituinte isso significou apenas a não hostilidade do Estado com relação às religiões.²²⁰

²¹⁶ SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 2. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 392. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

²¹⁷ *Ibidem*. p. 426. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

²¹⁸ *Ibidem*. 1974, p. 164. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

²¹⁹ “Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - criar distinções entre brasileiros natos ou preferências em favor de uns contra outros Estados; II - estabelecer, subvencionar ou embarçar o exercício de cultos religiosos; III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo”.

²²⁰ FERREIRA, Lorena Rodrigues. **A influência da religião no constitucionalismo brasileiro: o problema da descriminalização do aborto**. 2007. Monografia (Curso de pós-graduação em Direito) Faculdade Baiana de Direito - Salvador, p. 31.

No art. 113 da referida Carta trouxe proteção à liberdade religiosa em alguns pontos. No ponto 4 assegurou que ninguém será privado de nenhum de seus direitos por convicções políticas, filosóficas ou religiosas. No ponto 5 do mesmo artigo assegurou a liberdade de crença e de consciência desde que não comprometa a ordem pública e os bons costumes. Assegurou também a aquisição de personalidade jurídicas às associações religiosas.²²¹

Com relação ao voto dos religiosos, o Código Eleitoral de 1932, em seu art. 4, não trouxe em seu rol de proibidos de exercer o sufrágio os religiosos, onde assegurou às estes o direito ao voto, apartando-se a ideia da Carta anterior, que tolheu deste este direito. Isso pois os indivíduos não podem ser tolhidos de seus direitos por conta de suas profissões, como bem ressalta Scampini.²²²

Outra conquista da segunda Carta Republicana foi o reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso (art. 146), inovação que permanece até os dias atuais.²²³ E, apesar de algumas resistências de deputados, o divórcio também foi tutelado por essa Constituição. Scampini comenta que a Constituição de 1934 foi um grande progresso no que se refere a liberdade religiosa.

Com relação à Constituição de 1937, outorgada pelo Getúlio Vargas em um golpe de Estado. Foi baseada na constituição da Polônia, por isso foi apelidada de “a polaca”.

Ao enveredar para a análise religiosa, a referida Carta trouxe em seu art. 32, b, a vedação ao embaraço de cultos religiosos, porém não trouxe a liberdade de consciência de crença, como a de 1934. Trouxe também a separação entre igreja e Estado, mas a cláusula tão criticada, que trazia a colaboração entre estes, foi retirada dessa Constituição.²²⁴

²²¹4) “Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b; 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil”.

²²² “Art. 4º Não podem alistar-se eleitores: a) os mendigos; b) os analfabetos; c) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior”; SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 3. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 171. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

²²³ Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

²²⁴ “Art. 32 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945); b) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos; (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945)”.

Em se tratando de casamento, a Constituição de 1937 nada mencionou sobre o casamento civil, indo de forma contrária à Carta de 1937. Também de forma contrária à Constituição anterior, esta previu que perderia seus direitos políticos aquele que, de forma motivada por convicção religiosa, política ou filosófica, recusasse encargo, serviço ou obrigação imposta pela lei aos brasileiros.

Pondera Scampini que a Constituição de 1937 foi uma grande involução com relação à liberdade religiosa. Essa carta silencia om relação a temas como a liberdade de consciência, de crença, sobre o casamento civil, dentre outros vários assuntos. É bem incompleta. Ela foi, sem dúvida, uma regressão no que concerne à Liberdade Religiosa.²²⁵

Na terceira República (1945-1964), em outubro de 1945, foi instalada uma Assembleia Constituinte que, em conjunto com o presidente General Eurico Gaspar, a Constituição veio a ser promulgada em 18 de setembro de 1946, com características liberais e tendo direitos banidos restringidos. Em seu art. 31, III, afirmou a separação entre igreja e Estado e, ao mesmo, tempo trouxe a colaboração entre estes.²²⁶ A separação é reflexo o decreto 119 – A e a colaboração entre estado e igreja traz de volta o que foi previsto na Carta de 1934 (e que foi retirada em 1937).²²⁷

O inciso V do mesmo artigo, em sua alínea b, traz um incentivo à atividade religiosa por parte do Poder Público, que são a imunidade aos impostos. Proíbe a União, Estado, Distrito Federal e Municípios instituir impostos sobre tempos de qualquer culto, mas para fazer gozo dessa imunidade as rendas dessas instituições devem ser aplicadas integralmente no país.²²⁸

²²⁵ SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 3. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 204. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

²²⁶ “Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: I - criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uns contra outros Estados ou Municípios; II - estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embarçar-lhes o exercício; III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo; IV - recusar fé aos documentos públicos”.

²²⁷ SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 3. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 209. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

²²⁸ “V - lançar impostos sobre: a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; b) templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins; c) papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros. Parágrafo único - Os serviços, públicos concedidos, não gozam de isenção tributária, salvo quando estabelecida pelo Poder competente ou quando a União a instituir, em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 3 out. 2017.

Em seu art. 141, §7, trouxe a inviolabilidade da liberdade de crença e de consciência, e assegurou o livre exercício dos cultos religiosos. Enquanto a Carta de 1891 e de 1937 só tutelou a liberdade de culto, essa carta de 1946 trouxe explicitamente, assim como a Carta de 1934, a mesma amplitude do preceito. No § 8 do mesmo artigo a Constituição de 1946 trouxe a escusa de consciência, afirmando que ninguém terá direitos tolhidos por conta de convicção religiosa ou política, salvo de a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviços impostos pela lei. Pondera Scampini que esse controle pelo Estado possui grande margem de erro, pois há possibilidade de se violar liberdades fundamentais.

Conforme assevera Scampini, visualizou-se uma evolução no que concerne à liberdade religiosa com a carta de 1946 quando comparada a Carta de 1937, tendo em vista que esta última não acompanhou a evolução da Carta de 1934.

Em 1967 tem-se quinta Constituição Brasileira Republicana, promulgada em 24 de janeiro de 1967, no mandato do presidente Marechal Arthur Costa e Silva. Esta foi promulgada às pressas e buscou-se institucionalizar e legalizar a ditadura militar no Brasil, dando mais poder ao Executivo, em detrimento do legislativo e judiciário.²²⁹

No art. 9, II, permaneceu a separação entre Estado e igreja e vedou a subvenção e o embaraço aos cultos religiosos; manteve também a relação de cooperação entre o Estado e a igreja, como nas constituições passadas (separação da igreja esteve presentes nas constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946 e a cooperação em 1934 e 1946).²³⁰

Assegurou a liberdade de consciência e de cultos religiosos que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes. Manteve a escusa de consciência, assim como a carta anterior. Trouxe também a assistência religiosa às forças armadas, desde que não se trate de culto que subverta a ordem pública.²³¹

²²⁹ FERREIRA, Lorena Rodrigues. **A influência da religião no constitucionalismo brasileiro: o problema da descriminalização do aborto**. 2007. Monografia (Curso de pós-graduação em Direito) Faculdade Baiana de Direito - Salvador, p. 37; SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, parte 3, p. 224. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

²³⁰ “Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar”.

²³¹ SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 3. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 229. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

Com relação ao casamento, a Carta de 1967 manteve a previsão do casamento religioso e civil, mas manteve também a indissolubilidade do casamento. Por fim, trouxe o estudo religioso nas grades escolares, mas com matrícula facultativa.

A última Magna carta Brasileira foi a Constituição Federal promulgada em outubro de 1988, no mandato de José Sarney, onde o Brasil buscou promover o Estado Democrático de Direito e se desvincular da passada ditadura.

No preambulo, assim como quase todas as cartas passadas, a Constituição de 1988 trouxe a expressão “sob a proteção de Deus”. Somente as Cartas de 1891 e 1937 não fizeram essa menção em seu preâmbulo.²³² Mas com relação a esse preâmbulo, esta pesquisa coaduna com as ideias do autor Manoel Jorge e Silva Neto, onde asseverou que a Constituição não pode ser interpretada em tiras, mas deve-se conferir o seu sentido unitário. A menção a Deus neste preambulo se refere aos parlamentares (que, tudo indica ter sido maioria) adeptos a religião cristã.²³³

Com relação aos direitos e garantias fundamentais, a referida Carta trouxe a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e assegurou o livre exercício dos cultos religiosos e garantiu a proteção aos locais de culto e as suas liturgias.²³⁴ Assegurou também a assistência religiosa das entidades civis e militares de internação coletiva nos termos da lei (Art. 5, VII).

Contemplou a escusa de consciência (Inciso VIII), que é o direito que o indivíduo tem de recusar determinadas obrigações impostas pelo Estado, em função de sua crença, convicção política ou filosófica. A Constituição trouxe que, caso haja a recusa, aplicar-se-á uma obrigação alternativa, entretanto, sendo essa obrigação alternativa descumprida, haverá a perda de direitos políticos.

Assegurou a separação entre Estado e igreja no art. 19, I. Trouxe a imunidade sobre templos de qualquer culto (art. 150, VI, b), como foi previsto também na carta de 1946. Conservou o artigo que trata do ensino religioso, trazendo como matrícula facultativa.

O casamento tutelado no art. 226, onde conservou-se também o reconhecimento do casamento civil e religioso. Reconheceu-se também a união estável como entidade familiar. O divórcio foi

²³² FERREIRA, Lorena Rodrigues. **A influência da religião no constitucionalismo brasileiro: o problema da descriminalização do aborto**. 2007. Monografia (Curso de pós-graduação em Direito) Faculdade Baiana de Direito - Salvador, p. 39.

²³³ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

²³⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: 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”.

previsto pela primeira vez na história das Constituições Brasileiras, no art. 226, §6, onde verificou-se grande avanço.

Partindo para uma análise sucinta dos princípios da Constituição Federal de 1988, vê-se que esta Carta assegurou em diversos momentos uma proteção à liberdade religiosa, dos quais podemos citar: princípio da liberdade religiosa e pluralismo político.

O princípio da dignidade humana está todo relacionado à liberdade religiosa, tendo em vista que preservar-se a dignidade humana também quando o Estado protege suas crenças, liberdade de pensamento e filosófica. Ressalta Manoel Jorge que “sem dúvida a opção religiosa está incorporada ao substrato do ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa”.²³⁵

Tem-se também o pluralismo político como fundamento do Estado Brasileiro, que assegura a existência de centros coletivos dotados de multiplicidade ideológica que e que podem interferir na formação da vontade do Estado²³⁶. Pluralismo político é a diversidade de opiniões, é assegurar a liberdade de manifestação de pensamento da pessoa individualmente considerada, conceito este que está intrinsecamente relacionada a liberdade religiosa, tendo em vista que essa última é formada por diversas manifestações (cultos, crenças, dentre outras), manifestações estas que devem ser respeitadas.

Percebe-se, ao fim deste tópico, que a Constituição Brasileira atual, assim como as passadas, possui grande influência religiosa, inobstante aos inúmeros progressos com relação à liberdade religiosa, com artigos que traz princípios e regras para tutelar este âmbito e tentar trazer a laicidade para o Estado Brasileiro. Essa influência pode ser visualizada de duas formas: uma benéfica, onde o Estado dialoga com as religiões e traz adaptações para proteger ao máximo a liberdade religiosa. Entretanto, por outro lado, há uma característica ruim da influência, qual seja a junção de entre Estado e religião, em setores que não é necessário, como na política, por exemplo.

De forma geral, de acordo com o explicitado no capítulo em questão, pode-se concluir que o Brasil atual, apesar de notável evolução no que concerne à liberdade religiosa, possui muito o que progredir. O respeito deve ser concedido a todas religiões de forma igualitária, sem preconceitos, como ocorre com as religiões afrodescendentes, isso pois a sociedade brasileira,

²³⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120.

²³⁶ *Ibidem*, p. 122.

apesar de possuir grande porcentagem de religiões cristãs, possui número considerável/relevante de outras religiões.

Alguns resquícios de preconceito com religiões diversas do cristianismo ainda pairam no ordenamento brasileiro, como por exemplo a tipificação no código penal do crime de curandeirismo, art. 284 do Código Penal Brasileiro.²³⁷ Ora, não se compreende o porquê ainda este dispositivo existir no referido código, tendo em vista ferir profundamente a liberdade religiosa. Religiões cristãs também utilizam, por meio da fé, procedimentos de curas com seus fiéis e tal atitude nunca foi tipificada em legislações infraconstitucionais. Seria típico somente pelo fato de ser religião diversa da cristã?²³⁸

Outro exemplo que o Brasil ainda tem um certo caminho a percorrer com relação a liberdade religiosa, relacionada ao Estado Laico, é construir uma separação mais sólida entre a religião e a política. E para constatar-se isso não há necessidade de se fazer grande digressão no tempo, apenas rememorar os fundamentos utilizados pelos parlamentares brasileiros para justificar seus votos com relação ao impeachment da ex presidenta Dilma Rousseff. Justificativas baseadas, em sua maioria, em motivações particulares, em religião – preponderantemente cristã, para não generalizar.

Portanto, conclui-se que a sociedade brasileira deve continuar seu processo de amadurecimento, tanto em relação à laicidade do estado, quanto com relação à liberdade religiosa.

²³⁷ Art. 284 - Exercer o curandeirismo: I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III - fazendo diagnósticos: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa. **Forma qualificada** Art. 285 - Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.

²³⁸ Pondera-se que não é o objetivo deste trabalho discutir a fundo a questão da tipificação do curandeirismo, mas apenas citar a título de exemplificação.

4 A RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO FACE A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

É direito do próprio indivíduo submeter-se ou não a um tratamento médico. Essa decisão está dentro do seu âmbito particular, privado, íntimo. Este capítulo tratará, nos tópicos a seguir, disso: como se dá o direito de recusa a tratamento médico, em quais hipóteses poderá haver essa recusa e quais requisitos para esta ser considerada legítima e autônoma, aprofundando especificamente dos casos dos menores de 18 anos, incapazes civilmente, de acordo com o direito brasileiro. Para tanto, se fará uma análise da teoria menor maduro, que teve grande visibilidade dos Estados Unidos nos anos de 1975 e se concluirá se está pode ser aplicada o Brasil.

4.1 O DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO

Submeter-se ou não a tratamento médico é um direito que cada indivíduo possui, direito este dispensado a pessoa singular (pessoa natural), excluídas as pessoas coletivas (pessoa jurídica), isso pois este é, em regra, dotado de autonomia para tomar decisões que envolvam sua vida. Como analisado no capítulo anterior (capítulo 2, subtópico 2.2.1) a autonomia foi trazida pelo relatório Belmont, em 1978; relatório este que trouxe três princípios norteadores da bioética, quais são: autonomia, beneficência e justiça. Ser um indivíduo autônomo para tomar suas próprias decisões é possuir a capacidade de se autodeterminar, sem a influência de agentes externos.

O professor Maurício Requião utiliza a expressão autonomia existencial na qual a conceitua como sendo “a liberdade do sujeito de gerir sua própria vida, sua personalidade, de forma digna [...]”. É o espaço de liberdade para própria realização da pessoa em sua vida digna, numa perspectiva concreta. O conceito dado por este autor à autonomia existencial é bem semelhante ao conceito de autonomia trazido pela bioética, que se caracteriza ²³⁹

O direito de obter meios mínimos necessários como saúde, educação, segurança, dentre outros, para uma vida digna é um direito humano, que deve ser concedido a todos. Dentro do âmbito

²³⁹ REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60. Out./dez. 2014, p. 87.

desse direito a uma vida digna, de viver bem, está incluído também o direito de ninguém ser forçado a se submeter a tratamentos médicos dos quais são esteja de acordo, isso pois as discussões sobre a recusa de tratamento médico surgem do exercício da autonomia do paciente. Por tratamento médico, compreende-se o conjunto de meios, de qualquer tipo, farmacológico, cirúrgico ou físico, que possui como finalidade a cura ou o alívio de uma enfermidade ou seus sintomas após a elaboração de um diagnóstico por profissional competente. Trata-se de conceito que abrange vários aspectos relacionados à saúde humana, compreendendo desde o uso de um comprimido para a uma simples dor de cabeça até uma complexa neurocirurgia.²⁴⁰

A recusa do tratamento pode ser feita em várias fases do desenvolvimento de uma doença, desde o início, quando constata-se uma enfermidade e o paciente se recusa a iniciar o tratamento, até a desistência deste após inúmeras tentativas, sendo este último acompanhadas de longas internações hospitalares.

De acordo com Maria Helena Diniz, nas Cortes Americanas e Canadenses tem se acatado a recusa à transfusão de sangue por partes de pacientes maiores e capazes, em respeito à autonomia da vontade.²⁴¹

Ao se falar em recusa a tratamento médico, tem-se dois subgrupos a serem delimitados: os civilmente capazes e os incapazes. Este primeiro grupo refere-se aos maiores de 18 anos, não acometidos por qualquer incapacidade outra, que são entendidos pelo direito como plenamente aptos a tomar decisões acerca de suas vidas e corpos. O segundo grupo diz respeito àqueles para os quais o ordenamento não outorgou autonomia para deliberar livremente sobre sua vontade.

Em regra, no Brasil indivíduos maiores de 18 anos possuem capacidade civil, trazida pelo ordenamento jurídico, para titularizar direitos e obrigação na ordem jurídica. E como já se tratou nesta pesquisa, a capacidade civil não se confunde com a autonomia, tendo em vista que esta é a capacidade que uma pessoa tem de se auto governar, se se impor normas, de ser autônomo e não é avaliada somente com a capacidade civil, mas com outros fatores como a vulnerabilidade do paciente e seu poder de assimilação de informações.

Entretanto, quando se fala em menores de 18 anos, os incapazes (incapacidade plena ou relativa) a autonomia é drasticamente reduzida e sua autonomia deve ser aferida com maior

²⁴⁰ SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 82.

²⁴¹ DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 304.

minúcia²⁴², isso pois, na maioria das vezes, o direito brasileiro atrela a capacidade civil com a autonomia, mas são conceitos diferentes. Em relação a esta possibilidade de recusa, aplicada em crianças e adolescentes a situação está longe de ser simples, eis que, apesar de terem seus direito da personalidade resguardados, não possuem autonomia plena para a tomada de decisões sobre seu próprio corpo.

Ao levar em conta essa dificuldade em estabelecer a autonomia dos menores, é que no Reino Unido, em 1986, desenvolveu-se a teoria do “Menor Maduro”, teoria esta que será melhor detalhada no próximo subtópico.

4.1.1 A teoria do menor maduro

A teoria do menor maduro foi originada em países de *Common Law* e tem sido aplicada na Espanha, Estados Unidos, Inglaterra [...], porém, pouco conhecida no Brasil.²⁴³

Essa teoria foi desenvolvida nos Estados Unidos, em 1970, e evoluiu progressivamente na literatura bioética-médica-jurídica, ganhando destaque com o caso Gillick VS. West Northford and Wisbech Area Health Authority, em 1985, na Câmara dos Lordes, no Reino Unido. Essa teoria denomina a pessoa natural, em certas condições, como “menor maduro”, (identificado como *mature minor* na língua inglesa). A teoria do menor maduro foi consagrada internacionalmente com a Expressão *Gillick-competent*, na qual referia-se a um menor de dezesseis anos com plena capacidade de discernimento para consentir ou não com determinada terapia médica, tornando essa decisão totalmente válida.²⁴⁴

A teoria do menor maduro tem sido empregada outros países e influenciado de forma profunda em suas decisões. No Brasil, alguns trabalhos acadêmicos já trouxeram esse debate e há grandes indícios de que os tribunais poderão utilizar-se desta, levando em conta sua pertinência e dada a tamanha evolução do direito médico na atualidade.

