UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

BEATRIZ MENDONÇA

OS LIMITES DA LIBERDADE RELIGIOSA DOS PAIS E O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA DOS FILHOS

Tubarão

2020

BEATRIZ MENDONÇA

OS LIMITES DA LIBERDADE RELIGIOSA DOS PAIS E O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA DOS FILHOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade.

Orientador: Prof. Cristiano de Souza Selig, Esp.

Tubarão

2020

BEATRIZ MENDONÇA

OS LIMITES DA LIBERDADE RELIGIOSA DOS PAIS E O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA DOS FILHOS

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 07 de dezembro de 2020.

_____

Professor e orientador Cristiano de Souza Selig, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Wilson Demo, Dr./MSc./Bel./Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

_____

Prof. Mario Luiz Silva, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Para meus pais, Marcia e Murialdo, minhas fontes inesgotáveis de apoio, amor e inspiração. Para Guilherme amor da minha vida e melhor amigo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, o qual me permitiu e auxiliou chegar até aqui.

Agradeço a meu pai, Murialdo Mendonça, quem me ensinou a sonhar e me fez acreditar que um dia eu conseguiria realizar os meus, não há palavras que possam representar meu amor e admiração, apenas espero que um dia eu possa lhe orgulhar como você orgulha a mim.

Agradeço a minha mãe, Marcia Brondina Adão Mendonça, pessoa sem a qual eu não conseguiria percorrer está jornada tão difícil, quem me acalentou, apoiou e amou em todos os momentos, obrigada por toda paciência e por ser meu alicerce, está vitória é nossa.

Agradeço a Guilherme Lopes Cardoso aquele que é muito mais que meu namorado, é meu melhor amigo, meu maior apoiador, minha paixão e minha paz constante, depois dessa longa jornada eu só estou mais certa que você é a minha melhor escolha.

Agradeço a todos meus familiares, por todo amor e incentivo, especialmente agradeço a meus avôs Elisabeth Ramos Adão, Dolores da Silva Mendonça e Valdir Tómas Mendonça.

As minhas amigas, Thayna Vieira dos Passos, Laura Quirino e Lara Baldini, agradeço por me socorrem de mim mesma quando necessário e me por me alegrarem sempre.

Agradeço aos meus chefes que tive oportunidade de trabalhar ao longo da faculdade que também foram grandes professores para mim e ainda sendo grandes apoiadores neste momento de conclusão do curso, minha eterna gratidão Gabriela Novaes Linhares e Lucas Guedes Castro.

Também agradeço a todos os professores pelos ensinamentos e dedicação que foram de suma importância para minha vida acadêmica e profissional, especialmente meu professor e orientador Cristiano de Souza Selig por toda sua dedicação e paciência.

Por fim, agradeço a todos os colegas e aqueles que se tornaram amigos no decorrer desta jornada.

“O progresso é impossível sem mudança; e aqueles que não conseguem mudar as suas mentes não conseguem mudar nada”. (George Bernard Shaw)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso versa acerca dos limites da liberdade religiosa dos pais em face da preservação do direito à vida dos filhos. Diante desta indagação, tem por objetivo geral determinar os limites do poder parental na tomada de decisões relacionadas às questões de saúde, bem-estar e vida dos filhos, fundamentados em princípios religiosos. Buscou-se também analisar a relação dinâmica entre Estado e Religião, discorrer acerca da efetivação dos direitos fundamentais, a possibilidade de conflitos entre as garantias constitucionais, bem como estabelecer os métodos adequados para resolução desses entraves; Em especial, realizar o cotejo ao princípio da Liberdade Religiosa e o Direito à Vida, delimitar os limites do poder parental e comprovar a legalidade da intervenção do Estado no núcleo familiar para assegurar o bem-estar do menor. Para tanto, utilizou-se para a metodologia a abordagem dedutiva, sendo realizada a coleta de dados bibliográfica e documental através da análise de livros, artigos, legislações e jurisprudências. Quanto ao nível da pesquisa corresponde a forma exploratória, desta maneira a abordagem tornou-se qualitativa. Assim, no decorrer da monografia concluiu-se que os direitos fundamentais podem sofrer restrições reciprocas quando estes colidirem, cabendo a análise do caso concreto para que se determine à luz da proporcionalidade a medida a ser aplicada. Em relação aos casos específicos que envolvam a criança e ao adolescente o poder estatal por força do princípio primazia absoluta da criança e do adolescente (art.4º, parágrafo único, alínea "a", ECA) e pela responsabilidade solidária do Estado de garantir o direito à vida e à saúde do menor (art.277, da Constituição da República) deverá prevalecer o interesse deste, sendo assim as decisões judiciais que determinarem a restrição da liberdade religiosa dos pais com o intuito de preservar a integridade física da criança e do adolescente está revestida de legalidade.

Palavras-chave: Liberdade Religiosa. Direito à vida. Poder Familiar.

ABSTRACT

The following monograph deals with the limits of the parents' religious freedom in view of the preservation of the children's right to life. In view of this inquiry, it has the general objective of determining the limits of parental power in decision-making related to health issues, well-being and children's life based on religious principles. It also sought to analyze the dynamic relationship between State and Religion, discuss the realization of the fundamental rights, the possibility of conflicts between constitutional guarantees and establishing the appropriate methods for resolving such barriers; in particular to commend the principle of Religious Freedom and the Right to Life, delimit the limits of parental power and prove the legality of State's intervention in the family nucleus to ensure the well-being of the child. For this purpose, the deductive approach was used for methodology, and bibliograpic and documental data were collected trough the analysis of books, articles, laws and case law. As to the level of research it corresponds to the exploratory form, in this way the approach became qualitative. Then, in the course of the monograph, it comes to conclusion that the fundamental rights may suffer reciprocal restricitions when these colide, and the analysis of the specific case is necessary to determine in the light of proportionality the measure to be applied. In relation to specific cases involving children and teenagers (article 4, single paragraph, point "a", Statute of the Child and Adolescents) and the State's joint and several responsibility to guarantee the right of life and health of the minor (article 277, Federal Constituition), the interests of it should prevail. Therefore, the judicial decisions restricting the religious freedom of parents in order to preserve the physical integrity of the child and the adolescent is completely legal.

.

Keywords: Religious Freedom. Right to life. Family Power.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
2 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA 14
2.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA: A RELIGIÃO NO BRASIL 14
2.1.1 A religião no Brasil até 1988 17
2.1.2 A constituição da república federativa do brasil de 1988 21
2.2 LAICIDADE 23
2.2.1 O Estado laico na Constituição Federal de 1988 24
2.3 DAS GARANTIAS RELIGIOSAS 25
2.3.1 Liberdade de consciência e crença 25
2.3.2 Liberdade de culto e organização religiosa 26
2.4 ESTADO E RELIGIÃO 27
3 DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS 28
3.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO 29
3.1.1 Dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão 31
3.1.2 Dos Direitos Fundamentais de terceira dimensão 32
3.1.3 Dos Direitos Fundamentais de quarta e quinta dimensão 33
3.2 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS 34
3.2.1 A Constituição de 1988 e os conflitos entre os Direitos Fundamentais 34
3.2.2 Dos limites dos direitos fundamentais 35
3.3 DA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS 37
3.3.1 Princípio da proporcionalidade 38
3.3.2 A técnica da ponderação 41
3.3.3 Princípio da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais 41
4 OS LIMITES DA LIBERDADE RELIGIOSA DOS PAIS E O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA DOS FILHOS 44
4.1 DIREITO À VIDA 44
4.2 CONFLITO DO DIREITO À VIDA EM RELAÇÃO À LIBERDADE RELIGIOSA 46
4.3 DA PROTEÇÃO ESTATAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM CONTRAPONDO À FUNÇÃO DO PODER FAMILIAR 50
4.3.1 Do poder familiar 50
4.3.2 Do dever do Estado de proteger a criança e ao adolescente 54
4.3.3 Análise de caso concreto julgado pelo tribunal de justiça de Minas Gerais 56

4.3.4 Análise de caso concreto julgado pelo tribunal de justiça de São Paulo 56
4.3.5 Análise de caso concreto julgado pelo tribunal de justiça do Rio de Janeiro 58
4.3.6 Análise de caso concreto julgado pelo tribunal de justiça de Santa Catarina 59
5 CONCLUSÃO 62
REFERÊNCIAS 65

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como temática a verificação da legalidade das decisões que limitam o poder familiar para que se preserve o direito da criança e do adolescente à vida e à saúde, em vista da negativa dos pais da realização de procedimentos médicos pautados em princípios religiosos.

Sendo assim, esta pesquisa tem por objetivo analisar os direitos fundamentais da liberdade religiosa (art. 5º, VI, da Constituição da República), bem como suas limitações em face da garantia do direito à vida (art. 5º, Caput, CRFB), para tanto, sendo necessário verificar a dinâmica Estado e Igreja.

Assim, no decorrer do trabalho se apresentará a evolução histórica dos direitos fundamentais e suas denominadas gerações e ainda, a possibilidade de colisões entre as garantias constitucionais e os princípios de ponderação para sua solução.

Posteriormente, se examinará o poder familiar, instituto e princípio do Direito de Família, que consiste em poder/dever confiado aos pais em relação aos seus filhos e os bens destes, autoridade que flui enquanto estes não atingirem a capacidade civil plena. Neste escopo, objetivando-se averiguar a validade das decisões dos genitores que negam tratamento médico e cuidados necessários a saúde dos filhos, com base em fundamentos religiosos e suprimindo assim o melhor interesse para a vida daquele que está em sua guarda.

Deste modo, abre-se uma discussão acerca da legalidade de restringir o direito da liberdade religiosa dos pais em decisões jurisprudenciais pautada nos ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicando-se a medida de proteção à criança.

Assim, buscando-se determinar a medida cabível quando houver conflito entre os princípios constitucionais da Liberdade religiosa e o Direito à vida e, ainda, colocando em discussão os deveres que o artigo 227, da Constituição da República (BRASIL, 1988) estabelece à família, à sociedade e ao Estado para com a criança, o adolescente e ao jovem, sendo eles o dever de assegurar 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.

Desta maneira, a discussão adentrará aos princípios constitucionais da Liberdade religiosa e do Direito à vida e o conflito doutrinário acerca da possibilidade de hierarquização das garantias fundamentais e, no âmbito de lei especial, o Estatuto da Criança e do adolescente

será contemplado, com enfoque nos limites do poder familiar (Código civil arts. 1.630 a 1.638; ECA 155 a 163) sobre a vida dos filhos.

Neste sentido, a fim de exemplificação da problemática do trabalho cita-se a igreja "As Testemunhas de Jeová", a qual não aceitam tratamentos que envolvam transfusão de sangue. Conforme o sítio digital Testemunhas de Jeová oficial (2019), a recusa das testemunhas de Jeová tem por fundamento a interpretação de alguns textos Bíblicos, como Gênesis 9:4, Levítico 17:14 e Atos 15:20, os quais possuem em comum em seus textos a determinação da abstenção do consumo de sangue.

Porém, essa doutrina pode causar situações de risco e, em alguns casos levar ao óbito, já que a transfusão de sangue pode ser necessária em casos de anemia profunda, em cirurgias complexas e, em casos de acidente, sendo realizada de forma parcial ou completa.

Destarte, no presente trabalho traz-se à baila o debate acerca das situações em que os pais recusam tratamentos médicos aos filhos em situação de risco, negligenciando o resguardo da saúde da criança com base em crenças religiosas pessoais e, posteriormente, a possibilidade de intervenção estatal de forma a assegurar o direito à vida.

Assim, questionando-se quais são os limites da liberdade religiosa e do poder familiar de decisão em relação à vida dos filhos?

A temática é atual e controversa, pois há constantes notícias de recusa dos pais à vacinação e tratamentos que envolvam transfusão de sangue, dentre outras. Decisões estas que colocam em risco a saúde dos seus filhos, com base em princípios religiosos.

Nesse cenário, surgem diversas discussões acerca dos limites da liberdade religiosa dentro do núcleo familiar e conflito entre o direito de crença e vida da criança e adolescente.