²⁴² JACOB, Marta Sanches. El menor maduro. *Bol Pediatr*. V. 45, nº 193, 2005, p. 156. Disponível em: <http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁴³ BARROCA, Natália. **Autonomia de Vontade para "Emancipação Médica" à Paciente Pediátrico: Esclarecimentos sobre A Teoria do Menor Maduro.** Disponível em: <<http://www.nataliabarroca.com.br/2014/04/a-autonomia-de-vontade-para-emancipacao.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁴⁴ BARROCA, Natália. **Autonomia de Vontade para "Emancipação Médica" à Paciente Pediátrico: Esclarecimentos sobre A Teoria do Menor Maduro.** Disponível em: <<http://www.nataliabarroca.com.br/2014/04/a-autonomia-de-vontade-para-emancipacao.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.

4.1.1.1 Aspectos gerais sobre a teoria do menor amadurecido

O Caso Gillick data de 1985 e simboliza um marco na conquista do direito de adolescentes e crianças receberem informações médicas, independentemente da autorização de seus pais ou responsáveis.²⁴⁵

Esse caso paradigma se deu diante da apreciação de um recurso interposto contra uma decisão que questionava uma circular emitida pelo Departamento de Saúde e Segurança Social em 1974, dirigido para profissionais da área de saúde, aconselhando que, caso um médico fosse procurado por uma adolescente de 16 anos sobre como utilizar métodos contraceptivos, este poderia auxiliá-lo para evitar consequências indesejáveis da relação sexual, sem a necessidade do consentimento dos pais.²⁴⁶

A explicação para tal posicionamento foi a confidencialidade da consulta médica e a relação de confiança que deve ser construída entre médico e paciente, além do risco de expor os jovens às doenças sexualmente transmissíveis ou gravidez indesejada devido à falta de informação. Portanto, configura-se como atribuição médica também a avaliação acerca da prescrição de métodos contraceptivos relacionados à criança ou adolescente.²⁴⁷

A circular era identificada como HSC(IS)32, direcionada aos profissionais da área da saúde e se referia ao planejamento familiar, revista em 1980. Já a seção G trata dos cuidados médicos relativos aos jovens. A seção G2 aponta que as consultas clínicas devem ser disponibilizadas para pessoas de todas as idades. Recomenda também um tratamento menos formal aos jovens, feito por uma equipe com experiência.²⁴⁸

Uma mãe, insatisfeita com o conteúdo da circular, senhora Victoria Gillick, recorreu às autoridades locais de saúde e solicitou que fosse proibido conceder informações referentes a métodos contraceptivos para suas filhas (a senhora Gillick possuía cinco filhas menores de

²⁴⁵ Site onde contém informações sobre o caso Gillick. Disponível em: < <http://www.cirp.org/library/legal/UKlaw/gillickwestnorfolk1985/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁴⁶ MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.155. Disponível em:< <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

²⁴⁷ SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 73.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 73.

dezesseis anos), até que alcancem uma idade mínima de dezesseis anos ou então que caso fornecessem, que fosse penas com sua autorização.²⁴⁹

Com a negativa da entidade de saúde ao seu pleito, a senhora Gillick entrou com uma ação contra o departamento de saúde e a autoridade da área, onde alegava que o conteúdo da circular era ilegal por provocar e encorajar às pessoas a ter relações sexuais ilegais com menores de dezesseis anos, indo de forma contrária a Lei de Crimes Sexuais de 1956. E ainda cumulou mais um pedido, que um médico contratado por ela não poderia dar conselhos sobre contracepção e tratamento a nenhuma de suas filhas com idade abaixo de dezesseis anos sem obter o seu consentimento. Gillick alegava a ilegalidade do conteúdo contido na cartilha com o argumento de que tais assuntos afrontavam seu poder familiar.²⁵⁰

Em decisão, o juiz do caso negou provimento aos seus pedindo e fundamentou que tais conteúdos não incitavam a prática de relações sexuais com menores de dezesseis anos, não havendo nada a contrariar a lei de crimes sexuais. Já, em resposta ao seu segundo fundamento, de que feriria seu poder familiar, a decisão salientou que o poder familiar não era em direito, mas, sim, uma responsabilidade, um dever, e informações relacionadas a métodos contraceptivos não iria de encontro ao que prevê o poder familiar.²⁵¹

Com tal resultado, Gillick recorreu a ao tribunal de Recurso (*House of Lords*), onde obteve deferimento de seus pedidos. Por outro lado, o Departamento de Saúde e Segurança Social (DHSS) recorreu à Câmara de Londres, onde este tribunal, em sua decisão, fundamentou que o poder familiar não é absoluto e, nas palavras de Sillmann e Sá:²⁵²

Na medida em que a criança se desenvolve, sua necessidade de proteção reduz e, gradativamente, as próprias escolhas são feitas, de acordo com a compreensão de mundo e o desenvolvimento intelectual. Lorde Brandon entendeu que o médico possui competência para avaliar o alcance da criança ou do adolescente quanto ao aconselhamento sexual.

Em louvável decisão, a referida corte ainda argumentou que o poder familiar não existe para atender os interesses dos pais, mas, sim, os interesses da menor. Esta afirmação pode ser compreendida no sentido de que a autoridade parental consiste em um dever, uma obrigação, dos pais para com a criança e não em um direito, em um poder, dos pais sobre estes. E também

²⁴⁹ *Ibidem, loc.cit.*

²⁵⁰ MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.156. Disponível em:< <http://www.repositori.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

²⁵¹ *Ibidem, p.156.*

²⁵² SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 74.

decidiu pela licitude da circular, sendo permitido, a partir dessa decisão, o menor de dezesseis anos obter informações com relação a tratamentos médicos, independente de autorização dos pais ou representantes legais, desde que este menor seja considerado apto pelo profissional de saúde.²⁵³

Foi este caso emblemático que deu origem a expressão *Gillick Competence*, conhecida no Brasil por nome de “menor maduro”. Essa teoria defende que menores que possuem capacidade de interpretar e compreender a natureza e as consequências – os prós e contras - do tratamento a ser oferecido e de responsabilizar-se pela assistência recebida, podem ser considerados suficientemente maduros para consentir ou recusar o procedimento.²⁵⁴

Os testes Gillick foram testes criados por dois juízes que julgaram o caso Gillick e foi utilizado para apurar se a criança ou o adolescente possui a compreensão necessária para tomada de decisões (teste de Lorde Scarman e *Fraser Guidelines*). Lorde Scarman propôs em seu voto que o direito dos pais de determinar se o menor de dezesseis anos será ou não sujeito a um determinado procedimento/tratamento médico tem fim quando a criança atinge inteligência e discernimento suficientes que a tornem capaz de compreender por completo o que lhe é proposto. Portanto, inteligência e discernimento são elementos subjetivos que, para Lorde Scarman, devem ser avaliados pelo médico diante de cada situação.

O Caso Gillick não aborda a recusa a tratamento médico. Porém, transpondo-o para o direito brasileiro (e no mundo, pois na maioria das vezes que a teoria do *mature minor* é citada, junto ao seu histórico está o emblemático caso Gillick) visualiza-se esta como um marco para garantia da autonomia na tomada de decisões médicas.

Ao analisar a decisão em comento, não paira dúvidas de que esta fundamentou a teoria do menor amadurecido (*mature minor*), isso pois deve-se considerar válido o consentimento de um menor em assuntos relacionados à sua vida (saúde, bem estar, dentre outros).²⁵⁵

De acordo com Jacob, intitula-se menor maduro aqueles adolescentes menores de idade do ponto de vista legal, porém com capacidade suficiente para tomar decisões, tanto médicas como de outros tipos.

²⁵³ SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 73.

²⁵⁴ LOCH, Jussara de Azambuja. **Capacidade para tomar decisões sanitárias e seu papel no contexto da assistência ao paciente pediátrico**. Porto Alegre: Revista da AMRIGS, out-dez 2012. p.352-355.

²⁵⁵ JACOB, Marta Sanches. El menor maduro. **Bol Pediatr**. V. 45, nº 193, 2005, p. 156. Disponível em:<http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

Esta teoria teve seu berço nos Estados Unidos, em 1970, devido a inúmeras ações movidas pelos pais contra os médicos, por atender seus filhos menores sem seu consentimento. Já, em 1973, a Academia Americana de Pediatria já afirmava que um menor pode, sim, consentir em receber assistência médica quando este for capaz de tomar decisões racionais e esses cuidados poderiam sofrer algum comprometimento caso fossem informado aos pais.²⁵⁶

Já o caso *Gillick vs. West Nortfolkand and Wisbeck Area Heal Authority* foi o marco, acontecido no Reino Unido, em 1985, onde foi cunhada a expressão *Gillick-competent*, para se referir ao menor de dezesseis anos que possuía poder decisório com relação às terapias médicas que seria submetido.²⁵⁷

Entretanto, somente veio a se falar na expressão *mature minor* em alguns estados dos Estados Unidos em meados de 2002, quais são: Arkansas e Nevada, onde adotaram a teoria e promulgaram lei. Já em outros estados como Pensilvânia, Tennessee, Illinois, Maine e Massachusetts, os seus tribunais estaduais vem adotando a teoria e aplicam a doutrina como lei. Nestes estados que aplicam a teoria do menor maduro são analisados aspectos como: idade, situação social, fatores e condutas do menor que possa determinar sua maturidade.²⁵⁸

A teoria do menor maduro identificou alguns aspectos para se verificar se o menor possui ou não discernimento e maturidade racional para tomar decisões relacionadas à sua vida; aspectos estes que serão analisados do tópico a seguir.

4.1.1.2 Aspectos analisados para se verificar a capacidade do poder de escolha do menor

A idade é um dos requisitos fundamentais para se praticar diversos atos no Brasil, seja permissão para adentrar em festas, comprar bebidas alcoólicas, o momento de começar a vida escolar e até atos da vida civil como exercer o direito ao voto.²⁵⁹

²⁵⁶ JACOB, Marta Sanches. El menor maduro. *Bol Pediatr*. V. 45, nº 193, 2005, p. 158. Disponível em: <http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁵⁷ MORAES, Reinaldo Santos. *A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira*. Salvador, 2011, p.176. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

²⁵⁸ Gale Encyclopedia of Everyday law *Apud* MORAES, Reinaldo Santos. *A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira*. Salvador, 2011, p.176. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

²⁵⁹ O poder de sufrágio significa o poder inerente ao povo de participar da vida política do Estado e se revela, na maioria das vezes, através do voto.

Jacob Sánchez traz em seu artigo uma lista de idades e o que as crianças/adolescentes são capazes de fazer quando as possui: com sete anos, de acordo a igreja católica, a criança atinja a idade da razão; aos doze, o menor possui o direito de ser ouvido; aos treze, possui capacidade em consentir com relações sexuais, sem que isso seja um delito; aos quatorze, pode contrair matrimônio; aos dezesseis o menor alcança a maioridade para saúde (sanitária emancipación) e, por fim, aos dezoito, alcança a maioridade penal e civil plena.²⁶⁰

Moraes bem assevera em sua dissertação que no Brasil o menor com seis anos pode adentrar aos ensino fundamental, se torna adolescente aos doze, possui capacidade para o labor aos quatorze, como menor aprendiz, aos dezesseis possui capacidade para atos da vida civil, como por exemplo o direito ao voto, mas não possui capacidade para questões da saúde, diferente do direito espanhol, como trouxe Jacob linhas acima (aqui no Brasil não há uma ‘maior idade sanitária’), e aos dezoito anos, passa a possuir maioridade civil e penal.

Tendo isso em vista, a idade é um dos requisitos que, por mais que não possa ser utilizada isoladamente, possui grande relevância para a teoria. Por exemplo, uma criança de três anos, em regra, não poderia expressar sua vontade de forma inequívoca e com maturidade. Da mesma forma, não é porque um indivíduo é maior de dezoito anos que ele terá autonomia para tomar decisões com relação à sua vida. O requisito da idade deve estar associado à outros requisitos, quais sejam, por exemplo, a autonomia e grau de maturidade.

A maturidade moral e cognitiva foi muito estudada por Piaget, com sua psicologia evolutiva, e Lawrence Kohlberg, sistema de evolução da consciência moral das crianças. De acordo com Jacob, a teoria de Piaget defendeu que as crianças vão distanciando-se de influências externas, e começam criar seus princípios internos a partir dos oito aos onze anos. Os critérios internos identificam-se inicialmente com o princípio da justiça, e, em média nos 12 anos, se identificam com o critério da equidade.²⁶¹

Já Kohlberg, a posteriori, criou um sistema de elaboração da consciência moral do menor, na qual dividiu em três níveis, cada nível composto por dois estágios, quais são: 1) nível pré-convencional, próprio de 80% dos menores, que possuem de dez a 12 anos; 2) nível convencional, próprio dos adultos e 3) nível pós-convencional, que alcança um número reduzido de pessoas em idades mais avançadas.²⁶²

²⁶⁰ JACOB, Marta Sanches. El menor maduro. **Bol Pediatr**. V. 45, nº 193, 2005, p. 158. Disponível em: <http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 159.

²⁶² *Ibidem*, *loc.cit.*

O nível pré-convencional, em regra próprio das crianças, é dividido em dois estágios, o estágio 01, o indivíduo obedece às normas sociais por receio de alguma punição que pode vir a receber, sendo denominado por Kohlberg de estágio da moralidade heterônoma. No estágio 02, o indivíduo apresenta um raciocínio moral egocêntrico e segue as normas pensando em interesses próprios, esse é considerado o estágio do individualismo.²⁶³

O nível convencional, em regra próprio dos adultos, também é dividido em dois estágios, na qual o 03 caracteriza-se pela necessidade de cumprir com aquilo que as pessoas esperam, como ser um bom filho, um bom amigo ou um bom marido. Há uma consciência inicial de que os interesses coletivos são mais importantes do que os individuais. O estágio 04 tem como perspectiva moral a manutenção da ordem social e daquilo que foi proposto pelas autoridades, isso pois todos devem colaborar com a organização social e com as instituições.²⁶⁴

Por fim, no nível pós-convencional, que alcança número bem reduzido de pessoas, que é composto pelos estágios 05 e 06. No 05, o raciocínio moral considera o contrato social e os direitos individuais, com orientação moral do tipo “contratual-legalista”. Já o estágio 06 é composto pelos princípios éticos universais e considerado o mais evoluído por Kohlberg.²⁶⁵ Já, outros estudos demonstram que a maioria dos adolescente atingem a maioridade entre dos treze aos quinze anos.²⁶⁶

Alcançar a maturidade pode significar a possibilidade de se exercer a autonomia individual, um indivíduo maduro é capaz de tomar suas próprias decisões conscientemente e esta não está necessariamente ligada à idade, a capacidade civil de cada um.

Outro requisito para se considerar um menor maduro é a capacidade de ser autônomo, que é, na verdade, consequência de sua maturidade. A autonomia está presente quando presentes os requisitos da informação, do discernimento e da ausência de condicionadores externos. A informação, conforme mencionamos, é adquirida por meio do dever de esclarecimento do médico. O discernimento pode ser determinado como a capacidade de compreender o que lhe

²⁶³ BATAGLIA, Patricia Unger Raphael; MORAIS, de Alessandra; LEPRE, Rita Melissa. A teoria de Kohlberg sobre o desenvolvimento do raciocínio moral e os instrumentos de avaliação de juízo e competência moral em uso no Brasil. **Estudos de Psicologia**. 15(1), Jan./Abr. 2010, p. 26. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v15n1/04.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

²⁶⁴ *Ibidem, loc.cit.*

²⁶⁵ *Ibidem, loc.cit.*

²⁶⁶ JACOB, Marta Sanches. El menor maduro. **Bol Pediatrtr**. V. 45, nº 193, 2005, p. 159. Disponível em:<http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

é exposto e tomar uma decisão consciente dos riscos e possíveis resultados. Já a ausência de condicionadores externos são os vícios da vontade ou sociais.²⁶⁷

Cabe ponderar que nem sempre um indivíduo capaz civilmente estará munido de autonomia para decidir sobre sua vida. Isso pois a autonomia é a liberdade da ignorância, é um conhecimento que um paciente tem para que possa consentir ou não em um consentimento informado onde ele teve informações esclarecidas. Ou seja, pode haver situações em que um adulto, capaz, estará munido de tamanha ignorância sobre seu estado de saúde, que se tornaria ‘incapaz’ de decidir sobre algo.

Como bem ressalta Sillmann e Freire de Sá, o alcance da autonomia do menor é progressivo, não se dá de uma hora pra outra, um jovem não dorme com dezessete anos, completamente imaturo, e acorda com dezoito com autonomia plena, é algo que se conquista de forma paulatina, portanto, não se pode vincular estritamente a autonomia, a maturidade de um indivíduo a uma característica exata, como a idade.²⁶⁸

Bem pondera Moraes que a confidencialidade presente na saúde como um todo deve ser também ser aplicada ao menor, sem diferenciação da confidencialidade fornecida ao adulto. Confidencialidade é uma garantia, derivada da intimidade e da privacidade, que são direitos fundamentais do ser humano. Por confidencialidade compreende-se que são sigilosas as informações dadas pelos pacientes aos profissionais de saúde, quando utilizam seus serviços, independente se estes sejam menores ou adultos.²⁶⁹

O direito a uma proteção adequada aos dados relativos a sua saúde é um direito que também é concedido ao menor. No Código de Ética Médica brasileiro, em seu artigo 74, onde trata de sigilo profissional, é vedado ao médico “revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente”.²⁷⁰

A competência para tomada de decisões relacionadas à saúde do menor, utilizada no caso Gillick, por mais que este foi pensado em ocasião diversa do ponto cerne desta pesquisa, pode

²⁶⁷ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2013, p. 108.

²⁶⁸ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁶⁹ MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.184. Disponível em:< <http://www.reposit.orioufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 14 out. de 2017.

²⁷⁰ “Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação”.

ser aplicada nas situações envolvendo menores adeptos da religião testemunhas de Jeová em caso de transfusão de sangue.