Por se entender que a discussão adentrará não somente o âmbito do poder familiar o qual é estudado pelo Direito de Família, mas também princípios constitucionais como a Liberdade religiosa e o Direito à Vida (art. 5º, VI e VIII, e Caput da CRFB/88), evidencia-se a importância do debate acerca do tema e a reflexão se há hierarquia entre os princípios constitucionais.

A efetividade do trabalho está presente em dois âmbitos: para os operadores do Direito, os quais poderão encontrar respostas acerca da legalidade da intervenção do Estado no âmbito das decisões familiares tomadas com base em crença religiosa e, de outro lado, para a reflexão sobre a criança e ao adolescente como sujeito com direitos individuais.

Sendo desde modo o objetivo geral deste trabalho monográfico: determinar os limites do poder parental em decisões tomadas por genitores relacionadas às questões de saúde, bem-estar e vida dos filhos, as quais podem colocar em risco a integridade física e impedir acesso ao melhor meio de recuperação, de modo que negativa de uso de determinado tratamento de saúde seja embasada em princípios religiosos

Em contrapartida, os objetivos específicos do trabalho definiram-se como: determinar a dinâmica entre Estado e Religião, cotejar o princípio da Liberdade Religiosa com o Direito à Vida, delimitar os limites do poder parental, comprovar a legalidade da intervenção do Estado no núcleo familiar para assegurar o bem-estar do menor, refletir acerca da concepção da relação entre pais e filhos, reconhecendo a criança e adolescente como possuidores de direitos autônomos.

Para a realização da pesquisa quanto à abordagem, qualitativa já que a pesquisa tratará sobre discussões a quais não podem ser quantificadas, ficando somente como reflexão no mundo das ideias. Para Minayo (2007, p. 21): "[...] ela se ocupa com um nível de realidade que não pode ou não deveria ser quantificado. Ou seja, ela trabalha o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes.".

Quanto ao nível, exploratória, pois tem por objetivo adentrar o tema e apresentar suas peculiaridades e causando assim um compreensão básica sobre o assunto, possibilitando a discussão da mesma pelo maior número de pessoas, segundo Marcomim e Leonel (2015, p. 12) São consideradas as pesquisas que visam a aproximar o pesquisador de um problema pouco conhecido ou sobre o qual se tenha pouca familiaridade.

Ademais, no que se refere ao procedimento de coleta de dados, se deu por análise bibliográfica, por meio das obras presentes no acervo na Biblioteca da Unisul e a artigos científicos disponibilizadas nas bases de dados como Scielo, RIUNI, CAPES e BDJUR. No que concerne ao estudo jurisprudencial, será documental pois analisar-se-ão decisões da base jurisprudencial dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina, São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro, os quais contemplem o assunto "Liberdade Religiosa" e "Poder familiar", porém não é objeto principal da pesquisa apenas sendo utilizada para corroborar a análise bibliográfica.

Esta monografia será estruturada em cinco capítulos, sendo este o capítulo introdutório acerca do tema pesquisado, competindo a este a descrição: da situação problema, a formulação da problemática, apresentação da justificativa do estudo, dos objetivos gerais e específicos, dos procedimentos metodológicos e estrutura do trabalho.

Posteriormente, o segundo capítulo adentrará de fato o tema e apresentará primeiramente o princípio da liberdade religiosa, além disso, abordará a evolução histórica acerca da religião do Brasil e a dinâmica Estado e Igreja até a atual Constituição da República de 1988.

Após isto, o terceiro capítulo aprofundar-se-á acerca do debate dos direitos fundamentais, bem como discorrerá sobre suas dimensões, e ainda, analisará a possibilidade de colisão entre os direitos e os critérios hermenêuticos para a resolução.

No seguinte capítulo se apresentará o ponto fundamental e o objetivo final do trabalho que se trata da legalidade da intervenção do Estado nas decisões dos genitores em relação a recusa de tratamentos médicos fundamentados em princípios religiosos, mediante apresentação de decisões judiciais que fizeram o cotejo entre os princípios religiosos e o direito à vida, e acabaram por dar prevalência ao segundo.

Por fim, no quinto capítulo, serão apresentadas as conclusões obtidas com os estudo doutrinário e jurisprudencial referentes ao tema.

2 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

A Religião e o Estado andam lado a lado em toda história, mudando sua forma de união com o decorrer dos tempos e apresentando um modo de se contrapor de maneira diversificada em cada contexto, território e regime de governo. Diante de tal premissa, o presente capítulo percorrerá a história da religião no país chegando até aos princípios firmados na Constituição da República de 1988, em especial o princípio da liberdade religiosa, a fim de estabelecer os parâmetros vigentes no Brasil e, assim, promover no desdobramento do trabalho a discussão sobre a relação entre Estado e religião.

2.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA: A RELIGIÃO NO BRASIL

As raízes religiosas no Brasil iniciaram por meio da influência e intervenção do seu país colonizador, Portugal. Embora saiba-se que as religiões indígenas já eram pilar das sociedades ocupantes deste território, estas não detinham uma estrutura e hierarquia bem estabelecida, e tampouco exercia seu poder de forma forte e disseminada por toda região. Destacando-se que, neste cenário histórico, para Portugal e para visão eurocêntrica, estas religiões eram consideradas pagãs, visto que não adoravam ao Deus cristão e eram politeístas, sendo tais práticas demonizadas pelos padres da época (MARCHIORO, 2018, p. 58).

Neste aspecto, Portugal professava uma fé monoteísta, sendo explicado por Scalquette (2013, p.63):

> Palavra de origem grega, "monoteísmo" significa único Deus (monos = único e theos = deus). Esse único Deus é encontrado no cristianismo, no judaísmo e no islamismo, isto é, para aqueles que defendem a existência de um Deus onipresente, onipotente e onisciente.

Desta maneira, a catequização foi inserida no contexto da colonização “como forma de salvação” para aquele povo, como disserta Martins sobre visão bestial que os portugueses tinham acerca dos indígenas (2007, p. 18):

> Assim, a edenização da natureza e o desprezo dos homens, vistos como bárbaros, animais, demônio, faziam-se presentes no imaginário dos colonizadores, que viam o que queriam ver e o que tinham ouvido dizer.

Por conseguinte, a disseminação do Catolicismo fez parte da Missão proposta de levar civilização aos povos, uma vez que para os colonizadores a população existente necessitava de uma transformação, em virtude da perspectiva daqueles que vieram para cá, considerando-se como os servos de Deus e os mensageiros da verdade, em contraponto ao povo aqui existente, que era considerado pecaminoso, conforme explica o Autor supracitado (2007, pag. 7):

> No imaginário europeu, a colônia brasileira era palco de uma luta entre Deus e o Diabo, entre o paraíso e o inferno. Numa época em que ouvir valia mais do que ver, os relatos de viagens davam espaço a sonhos e fantasias. Imaginário esse fascinado pelas riquezas proporcionadas pela expansão comercial e pelo contato com povos diferentes. Além disso, o processo colonizador trazia no seu bojo o dever de expandir a fé, de conquistar novas terras para o reino de Deus. Missão que comportava inúmeros desafios, pois, para a visão europeia, a religião daqueles povos estava repleta de práticas mágicas, bruxaria e superstições.

Portanto, após a vinda dos colonizadores portugueses, ocorreu a primeira alteração no contexto religioso no Brasil desenvolvendo-se a partir da Igreja todo a estrutura da sociedade naquele período, e assim, reeducando e estabelecendo limites aos indígenas com os princípios de obediência ao Deus cristão, como destaca Scabio Cadamuro em sua obra (2020, pag.8):

> Logo após a chegada dos portugueses ao Brasil, foi necessário o estabelecimento de atenção sacerdotal, ou seja, foi necessário que viessem sacerdotes para ouvir confissões, dar sacramentais, celebrar missas, batizar as pessoas, dar a extrema-unção aos enfermos, entre outros serviços eclesiásticos que existem até hoje.

Posteriormente, foram instituídas as primeiras Igrejas católicas no território brasileiro, especificamente no atual Estado de São Paulo que outrora denominava-se como capitania hereditária de São Vicente, como esclarece Cadamuro (2020, pag. 9):

> A colonização efetiva começou em 1532, com a chegada de Martim Afonso de Souza, que fundou a primeira vila, São Vicente, no litoral do estado de São Paulo. Ele funda também a primeira paróquia, que é dedicada à Nossa Senhora de Assunção, que até hoje é a padroeira da cidade de São Paulo.

Os jesuítas, neste cenário, foram o principal instrumento para propagação do evangelho, espalhando-se por todas as regiões e catequizando as comunidades indígenas, a fim de ganhar novos fiéis.

Conforme expõe Cadamuro (2020, pag.16) os jesuítas "foram os primeiros fundadores da cultura brasileira, registrando e transformando a cultura indígena" e ainda:

> Com a evangelização dos jesuítas, veio a civilização no sentido em que a alta formação intelectual jesuítica trouxe um aprimoramento da convivência humana, da filosofia e das artes, pois o critério para entrar na ordem era a capacidade humana e intelectual.

Neste momento, a Religião e o Estado estavam entrelaçados, visto que muitas questões da vida civil eram normatizadas pela igreja principalmente no nascimento, no casamento e na morte. Frisa-se que a Igreja Católica Apostólica Romana era a religião oficial do Império (FERREIRA, 2014, p.6).

Sendo assim, a Igreja, neste período, não era apenas uma figura religiosa, mas um pilar de sustento do governo, visto que esta gerava um dever de obediência e disciplina e, ainda, perpetuava a soberania do Rei, o qual a partir da visão do cristianismo era escolhido pelo próprio Deus, conforme o próprio entendimento exposto na Bíblia Sagrada:

> Por que as nações pagãs
> planejam revoltas?
> Por que os povos fazem planos
> tão tolos?
> 2 Os seus reis se preparam,
> e os seus governantes fazem planos
> contra Deus, o Senhor,
> e o rei que ele escolheu.
> (Bíblia, Salmos, Capítulo 2, versículos 1 e 2).

Acerca da escolha divina do monarca, na visão de Santo Agostinho, *in verbis*:

> Se é lícito ao rei da cidade a que preside dar uma ordem que antes dele jamais ninguém, nem sequer ele mesmo, prescreveu, e se o obedecer-lhe não vai contra os

> princípios sociais da cidade, antes é contrário a eles o desobedecer-lhe - pois a obediência aos reis é um pacto geral da sociedade humana - com quanto maior ração se deve obedecer, sem hesitações, as ordens de Deus, Rei efetivo de toda a criação? De fato, assim como nos poderes que existem na sociedade humana o maior se impõe ao menos, para que este lhe preste obediência, assim Deus domina a todos

Contudo, mesmo após a declaração de independência do Brasil, a religião implantada por seu país colonizador permaneceu como a religião oficial do Estado brasileiro.

2.1.1 A religião no Brasil até 1988

A crença predominante de uma nação rege um pilar fundamental da cultura referente àquela localidade, além disso demostra o modo que a população vê o mundo, seus valores e princípios de dever e da moral (SANCHIS, 2018, p.19); Sabe-se, então, que a nação brasileira carregava em seu âmago as tradições da Igreja Católica Apostólica Romana trazida para ao país por Portugal.

Sendo assim, pode-se observar a evolução desde a primeira Constituição de 1824, na qual a influência da religião e igreja eram claras e evidentes, até a Constituição Atual de 1988, que ainda possui princípios que protegem o Direito à Religião. Todavia, a Igreja não está mais no cerne do Governo.

Desta maneira, nesta breve retrospectiva sobre as constituições com enfoque nos temas religiosos, observar-se-á o progresso da crença religiosa no Brasil.

Segundo Cadamuro (2020, p.26) o cenário brasileiro após a Proclamação da República alterou-se, conforme segue o entendimento do autor:

> Depois da Proclamação da República, feita por Dom Pedro I, em 7 de setembro de 1822, o clero brasileiro participou ativamente das discussões relacionadas ao contexto da independência, revendo as vezes institucionais do Brasil e a configuração que teria o catolicismo e a religião nessa nova entidade política que surgia.

Ademais, Carvalho (2006, p. 411) disserta em sua obra que, na data de 3 de junho de 1822 o então Príncipe Regente Dom Pedro I ordenou a elaboração da primeira Constituição Brasileira, apontando-se ainda que entre os membros que compunham a constituinte havia a presença de um clérigo.