Ian McEwan, um dos autores mais renovados da Inglaterra, escreveu o romance intitulado “A Balada de Adam Henry”²⁷¹ e para escrevê-lo, o autor inspirou-se em dois casos presididos pelo Juiz inglês Alan Ward. O primeiro ocorreu quando ele atuou como membro do Tribunal Superior, em 1990, já o segundo como membro do Tribunal de Recursos, em 2000.²⁷²

A obra tem como personagem central a juíza do Tribunal Superior, Fiona Maye, responsável por julgar processos de direito de família. Dentre os vários casos difíceis levados a julgamento estava o de Adam Henry, um jovem de dezessete anos, que faltava apenas três meses para atingir a maior idade (dezoito anos), que sofria de leucemia e precisava de uma transfusão de sangue. Ele e seus pais se recusavam a dar o consentimento porque eram Testemunhas de Jeová.²⁷³

O Hospital Geral Edith Cavell, onde Adam estava em tratamento, adentrou com ação, onde pleiteava autorização para tratar o rapaz ainda que contra sua vontade. De acordo o Hospital, o tratamento seria usual: dois medicamentos atacavam diretamente as células de leucemia e outros dois atingiam a medula óssea, e impediam a produção de hemácias, leucócitos e plaquetas, tendo como consequência a necessidade de transfusão de sangue. O autor deixou claro que o único tratamento para esta consequência trazida pelos medicamentos era a transfusão de sangue.²⁷⁴

O advogado dos réus argumentou no sentido de ser direito fundamental a escolha do tratamento médico e que, apesar da idade de Adam, sua vontade era livre e competente. O Advogado trouxe à baila ainda o Caso Gillick tendo afirmado ser o jovem detentor da “competência de Gillick”.²⁷⁵

Adam, afirmou, por escrito, ter ideias próprias e que a decisão de recusa da transfusão de sangue foi tomada com independência e total consciência. Em outras palavras, era uma decisão sua e

²⁷¹ MCEWAN, Ian. **A balada de Adam Henry**. Tradução: Jório Dauster. São Paulo: Companhia das Letras. Disponível em: < <https://www.companhiadasletras.com.br/trechos/13808.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

²⁷² SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 76.

²⁷³ *Ibidem, loc.cit.*

²⁷⁴ *Ibidem, loc.cit.*

²⁷⁵ *Ibidem, loc.cit.*

não imposta por seus pais. Ressaltou assim que, ao seguir a religião escolhida por seus pais, concordava com seus dogmas e estava disposto, inclusive, a morrer por eles.²⁷⁶

A juíza, Fiona, se dirigiu até o hospital conversar com Adam, avaliá-lo, e decidir melhor o caso. O contato impressionou a juíza em razão da certeza e da clareza que Adam possuía. Contudo, a decisão não contemplou a vontade de Adam e a transfusão de sangue foi determinada;²⁷⁷

Após o tratamento, Adam recebeu alta hospitalar e retomou sua rotina. Entretanto, ficou perturbado com relação à sua fé. Pouco tempo depois a enfermidade retornou, Adam se recusou novamente ao tratamento, agora um indivíduo capaz e autônomo de acordo com a lei vigente, e vem a óbito.²⁷⁸

O caso de Adam traz à baila o sensível debate sobre a interferência do judiciário de forma tão “a fórceps” na vida humana. A juíza, Fiona, decidiu de acordo com suas concepções pessoais, pois ela imaginava que Adam iria gostar de viver (daquela forma), atitude que trouxe para ele sérias consequências, como viver por algum tempo com grande desilusão espiritual. A imposição da transfusão de sangue, como fez a juíza Fiona ao jovem rapaz, consiste em total desrespeito à sua autonomia em construção e à sua dignidade. Isso demonstra que a rigidez normativa pode violar a dignidade e a autonomia da criança ou do adolescente que possui competência para deliberar sobre suas próprias decisões.

A Suprema Corte do Estado de Mississippi (EUA) já decidiu que adeptos da religião Testemunhas de Jeová não estão obrigados a se submeterem à transfusão sanguínea, para fundamentar sua decisão o referido tribunal se baseou na liberdade religiosa e no direito à intimidade, direito de autodeterminação de seu próprio corpo.²⁷⁹

É para solucionar casos parecidos com o do Adam que a teoria do menor maduro surge, para tentar, ao máximo, conhecer a vontade do menor, que muitas vezes pode ter total autonomia para tomar suas decisões, independente de idade, e fazer justiça no caso concreto, justiça esta baseada no equilíbrio jurídico para que seja tomada a decisão mais adequada levando em conta a autonomia do menor.

²⁷⁶ SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 77.

²⁷⁷ *Ibidem, loc.cit.*

²⁷⁸ *Ibidem, loc.cit.*

²⁷⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Direito de Liberdade e a Recusa de Tratamento por Motivo Religioso. *In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Marcia. Doutrinas Essenciais Direitos Humanos*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2001, p. 184

4.2 O DIREITO DE RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO DE ACORDO COM O DIREITO BRASILEIRO

Após sucinta análise do que é um tratamento médico e quem pode se recusar a esses tratamentos, de acordo com a teoria do menor maduro, no próximo subtópico tratar-se-á do posicionamento jurisprudencial, legal e doutrinário brasileiro. Analisar-se-á como o Brasil fundamenta suas decisões com relação à transfusão sanguínea em menores, com pais/responsáveis adeptos da religião Testemunha de Jeová. Finalizar-se-á argumentando-se se seria cabível ou não a aplicação da teoria do menor maduro no Brasil.

4.2.1 Posicionamento Brasileiro: leis, doutrina e jurisprudência

O Código Civil Brasileiro, promulgado em 10 de janeiro de 2002 (Lei nº 10.406), teve os direitos da personalidade tutelados a partir de seu art. 11. Como já trazidos nesta pesquisa, os direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos da pessoa humana, que servem para se auto proteger, dos quais temos a integridade moral, intelectual, física – na qual se inclui o direito à vida, ao corpo vivo – dentre outros. São situações jurídicas existenciais que têm por objeto central os bens e valores fundamentais da pessoa, sendo de natureza moral, intelectual ou física (caso o leitor queira rememorar estes conceitos, poderá retornar ao tópico 2.3.2).

Dentro do capítulo dos direitos da personalidade, encontra-se os artigos 13, 14 e 15, que tutelam direitos da personalidade relacionados à integridade psicofísica²⁸⁰. Esta pesquisa se debruçará sobre a análise de dois artigos, o décimo terceiro (13), décimo quarto (14) e do décimo quinto (15), e relacionar-se-á à teoria do menor maduro.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

²⁸⁰ DONEADA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, nº 6, Junho, 2005, p. 86.

Ao analisar-se o art. 13 do Código Civil, em uma leitura literal e simplória, identifica-se que é proibido, salvo exigência médica, uma pessoa dispor de seu próprio corpo de forma que lhe diminuía a integridade física ou contrarie os bons costumes. O enunciado de número seis (nº 6) da Primeira Jornada de Direito Civil, ressaltou que “A expressão “exigência médica” contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente”.²⁸¹

Dispor, de acordo com o dicionários Houaiss, significa desfazer-se de algo, de forma onerosa ou gratuita.²⁸² Na visão de Gustavo Tepedino, a palavra dispor, presente do referido artigo, significa doação, doação de partes do próprio corpo, regularmente relacionada aos órgãos internos.²⁸³

Para resguardar o equilíbrio entre proteção dos direitos da personalidade e vedar atos de autolesão que tragam prejuízos à saúde e à dignidade humana, o Código Civil trouxe critérios para definir a ilicitude e impor limites aos atos de disposição, quais são: diminuição permanente da integridade física, afronta aos bons costumes e exigência medica. Ressalta o autor que o termo bons costumes deve ser entendido de acordo com os fundamentos e objetivos da República, dando total atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁸⁴

No mesmo sentido o art. 14 do supracitado código continua a tratar de atos de disposição, desta vez especificamente após a morte. Ressalta que é possível a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, desde que seja por motivo científico ou altruístico, vedada a exploração econômica de cadáver. O consentimento para esta disposição foi estabelecido através da Lei 10.211/01 que a doação dependerá de consentimento expresso do cônjuge ou de parente em linha reta ou colateral até o segundo grau.²⁸⁵

No artigo 15, o legislador trouxe que a possibilidade de recusa a tratamento médico torna-se uma prerrogativa do paciente. O artigo não individualizou quais tipos de enfermidades poderiam haver essa recusa, ele foi genérico, dando a entender que a recusa a tratamento médico poderá ser feita mesmo que seja uma decisão arriscada para a saúde do paciente. Assim, o

²⁸¹ Jornadas de Direito Civil, p.18. Disponível em:< <http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

²⁸² HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007, p. 1.057.

²⁸³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. V. 1. São Paulo: Editora Renovar, 2004, p. 35.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 36-37.

²⁸⁵ “Art. 4o A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)”.

dispositivo não consagra a ideia de que a vida deve ser mantida a qualquer custo. De forma diversa, ele respeita a escolha individual, que pode ter se baseado na perspectiva de uma sobrevivência ou mesmo no receio da perda da consciência e da autonomia moral. Nesse sentido, é até possível enxergar o dispositivo como mais uma confirmação de que o valor da vida humana não é tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço diante de escolhas existenciais especialmente relevantes de cada pessoa.²⁸⁶

O dispositivo consagra que ninguém pode ser constrangido a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, mesmo que essa recusa implique algum agravamento de sua saúde. Aqui, nada mais é do que uma manifestação clara do legislador de respeito à dignidade humana (liberdade de escolha), bastando que a vontade manifestada seja genuína, livre, consciente e autônoma, como bem prevê a teoria do menor maduro. Deve-se sempre prestigiar a liberdade, pois corolário da dignidade da pessoa humana, premissa antropológica do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, c/c com art. 5º, caput e VI, Constituição Federal Brasileira).²⁸⁷

Silman e Freire de Sá coadunam do mesmo entendimento do autor referido acima (Luís Roberto Barroso), onde pontua que a interpretação desses referidos artigos (13, 14 e 15) não podem ser feita de forma literal, pois, caso isso aconteça, pode-se entender que a recusa de tratamento médico não seria permitida neste ordenamento jurídico, pois seria um ato de disposição voluntária de um direito da personalidade (vida, integridade corporal). Entretanto, não se pode admitir tal interpretação em um Estado Democrático de Direito, fundamentado na Dignidade da Pessoa Humana.²⁸⁸

O referido art. 15 está estritamente relacionado ao consentimento informado. Consentimento informado, também chamado de livre e esclarecido, foi uma expressão originada do Código de Nuremberg, em 1947. O Código de Nuremberg foi um documento que impôs, diante dos abusos cometidos pela primeira guerra mundial (holocausto) e das inúmeras experimentações com humanos, que o consentimento voluntário do ser humano para se submeter a tais experimentos

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais.** Conjur, p. 35. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

²⁸⁷ VIEIRA, Luciano Henrik Silveira; Novais, Rômulo Fernando. **Objecção de Consciência: a legítima recusa a tratamento médico.** FEOL, p. 15. Disponível em: [http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20\(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes\).pdf](http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2017.

²⁸⁸ SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva.** Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 83.

era essencial. Essa a necessidade de um reconhecimento de uma autonomia mais plena possível daqueles que fossem se submeter à experimentação científica.²⁸⁹

No Código de Nuremberg, o consentimento para autorizar os experimentos deve ser baseado na capacidade para consentir, que pode ser adquirida a partir de informações adequadas sobre todos os aspectos da pesquisa, considerando o método e os possíveis resultados, juntamente com seus benefícios e riscos, que possam dar ensejo a um consentimento voluntário, livre de coação ou de qualquer outra interferência que retire o consentimento consciente do indivíduo. A revogação deste consentimento, por vontade do indivíduo, também pode se dar a qualquer tempo, interrompendo de pronto a pesquisa imediatamente.²⁹⁰

O consentimento informado também esteve presente da Declaração Helsinque, 1964, que foi um conjunto de princípios éticos que regem a pesquisa com seres humanos, e foi redigida pela Associação Médica Mundial, esta declaração vem sendo revisitada, tendo sua última versão sido publicada em 2008. Essa declaração passou a exigir o consentimento informado por escrito. A declaração na sua última versão em 2008 reuniu aspectos do consentimento informado, como: capacidade para consentir, voluntariedade, informação adequada, retirada do consentimento a qualquer momento, a depender da vontade do paciente, dentre outros.²⁹¹

De acordo com Beaucamp e Childress, o consentimento informado teve sua gênese foi primeiro discutido na bioética médica nos julgamentos de Nuremberg. Entretanto, a expressão “consentimento informado” só foi analisada em seus pormenores em 1972.²⁹²

Hoje, o que se entende por consentimento informado é a concordância do paciente, após a explicação completa e pormenorizada sobre a intervenção médica, contendo todos seus objetivos, métodos, duração, justificativa, métodos alternativos e nível de confidencialidade dos dados. O médico deve informar ao paciente por meio de uma linguagem adequada e acessível

²⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. V. 1. São Paulo: Editora Renovar, 2004, p. 42.

²⁹⁰ MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.108. Disponível em:< <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

²⁹¹ *Ibidem*, p.111. Disponível em:< <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017; Inciso II, 3c, Declaração Helsink 1964: “3c - O consentimento, como é norma, deve ser dado por escrito. Entretanto, a responsabilidade da pesquisa clínica é sempre do pesquisador; nunca recai sobre o paciente, mesmo depois de ter sido obtido seu consentimento”.

²⁹² BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípio de Ética Biomédica**. São Paulo: Editora Loyola, p. 161-162.

a este, para que ele compreenda perfeitamente o que está sendo passado e possa decidir com maior autonomia e segurança possível.²⁹³

Ao transportar o entendimento acima para o tema desta pesquisa, verifica-se que o menor não pode ser obrigado a se submeter a tratamento médicos que ele não queira, ou ser obrigado, pelo poder familiar, a não se submeter por fundamento em dogmas de uma religião, isso pois este é possuidor também da dignidade humana, na qual deve-se respeito, e, sempre que possível, sua vontade deverá ser acolhida com relação à disposição do seu próprio corpo.

A portaria 1.820/2009 editada pelo Ministério da Saúde, no mesmo sentido dos artigos acima citados, prevê em seu art. 4, inciso XI, que toda pessoa tem direito a escolher a alternativa de tratamento ou recusar-se a estes. No art. 5 na referida portaria o consentimento livre, voluntário e esclarecido também foi ressaltado.²⁹⁴

Portanto, o direito não deve ser aplicado de forma rígida, literal, mas, sim, interpretado de acordo com as particularidades do caso concreto. Nas palavras de Silmann e Freire de Sá: “Ademais a vida, em sua dimensão biográfica, não pode ser vista como um dever, mas sim como um direito. No âmbito do Direito Civil a Dignidade da Pessoa Humana se faz presente quando sua autonomia privada é garantida”.²⁹⁵

Enveredando-se ao âmbito doutrinário, esta diverge bastante com relação ao procedimento de transfusão sanguínea. Doutrinadores mais conservadores, na qual pode-se citar Maria Helena Diniz, defendem que, mesmo em casos que o paciente tenha expressado conscientemente a sua contrariedade ao procedimento de transfusão de sangue, se o caso for urgente e inadiável, o médico deve proceder com o procedimento, mesmo o paciente sendo capaz civilmente e contrário ao tratamento, isso pois, de acordo com a autora, a vida é um bem coletivo “que interessa mais à sociedade que ao próprio indivíduo”.²⁹⁶

De acordo com a referida autora, o médico não pode se submeter à vontade do paciente ou de seus familiares, pois, caso agisse assim, seria apenas um locador de serviços; e a autora continua a afirmar que o médico não precisa de autorização para efetuar o procedimento pois seu papel

²⁹³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. V. 1. São Paulo: Editora Renovar, 2004, p. 42; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de Gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 82-83.

²⁹⁴ PORTARIA Nº 1.820, DE 13 DE AGOSTO DE 2009. Disponível em: < http://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf. Acesso em: 16 out. 2017.

²⁹⁵ SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. *Op.cit.*, 2015, p. 84.

²⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

é salvar vidas e caso não agisse como tal, pode responder por omissão de socorro, crime tipificado no art. 135, do Código Penal Brasileiro e fundamenta seu posicionamento nos arts. 7 e 32 do Código de Ética Médica.²⁹⁷

Entretanto, há outros inúmeros autores que discordam veemente do argumentado pela referida autora acima citada, como por exemplo: Luiz Roberto Barroso, Reinaldo Moraes (em sua dissertação de mestrado), Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves, dentre outros.²⁹⁸

Esta pesquisa também coaduna com o posicionamento desses últimos autores, onde defende-se a prevalência da autonomia do paciente. E para reforçar este posicionamento, é de suma importância trazer à baila o parecer de nº 12/2014 do Conselho Federal de Medicina, na qual trouxe uma sensível indicação de modificação em seu posicionamento com relação à transfusão sanguínea contra a vontade do paciente, o que é tratado na resolução 1.021/80.²⁹⁹

A resolução 1.021/80 prevê em seu tópico 2 que se “o paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo, em tais condições, não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la”.

Entretanto, no referido parecer 12/2014 é pontuado que deve-se atentar para o grau de autonomia do paciente, e alguns critérios técnicos que envolvem esse procedimento, especialmente com relação às técnicas alternativas que evitam a realização deste mecanismo. Ressalta-se que, embora o parecer tenha se direcionado a essa mudança de entendimento do CFM, a resolução 1.021/80 está ainda vigente.³⁰⁰

²⁹⁷DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305; “Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria; Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.

²⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017; MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.56. Disponível em: <<http://www.reposit.orioufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017; SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2011; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015;

²⁹⁹ RESOLUÇÃO CFM nº 1.021/80. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

³⁰⁰ “Na indicação de transfusão sanguínea e componentes deve o médico assistente ter conhecimento atualizado dos critérios técnicos e científicos, consideração a autonomia do paciente ou seu responsável legal e quando necessário e viável solicitar a participação do especialista em hematologia

Em trecho retirado do parecer 12/2014, o Conselho Federal de Medicina ponderou que:

Se por um lado, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não permitem a exata comparação entre os transplantes de órgãos, só realizáveis mediante autorizações dos titulares do direito a vida ou de seus representantes legais e, as transfusões de sangue paradoxais a autonomia dos pacientes, por outro lado, há de se ter em mente que estes mesmos princípios de direito e bom senso, devem, em todas as suas dimensões, ser utilizados em casos específicos e peculiares de transfusões sanguíneas, como os daquelas realizadas em Testemunhas de Jeová.

Tendo isso em vista, percebe-se sensível mudança no posicionamento do Conselho Federal de Medicina, atentando-se agora para assuntos que preservam a autonomia do paciente, respeitando sua dignidade.

Com relação à transfusão sanguínea em incapazes, Maria Helena Diniz defende que o direito de crença dos responsáveis não pode sobrepor-se ao direito de viver deste, sob pena dos pais estarem praticando o crime de abandono moral e material e serem destituídos do poder familiar. Para a autora, a objeção de consciência é ilegítima quando se coloca em risco a vida de outrem. E em tais situações, caso não seja possível a manifestação de vontade do menor, o seu direito à vida prevalece em detrimento da vontade parental.³⁰¹

A autora não utilizou o termo menor maduro, mas, a que tudo indica, ao se referir a “possível manifestação de vontade do incapaz” interpreta-se que ela dá a devida atenção a autonomia do menor.

Apesar desta pesquisadora discordar veementemente da autora no que concerne à transfusão sanguínea com relação aos capazes civilmente, onde defende-se aqui que com relação a estes, sendo sua vontade autônoma e indubitável, deve ser respeitada, quando possuírem autonomia para tanto, com relação aos menores, concorda-se com a supracitada autora, onde, caso não possa se verificar a autonomia do menor, de acordo com a teoria do menor maduro, o seu direito à vida deve prevalecer.