Contudo, expõem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p.236) que esta ordem foi freada pelo autoritarismo que ainda marcava o cenário político-institucional, resultando assim na dissolução da Assembleia Constitutiva.

Somente no dia 25 de março de 1824, foi outorgada por D. Pedro I a primeira Constituição Brasileira, instituindo um governo monárquico, constitucional e representativo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p.236).

Embora a religião oficial ainda fosse a Católica, apresentou-se neste momento a figura da Liberdade Religiosa no artigo 5º da referida norma, dispositivo que trata do rol das garantias fundamentais.

Entretanto, mesmo com o reconhecimento da Liberdade Religiosa a dinâmica Estado e Igreja permanecia intensa, como dispõe Cadamuro ao imperador era permitido intervir nas questões religiosas (2020, p.33):

> A constituição Imperial de 1824 reconheceu o catolicismo como religião oficial, porém, continha dispositivos que permitiam ao imperador controlar a vida religiosa no país.

À vista disto, havia limitações claras e rígidas para o exercício da Liberdade Religiosa, como, por exemplo, delimitava o artigo 5º da referida norma que os cultos das demais religiões seriam permitidos apenas no âmbito doméstico:

> Art. 5. A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo. (BRASIL, Constituição Federal de 1824)

Estava também insculpido no texto constitucional que ninguém poderia ser perseguido por motivo de Religião (Brasil, Constituição Federal de 1824, art. 179, inciso V), porém este mesmo diploma legal trazia restrições àqueles que professassem fé diversa ao catolicismo, por exemplo, a impossibilidade desses de exercer cargo político como deputados (Brasil, Constituição Federal de 1824, art.95, inciso III).

Portanto, observa-se que neste momento histórico, inexistia o entendimento da laicidade, conforme, evidenciado na primeira sentença da abertura a Constituição “em nome da

Santíssima Trindade", como entende o autor Martins (2009, p. 103) a Constituição de 1824 trata-se de uma constituição teísta.

Posteriormente, o grande evento ocorrido em território brasileiro foi a denominada Proclamação da República, como aduz Carvalho (2009, p. 413-414), tendo o governo nomeado uma comissão para a elaboração de uma nova constituição consequentemente ao novo modo de governo, sendo está a Constituição de 1891.

Por ordem do Governo Provisório, iniciou-se o projeto da nova constituição, como explicam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 239):

> Por determinação do Governo Provisório, foi instituída a chamada "Comissão dos cinco", encarregada da redação do anteprojeto da Constituição, presidida por Joaquim Saldanha Marinho. O anteprojeto elaborado pela comissão passou pela redação final de Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda, tendo sido submetido ao crivo da Assembleia Constituinte instalada em 15 de novembro de 1890, onde foi aprovado quase em sua integralidade pelos deputados e senadores constituintes.

A Constituição de 1891 estabeleceu o federalismo, sendo este tema de grandes controvérsias naquele período, pois disseminaria o poder exercido pela União através dos Estados. À vista disso e pelo temor apresentado pelos membros que compunham a Comissão, foi adotada a metodologia do federalismo centralizado, ou seja, ainda que os Estados possuam poder para "governar" a União governa sobre os Estados (SARLET; MARINONI; MITIERO, 2013, p.239-240).

A Carta Magna 1891 rompeu oficialmente a ligação entre a Igreja e o Estado (FERREIRA, 2014, p. 8), sendo assim, consagrada através desta a adoção do Estado laico (SARLET; MARINONI; MITIERO, 2013, p.240).

De modo diverso à Carta política antecedente, a Constituição Federal de 1891 não mencionava Deus no seu preâmbulo, sendo assim considerada uma Constituição Ateísta (Martins, 2009, p 103).

Outrossim, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 incorporou o constitucionalismo social, à luz do entendimento dos autores Sarlet, Marinoni e Mitiero (2013, p. 243):

> A Constituição promulgada em 16.07.1934 é fruto do movimento de 1930 e da Revolução Constitucionalista de 1932, e pode ser considerada como o momento constitucional que marcou a introdução do constitucionalismo social no Brasil. Embora sua vigência tenha sido efêmera (considerando a sua superação pelo texto de 1937, resultado do golpe do Estado Novo), já se disse que a segunda Constituição da República foi a mais criativa das Constituições republicanas.

Verifica-se ainda, que o vigor desta norma esteve presente na chamada Era Vargas (1930-1945) e para Galdino (2006, p. 22-23) neste momento foram positivados os denominados direitos humanos de primeira e segunda geração e mantendo-se a liberdade de consciência e de crença.

Observa-se mais uma vez a menção ao nome de Deus na Carta Constitucional, visto que a Igreja Católica havia exercido grande influência novamente sobre o Estado através da Liga Eleitoral Católica, como disserta Cadamuro (2020, p.52):

> Nesse momento, Dom Sebastião Leme criou a Liga Eleitoral Católica (LEC) com o propósito de influenciar a Constituição no espírito católico. A Constituinte teve o papel importante de manifestar o peso dos católicos, pois, como vimos, nas décadas anteriores eles não tinham expressividade na vida pública. É preciso dizer que a LEC alcançou largamente seus objetivos.

Todavia, brevemente se alterou o contexto político com a Carta de 1937, a qual segundo Sarlet, Marinoni e Mitiero (2013, p. 245) foi imposta e destituída de qualquer legitimação democrática e ainda apenas se servindo de uma máscara de “constitucionalidade”.

Em contraponto com a anterior Constituição, esta consistia em novamente suprimir a figura da Divindade em seu preambulo, destarte, observando-se até este momento um padrão, sendo este após o vigor de norma constitucional mais teísta sobrevinha uma com mais influência ateísta, ou seja, mais imparcial.

No entanto, como explica Martins (2009, p. 104) embora a Constituição de 1937 tratar-se de uma legislação de modo mais ateísta, aconfessional, isso não significa que as garantias religiosas se perderam, pelo contrário permaneciam em seu corpo os princípios como a liberdade religiosa.

Ademais, da Carta Constitucional de 1946 emergiam novamente os entendimentos trazidos pela Constituição de 1934, bem como a distribuição dos poderes entre a União, Estados

e Municípios (SARLET; MARINONI; MITIERO, 2013, p.247), a religião ganhou novamente espaço neste ambiente e a figura de Deus fora citada na Constituição do Brasil.

A última Constituição anterior à vigente, foi promulgada no dia 15 de março de 1967, posto isto sabe-se que possuía a finalidade de consolidar o movimento militarista, havendo neste período um retrocesso no âmbito das garantias fundamentais (GALDINO, 2006, p.23).

Para Martins, (2009, p. 105) permanecia esta constituição sendo teísta e tendo assegurada mais uma vez o princípio da liberdade religiosa.

Na visão geral das Constituições realizadas até a Constituição de 1988, o que se alterou de forma quase que consecutiva era a menção do Deus cristão na frase inicial da Carta Magna, porém, em outra esteira, nota-se que houve no decorrer das décadas a constante garantia da liberdade religiosa no país.

2.1.2 A constituição da república federativa do brasil de 1988

A Constituição da República de 1988 apresentou um tom progressista, comprometido com uma noção de Estado Social e Democrático de Direito (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p.252), marcando assim uma discrepante mudança de ideias do período militar.

A atual Constituição é considerada quanto as suas características gerais como: formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida e analítica (MORAES, 2014, p.10).

Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 255) discorrem acerca das características vanguardistas da Constituição atual:

> No que diz com as suas principais características, além do seu perfil analítico e casuística, já referidos, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, seja em virtude do seu processo de elaboração, seja em função da experiência acumulada em relação aos acontecimentos constitucionais pretéritos, tendo contribuído em muito para assegurar a estabilidade institucional que tem sido experimentada desde então no Brasil.

A Constituição Cidadã, positivou Direitos e Garantias Fundamentais que alteraram até atualidade a concepção de sociedade, de modo a trazer em seu bojo e recepcionar inúmeros

direitos consagrados internacionalmente (Direitos Humanos), como os direitos de liberdade, direitos sociais e políticos, como explica os autores supracitados (2013, p.256).

Em especial, o artigo 5º em seus 78 incisos foram essenciais para ratificar tais direitos, bem como os direitos de liberdade de consciência e crença, liberdade de culto e da organização religiosa.

Assim, permanece o Estado sem religião oficial mantendo-se a figura da laicidade no Governo. Embora, no preâmbulo da CRFB haja novamente a menção de Deus, conforme segue o texto (BRASIL, 1988):

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

De acordo com Silva Neto (2013, p. 141) apesar da citação a Deus e a solicitação de proteção, refere-se este pedido aos legisladores que integravam a Assembleia Nacional Constituinte, portanto não cabe associar isto à crença do Estado.

Sendo assim, garantindo e executando o direito da livre manifestação de crença desde o preâmbulo, visto que os membros da constituinte puderam exprimir sua fé, como elucida Moraes (2014, p.47):

> A evocação à "proteção de Deus" no preâmbulo da Constituição Federal reforça a laicidade do Estado, afastando qualquer ingerência estatal arbitrária ou abusiva nas diversas religiões e garantindo a ampla liberdade de crença e cultos religiosos, como também ampla proteção jurídica aos agnósticos e ateus, que não poderão sofrer quaisquer discriminação pelo fato de não professarem uma fé.

Contudo, frisa-se que a relação entre Igreja e Estado é muito mais complexa do que a mera determinação da laicidade do governo, pois a Religião exerce constante influência nas decisões de cunho político e jurídico

2.2 LAICIDADE

A laicidade pode ser definida como aquilo que não faz parte do clero, ou seja, o ser laico não é o claro oposto à religião, tampouco se trata de uma oposição a fé, pelo contrário a laicidade é a neutralidade, para que toda manifestação de fé possa ser professada. Diniz delineia o Laicismo como (2005, p. 60):

> Laicismo. Ciência Política. 1. Rejeição ao clericalismo, ou seja, da influência do clero na vida pública, interferindo em negócios estatais ou no governo. 2. Teoria do Estado leigo fundada na concepção de que o poder político é autônomo no que atina à religião. 3. Teoria da cultura leita que defenda a emancipação da filosofia e da moral da religião.

Jorge Miranda (*apud.* SARLET, MARINONI, MITIERO, 2013, p.478) disserta sobre a laicidade:

> [...] há que distinguir entre laicidade e separação (no sentido de independência) entre Estado e Igreja (e comunidades religiosas em geral) de laicismo e de uma postura de menosprezo e desconsideração do fenômeno religioso (das religiões e das entidades religiosas) por parte do Estado, pois uma coisa é o Estado não professar nenhuma religião e não assumir fins religiosos, mantendo uma posição equidistante e neutra, outra coisa é assumir uma posição hostil em relação à religião e mesmo proibitiva da religiosidade.

Portanto, a laicidade apenas desvincula a imagem do Estado atrelado a alguma religião para que se respeite o pluralismo de crenças no Brasil, levando em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana, liberdade de consciência e de manifestação de pensamento (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p. 478).

Assim, frisando-se que de modo diverso do senso comum, a laicidade não possui ligação com ateísmo, pois até mesmo a falta de fé trata-se de um posicionamento e a laicidade é a neutralidade, possuindo o Estado essa medida com a finalidade de proteger o livre e seguro exercício da religião, sendo o Estado garantidor da liberdade da manifestação de consciência e crença, da realização de culto e das organizações religiosas (SARMENTO, 2009, p.214).

2.2.1 O Estado laico na Constituição Federal de 1988

A atual Carta Constitucional do Brasil possui a laicidade como um dos seus pilares, pois determina a separação entre Igreja e Estado, como evidente no seu artigo 19, inciso I:

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

Neste aspecto, observa-se que o Estado poderia adotar uma postura convencional ou laica, explicando Scalquette (2013, p. 120) a diferença, *in verbis*:

> [...] Há Estados laicos e há Estados confessionais. É de se verificar que a diferença entre eles é um adjetivo. De um lado há o objetivo "laico": leigo ou secular em oposição a eclesiástico. De outro lado há o adjetivo "confessional", isto é, relativo a uma crença religiosa.