Ao analisar a jurisprudência brasileira, percebe-se que algumas decisões impõem o dever do médico de fazer a transfusão, mesmo contra a decisão de um autônomo, outras decidem pela prevalência da vontade do paciente, em se tratando de casos envolvendo adultos. Com relação aos menores, as decisões têm afastado o poder familiar, determinando a transfusão sanguínea.

Das decisões que privilegiam a autonomia do paciente, fazendo jus ao Estado Democrático de Direito e a preservação da dignidade humana, pode-se citar o agravo de instrumento de nº

para a indicação, bem como, o acompanhamento hemoterápico”. RESOLUÇÃO CFM nº 12/2014. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2014/12>>. Acesso em: 15 out. 2017.

³⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 306-307.

1.0701.07.1915119-6/001. O agravo se deu nos autos do processo em que era parte Alan Laico Cardoso dos Santos, adulto, adepto da religião Testemunhas de Jeová, onde se encontrava acometido de neoplasia do sistema linfático e realizava tratamento no Hospital Escola de Uberaba. Por conta dos dogmas de sua religião, recusou de pronto o método de transfusão sanguínea, foi aí que a doutora Meire Furlan, que era responsável pelo seu tratamento, acionou o Ministério Público de Minas Gerais para notifica-los do ocorrido.

Na decisão interlocutória da 4ª Vara Cível da comarca de Uberaba, o juiz decidiu por autorizar o hospital a realizar os procedimentos médicos necessário em Alberto, inclusive a transfusão sanguínea. Indignado com tal decisão, Alan agravou de instrumento a referida decisão.

No agravo de nº 1.0701.07.191519-6/001 – 1ª Câ. Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgado em 14.08.2007, o Desembargador Relator Alberto Vilas Boas fundamentou seu voto no sentido de que resguardar o direito à vida também implica em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que lhe agregam.

Necessário, portanto, que se encontre uma solução que sopesse o direito à vida e à autodeterminação que, no caso em julgamento, abrange o direito do agravante de buscar a concretização de sua convicção religiosa, desde que se encontre em estado de lucidez que autorize concluir que sua recusa é legítima. Sim, porque não há regra legal alguma que ordene à pessoa natural a obrigação de submeter-se a tratamento clínico de qualquer natureza; a opção de tratar-se com especialista objetivando a cura ou o controle de determinada doença é ato voluntário de quem é dela portador, sendo certo que, atualmente, o recorrente encontra-se em alta hospitalar e não há preceito normativo algum que o obrigue a retornar ao tratamento quimioterápico se houver a perspectiva de ocorrer a transfusão sanguínea.³⁰²

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso decidiu em um Agravo de Instrumento que o Estado tem o dever de custear tratamento alternativo à transfusão sanguínea para paciente adepto a religião Testemunhas de Jeová, mesmo que fora do seu domicílio. Na referida decisão, o egrégio Tribunal fundamentou dizendo que:

A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional, não se resume simplesmente à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas nela também se inclui meios de orientar-se e seguir os preceitos. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas, sim, respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser resguardado de todas as formas de discriminação.³⁰³

³⁰² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001. Agravante: Alan Laico Cardoso dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. Julg. 14.08.2007 – publ. 04.09.2007. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6019945/107010719151960011-mg-1070107191519-6-001-1-tjmg>>. Acesso em: 16 out. 2017.

³⁰³ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Agravo de Instrumento nº 22395/2006. Agravante: Valdemar Timóteo Silval. Agravado: Estado do Mato Grosso. Quinta Câmara Cível. Presidência do DES. Leônidas Duarte Monteiro. Cuiabá. Julgado em: 30 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_22395-2006_06-07-06_71559.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

Já, na Apelação Cível de nº 70020868162, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que cabe ao médico decidir se o procedimento deve ser efetuado ou não, em casos de emergência. Não havendo, portanto, necessidade de intervenção judicial, isso pois o profissional de medicina tem o dever de empreender todas as diligências necessárias em caso de perigo de vida, independentemente do consentimento do paciente ou de seus familiares.³⁰⁴

O argumento utilizado pelo Exmo. Des. Humberto Sudbrack não deve prosperar, isso pois, em que pese o entendimento de que é o médico a pessoa indicada para averiguar o estado de saúde do paciente e o adequado tratamento, este não pode substituir a vontade do paciente. Os defensores de tal ponto de vista esquecem-se de que o paciente é um sujeito de direito, não podendo ser tolhido em seus direitos da personalidade e nem discriminado, razão pela qual sua autodeterminação tem de ser respeitada ainda que esteja em situação emergencial, desde que esteja completamente lúcido quanto à decisão a ser tomada.³⁰⁵

A transfusão compulsória por ordem médica ou judicial em nome do direito à saúde ou à vida, é contrária aos ditames de um Estado Democrático de Direito, isso pois viola-se um direito existencial da pessoa (a liberdade de crença) e, por conseguinte, macula de forma profunda a dignidade humana.

A título de exemplificação, tem-se o caso recente do jovem José Humberto Pires de Campos Filho, de 22 anos, natural de Trindade, Goiás, que foi diagnosticado com doença renal crônica em 2015. Entretanto, este já recusou dois transplantes e, após muita insistência da sua genitora, tem se submetido à sessões de hemodiálise.

Inconformada com a decisão do filho, Edna, sua genitora, ajuizou uma ação para interditar o filho e obriga-lo a se submeter ao devido tratamento. O Tribunal de Justiça de Goiás procedeu com uma perícia (formada por uma junta médica capacitada para tal) e atestou que o jovem possui total capacidade de entendimento, entretanto, uma certa imaturidade afetiva e emocional, reduzindo sua capacidade para tomada de decisões.

³⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70020868162. Quinta Câmara Cível. Relator: Humberto Guaspari Sudbrack. Julgado em: 22 ago. 2007. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>>. Acesso em: 16 out. 2017.

³⁰⁵ VIEIRA, Luciano Henrik Silveira; Novais, Rômulo Fernando. **Objecção de Consciência: a legítima recusa a tratamento médico.** FEOL, p. 15. Disponível em: [http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20\(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes\).pdf](http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20(Luciano%20Vieira%20-%20Romulo%20Fontes).pdf)>. Acesso em: 16 out. 2017.

De forma contrária, José Humberto dirigiu-se à uma subseção da OAB em Trindade, onde pretende derrubar a liminar e exercer seu direito de escolha.³⁰⁶

Ressalta-se que, ao longo desta pesquisa, grande partes dos julgados acessados, relacionados aos adultos, estão decidindo em prol da liberdade religiosa e do respeito à dignidade humana do indivíduo. E mesmo aqueles que decidem pela efetivação forçada do procedimento em primeira instância têm suas decisões reformadas em grau de recurso.³⁰⁷

Com relação à transfusão de sangue em menores, a jurisprudência, pelo que foi pesquisado, tem sido pacífica no sentido de afastar o poder familiar e permitir o procedimento. Nesse sentido, decisões a seguir:

Apelação Cível Classe de nº 2003.71.02.000155-6, Tribunal Regional Federal, 4º Região, a relatora Vânia Hack de Almeida, que decidiu pelo afastamento da vontade dos pais, adeptos da religião testemunha de Jeová, onde pleiteavam que fosse administrado em sua filha, 10 anos, procedimentos alternativos à transfusão sanguínea. O tribunal argumentou que neste caso o direito à vida deve prevalecer em detrimento à liberdade religiosa dos responsáveis. Ressaltou ainda que a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade e possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Não argumentou expressamente sobre a teoria do menor maduro, mas fez menção à vontade da menor por entender ser fato digno de nota.³⁰⁸

O STJ se manifestou em setembro de 2014 sobre o assunto nos autos do HC 268.459-SP, onde inocentou os pais, Hélio e Ildelir, de uma menor de 13 anos, Juliana, que veio a óbito em 21 de julho de 1993. A menor era portadora de anemia falciforme e seus pais se recusaram ao tratamento indicado pela medicina, transfusão de sangue, tendo em vista os dogmas de sua religião.³⁰⁹

³⁰⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. **A recusa de tratamento médico**. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254891,11049-A+recusa+de+tratamento+medico>>. Acesso em: 16 out. 2017.

³⁰⁷ Nesse sentido: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001; Tribunal Regional federal da 1ª Região, nº 001734382201644010000; MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Agravo de Instrumento nº 22395/2006. Agravante: Valdemar Timóteo Silval. Agravado: Estado do mato Grosso. Quinta Câmara Cível. Presidência do DES. Leônidas Duarte Monteiro. Cuiabá. Julgado em: 30 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_22395-2006_06-07-06_71559.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

³⁰⁸ Tribunal Regional Federal, 4ª região. Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6. Órgão julgador: terceira Turma. Relatora: Vânia Almeida Rack. DJe 24 out. 2006. Disponível em: < https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 16 out. 2017.

³⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268.459 - SP (2013/0106116-5). Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Maria

Aqui o STJ argumentou que a responsabilidade era estritamente dos médicos por não ter ‘desrespeitado’ a vontade do paciente e/ou de seu representante legal em prol da vida e também não utilizar de todos os métodos que estavam a sua disposição para salvar a vida da criança, infringindo, assim, o código de ética médica em seus arts. 31 e 32.³¹⁰

A decisão foi bastante criticada. Em nenhum momento o STJ mencionou o respeito à vontade da menor, ou suscitou algo relacionado à teoria do menor maduro. O referido tribunal superior se posicionou de acordo com o entendimento da autora Maria Helena Diniz, já citada nesta pesquisa, onde defende que o médico deve proceder com a transfusão em caso de urgência, sob pena de responder por omissão de socorro ou outro tipo penal.

4.2.2 Aplicação da teoria do menor maduro no Brasil

Após verificação da teoria do menor maduro (tópico 4.1.1), é momento oportuno agora analisar se está pode ou não ser aplicada no Brasil, se positivo, como seria sua aplicação e quais adaptações está deve sofrer.

Bom, como visto, a teoria do menor maduro teve uma maior visibilidade com o caso Gillick, Reino Unido, apesar de já ser suscitada em 1970 nos Estados Unidos, ambos países com alto desenvolvimento econômico e social, com diversas diferenças quando comparado ao Brasil, tendo em vista este estar ainda em desenvolvimento. O fato de existir uma teoria de grande relevância em outro país não faz com que esta seja transportada *ipsis litteris* para outros Estados, mas se faz necessário uma certa adaptação ao direito nacional e à sociedade.

Em regra, nos países subdesenvolvidos, não são fornecidas aos seus cidadãos necessidades básicas de sobrevivência, tais como saúde, moradia, educação de boa qualidade. A concentração de renda em uma pequena parte da sociedade majora os problemas sociais e aumenta drasticamente o número de vulneráveis pela falta de capacidade econômica e social.³¹¹

Thereza de Assis Moura. Brasília. Disponível em:< <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33010937&tipo=91&nreg=201301061165&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141028&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 17 out. 2017.

³¹⁰ “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. Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”.

³¹¹ MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.56. Disponível em:< <http://www.repositorioufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

De acordo com Sônia Rocha, em obra que estuda a pobreza no Brasil, ela destaca que em 1999 a porcentagem de idosos com renda *per capita* abaixo da linha da pobreza era de 16%, já a porcentagem de crianças era com menos de quatro anos que se encontravam na mesma situação era de 54,5%. Já, na faixa etária de 10 a 14 anos tinha-se um total de 16.548, na qual 7.589 destes eram pobres. Na época de seu estudo, Sônia constatou que mais da metade das crianças brasileiras eram pobres, um número assustador. Conseqüentemente, combinado à insuficiência de renda, tem-se fragilidade física e a dependência total das crianças com relação aos seus pais/responsáveis.³¹²

Apesar da taxa de natalidade no Brasil ter sofrido grande diminuição, ainda possui um número relevante de crianças e adolescentes. Em pesquisa efetuada no site oficial Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a porcentagem de crianças no Brasil de 10 a 14 anos era de 4,04% (homens) e 3.88% (mulheres), estimativa para o ano de 2017.³¹³

Em agosto de 2012, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) divulgou dados alarmantes. De acordo com esta pesquisa, 18,7% das crianças com idade de 4 a 6 anos estão fora da escola, o que equivale a 1.615.886 crianças. 375.177 crianças na faixa de 6 a 10 anos estão fora da escola em todo o Brasil – o que corresponde a 2,3% do total da faixa etária. Dessas, 3.453 trabalham (0,9%); a grande maioria das que exercem alguma atividade é negra (93%) e vive nas regiões Nordeste (cerca de 30%) e Norte (28%). Na faixa de 11 a 14 anos, 355.600 crianças ainda estão fora da escola – o que equivale a 2,5% do total dessa faixa, segundo a Pnad 2009. O número de crianças de 11 a 14 anos que só trabalham é cerca de 20 vezes maior que na faixa de 6 a 10 anos: 68.289.³¹⁴

Esses dados acima citados foram utilizados nesta pesquisa, não de forma aprofundada, mas para demonstrar como o Brasil está numa condição alarmante de subdesenvolvimento. Não há como comparar autonomia de crianças e adolescentes que crescem com essas realidades sociais, com adolescentes dos países de primeiro mundo.

Ao transportar esses dados para a bioética, onde a autonomia individual prevalece, percebe-se que grande número dos brasileirinhos (crianças/adolescentes) podem possuir algum comprometimento em sua autonomia, reflexo da questão social, por estar mais vulnerável

³¹² ROCHA, Sônia. **Pobreza no Brasil. Afinal, de que se trata?** 3.ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 94-95.

³¹³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: < <https://ww2.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 17 out. 2017.

³¹⁴ Iniciativa Global Pelas Crianças Fora da Escola. UNICEF. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/br_oosc_execsum_ago12.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

socialmente falando. Isso pois a vulnerabilidade social pode decorrer também da falta de proteção estatal ou familiar, como aqui no Brasil, como acima observado.

Grande parte dos adolescente brasileiros estão mais suscetíveis à falta de oportunidades educacionais e profissionais. A violência que assola as comunidades, a vida sexual que se inicia de forma cada vez mais precoce, tudo isso associado ao trabalho infantil, ao desemprego, à falta de estabilidade emocional familiar fazem com que esses jovens se tornem mais vulneráveis e prejudicam seu desenvolvimento pra a vida adulta.³¹⁵

Um Brasil possui grande heterogeneidade cultural, regional, étnica e socioeconômica, e são as crianças e adolescentes que se tornam mais vulneráveis aos riscos acima mencionados. Por conta disso, não há como tratar esse grupo social de modo uniforme. De acordo com a UNICEF as regiões Norte e Nordeste e as periferias urbanas são as áreas que mais se tem adolescentes vulneráveis, necessitando, assim, de tratamentos diferenciados, seja pelo governo (com projetos sociais, cotas), pela escola, pelo núcleo de saúde, pela sociedade de modo geral.³¹⁶

Ao levar em conta todos essas barreiras que a maioria das crianças e adolescentes do Brasil enfrentam, e que interferem na conquista de sua vida adulta, deve-se averiguar com muito mais cautela a autonomia desses indivíduos. O que se propõe nesta pesquisa é que, apesar na diferença social, cultural, regional e socioeconômica que o Brasil possui, quando comparado aos países desenvolvidos, pode, sim, aplicar a teoria do menor maduro, porém, com maior atenção com relação aos menores.

Propõe-se que a equipe multidisciplinar que fará a avaliação da autonomia e vulnerabilidade do menor seja muito bem capacitada (formada também por psicólogos especializados em cada faixa etária), para se evitar que injustiças maiores sejam cometidas e, conseqüentemente, auxiliar a equipe médica e o processo judicial no que for necessário.

³¹⁵ MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.93. Disponível em:< <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

³¹⁶ *Ibidem*, p.94; “Atualmente, 13 milhões de crianças e adolescentes vivem no Semiárido brasileiro, onde a população de 12 a 17 anos soma cerca de 5 milhões de pessoas. A população dessa região é extremamente afetada pelas condições climáticas desfavoráveis, falta de acesso à água potável, saneamento, educação e serviços de saúde de qualidade. No Nordeste, o percentual de adolescentes de 15 a 17 fora da escola chega a 16% e o percentual da população de 12 a 17 anos não alfabetizada é quase o dobro da média nacional”. UNICEF. SITUAÇÃO MUNDIAL DA INFÂNCIA 2011 Adolescência: Uma fase de oportunidades. Disponível em:< https://www.unicef.org/lac/CadernoBrasil_SOWC2011_LoRes.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

Com relação a idade mínima do menor, propõe que seja adotada a idade de 12 anos, idade já trazida pelo ECA, quando traz em seu art. 45 que a vontade dos menores de 12 anos deve ser levada em conta em caso de adoção.

Ao fim da análise, presente a competência necessária para recusa de tratamento médico a autonomia da criança e do adolescente deve ser respeitada em prol de seu melhor interesse.

Ademais, o art. 12 da Convenção dos Direitos da Criança, ratificada pelo Governo brasileiro em 21 de novembro de 1990, e os arts. 15 e 16 do Estatuto da Criança e do Adolescente, asseguram aos menores o direito de participação na tomada de decisões que lhes digam respeito.³¹⁷

Esta pesquisa entende que o mais correto seria proceder com essa verificação da autonomia do menor no bojo de um processo judicial, com a presença do Ministério Público, sendo este o defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, caso haja tempo hábil para isso, ou seja, que o caso não demande urgência. Entretanto, como se sabe que grande parte dos ocorridos são casos de grande urgência, na qual necessita de altíssima celeridade, defende-se que o profissional de medicina responsável poderá nomear uma equipe multidisciplinar para verificar a autonomia do menor e, assim, proceder com o devido tratamento, caso constatado que o menor possua maturidade e capacidade de decidir, que sua decisão seja acatada, caso negativo, que o médico proceda com a transfusão, mesmo que em contrariedade à decisão dos pais/responsáveis, tendo em vista que neste caso a vida do menor deve prevalecer em detrimento a liberdade religiosa daqueles.

Portanto, a recusa de tratamento médico por incapaz em razão de idade encontra fundamentação compatível com a ordem jurídica brasileira vigente e deve ser analisada pelo judiciário de forma a considerar o desenvolvimento intelectual, a capacidade de compreensão das consequências

³¹⁷ “Artigo 12 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 17 out. 2017; “Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação”.

de sua decisão, a maturidade, bem como, se não há qualquer imposição de seus pais/responsáveis na escolha do menor.

5 A RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO PELOS PAIS EM CASO DE FILHOS MENORES: A CONFORMAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E O EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA EM CONFRONTO COM O DIREITO À VIDA

Analisar-se-á se recusa a tratamento médico feita pelos pais em caso de filhos menores é legítima, se pode ser sempre acatada, qual seria seu limite e se haveria algum tipo de responsabilização dos pais no âmbito penal e dos profissionais de medicina no âmbito cível e penal caso estes agissem de forma diversa a qual a sociedade espera por serem estes garantidores. Analisar-se-á também a figura dos garantidores e das omissões penalmente relevantes no Direito Penal Brasileiro, conseqüentemente com suas formas omissivas próprias e omissivas impróprias.

5.1 COLISÃO ENTRE O DIREITO À VIDA DE UM MENOR E A LIBERDADE RELIGIOSA DOS PAIS

A Magna Carta de 1215 inaugurou uma nova era no contexto jurídico brasileiro, uma vez que conferiu grande prestígio à teoria dos direitos fundamentais. Sua tamanha notoriedade foi atribuída ao serem inseridos esses direitos nos seus primeiros artigos e que são considerados como cláusulas pétreas, não passíveis de modificação.