Seguindo o entendimento do autor, a laicidade do Estado é a autonomia das decisões do Governo sem haver interferências da Religião e de suas instituições; E, ainda, da mesma forma o Estado não interfere nas religiões sem incentivar ou perseguir qualquer tipo de manifestação da fé.

Neste sentido, instrui Martins Filho sobre o significado do Estado Laico (2012, p.355):

> Aquele em que há separação entre as duas esferas, com autonomia do Estado e da Igreja, mas relação de mútua cooperação, respeitada a liberdade religiosa e o pluralismo religioso, sem uma religião estatal [...].

Há alguns pontos da Constituição da República que buscam garantir o livre exercício da fé, sendo eles os artigos que fundamentam os direitos de liberdade de consciência e crença, liberdade de culto e das orgânicos religiosas.

2.3 DAS GARANTIAS RELIGIOSAS

O Estado reconhece o papel fundamental da crença na formação e do aperfeiçoamento do ser humano formando no povo um conceito de moral e virtudes, de coletividade e auxílio ao próximo e até mesmo gerando um espirito de nação (MARTINS FILHO, 2012, p.387), desta maneira, não possui o Estado interesse em reprimir a religiosidade da sua pátria, pelo contrário demonstra em seu ordenamento garantias e direitos que assegurem a livre manifestação da religião.

2.3.1 Liberdade de consciência e crença

A Liberdade Religiosa e a Liberdade de Consciência está insculpida no artigo 5º, inciso VI, da Constituição da República, o qual dispõe que:

> 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;
>
> [...]

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitiero (2013, p.476) a distinção entre a liberdade de consciência e a liberdade religiosa pode ser definida como:

> Embora a liberdade de consciência tenha forte vínculo com a liberdade religiosa, ambas não se confundem e apresentam dimensões autônomas. A liberdade de consciência assume, de plano, uma dimensão mais ampla, considerando que as hipóteses de objeção de consciência, apenas para ilustrar com um exemplo, abarcam hipóteses que não tem relação direta com opções religiosas, de crença e de culto. [...]

Prosseguem os referidos autores quanto ao objeto de proteção de tais garantias (2013, p.477):

> [...] asseguram tanto a liberdade de confessar (ou não) uma fé ou ideologia, quanto geram direitos à proteção contra perturbações ou qualquer tipo de coação oriunda do Estado ou de particulares. [...]

Sendo assim, bem como explica Soriano (2009, p. 175), a liberdade religiosa positivada na CRFB garante ao cidadão o direito de escolha e a inviolável liberdade de consciência e de crença.

A garantia fundamental supracitada tem como base o Estado Democrático de Direito de modo a proteger o direito à liberdade de escolha de crer e até mesmo a escolha de não crer, como os ateus e agnósticos.

2.3.2 Liberdade de culto e organização religiosa

A liberdade de culto e de organização religiosa referem-se sobre a coletividade, não sendo mais apenas o indivíduo sujeito da garantia fundamental da liberdade religiosa tornando-se o âmbito de análise agora mais amplo, como explica Sarlet, Marinoni e Mitiero (2013, p. 480):

> A liberdade religiosa engloba tantos direitos individuais como direitos coletivos de liberdade religiosa, além dos direitos individuais de ter, não ter, deixar de ter, escolher uma religião (entre outras manifestações de caráter individual), existem direitos coletivos, cuja a titularidade é das Igrejas e organizações religiosas, direitos que dizem com a auto-organização, a autodeterminação, direito de prestar ensino e assistência religiosa, entre outros [...]

Acerca da Liberdade de Culto esta pode ser exercida tanto no ambiente individual e privado, bem como no coletivo e público (NISHIYAMA, 2014, p. 281), como explica Moraes (2014, p.49) desde que não for contrário à ordem, tranquilidade e sossego público.

Sendo assim, a Liberdade de Culto nada mais é do que o pleno direito do exercício da manifestação da fé por meio dos seus ritos/cultos e o que era o direito do pensar (liberdade religiosa), torna-se o direito de professar (liberdade de culto), ou seja, confessar publicamente a crença.

Em outra esteira, a Liberdade de Organização Religiosa possibilita que as entidades religiosas a se organizarem, sendo assim, instituindo suas igrejas e entidades, Aloisio Jr. (2006) afirma acerca da caracteristica elemento essencial para efetivação para religião: “Os sistemas de organização constituem elementos essenciais à construção da religião. Se bem que os

diferentes sistemas religiosos apresentem níveis de organização mais ou menos formalizados, não há religião desprovida de organização.”

Neste sentido, observa-se que o Estado garante a Liberdade da Organização Religiosa, visto que o Governo não deve interferir sequer participar das organizações do âmbito religioso, sendo assim permitindo que estas se auto organizem.

2.4 ESTADO E RELIGIÃO

O Estado e a Religião por um longo período eram termos correlatos, contrapontos de uma mesma coisa, porém verifica-se que o Estado atualmente laico assegura de maneira demasiadamente melhor a Liberdade de Crença. A separação entre esses dois pilares da sociedade não é uma novidade como discorre Fustel de Coulanges em “A Cidade Antiga” o primeiro responsável a demonstrar este entendimento é Jesus Cristo:

> Jesus Cristo ensina que seu reino não é deste mundo, e separa a religião do governo. A religião deixando de ser terrena, mostra-se o menos possível às coisas da terra, Jesus Cristo acrescenta: "Daí a César o que é de César e a Deus o que é de Deus". É a primeira vez que se distingue tão nitidamente Deus do Estado. Pois César, nessa época, era ainda o sumo pontífice, o chefe e principal órgão da religião romana; era o guardião e intérprete das crenças e tinha nas mãos o culto e o dogma. Sua própria pessoa era divina, pois era precisamente umas das características dos imperadores que, querendo retomar as atribuições da antiga realeza, não podiam esquecer o caráter divino que a antiguidade da antiga realeza atribuía aos reis-pontífices e aos sacerdotes-fundadores. Mas eis que Jesus Cristo cumpre a aliança que o paganismo e o império queriam renovar e proclama que a religião não é mais o Estado e obedecer a César não é o mesmo que obedecer a Deus. [...] Professa nada haver em comum entre Estado e religião e separa tudo o que a antiguidade havia confundido.