A Constituição federal estabelece os direitos fundamentais como direitos e garantias inerentes ao ser humano, onde busca resguardar as escolhas feitas pelos próprios indivíduos ou de uma coletividade. Deste modo, fornece base fundamental para que seus titulares exerçam seus direitos numa maior dimensão possível, de acordo com suas convicções pessoais, desde que não interfira em direitos de outrem.

Ao chegar a este ponto desta pesquisa, alguns assuntos já foram abordados nos capítulos anteriores, dentre os quais pode-se citar, por exemplo, a liberdade, direito fundamental de primeira dimensão, que foi reconhecida aos indivíduos no âmbito das primeiras constituições escritas (sec. XVIII).

Como bem pontua Ingo Sarlet, os direitos de primeira dimensão são direitos marcados pela não intervenção do Estado na esfera individual, são direitos de defesa. São, por isso, tidos como direitos de cunho negativo, uma vez que são dirigidos a uma abstenção estatal e não a uma

conduta positiva por parte dos poderes públicos. A liberdade é o direito compreendido por um leque de outras liberdades, na qual compõem esse leque a liberdade de expressão, reunião e também a liberdade religiosa.³¹⁸

Também já se analisou na presente monografia a questão principiológica, nesse sentido, liberdade religiosa é um direito fundamental (direito humano, levando em conta o debate já feito neste trabalho sobre a nomenclatura adotada), isso pois esta liberdade é intrínseca ao ser humano, de escolher ou não a religião a qual quer professar e exercer as atitudes relacionados a essa. O estado Brasileiro abarcou a liberdade religiosa em sua Carta Maior por meio de princípio em seu art. 5, inciso VI, entretanto isso não impede que nas normas infraconstitucionais (regras) também se encontre proteção à liberdade religiosa.

Entretanto, verificou-se, após breve análise no capítulo 2 (2.2.4) que não há que se falar que todos os direitos concedidos ao ser humano possuem caráter absoluto, por mais que estes sejam fundamentais/humanos, sempre haverá uma limitação ou restrição, a depender do caso concreto, ainda mais quando esses direitos se manifestam por meio de princípios. A liberdade religiosa encontra limites em outros direitos fundamentais e também no princípio da dignidade humana, o que implica, como salienta Ingo Sarlet, em caso de conflito, que seja diligentemente aplicada a ponderação com atenção aos critérios da proporcionalidade. Entretanto, pondera o mesmo autor que há direitos que são absolutos no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, o direito de não ser torturado e nem de se submeter a trabalho degradante. Estes seriam direitos absolutos, manifestado no ordenamento jurídico por meio de regras proibitivas, que não podem sofrer nenhum tipo de ponderação ou relativização, sob pena de ferir profundamente a dignidade humana.³¹⁹

É o que sucede com os pais que fazem parte da comunidade Testemunhas de Jeová e que, por convicções religiosas, não coadunam com algumas práticas, das quais se inclui o procedimento de transfusão sanguínea, fundamentados em trechos bíblicos. Esses pais, por amor, zelo e cuidado aos seus filhos, entendem por bem aplicar a estes as convicções religiosas que tomaram para suas vidas, entretanto, quando se tratar de tratamento médico a ser administrado em filhos menores, os pais não podem interferir horizontalmente com suas ideias religiosas.

Foi analisado aqui a teoria do menor maduro, teoria que prevê uma avaliação a ser executada no menor, por uma equipe multidisciplinar, para avaliar o grau de maturidade deste menor e

³¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 274.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 483.

analisar se a vontade deste pode ou não ser levada em consideração. Caso a resposta desta equipe multidisciplinar seja negativa, constatando que não, o menor não possui autonomia necessária para tomar decisões com relação a sua submissão a tratamento médico e quais tratamentos médicos seriam estes, defende-se que, sim, o poder familiar destes pais/responsáveis deverá ser afastado, ou seja, a liberdade religiosa dos pais não poderá interferir na decisão de se os filhos irão ou não passar por tais procedimentos.

Deve-se ter em mente que o poder familiar é um ônus que a sociedade organizada atribuiu aos pais, em virtude da parentalidade, sempre em prol do interesse do menor.³²⁰ O Exercício desses múnus não é livre, não pode ser exercido ao bem entender dos responsáveis, mas é, sim, limitado por todos outros princípios do ordenamento que também são concedidos ao menor, por exemplo o direito à vida e a liberdade religiosa deste.

Os pais, por meio de seu poder familiar, acreditam estar munidos também do poder de decisão com relação à liberdade do menor. Entretanto, o menor possui seu direito a liberdade religiosa resguardado pela Constituição Federal e pelo ECA, ou seja, estes possuem este direito, não necessitando de representação para tais decisões.

O ECA traz em seu art. 45 que a vontade da criança, sendo esta acima de 12 anos, deve ser levanta em conta em caso de adoção. Oras, mais um momento em que a legislação traz a importância do respeito às vontades do menor, e reconhece valor jurídico aos direitos dos destes. Se uma criança de 12 anos é capaz de opinar com relação aos seus adotantes, também será, em regra, capaz de expor suas convicções religiosas.³²¹

Portanto, a opinião do menor deve ser, sempre que possível, respeitada em todos os seus termos. O menor é titular de direitos fundamentais e a crença é uma opção pessoal/individual.

Terakoa ainda traz em sua tese um exemplo do Tribunal Constitucional da Espanha que, em 2002, decidiu por absolver os pais de um garoto de 13 anos, que decidiu não se submeter ao procedimento de transfusão sanguínea. Os pais foram denunciados por homicídio por omissão, pois, de acordo com a denúncia, o menor não teria capacidade legal para tomar esta decisão que acabou levando-o a morte. Entretanto, ficou-se comprovado que a negativa do menor foi fato

³²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 67, ago./set. 2011, p. 20.

³²¹ Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento"; uma análise pormenorizada será feita no capítulo 4 sobre a teoria o menor amadurecido.

relevante para o caso, tendo em vista que este se posicionou completamente contrário ao procedimento.³²²

No caso específico das testemunhas de Jeová a imposição de um credo religioso ao menor seria capaz de condenar aquela criança a um futuro da qual esta não almejava. A crença religiosa do menor deve ser respeitada, resguardada, ainda que esta esteja em confronto com a vontade dos pais porque a religião é algo que não deve, de forma alguma, ser imposta.

Sabe-se que os pais³²³ possuem o poder familiar, que nada mais é do que, de acordo com Maria Helena Diniz: "o conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho".³²⁴

A expressão "poder familiar" é recente. No Código Civil de 1916 utilizava-se do termo "pátrio poder", termo originado do direito romano (*patriapotestas*), na qual era relacionado com a figura do chefe de família, na qual era ocupado pela figura masculina do pai. Entretanto, com a consolidação do princípio da igualdade, onde a figura do pai e da mãe estão no mesmo grau de responsabilidade e direitos, o Código Civil de 2002 achou devido atualizar a expressão para "poder familiar".³²⁵

Cabe ponderar que há um projeto de lei, intitulado "Estatuto das Famílias", em andamento na Câmara dos Deputados desde 2007 (Projeto de Lei nº 2.285/07), onde traz o raciocínio que o termo "poder familiar" já deve ser modificado para a expressão "autoridade parental", para trazer uma tradução maior do dever (conjunto de obrigações) entre os pais e filhos.³²⁶

³²² Tribunal Constitucional da Espanha. Sentencia 154/2002. Publicacion BOE 20020807. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4690>>. Acesso em: 09 out. 2017; TERACOA, Thiago Massão Cortizo. A Liberdade religiosa no Direito Consitucional Brasileiro. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). \universidade de São Paulo, São Paulo, p.165.

³²³ Com relação a titularidade do poder familiar cabe ressaltar que, apesar do ECA trazer que o poder familiar será exercido pelos pais, de acordo com o princípio da interpretação em conformidade com a Constituição, deve-se entender que o poder familiar abrange todos aqueles que exerçam o múnus, de fato ou de direito, sob o menor. Entendimento presente em: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 67, ago./set. 2011, p. 24.

³²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. V. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 543; Ressalta-se que Maria Helena Diniz trouxe em sua obra o conceito para "pátrio poder", entretanto, utilizou-se o mesmo para o poder familiar.

³²⁵ D'ANDREA, Giuliano. Temas controvertidos sobre o poder familiar: da impossibilidade de suspensão e destituição do poder familiar de pais adolescentes absolutamente incapazes e da restituição do poder familiar. *In*: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. **Temas Aprofundados Defensoria Pública**. Salvador: Editora JuspoDivm, 2015, p. 890.

³²⁶ D'ANDREA, Giuliano. Temas controvertidos sobre o poder familiar: da impossibilidade de suspensão e destituição do poder familiar de pais adolescentes absolutamente incapazes e da restituição do poder familiar. *In*: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. **Temas Aprofundados Defensoria**

Entretanto, apesar dos conceitos trazidos pela doutrina e jurisprudência, o que deve-se compreender é que o poder familiar não compreende-se pura e simplesmente pelo poder dos pais sobre os filhos, mas, sim, o poder-dever daqueles no propósito de coordenar o desenvolvimento destes em prol de seu melhor interesse, sempre com o intuito de cuidado, proteção e auxílio ao desenvolvimento social e intelectual destes. Em outras palavras, um apoio para o amadurecimento de seu discernimento, não cabe mais a opinião verticalizada dos pais.³²⁷

A Constituição Federal de 1988 também tutelou os direitos dos menores em seu art. 227 e o Código Civil Brasileiro em seu art. 1.634:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”;
 “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:” (*grifos nossos*).

O poder familiar não é um direito potestativo dos pais, mas é um encargo atribuído a estes por meio da lei, dever de educar o menor e assegurar que lhe seja concedido todos os direitos reconhecido a pessoa humana, por conta de sua condição peculiar de desenvolvimento.³²⁸

O sentido de poder familiar inclui a tomada de decisões que envolvem toda a vida dos filhos menores sob sua tutela. A tomada de decisões pelos pais é, geralmente, algo de extrema necessidade, desde que os filhos sejam atingidos pela incapacidade jurídica de decidirem por si mesmos; em tais casos esta é perfeitamente legítima e, assim, inclui-se, como qualquer outra, no âmbito da decisão dos pais quando tratar-se de filho menor. Entretanto, há decisões que transbordam o âmbito do poder familiar, como por exemplo a decisão sobre submeter-se a determinado tratamento médico ou não (como ocorreu na Espanha) e como ocorre no Brasil e no mundo com relação às testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue.

Quando se fala em direito à vida do menor, compreende-se que este, assim como qualquer outro adulto, é pessoa humana e possui todos direitos inerentes a esta. A dignidade da pessoa humana,

Pública. Salvador: Editora JuspoDivm, 2015, p. 890; Artigo do PL que traz a mudança do termo: “DA AUTORIDADE PARENTAL Art. 87. A autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos. *C18454C855 * C18454C855 § 1.º Compete a autoridade parental aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro a exerce com exclusividade. § 2.º O filho tem o direito de ser ouvido, nos limites de seu discernimento e na medida de seu processo educacional”.

³²⁷ D’ANDREA, Giuliano. *Op.cit.*, 2015, p. 890; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de gillick. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 80.

³²⁸ COMRL, Denise Damo. Paternidade Socioafetiva e Poder Familiar. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 98, out./nov.2016, p. 44.

princípio basilar do indivíduo e fundamento de outros tantos, é o objeto de proteção e fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro, e deve alcançar qualquer pessoa, independente de idade, origem, sexo, capacidade de entendimento, autodeterminação ou condição social.³²⁹

O respeito à dignidade humana traz consigo quatro relevantes consequências: a igualdade de direitos entre todos os homens, a garantia da independência e autonomia do ser humano e a não admissibilidade de meios fundamentais sub-humanos para o desenvolvimento do seres humanos.³³⁰

O menor possui características especiais que necessitam de um especial fomento do Estado, como implementar medidas procedimentais e organizacionais para evitar lesões à sua dignidade, aos seus direitos fundamentais, o que ocorre com a igualdade material, por exemplo.

Para operacionalizar essa proteção tem-se o princípio constitucional da proteção integral, no qual prevê como direito da sociedade, do Estado e da família a proteção do menor em todos seus aspectos, principalmente no tocante aos direitos fundamentais, como previsto no art. 227, Constituição Federal de 1988, e também presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 1º e 3º.³³¹

Apesar de ser inevitável a ocorrência de colisão entre princípios, pode-se valer da ponderação, e de seus critérios de proporcionalidade, para solucionar os conflitos, e o direito à vida do menor deve prevalecer neste caso concreto, em detrimento a liberdade religiosa de seus pais. Há clara colisão de princípios aqui: de um lado o direito à vida do menor, do outro a liberdade religiosa dos pais.

Entretanto, viu-se também que não existem princípios absolutos e estes são restringidos podem ser restringidos por outros princípios, a depender do caso concreto, e isso não anula um princípio em relação ao outro, como ocorre com as regras, de acordo com a teoria de Alexy,

³²⁹ RIBEIRO, Caroline Alves. O menor no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80, ago. 2017, p. 182.

³³⁰ *Ibidem*, loc.cit.

³³¹ “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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)”; “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”; RIBEIRO, Caroline Alves. O menor no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80, ago. 2017, p. 184.

mas, sim, há um certo afastamento de um princípio, para que outro prevaleça, de acordo com as necessidades exigidas pelo momento fático. Entretanto, podem haver direitos absolutos que se manifestam por meio de regras proibitivas, como o direito do ser humano de não ser submetido à tortura.

Portanto, caso o menor necessite de tratamento médico que envolva sangue, e este não possa manifestar vontade autônoma e inquestionável, como prevê a teoria do menor maduro (que de acordo com o proposto nesta pesquisa poderá ser aplicada aos menores a partir de 12 anos), analisada pela equipe multidisciplinar, e os pais deste incapaz se posicionem contrários ao tratamento, a vontade dos pais deverá ser substituída pela decisão da equipe médica, como já trazido no final do capítulo anterior (tópico 4.2.2), caso haja tempo hábil, ocorrerá dentro de um processo judicial, com participação do Ministério Público, do contrário, a equipe tem total autonomia para tomada de decisão urgente e inadiável.

Entretanto, caso os pais se posicionem de maneira contrária ao que acima foi exposto, seja se mantendo inertes, não dirigindo-se ao hospital com o menor para o devido tratamento, ou retirando-o das dependências hospitalares sem consentimento médico, estes deverão ser responsabilizados. Da mesma forma os médicos, que não agirem de acordo ao previsto, seja acatando a vontade dos pais ou mesmo por ele ser um profissional também adepto à religião Testemunhas de Jeová e discordar do procedimento feito, não procedendo com o devido tratamento ao menor, não encaminhando-o à outros profissionais que o faça, incorrerá também em reponsabilidade, responsabilidades estas analisadas no tópico a seguir.

5.2 A RESPONSABILIDADE DOS PAIS

Poderiam os pais serem responsabilizados de alguma forma? Incidiriam em algum ilícito caso agissem como prevê os dogmas de sua religião? É para responder perguntas como esta que este capítulo se debruçou. A seguir, tratar-se-á de como se daria a reponsabilidade dos pais, caso se opusessem a levar seus filhos ao médico e buscar o devido tratamento e discutir-se-á também a respeito da responsabilidade do médico responsável pelo paciente ao este adentrar às dependências hospitalares.

De pronto, frisa-se que esta pesquisa não tem o condão de aprofundar ao âmbito da responsabilidade penal, com análises pormenorizadas deste instituto, mas apenas sinalizar, de

forma fundamentada, que caberá aos pais algum tipo de responsabilidade a depender de suas condutas.

5.2.1. O papel de garante e a omissão penalmente relevante

O Código Penal arquitetou uma posição denominada de garante, o qual será obrigado, pela ordem normativa, a impedir um resultado danoso. Esse grupo restrito de pessoas, garantidores, terão o dever de agir, impedindo que um dano ocorra.

Sabe-se que os pais são garantidores. Compreende-se por garantidores aquelas pessoas que possuem um dever legal de agir, esse dever legal incube a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado; b) de outra forma, assumiu responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, § 2). Os garantidores são a garantia de que um resultado lesivo não ocorrerá, pondo em risco ou lesando um interesse tutelado pelo direito.³³²

Passar-se-á agora a analisar cada fonte originadora da posição de garantidor.

‘Obrigação de cuidado, proteção e vigilância’ é um dever legal, previsto expressamente do Código Penal, em seu art. 13, §2, alínea a. Há o dever de cuidado, proteção e vigilância na relação existente entre os cônjuges, onde estes devem possuir tal cuidado com relação aos seus filhos, por exemplo. Possuem também esse dever aquelas pessoas que exercem atividades que possuem implicitamente a obrigação de cuidado, como por exemplo policial, médico, dentre outros.³³³

‘De outra forma, assumir a responsabilidade de impedir o resultado’. Essa assunção de responsabilidade poder ser contratual ou não. Pode uma pessoa ter firmado contrato com outrem e este não ser válido, equivalendo a sua inexistência, mas pode também pessoas não terem firmado contrato formal entre si e ter de fato assumido responsabilidade para com o outro.

³³² § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V.1, ed.22. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

³³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V.1, ed. 22. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

Aqui o indivíduo colocou-se voluntariamente na posição de garantidor e assumiu este compromisso. Essa posição não necessita de um tempo mínimo, podendo ser assumida por dias ou até horas. Bitencourt traz em sua obra o exemplo de uma pessoa que, de forma voluntária, se oferece para cuidar dos filhos de uma amiga que não possui condições financeiras para pagar uma babá particular. Neste caso, a obrigação de cuidar da criança foi uma obrigação de cuidado assumida voluntariamente e torna pessoa que se ofereceu para cuidar da criança uma garantidora e essa obrigação perdurará até a entrega do menor aos seus pais.³³⁴

Portanto, neste caso a pessoa que se ofereceu para cuidar do menor de forma gratuita, por um espaço de tempo, será garantidora da proteção e segurança deste e se se omitir de uma conduta necessária, não impedindo o processo causal, se este resultar em algo lesivo ao menor, será responsável pelo resultado.

E, por último, a hipótese da pessoa que ‘com o comportamento anterior, cria o risco da ocorrência do resultado’. O indivíduo com sua ação ou omissão originou uma situação de risco ou agravou uma situação que já subsistia. Por conta de seu comportamento anterior, surge para ele a obrigação de impedir que essa situação perigosa evolua para a ocorrência de um efetivo dano, que ocorra um efetivo dano ao bem jurídico.

Aos garantidores pode imputar-se o cometimento de crime omissivo impróprio, é aquele em que o agente tem a posição de garante (é ou está garantidor naquele momento), ou seja, a lei atribui um dever legal de agir para evitar a consumação do crime, mas o agente não o faz e fica inerte de forma voluntária e consciente.

Para melhor entendimento, faz-se necessário uma breve análise do que é a omissão penalmente relevante e quais são suas formas.

Omitir-se de algo é não fazê-lo. A omissão de uma ação é uma expectativa frustrada de ação, onde só pode ser reconhecida por um juízo de valor. Portanto, omitir-se de uma ação não significa não fazer nada, mas, sim, não fazer algo determinado pelo direito.³³⁵

A omissão penalmente relevante é tipificada no direito penal como crime omissivo, que consiste na omissão de uma ação que o sujeito tinha obrigação legal de realizar e que podia fazê-lo. Os crimes omissivos se dividem em dois: omissivos próprios e omissivos impróprios. Os primeiros são os crimes de mera conduta, tipificados no Código Penal, a qual não se atribui resultado

³³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V.1, ed. 22. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

³³⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito Penal Parte Geral**. 7°.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 194.

algum, como a omissão de socorro, por exemplo. Já os segundos são crimes de resultado, não tendo tipologia específica, e inserem-se na tipificação comum dos crimes de resultado, como o homicídio, por exemplo.³³⁶

Os crimes omissivos próprios ou puros se dão quando há desobediência a uma norma mandamental, norma que impõe que uma conduta seja praticada. Há uma omissão de um dever de agir imposto por uma norma, quando há a possibilidade de seu cumprimento, sem risco pessoal. Entretanto, o resultado que surgir dessa omissão será irrelevante para a consumação do crime omissivo próprio, mas poderá representar exaurimento. Em alguns tipos penais poderá representar majorante ou qualificadora. O exemplo mais utilizado é a omissão de socorro (art. 135, Código Penal), que com a simples abstenção consome-se o crime, se a vítima da omissão vier a óbito, significará apenas uma majorante da pena prevista para omissão de socorro (art. 135, § único, Código Penal).³³⁷

Nos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão o dever de agir é para evitar um resultado concreto; consiste numa atitude psicológica e física de não atendimento da ação exigida.³³⁸ Aqui o agente tem a obrigação legal de agir para evitar um resultado (garantidor); há aqui um crime material que é o crime resultado e para se caracterizar os crimes omissivos impróprios se faz necessário observa-se o previsto no §2 do art. 13, Código Penal. Está presente uma norma mandamental que impõe um dever de agir para impedir que o processo alheio ao sujeito ocasione resultado lesivo. Essa norma mandamental é dirigida a um grupo restrito; dirige-se apenas às pessoas que possuem relação especial de proteção com algum bem jurídico tutelado. E esse grupo restrito é composto pelos chamados garantidores.³³⁹

Entretanto, para configurar-se um crime omissivo impróprio, não basta apenas o agente ser garantidor, faz-se necessário a observância de mais alguns outros pressupostos, quais são: o indivíduo garantidor terá de ‘poder agir’, ‘evitar o resultado’ e possuir um ‘dever legal de impedir esse resultado’.

³³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, v. 1, ed. 22, p. 309.

³³⁷ Para rememorar conceitos de Direito Penal, relembra-se aqui os conceitos de qualificadora majorante/causa de aumento. A primeira se identifica quando há a alteração dos limites máximo e mínimo da pena. Já se inicia o cálculo da penal base com ela já incluída. Exemplo: homicídio simples, pena de 6 a 20 anos; homicídio qualificado, pena de 12 a 30 anos. Já a segunda é aplicada na terceira fase de aplicação da pena. Pode ultrapassar o limite máximo da pena base. Por exemplo, o roubo (art. 157, CP) praticado com arma de fogo (art. 157, inciso I). Não se pode chamar esse roubo de roubo qualificado, uma vez que o uso de arma de fogo é uma causa de aumento.

³³⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. v.1. ed.16. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014, p. 158.

³³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op.cit.*, 2016, v. 1, ed. 22, p. 312.

‘Poder agir’ aqui o indivíduo deve ter a possibilidade física de agir, é um pressuposto básico de todo comportamento humano. O poder agir não é suficiente, a pessoa deve ter o dever e, junto com ele, o poder agir naquele momento. Quando há uma coação física irresistível, por exemplo, o indivíduo não tem o ‘poder agir’ naquele instante.³⁴⁰

‘Evitabilidade do resultado’ aqui se faz necessário o juízo hipotético de eliminação, que é analisar-se se caso o omitente tivesse agido naquele momento poderia ter evitado o ocorrido? Se a resposta for positiva, ele poderia evitar, a omissão foi causa do resultado, o pressuposto da evitabilidade do ato estará preenchido. Aqui está a presença da relação de causalidade que deve existir sempre ao imputar-se um fato típico a alguém.³⁴¹

Pondera Bitencourt que a causalidade aqui é fruto de uma ficção jurídica. A omissão será causal quando a ação esperada (sociologicamente) certamente teria evitado o resultado. Na omissão o sujeito não causou diretamente o resultado, mas, como ele é garantidor, o fato de não ter impedido que o resultado acontecesse equipara-o ao verdadeiro causador. Por isso, o nexo de causalidade é determinado e a conduta considerada típica.³⁴²

‘Dever de impedir o resultado’ ou seja, o indivíduo deverá possuir o dever de evitar o resultado, deve ter o dever de impedir que o fato ocorra. A figura do garantidor foi trazida ao Código Penal Brasileiro com a reforma de 1984, art. 13, § 2, como já analisado linhas acima.³⁴³

Quem pode agir no momento concreto, pode evitar o resultado com sua atitude e possui o dever legal de impedir o resultado são chamados de garantidores. Os pais são garantidores de seus filhos, a estes há o dever de cuidado, dever imposto pelo Estado de praticar atos para que este menor cresça nas melhores condições físicas e psicológicas possíveis.

5.2.2 Responsabilidade Penal

Pessoas que possuem papel de garantidores, caso se abstenham de tal cuidado, proteção e vigilância, não impedindo o processo causal que se desdobra, será considerado, pelo direito

³⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, v. 1, ed. 22, p. 312.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 313.

³⁴² *Ibidem*, p. 328.

³⁴³ *Ibidem*, p. 313.

penal, como se tal tivesse causado.³⁴⁴ Ao transportar o tema para esta pesquisa, pode-se constatar que, caso um pai, sendo este garantidor (ou seja, tendo dever legal de impedir um resultado), podendo agir no caso concreto e evitar que o fato se efetive com sua atuação, se negue a proceder com o encaminhamento do filho a tratamento médico, este deverá ser, sim, responsabilizado. O tipo penal que este garantidor terá cometido dependerá do caso concreto, por exemplo, se os pais deixam de levar o menor ao médico para proceder com o devido tratamento e alguém percebe a inércia dos pais, e dirige-se com o menor em busca de auxílio médico, o menor é atendido ainda a tempo, sem deixar consequências mais gravosas a este, os pais responderiam pelo crime de omissão de socorro, previsto no art. 135, Código Penal. De forma diversa, caso causem ao menor lesão leve ou grave (art. 129, Código Penal) ou o menor venha a óbito (art. Art. 121, Código Penal) os pais serão indiciados pela práticas dos referidos crimes (lesão leve, grave ou homicídio).³⁴⁵

A Ministra do Supremo Tribunal de Justiça, Maria Thereza de Assis Moura, relatora do Habeas Corpus 268.459-SP, manifestou-se em tal sentido, ressaltando que, no caso em comento, o fato dos pais se dirigirem com a menor ao hospital em nada configura postura homicida, como se verifica a seguir:

[...] Pois bem, o cenário retratado na ação penal era o seguinte: os pacientes, pais de uma adolescente de treze anos, levaram-na ao hospital, num quadro de sofrimento com a doença anemia falciforme. Os médicos, então, prescreveram transfusão de sangue, que, por razões religiosas, os pacientes se recusaram a fornecer o consentimento. [...] Veio a adolescente a óbito, na madrugada do dia seguinte ao seu ingresso no hospital. **De pronto, chamou-me a atenção o fato de os pacientes terem socorrido sua filha, buscando salvá-la.** Tal conjuntura em nada se articula, convenhamos, com uma postura homicida. *grifos nossos.*³⁴⁶

Portanto, mesmo os pais sendo contrários ao procedimento de hemotransfusão, estes devem proceder com seu dever de cuidado, isso pois o direito à liberdade religiosa destes não poderá sobressair-se sobre o direito à vida do menor. O direito à liberdade religiosa é irrestrito até que

³⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, v. 1, ed. 22, p. 314.

³⁴⁵ “Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública; Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte; Homicídio simples Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos; Lesão corporal Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano”.

³⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268.459-SP. Impetrante: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 28 out. 2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF >. Acesso em: 20 out. 2017.

atinja direitos de outrem, como no caso em comento, isso pois, o direito à liberdade religiosa, como já debatido nesta monografia, não é absoluto.

Os pais devem buscar socorro médico pois a vida de seu filho se encontra em risco, e mesmo que estes se manifestem contrário a algum procedimento médico, procedimento este que seja extrema importância ao menor, como a transfusão de sangue, suas decisões não podem ser acatadas pelos médicos.

O Habeas Corpus referido acima foi um caso histórico e emblemático ocorrido aqui no Brasil, na qual perdurou por mais de 20 anos, com resumo já acostado nesta pesquisa dois parágrafos acima. Juliana, adolescente de 13 anos, veio a óbito após não ser submetida à transfusão sanguínea, procedimento de extrema importância para salvar sua vida, de acordo com os autos processuais. Os pais se negaram a autorizar o procedimento, e os médicos acataram essa decisão. Com a morte da menor, o Ministério Público de São Paulo indiciou os pais pelo cometimento de homicídio simples (art. 121 c/c art. 61 CP).³⁴⁷

Entretanto, de forma contrária decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, concederam a segurança do Habeas Corpus, com os votos da Ministra Maria Thereza de Assis Moura e do Ministro Sebastião Reis Júnior, na qual utilizaram o argumento de que não há como incriminar os pais da menor Juliana, diante da total inexistência de nexo de causalidade (elemento necessário para imputação de um crime omissivo impróprio como salientado) entre o obstáculo que pretendiam opor e a falta de tratamento adequado a ocasionar a morte da menor. A recusa dos pais da vítima era absolutamente irrelevante para o atendimento médico que lhe devia ter sido prestado. Os pais dirigiram-se em busca de tratamento para sua querida filha, agiram de forma correta e esperada para quem possui papel de garantidor.³⁴⁸

Portando, o que conclui-se com relação a responsabilidade dos pais/garantidores é que estes devem proceder de forma diligente com o que a função de garantidores lhes impõe: o dever de

³⁴⁷ “Consta do incluso Inquérito Policial que JOSÉ AUGUSTO FALEIROS, qualificado às fls. 14, HÉLIO VITÓRIA DA SILVA, qualificado às fls. 88, ILDELIR BONFIM DE SOUZA, qualificada às fls. 89, entre 0h30min do dia 21 de julho de 1993 às 4h20min de 22 de julho de 1993, nas dependências do Hospital São José, situado neste Município e Comarca, dolosamente, deram causa à morte da vítima Juliana Bonfim da Silva”. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 21 out 2017.

³⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268.459-SP. Impetrante: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 28 out. 2014, p. 23. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2017.

cuidado para com os filhos, e dentro da palavra cuidado inclui-se buscar formas devidas de tratamento médico para salvaguardar a via do menor que está sob sua guarda.

5.3 A RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS

Aos médicos também há uma responsabilidade correlata, diferente das dos pais, na qual foi tratado acima, porém, também uma forma de responsabilidade. Os médicos também são garantidores, também possuem um dever legal de cuidar de seus pacientes, assim como os pais possuem o dever de cuidar de seus filhos, não com o mesmo sentimento, claro, mas com responsabilidade que pode ser comparada. O ato de cuidar é dever ético e legal que incumbe a todos os médicos em relação a seus pacientes, entretanto, nem sempre esses deveres são cumpridos. Por isso, surge a responsabilidade médica para responsabilizar estes profissionais quando suas condutas são contrárias ao que deles se espera como garantidores da vida, da dignidade humana. Essa responsabilidade médica se dá por conta de uma falta por eles cometidas no exercício de sua profissão, na qual pode se visualizar tanto no âmbito cível, quanto no âmbito penal, e para melhor compreensão, dissertar-se-á nos próximos tópicos a este respeito.

5.3.1 Responsabilidade Civil

Imagina-se um caso em que um pai se nega, em função de dogmas religiosos, que seu filho menor se submeta à transfusão sanguínea. De forma contrária a mãe, adepta de outra religião, posiciona-se no sentido de que, sim, o filho deve submeter-se por este procedimento caso necessário. Acrescenta-se ao exemplo ainda a informação que, após avaliação da equipe multidisciplinar, para verificar a maturidade e autonomia do menor, chegou-se à conclusão que este não possui autonomia suficiente para decidir. Em um caso concreto como este, se o médico opta por acatar a vontade do pai, e o menor venha a obter consequências graves por conta da abstinência ao tratamento, ou até chegue a óbito, a mãe pode requerer responsabilização no âmbito civil contra este profissional de medicina. Ou, com exemplo diverso, o menor que, após o médico ter se recusado ao procedimento de transfusão sanguínea neste, onde acatou a decisão do pai ou até sua própria decisão por ser também adepto da religião, adquiriu graves lesões

permanentes em seu organismo. Este menor poderá também acionar o profissional no âmbito cível. Para melhor fundamentar esta tese, dissertar-se-á sobre a responsabilidade civil médica a seguir.

Responsabilidade origina-se do latim *respondere*, que traz a ideia de restituição ou compensação do dano sofrido.³⁴⁹ Conceitua-se responsabilidade civil como sendo a efetivação da responsabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se anuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Haverá responsabilidade civil em qualquer circunstância, onde houver subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, seja culpa ou outro fundamento diverso desta, aí estará a responsabilidade civil.³⁵⁰

Fátima de Sá e Torquato Naves pontuam que responsabilidade é o dever de assumir as consequências que uma ação ou omissão pode provocar; ação essa que pode ter sido cometida por pessoa a ser responsabilizada ou por outra que esteja sob seu poder ou em decorrência de um fato da coisa que esteja em sua guarda. Portanto, o indivíduo será responsabilizado juridicamente quando o ordenamento jurídico sanciona o acontecido, e isso independe de o responsável ter sido ou não o causador do dano diretamente.³⁵¹

A responsabilidade civil é um instituto sancionador que impõe uma sanção àquele que, por ação ou omissão, não cumpriu o estabelecido em uma norma jurídica, norma essa legal ou contratual, ou por conta de uma imputação objetiva do direito a algum caso danoso, no qual independe de ilicitude e o direito obriga-o a reparar.³⁵²

Num primeiro momento o intuito da responsabilidade civil é reestabelecer o *status quo ante*, entretanto, este primeiro objetivo se torna muitas vezes impossível de ser alcançado, surgindo a compensação da vítima como forma de devolver o equilíbrio à relação social.³⁵³

Tem-se como pressupostos da responsabilidade civil o dano, comportamento voluntário e nexo de causalidade que devem existir entre a conduta do indivíduo e o dano causado. Ressalta-se que se referir-se a responsabilidade subjetiva, a culpa é incluída como um quarto pressuposto.

³⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 4, ed. 11^o, 2016, p. 41.

³⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 11

³⁵¹ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2011, p. 93.

³⁵² *Ibidem*, p. 94.

³⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op.cit.*, 2001, p. 11

³⁵³ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op.cit.*, 2011, p. 94.

E é dessa forma que os tribunais no Brasil estão decidindo, conforme se verifica na Apelação Civil, nº 9163816982006826, oriunda do Tribunal de Justiça de São Paulo, a necessidade da comprovação da culpa *lato sensu* como se verifica a seguir: “a indenização pressupõe a comprovação, por parte do autor, de culpa do profissional e nexos causal entre o procedimento e o dano experimentado [...]”.³⁵⁴

O Tribunal de Justiça do Paraná também negou provimento a uma Apelação Civil, nº 2849718, na qual não comprovou devidamente o nexo de causalidade existente entre a ação do profissional e o dano causado, como se verifica a seguir: “incumbe ao autor demonstrar o nexo de causalidade entre o resultado e a ação ou omissão do réu. Inexiste demonstração na farta instrução probatória pericial [...] o médico agiu em total conformidade com os procedimentos [...]”.³⁵⁵

A responsabilidade pode ser verificada de forma contratual ou extracontratual. Pela primeira, entende-se que uma pessoa pode causar dano a outra por descumprir uma obrigação contratual, como por exemplo, há a celebração de um contrato tácito quem toma um ônibus (contrato de adesão) para se dirigir à algum lugar, caso haja um acidente de percurso nesta viagem há um inadimplemento contratual, que tem como consequência a responsabilidade civil, aplica-se aqui o art. 389 do Código Civil Brasileiro. Já, quando a responsabilidade é extracontratual quando esta não é consequência de um contrato, aplica-se o art. 186 do mesmo diploma legal; aqui o agente infringe um dever legal e não contratual, há aqui o dever de não lesar outrem.³⁵⁶

Ressalta-se que o ônus probatório é diferente quando se trata de responsabilidade contratual e extracontratual. Na primeira faz-se necessário provar a existência do contrato, o inadimplemento da obrigação, o dano e o nexo de causalidade. Já na segunda, o autor deve comprovar que o ato foi praticado por negligência, imprudência ou imperícia.³⁵⁷

³⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Paran. Apelação nº 9163816982006826. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Paulo Eduardo Razuk. Julgado em 25 mai. 2011. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19083075/apelacao-apl-9163816982006826-sp-9163816-9820068260000>>. Acesso em: 24 out. 2017.

³⁵⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 2849718. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Lenice Bodstein. Julgado em 02 dez. 2005. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5245161/apelacao-civel-ac-2849718-pr-apelacao-civel-0284971-8>>. Acesso em: 24 out. 2017.

³⁵⁶ “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado; Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 4, ed. 11º, 2016, p. 44.

³⁵⁷ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2011, p. 95.

Ao trazer a responsabilidade civil para o âmbito médico, constata-se que a responsabilidade deste profissional é contratual, tanto no caso de escolha de um profissional específico ou designação do hospital ou plano de saúde, seja no âmbito particular ou público. De acordo com Fátima de Sá e Torquato Naves, há, no caso dos médicos, um dever de se colocar em permanente oferta de contratar, teria, portanto, os serviços médicos natureza de contrato necessário, isso por conta da indispensabilidade da atividade desempenhada.³⁵⁸

Pontua-se também que a obrigação assumida pelos profissionais de medicina é uma obrigação de meio, onde o devedor depreende esforços para chegar ao fim desejado pelo seu paciente; não se obriga a um fim específico, mas ao processo necessário para alcançar-se este fim. Diferente da obrigação de resultado, onde o devedor só irá adimplir a obrigação de este alcançar o resultado em todos os seus termos, como acordado no contrato.³⁵⁹

Entretanto, apesar de haver essa ideia, algumas jurisprudências brasileiras defendem que em alguns casos (como transfusão sanguínea, vacinações) seria, sim, obrigação de resultado. Há também uma certa polêmica com relação às cirurgias estéticas: alguns argumentam ser de meio, outros de resultado. Fátima de Sá e Torquato Naves posicionam-se no sentido de ser obrigação de meio pois não haveria diferença com relação às demais cirurgias. Entretanto, apesar de discussões sobre a natureza da obrigação, se de meio ou de resultado, não resta dúvidas no que concerne à responsabilidade civil subjetiva dos profissionais de medicina, onde é necessário demonstrar-se a imprudência, imperícia ou negligência deste, como disposto no art. 951, Código Civil de 2002.³⁶⁰

Portanto, conclui-se que nas relações médicos-pacientes, portanto, contratuais, sendo a obrigação de meio, caberá a prova da culpa ser feita pelo autor, isso pois a reponsabilidade aqui é subjetiva. Sendo a obrigação de resultado, o a prova de que o resultado acordado não se

³⁵⁸ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2011, p. 95.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 96.

³⁶⁰ “Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”; imperícia, quando o indivíduo realiza procedimento para o qual não é habilitado, o que corresponde a um despreparo teórico e/ou prático por insuficiência de conhecimento; imprudência, quando o indivíduo assume riscos para o paciente sem respaldo científico para o seu procedimento, agindo sem a cautela necessária; e negligência, quando não oferece os cuidados necessários a uma pessoa, sugerindo inação, passividade ou um ato omissivo. BITENCOUT, Almir; NEVES, nedy; NEVES, Flávia; BRASIL, Israel; SANTOS, Lívia. Análise do Erro Médico em Processos ÉticoProfissionais: Implicações na Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**. v. 31, 2007, p. 224.

consumou é o suficiente para provar-se a inadimplência e buscar reparação e aqui ´médico que deverá provar que o resultado danoso não ocorreu.³⁶¹

Rememorando os exemplos trazidos no primeiro parágrafo deste tópico, seria possível uma responsabilização civil de um médico que se recusa a proceder com o devido tratamento médico de um menor, seja por acatar a vontade de um dos pais e o outro se sentir lesado, tendo de passar pelo sofrimento de ver seu filho com sérios problemas decorrente dessa ação ou até lidar com o falecimento deste? Conclui-se que sim. Pode-se pleitear responsabilização do profissional no âmbito cível, isso pois os pressupostos da responsabilidade civil estarão presentes, quais são: dano (o dano causado ao pai de não mais ter seu filho ou tê-lo com sérias complicações de saúde), comportamento voluntário (o profissional estará agindo de forma voluntária, onde inexistente coação física irresistível), nexos de causalidade (a conduta omissiva do médico que deu causa aos danos sofridos pelo autor) e, por fim, a culpa, tendo em vista a reponsabilidade médica ser uma responsabilidade subjetiva, onde a culpa é aferida.

No mesmo sentido o menor poderá também acionar o profissional no âmbito cível caso este sintase lesado pela atitude deste, observando-se, da mesma forma, os pressupostos para se ensejar uma responsabilização cível.

5.3.2 Responsabilidade Penal

Ao tratar da responsabilidade penal do profissional de medicina, faz-se necessário rememorar os conceitos trazidos no início deste capítulo e a figura do garantidor. O médico responderá penalmente ao dano produzido, a não ser que prove a inexistência de sua culpabilidade. O fato típico penal poderá ser doloso (quando há plena consciência da ilegalidade da conduta pratica) ou culposo (quando o indivíduo não possui intenção de produzir o resultado).

O crime será considerado culposo quando o profissional de medicina atuar com imprudência, negligencia ou imperícia. Por imprudência compreende-se a atitude de um profissional que age sem a cautela necessária; seu ato ou conduta é caracterizado pela intempestividade, precipitação ou insensatez, seria um caráter omissivo. A negligencia caracteriza-se pela inação, inercia e passividade. Ocorre quando não se observa os deveres que as circunstancias exigem. Já a imperícia é a falta de observação das normas, por despreparo prático ou por insuficiência de

³⁶¹ SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2011, p. 98.

conhecimentos técnicos. Ocorre quando há carência de aptidão, seja ela prática ou teórica, para o desempenho da tarefa técnica.³⁶²

O crime será tido como doloso, de acordo com Bitencourt, quando há coincidência entre o que o autor quer e o que se realiza em concreto. O dolo é composto por dois elementos: cognitivo/intelectual e o volitivo/vontade. Por elemento cognitivo entende-se que o autor deve ter a consciência daquilo que se quer praticar e essa consciência deve ser atual. Já, por elemento volitivo, compreende-se que a vontade incondicionada deve abranger a ação ou omissão (conduta) tipificada no tipo penal, o resultado e o nexo causal.³⁶³

Cabe trazer à baila as espécies de dolo, quais são: o dolo direto e o eventual. O dolo direto é aquele que o agente quer aquele resultado representado como fim e sua ação. A sua vontade de agir é dirigida exatamente para realização daquele fato típico. No dolo eventual o agente não quer diretamente a realização do tipo, mas aceita-o como possível ou até provável e assume o risco da produção do resultado, por acreditar que sua ação seja mais importante que o resultado que irá acontecer.³⁶⁴

Ao falar sobre o garantidor, viu-se que estes indivíduos são capazes de cometer crimes em sua modalidade omissiva impropria, que é aquele em que o agente tem a posição de garante (é ou está garantidor naquele momento), ou seja, a lei atribui um dever legal de agir para evitar a consumação do crime, mas o agente não o faz, ficando inerte de forma voluntária e consciente.

Os profissionais de medicina são garantidores pois o ato de cuidar é dever ético e legal que incumbe a todos os médicos em relação a seus pacientes. Viola-se esse dever de cuidado quando há o cometimento de imprudência, imperícia ou negligência, nos casos culposos, ou quando há realmente o intuito doloso, quando há coincidência entre o que o autor quer e o que se realiza em concreto.

No caso em comento (menores que necessitam de transfusão sanguínea e os pais se recusam a permitir o procedimento por questões religiosas) os médicos devem proceder com seu dever legal, que é resguardar a vida deste menor. Como trazido no capítulo quatro, a autonomia deste menor deve ser sempre analisada, para verificar-se se a decisão deste pode ou não ser acatada. Caso a resposta seja negativa, o menor não possui autonomia e maturidade suficiente para decidir sobre se quer ou não submeter-se à algum tratamento médico, o profissional por ele

³⁶² FRANÇA, Genival Veloso de França. **Direito Médico**. 11^o.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 255-261.

³⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 4, ed. 11^o, 2016, p. 359-360.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 366.

responsável possui o dever legal de resguardar sua vida, sob pena de incorrer em conduta tipificada no direito penal.

A questão também foi analisada pelo Supremo Tribunal de Justiça no Habeas Corpus 268.459-SP, onde este tribunal decidiu por absolver os genitores da adolescente Juliana, justamente pois estes agiram como o esperado, por serem garantidores de sua filha, dirigindo-se em busca de tratamento para resguardar a vida da menor.

Em seu voto, a Ministra do Supremo Tribunal de Justiça, Maria Thereza de Assis Moura, relatora do Habeas Corpus 268.459-SP, fundamentou que no caso em comento os genitores na menor não podem ser imputados em nenhum tipo penal, isso pois, o que deu causa ao seu falecimento foi a atitude dos médicos e não a recusa dos pais. A Ministra continuou seu voto, onde alegou que a vontade dos pais naquele momento poderia ser, sem dúvidas, afastada e os médicos não poderiam ter acatado a decisão dos genitores, tendo em vista o seu dever legal de cuidado. Segue trecho do referido voto: “[...] Logo, se falha houve, teria sido, penso, dos médicos responsáveis pela internação, que, ausente a possibilidade de profícuo tratamento alternativo, não cumpriram com o seu dever de salvar a adolescente, com a única terapia de que dispunham”.³⁶⁵

A Ministra, para absolver os genitores e condenar os médicos, argumentou que a causa do falecimento da adolescente não foi o fato da recusa dos seus pais por motivos religiosos, mas, sim, foi a falta de transfusão sanguínea que era dever dos médicos administrarem tal procedimento. O que deu causa ao fato típico foi a omissão dos médicos e não a negativa dos pais; sendo assim a imputação de algum fato típico só poderia ser feita aos médicos que, por meio de uma omissão, deram causa ao resultado morte da menor Juliana.³⁶⁶

Continua a Ministra:

Além disso, salientam que "a internação da filha pelos pais já tornou viável a realização da transfusão, em razão do dever médico de agir", sendo irrelevante a

³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268.459-SP. Impetrante: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 28 out. 2014, p. 27. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2017.

³⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268.459-SP. Impetrante: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 28 out. 2014, p. 09. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2017.

ausência de consentimento dos pais, e que se trata de caso claro de imputação do resultado a um âmbito de responsabilidade alheio.³⁶⁷

O Ministro Sebastião Reis Júnior votou no mesmo sentido da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, salientou ainda que a vítima era menor, e por isso não podia a vontade dos pais prevalecer. “Aqui, o direito à vida se impõe ao direito à crença religiosa dos pais. Logo, não havendo como se impor a vontade dos pais, deveriam os médicos responsáveis pelo atendimento da menor atuar como devido, até em razão de imposição legal e de ausência de responsabilização penal caso assim agissem”.³⁶⁸

Esta pesquisa concorda com a responsabilização médica em caso do não prosseguimento das condutas devidas. Caso estes, como garantidores, onde possuem o dever legal de cuidado, e caso não ajam como tal, podem incidir em fato típicos trazidos pelo Direito Penal, na modalidade omissiva impropria, como por exemplo, um homicídio, como o ocorrido com a menor Juliane, morta em 1993, em decorrência de uma omissão dos profissionais de medicina, onde estes eram garantidores desta adolescente.

Salienta-se que, a depender do caso concreto, como por exemplo, se um médico se recusa a proceder com os procedimentos de transfusão sanguínea que são de suma importância para a manutenção da vida do menor, seja ao acatar uma decisão dos genitores/responsáveis ou por ele próprio ser também contrário a tais procedimentos, e este menor venha a sofrer um dano em sua saúde ou até evoluir a um óbito, este profissional deverá der responsabilidade pelo tipo penal típico, na modalidade omissiva impropria e não na modalidade culposa, mas, sim, de forma dolosa, com dolo eventual, isso pois este profissional de medicina assumiu o risco, aceitou o resultado como possível ou até provável e assumiu o risco da produção do resultado, por acreditar que sua ação seja mais importante que o resultado que irá acontecer.

³⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268.459-SP. Impetrante: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 28 out. 2014, p. 09. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF >. Acesso em: 20 out. 2017.

³⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268.459-SP. Impetrante: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 28 out. 2014, p. 09. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=37022249&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=3&formato=PDF >. Acesso em: 20 out. 2017.

6 CONCLUSÃO

O Estado Democrático Brasileiro assegurou diversos direitos em sua Constituição, dos quais pode-se citar o direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentre outros.

A vida é um direito intrínseco ao ser humano, tutelado de maneira geral nas Constituições Brasileiras desde 1934 e também em outros diplomas normativos, como no Código Penal, Código Civil Brasileiro e em outras leis. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegurou alguns direitos básicos ao ser humano e dentre estes trouxe o direito à vida, garantindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a sua inviolabilidade.

O direito à vida possui dois aspectos, quais sejam, pelo primeiro aspecto, dimensão vertical, entende-se o direito à vida como o direito de se permanecer existente, vivente, de não ser morto, portanto, o direito de continuar vivo, o direito de não interromper o processos vitais do seu titular. Como consequência deste aspecto tem-se, por exemplo, a proibição da pena de morte, exceto em caso de guerra declarada.

Pela segunda vertente, dimensão horizontal, o direito à vida abrange também o direito de ter uma vida digna, a qualidade da vida fruída, onde sejam garantidas as necessidades básicas do ser humano, na qual se faz presente os direitos fundamentais. São condições mínimas de vida necessárias ao ser humano que estão completamente relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, que entende-se como uma moradia digna, alimentação necessária, educação, dentre outros.

As garantias constitucionais são resguardadas no Estado Democrático Brasileiro de diversas formas, deste as quais se incluem os princípios e as regras. Os princípios gerais do direito são enunciados normativos, que na maioria das vezes possuem valor universal, que norteiam a compreensão do ordenamento jurídico no tocante à elaboração, aplicação, integração, alteração (derrogação) ou supressão (ab-rogação) das normas.

Um princípio é uma norma menos taxativa, com um grau alto de generalidade, já as regras possuem uma generalidade mínima. Hoje a maioria desses princípios já estão positivados nas constituições dos Estados, nos seus textos legais, mas, mesmo que não estejam expressos, estão ali subentendidos. Os princípios gerais encerram pautas axiológicas que embasam o exercício dos direitos humanos fundamentais dos cidadãos.

A bioética traz princípios para assegurar que a vida seja o mais resguardada possível, como pode-se citar o princípio da autonomia e da responsabilidade. Beauchamp e Childress trouxeram o princípio de justiça, que está relacionado com aquilo que é devido às pessoas. Princípio da beneficência prevê atitudes positivas para estimular o bem e realização dos demais. Em 2005 a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos incorporou à bioética a importância do respeito aos direitos humanos, dignidade humana e liberdades fundamentais.

O direito à liberdade, trazida pela Magna Carta de 1215, é um dos direitos da personalidade, na qual é entendida não pela autorização para se fazer tudo o que se quer, pelo contrário, liberdade não é ausência de coação, mas, sim, é a ausência de coação atípica, ilegítima e imoral. A liberdade é uma conquista da evolução humana, a qual ganha força com o decorrer da história, com a luta e resistência dos povos.

Dentro do direito à liberdade, estão inclusos outros tipos de liberdade, na qual tem-se o princípio liberdade religiosa, que é a liberdade do foro íntimo, voltado para a religião. A liberdade religiosa é composta pela liberdade de crença, de cada um possuir ou não uma religião, e a liberdade de manifestação religiosa, de exteriorizar a sua religião escolhida.

Entretanto, esses princípios que resguardam as garantias de cada indivíduo podem, vez ou outra, se chocar, causando uma colisão. Quando isso ocorre, quando princípios entram em colisão, a resolução cabível será a ponderação dos princípios aplicáveis; já as regras, quando estas se chocam e entram em conflito, a solução será a exclusão de uma do sistema jurídico para que a outra possa prevalecer.

O Brasil, como foi trazido no capítulo terceiro (mais precisamente tópico 3.3) é, desde seus primórdios, um país que sofre influências profundas da religião. Analisou-se as constituições já existentes neste Estado e verificou-se que, muitas vezes, o estado conglomerava religião e política em um termo só. Entretanto, o Estado Democrático Brasileiro se identificou como estado laico, onde não possui uma religião oficial.

O Brasil é um país com grande diversidade cultural e religiosa, por isso o Estado deve se atentar às necessidades desses grupos. Estado laico não se confunde com estado ateu, onde este último ignora os anseios da sociedade nos casos relacionados à religião. Um estado laico é aquele que o poder público tem o compromisso de nem favorecer e nem prejudicar qualquer prática religiosa.

O estado laico brasileiro deve respeitar e proporcionar meios para que os indivíduos possam exercer ou não seus direitos, seja estes professando uma determinada religião ou se abstendo de tal.

Verificou-se que a liberdade religiosa é um direito concedido a todos humanos, crianças, adolescentes e adultos. Examinou-se também que a imposição de uma religião ao filho é algo que não está incluído no poder familiar. O poder familiar é um ônus que o Estado entregou aos pais/responsáveis de educar e proporcionar melhores condições de vida possíveis ao menor. Dentro do direito à educação está incluída também a educação religiosa, o pai pode ensinar uma religião ao seu filho. Entretanto, quando se transporta essa ideia para um caso fático emblemático, como o caso dos profetas da religião testemunhas de Jeová, onde estes não permitem a transfusão de sangue em seus corpos, a imposição de uma religião pode ter consequências danosas à vida deste menor. Defende-se nesta pesquisa que a imposição de uma religião dos pais aos filhos menores não é um direito que está abarcado pelo poder familiar.

No quarto capítulo, onde tratou-se da recusa a tratamento médico, verificou-se que essa recusa nada mais é do que um direito do próprio indivíduo de submeter-se ou não a um tratamento médico. Essa decisão está dentro do seu âmbito particular, privado, íntimo. Em se tratando de indivíduo que possua maioria civil e seja autônomo, há poucos debates. Grande parte da doutrina defende que nestes casos o adulto capaz e autônomo pode, sim, se recusar a algum determinado tratamento médico. Entretanto, há autores que, de forma contrária, defendem que seria dever do profissional de medicina salvar vidas, ignorando a opção do paciente em casos emergenciais, posição esta que esta pesquisa não coaduna.

Defende-se aqui que, em se tratando de indivíduo autônomo e capaz, deve-se, sim, se respeitar sua vontade, não podendo ninguém obrigá-lo a se submeter a nenhum procedimento médico.

Entretanto, quando se fala em menores que necessitam de procedimentos médicos, hoje no Brasil pouco se tem debatido a respeito de averiguar-se a autonomia e maturidade deste menor, para assim verificar se este poderia ou não decidir com relação a quais procedimentos médicos iria submeter-se.

Então, caso um menor necessite de transfusão sanguínea e seus pais, adeptos da religião Testemunha de Jeová, se recusem a permitir que este procedimento seja efetuado em seu filho, defende-se que esta decisão dos pais deve ser afastada e, de forma a buscar menores prejuízos ao menor, defende-se que poderá ser aplicado a teoria do menor maduro. A teoria do menor

maduro surge para verificar-se, por meio de uma equipe multidisciplinar, se o menor possui ou não autonomia e maturidade para tomar decisões sobre sua vida.

Essa teoria ganhou visibilidade com o caso Gillick, no reino Unido, em 1985, mas possui seus primórdios na década de 1970, nos Estados Unidos, ou seja, possui raízes fincadas em países de primeiro mundo, com realidade diversa do Brasil, como pontuado no tópico 4.1.1.1. Entretanto, apesar do Brasil possuir realidade diversa, onde, como verificado, suas crianças e adolescentes possuem maiores dificuldades de vida, com grande partes dessas crianças e adolescentes vivendo em situação de pobreza, esta teoria pode ser adaptada para ser aplicada também aqui.

Defende-se que, para aplicação da teoria do menor maduro no Brasil, a equipe multidisciplinar atente-se minuciosamente para a realidade social em que vive o menor, para, assim, verificar-se com muito mais cautela a autonomia desses indivíduos.

Propõe-se que a equipe multidisciplinar que fará a avaliação da autonomia e vulnerabilidade do menor seja muito bem capacitada (formada também por psicólogos especializados em cada faixa etária), para se evitar que injustiças maiores sejam cometidas e, conseqüentemente, auxiliar a equipe médica e o processo judicial no que for necessário.

Defende-se que, caso o menor necessite do procedimento de hemotransusão e os pais se neguem a anuir, a vontade deles deve ser afastada. Entretanto, a equipe multidisciplinar deve atentar para a autonomia do menor e avaliar seu grau de maturidade, para, assim, verificar se este possui capacidade ou não de decidir sobre a qual procedimento médico este irá se submeter.

Conclui-se neste trabalho que a criança e o adolescente, sempre que possível, devem participar das decisões que impactam nas suas vidas, incluindo a recusa de tratamento médico, desde que presente a maturidade necessária (respeito à sua autonomia progressiva e ao melhor interesse do menor).

Com relação à idade do menor que poderá ter sua autonomia e discernimento considerados, propõe-se que seja utilizada a idade mínima de 12 anos; idade já trazida pelo ECA, quando traz em seu art. 45 que a vontade dos menores de 12 anos deve ser levada em conta em caso de adoção. Assim, 12 anos seria a idade ideal pois, de acordo com pesquisadores (assunto abordado no tópico 4.1.1.2, na qual remete-se o caro leitor, caso queira rememorar os conceitos ali abordados), seria aos 12 anos que a criança distancia-se de influências externas e começa a criar seus critérios internos, onde identifica o critério da equidade.

Essa análise da equipe médica poderá ser feita no bojo de um processo judicial, com a presença do Ministério Público (tendo em vista este ser o órgão defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis), para maior segurança, caso haja tempo hábil. Entretanto, caso não haja esse tempo suficiente, a equipe multidisciplinar está apta para avaliar esse grau de maturidade e autonomia e decidir sem a presença do Estado-juiz.

Chega-se ao quinto e último capítulo, onde discute-se a responsabilidade dos pais e dos profissionais de medicina neste caso concreto.

Os pais e os profissionais de medicina são garantidores, são a garantia de que um resultado lesivo não ocorrerá, pondo em risco ou lesando um interesse tutelado. Possuem “obrigação de cuidado, proteção e vigilância” é um dever legal, previsto expressamente no Código Penal, em seu art. 13, §2º, alínea a.

Aos garantidores pode imputar-se o cometimento de crime omissivo impróprio, que é aquele em que o agente tem a posição de garante (é ou está garantidor naquele momento), ou seja, a lei atribui um dever legal de agir para evitar a consumação do crime, mas o agente não o faz e fica inerte de forma voluntária e consciente. Está presente uma norma mandamental que impõe um dever de agir para impedir que o processo alheio ao sujeito ocasione resultado lesivo. Aqui, caso o garantidor não haja conforme previsto, responderá pelo resultado, como se este tivesse causado.

Ou seja, caso os pais se recusem a prosseguir com o devido cuidado, dirigindo-se às dependências hospitalares para procurar auxílio médico para seu filho, estes, como sendo garantidores, responderão pelo resultado que causar a este menor.

Da mesma forma os médicos, caso se recusem a agir como bem testifica a lei e o Código de Ética Médica, omitindo-se de seu dever de cuidado, e não aplicando a teoria do menor maduro, responderão pelo resultado como se este tivessem causado. Cabe ressaltar que, com relação aos médicos, é cabível, ainda, uma responsabilização no âmbito civil, caso presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais são: comportamento voluntário, nexos de causalidade (que deve existir entre a conduta do indivíduo e o dano causado) e a culpa *lato sensu*, que é incluída como um quarto pressuposto, isso pois a responsabilidade do profissional de medicina é subjetiva.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **A Dignidade da pessoa Humana e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. In: Doutrinas Essenciais Direitos Humanos. V. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 607-638.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (tradutor). 2.ed. 4.tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Luís Afonso Heck (Tradutor). 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção Constitucional da Própria Imagem**. Belo Horizonte: Del rey, 1996, p. 123.

AS RELIGIÕES AFRO CONQUISTAM A CLASSE MÉDIA. ISTOE. Disponível em: <https://istoe.com.br/374654_AS+RELIGIOES+AFRO+CONQUISTAM+A+CLASSE+MEDI A/>. Acesso em: 06 out. 2017.

AZEVEDO, Reinaldo. **O IBGE e a religião — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/>>. Acesso em: 02 out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Decreto Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 21 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268459 SP 2013/0106116-5. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo. Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília DJ 28 out. 2014. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153372740/habeas-corpus-hc-268459-sp-2013-0106116-5?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 268.459 - SP (2013/0106116-5). Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=33010937&tipo=91&nreg=201301061165&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141028&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268.459-SP. Impetrante: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 28 out. 2014, p. 23. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 268.459-SP. Impetrante: Hélio Vitória da Silva e Ildelir Bomfim de Souza; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DJ 28 out. 2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33010937&num_registro=201301061165&data=20141028&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 20 out. 2017.

BARBOSA, Amanda. Condutas diante da recusa de transfusão sanguínea. www.youtube.com.br. Disponível: < https://www.youtube.com/watch?v=Aqmvz8-R_vc />. Acesso em: 08 out. 2017.

BARROCA, Natália. **Autonomia de Vontade para "Emancipação Médica" à Paciente Pediátrico: Esclarecimentos sobre A Teoria do Menor Maduro**. Disponível em: < <http://www.nataliabarroca.com.br/2014/04/a-autonomia-de-vontade-para-emancipacao.html> >. Acesso em: 12 out. 2017.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: <<http://www.escoladegoverno.org.br/biblioteca/125-declaracao-1789>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová. Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais**. Conjur. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BATAGLIA, Patricia Unger Raphael; MORAIS, de Alessandra; LEPRE, Rita Melissa. A teoria de Kohlberg sobre o desenvolvimento do raciocínio moral e os instrumentos de avaliação de juízo e competência moral em uso no Brasil. **Estudos de Psicologia**. 15(1),

Jan./Abr. 2010, p. 26. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v15n1/04.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Ed. Rio, F. Alves, 1975.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Editora Mundo Cristão São Paulo, 2008.

BEUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípio de Ética Biomédica**. São Paulo: Editora Loyola.

BITENCOUT, Almir; NEVES, nedy; NEVES, Flávia; BRASIL, Israel; SANTOS, Livia. Análise do Erro Médico em Processos ÉticoProfissionais: Implicações na Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**. v. 31, 2007, p. 223-228.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. V. 1, ed. 22. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BITENCOUT, Almir; NEVES, nedy; NEVES, Flávia; BRASIL, Israel; SANTOS, Livia. Análise do Erro Médico em Processos ÉticoProfissionais: Implicações na Educação Médica. **Revista Brasileira de Educação Médica**. v. 31, 2007. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/rbem/v31n3/04.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **O Conteúdo Jurídico da Dignidade da pessoa Humana. Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2006.

CAVALCANTI, José Benevides. **Como Surgiu o Espiritismo? União Espirita de Piracicaba**. Disponível em: <<http://www.uniaoespíritadepiracicaba.com.br/como-surgiu-o-espíritismo>>. Acesso em: 06 out. 2017.

CHAVES, Cristiano. **Curso de Direito Civil**. v. 1. 14.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. v.1. ed.16. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014, p. 158.

COMRL, Denise Damo. Paternidade Socioafetiva e Poder Familiar. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 98, out./nov.2016, p. 43-44.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 11.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DataFolha Instituto de Pesquisa. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2016/12/1845231-44-dos-evangelicos-sao-ex-catolicos.shtml>>. Acesso em: 2 out. 2017.

D'ANDREA, Giuliano. Temas controvertidos sobre o poder familiar: da impossibilidade de suspensão e destituição do poder familiar de pais adolescentes absolutamente incapazes e da restituição do poder familiar. *In*: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. **Temas Aprofundados Defensoria Pública**. p. 887-901.

DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. Morrer com dignidade: um direito fundamental. *In*: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 121-134. Acesso em: 10 out. 2017.

DINIZ, Débora. **Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde**. Caderno de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 29(9):1704-1706, set, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Dicionário Jurídico**. V.1. São Paulo: Saraiva, 1998.

DONEADA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, nº 6, Junho, 2005.

FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. **A garantia da liberdade religiosa de um menor –filho de pais Testemunhas de Jeová**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em:<
http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerrazCA_1.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017;

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. **Para Fundamentar a Bioética**. São Paulo; Editora Loyola, 2005.

FERREIRA, Lorena Rodrigues. **A influência da religião no constitucionalismo brasileiro: o problema da descriminalização do aborto**. 2007. Monografia (Curso de pós-graduação em Direito) Faculdade Baiana de Direito – Salvador.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição de 1988**. V.1. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

FRANÇA, Genival Veloso de França. **Direito Médico**. 11º.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

FREITAS, Marcyo Keveny de Lima. GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Direito à vida frente à liberdade de crença religiosa: uma análise jurídica da recusa à transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e das Sociedades**. Natal: FIDES, V.8, n.1, jan/jun.2016, p. 92-120.

Gale Encyclopedia of Everyday law *Apud* MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011, p.176. Disponível em:<
<http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 4, ed. 11º, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Huiass da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007.

Iniciativa Global Pelas Crianças Fora da Escola. UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/br_oosc_execsum_ago12.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

JACOB, Marta Sanches. El menor maduro. **Bol Pediatr**. V. 45, nº 193, 2005, p. 156. Disponível em: <http://www.sccalp.org/boletin/193/BolPediatr2005_45_156-160.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua Teoria Sobre os Princípios e Regras**. 2007, p.1. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras>. Acesso em: 20 maio 2017.

Jornadas de Direito Civil, p.18. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. Companhia Editora Nacional, p. 28. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf>. Acesso em: 16 de mai. 2017.

KUHLMANN, Vanessa. Colisão entre o direito fundamental à vida e o direito fundamental à cultura no contexto de determinadas tribos indígenas brasileiras. **Revista Baiana de Direito**. Nº 10, Salvador: JusPoivn, 2012.

LEE, Bruno. **Estado laico não é ateu ou agnóstico**. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/estado-laico-nao-ateu_ou_agnostico-ives-gandra-martins#author>. Acesso em: 02 out. 2017.

LIMA, André Canuto de F. **O modelo de ponderação de Robert Alexy**. Jus Navegandi, 2014, p.1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437/o-modelo-de-ponderacao-de-robert-alexey/1>>. Acesso em: 20 maio 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do Poder Familiar. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, v. 67, ago./set. 2011, p. 19-28.

LOCH, Jussara de Azambuja. **Capacidade para tomar decisões sanitárias e seu papel no contexto da assistência ao paciente pediátrico**. Porto Alegre: Revista da AMRIGS, out-dez 2012.

MACEDO, Emiliano Unzer. Religiosidade popular brasileira colonial: um retrato sincrético. **Revista Ágora**. Vitória: n. 7, 2008.

MENDONÇA, Andrey. Mundo S/A: Mercado gospel inspira negócios em todos os segmentos. [www.g1.globo.com](http://g1.globo.com). Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/mundo->

as/videos/v/mundo -as-mercado-gospel-inspira-negocios-em-todos-os-segmentos/4452052/>. Acesso em: 02 out. 2017.

MACHADO NETO, A. L. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. 13 tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013

MCEWAN, Ian. **A balada de Adam Henry**. Tradução: Jório Dauster. São Paulo: Companhia das Letras. Disponível em: < <https://www.companhiadasletras.com.br/trechos/13808.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

MEIRELLES, Ana Thereza Araújo. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

MEIRELLES, Ana Thereza Araújo. **A Delimitação Dogmática do Conceito de Homem Como Sujeito de Direito no Regramento Jurídico Brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade federal da Bahia, Salvador. Disponível em:< <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9263/1/ANA%20THEREZA%20MEIRELES%20ARA%20C3%9AJO%20-%20Disserta%20C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p .54.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001. Agravante: Alan Laico Cardoso dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Alberto Vilas Boas. Julg. 14.08.2007 – publ. 04.09.2007. Disponível em:<<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6019945/107010719151960011-mg-1070107191519-6-001-1-tjmg>>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0701.07.191519-6/001; Tribunal Regional federal da 1º Região, nº 001734382201644010000.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Agravo de Instrumento nº 22395/2006. Agravante: Valdemar Tomóteo Silval. Agravado: Estado do mato Grosso. Quinta Câmara Cível. Presidência do DES. Leônidas Duarte Monteiro. Cuiabá. Julgado em: 30 de maio de 2006. Disponível em: < http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_22395-2006_06-07-06_71559.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

MIRANDA, Jorge. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Nº 60 abr./jun. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, Rio de Janeiro, 2000.

MORAES, Reinaldo Santos. **A Teoria do “menor maduro” e seu exercício nas questões referentes à vida e à saúde: uma apreciação da situação Brasileira**. Salvador, 2011. Disponível em: < <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/handle/ri/10774>>. Acesso em: 09 maio 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. Religião e Direitos Fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no estado constitucional democrático brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. RBDC n. 18 – jul./dez. 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. Direito de Liberdade e a Recusa de Tratamento por Motivo Religioso. *In*: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Marcia. **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2001, p. 161-224.

OITAVEN, Daniel. **A tensão Hermenêutica entre os Papéis representativos do Legislativo e do Judiciário: uma interpretação construtiva do princípio da separação dos poderes**. Salvador: Editora Juspodwn, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. **A recusa de tratamento médico**. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254891,11049-A+recusa+de+tratamento+medico>>. Acesso em: 16 out. 2017.

PAIVA, Eduardo Azevedo. **Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais**. p.52. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n° 2849718. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Lenice Bodstein. Julgado em 02 dez. 2005. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5245161/apelacao-civel-ac-2849718-pr-apelacao-civel-0284971-8>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PEREIRA, Cairo Mário. **Instituições de direito civil**. v.1. 27.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PEZES LUÑO, Antonio E. *apud* PEIXOTO, Geovane. **Direitos Fundamentais, Hermênica e Jurisdição Constitucional**. Salvador: Editora Juspodwm, 2013.

PUFF, Jefferson. Por que as religiões de matriz africana são o principal alvo de intolerância no Brasil? BCCBrasil. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160120_intolerancia_religioes_africanas_jp_rm>. Acesso em: 06 out. 2017.

PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Ritual, etnicidade e identidade religiosa. São Paulo: **Revista USP**, n.67, set./nov. 2005, p. 230.

RAMOS, André de carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva.

RESOLUÇÃO CFM nº 1.021/80. Disponível em:<
http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1980/1021_1980.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

REIS, *Daiane do Carmo*. **Liberdade Religiosa o Estado Laico: A Relação entre Religião, Estado, Política e Cultura na Contemporaneidade**. Disponível em:<
<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/251509-liberdade-religiosa-o-estado-laico-a-relacao-entre-religiao-estado-politica-e-cultura-na-contemporaneidade>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

REQUIÃO, Maurício. Autonomias e suas limitações. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 60. Out./dez. 2014, p. 85-96.

RIBEIRO, Caroline Alves. O menor no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 80, ago. 2017, p. 175-194.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70065995078. Primeira Câmara Cível. Relator: Sergio Luiz Grassi Back. Julgado em: 03 setembro de 2015. Disponível em:<
http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Agravo+de+Instrumento+n%C2%BA+70065995078+%amp;proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politicosite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Agravo+de+Instrumento+n%C2%BA+70065995078.+Primeira+C%3%A2mar+a+C%3ADvel.+Relator%3A+Sergio+Luiz+Grassi+Back.+&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70020868162. Quinta Câmara Cível. Relator: Humberto Guaspari Sudbrack. Julgado em: 22 ago. 2007. Disponível em:< <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>>. Acesso em: 16 out. 2017.

ROCHA, Sônia. **Pobreza no Brasil. Afinal, de que se trata?** 3.ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 94-95.

SANCHES, Mario Antonio; SANCHES, Leide da Conceição. **Anterior ao conceito de pessoa: dignidade do embrião como ser humano**. Curitiba: revista Pitis Prax., v.2, n.1, jan/jun, 2010

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito Penal Parte Geral**. 7°.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Paran. Apelação nº 9163816982006826. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Paulo Eduardo Razuk. Julgado em 25 mai. 2011. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19083075/apelacao-apl-9163816982006826-sp-9163816-9820068260000>>. Acesso em: 24 out. 2017.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo. **Proibição da tortura ilustra função da dignidade como cláusula de barreira**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-21/direitos-fundamentais-veto-tortura-ilustra-funcao-dignidade-clausula-barreira>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência**. p. 2. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCAMPINI, José. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 1. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 82. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_1.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 2. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 376-377. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras. Parte 3. **Revista de Informação Legislativa**. Jan./mar. 1974, p. 164. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180852/000351685_2.pdf?sequence=10>. Acesso em: 02 out. 2017.

SILLMAM, Marina Carneiro Matos. SÁ, Maria de Fátima Freire. A Recusa de Tratamento Médico por Crianças e Adolescentes: uma análise a partir da competência de gillick. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*. Minas Gerais, v. 1, n. 2. Jul./dez. 2015, p. 70-89.

SILVA, Wilson Melo da *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 17.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2.ed. São Paulo: editora Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

SILVA JR, Edison Miguel da. **No Estado Democrático, não existe nenhum direito absoluto**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2007-mar->

27/estado_democratico_nao_existe_nenhum_direito_absoluto>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA JÚNIOR, Nilson Nunes da. **A primeira dimensão dos direitos fundamentais**, p. 3. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6741>. Acesso em: 03 set. 2017.

Site onde contém informações sobre o caso Gillick. Disponível em: <<http://www.cirp.Org/library/legal/UKlaw/gillickvwestnorfolk1985/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria Geral do Direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA, Gelson Amaro de. A religião, o estado e o homem. *In* LAZARI, Rafael José Nadim de; BERNARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (Orgs.). **Liberdade religiosa no estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Faustino. Faces do catolicismo brasileiro contemporâneo. São Paulo: **Revista USP**, n.67, p. 14-23, set./nov. 2005.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. V. 1. São Paulo: Editora Renovar, 2004.

TERACOA, Thiago Massão Cortizo. **A Liberdade religiosa no Direito Consitucional Brasileiro**. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em:< <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-095023/pt-br.php>>. Acesso em: 29 out. 2017.

Tribunal Constitucional da Espanha. Sentencia 154/2002. Publicacion BOE 20020807. Disponível em: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4690>>. Acesso em: 09 out. 2017; TERACOA, Thiago Massão Cortizo. A Liberdade religiosa no Direito Consitucional Brasileiro. 2010. Tese. (Doutorado em Direito). \universidade de São Paulo, São Paulo.

Tribunal Regional Federal, 4º região. Apelação Cível nº 2003.71.02.000155-6. Órgão julgador: terceira Turma. Relatora: Vânia Almeida Rack. DJe 24 out. 2006. Disponível em: < https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 16 out. 2017.

UNICEF. SITUAÇÃO MUNDIAL DA INFÂNCIA 2011 Adolescência: Uma fase de oportunidades. Disponível em:< https://www.unicef.org/lac/CadernoBrasil_SOWC2011_LoRes.pdf>. Acesso em: 17 out. 2017.

VASCONCELOS, Camila. Autonomia, Capacidade Civil e Vulnerabilidade na Assistência à Saúde. www.cvmed.com.br. Disponível:< <http://cvmed.com.br/2017/08/23/autonomia-capacidade-civil-e-vulnerabilidade-na-assistencia-a-saude/>>. Acesso em: 04 set. 2017.

VIEIRA, Luciano Henrik Silveira; Novais, Rômulo Fernando. **Objecção de Consciência: a legítima recusa a tratamento médico**. FEOL. Disponível em: [http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20\(Luciano%20Vieira%20%20Romulo%20Fontes\).pd](http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/DIREITO%20DE%20RECUSA%20A%20TRATAMENTO%20MEDICO%20(Luciano%20Vieira%20%20Romulo%20Fontes).pd)>. Acesso em: 14 out. 2017.

Villela, Fábio Renato. **Totem e Totemismo, Ensaio Filosófico**. Disponível em:<<http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/2324662>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

ZANIN JUNIOR, Hernani. **Autonomia Privada e Liberdade de Contratar**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jan-28/nao-real-distincao-entre-autonomia-vontade-liberdade-contratar>>. Acesso em: 14 de mar. de 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Biodireito e as Relações Parentais**. São Paulo: Editora Renovar, 2003.