Assim, depreende-se o seguinte entendimento no que tange à Religião e o Estado: A neutralidade e a não interferência de um em face do outro garante e protege a permanência e o livre exercício que cada elemento deve perante a sociedade, portanto esse distanciamento nada mais é do que o reconhecimento da função essencial que cada um exerce.

3 DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Em continuidade ao que foi exposto no capítulo anterior, aprofundar-se-ão os conceitos dos Direitos e das Garantias fundamentais, bem como a possibilidade da hierarquização entres os princípios constitucionais, para assim, possibilitar a discussão do conflito entre a garantia do direito à vida em face do respeito ao direito à religião tema principal da monografia.

Faz-se necessário, *a priori*, conceituar a figura dos Direitos e Garantias Fundamentais, bem como sua positivação na Constituição, sendo exposto por Sarlet, Marinoni e Mitiero (2013, p. 260) o seguinte entendimento acerca do tema:

> Uma breve morada sobre a evolução constitucional brasileira mostra que a Constituição Federal foi a primeira a utilizar a expressões Direitos e Garantias Fundamentais como abrangendo as diversas espécies de direitos, que, de acordo com a terminologia e classificação consagrada no direito constitucional positivo brasileiro vigente, são os assim chamados direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores), os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, os quais abarcam o estatuto constitucional dos partidos políticos e a liberdade de associação partidária. Com isso, considerando os direitos fundamentais como gênero e as demais categorias referidas como espécies, o direito constitucional brasileiro acabou aderindo ao que se pode reconhecer como a tendência dominante no âmbito do direito comparado, especialmente a partir da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949.

Acerca da definição dos Direitos Fundamentais Marmelstein (2019, p.18) os explica como sendo normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Portanto, os Direitos fundamentes encontram certame nos direitos humanos, pois o direito protegido sempre busca o melhor para o sujeito mesmo que este seja em alguns casos acolhido por um grupo (povo, Estado), ou seja, os direitos fundamentais são atribuídos à pessoa humana (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p.261).

Novelino (2016, p.267) evidencia a diferença entre os termos Direitos humanos e os Direitos Fundamentais:

> Apesar da inexistência de um consenso acerca da diferença em relação aos direitos humanos, a distinção mais usual na doutrina brasileira é no sentido de que ambos,

> com o objetivo de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, abrangem direitos relacionados à liberdade e à igualdade, mas positivados em planos distintos. Enquanto os direitos humanos se encontram consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano internacional), os direitos fundamentais são os direitos 12 humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país (plano interno), podendo o seu conteúdo e conformação variar de acordo com cada Estado.

Conforme explica Paulo Bonavides (2004, p. 563), os Direitos Fundamentais foram positivados pelo decorrer das denominadas três gerações ou dimensões, possuindo seus primeiros passos após a Revolução Francesa e carregando durante as três gerações como fundamento à liberdade, igualdade e fraternidade, e assim, na ordem institucional manifestando um processo cumulativo e qualitativo.

Compreender por completo a dimensão dos Direitos fundamentais e acolher sua supremacia formal e material e assim assimilar sua força normativa (MARMELSTEIN, 2019, p.18), e consequentemente admitir sua influência sobre todo ordenamento.

3.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

Desta maneira, de acordo com o já mencionado, os Direitos Fundamentais possuíram três gerações, surgindo após a Revolução Francesa, sendo a primeira geração fundamentada nos direitos na esfera do Estado Liberal, ou seja, os direitos de primeira dimensão são aqueles que positivaram as garantias do indivíduo em relação ao Estado como por exemplo os direitos de defesa (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p.272)

Os direitos de primeira geração surgiram em contrapondo ao Estado absoluto da época, o qual exercia poder ilimitado e irrestrito sobre a vida dos indivíduos, não havendo qualquer tolerância para a manifestação livre das ideias, como explica Marmelstein (2019, p.40):

> É natural que, em um ambiente assim, também não houvesse espaço para o livre desenvolvimento do pensamento. Aqueles que apresentavam ideias mais progressistas eram uma ameaça à estabilidade política e religiosa, ainda que essa ideia é pudessem ser demonstradas pela razão e pela ciência.

À luz destes fatos, iniciou-se no âmago dos cidadãos uma insatisfação e um desejo exacerbado pela liberdade, assim fomentando as primeiras revoltas (MARMELSTEIN, 2019, p. 40).

Para Steinmetz (2004, p.67) houve três eventos históricos que foram essenciais para a mudança no cenário mundial e que desencadearam o início para os Direitos Liberais, sendo eles: A Revolução Gloriosa Inglesa (1688), Bill of Rights (1689) e a independência das colônias inglesas da América do Norte (1776).

Miranda et al (2013, p. 400) dissertam acerca da possibilidade da denominação do Estado Liberal de Direito como Estado burguês de Direito, visto que neste momento a figura da burguesia buscou os denominados direitos à propriedade.

Acrescenta-se a este entendimento a definição atribuída por Karel Vasak, jurista que desenvolveu o entendimento sobre "a teoria das gerações de direito", segundo Vasak (apud MARMELSTEIN, 2019, p. 38) os principais direitos adquiridos foram os civis e políticos, os quais originaram-se nas revoluções burguesas.

Ainda, segundo Paulo Bonavides (2003, p. 563-564) seriam estes os "diretos de resistência ou de oposição ao Estado", como explica: "Tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado."

Assim, os direitos liberais vieram como ferramenta de contra-ataque, de resposta, às injúrias e às desvantagens do povo em face do Estado, que neste cenário era absoluto e inquestionável, não havendo nenhuma participação do povo na escolha de seus representantes, uma vez que ainda tratava-se de governo monárquico, desta maneira, Sarlet, Marinoni e Mitiero (2013, p. 272) ressaltam os direitos adquiridos a partir da primeira dimensão dos direitos fundamentais:

> Neste contexto, assumem particular relevo os direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante à lei, posteriormente completados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e da capacidade eleitoral passiva, relevando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) também se enquadram nesta categoria, que, em termos gerais - como bem aponta Paulo Bonavides-, correspondem aos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalista ocidental, mas que seguem integrando os catálogos das constituições no limiar do terceiro milênio, na condição de conquistas incorporadas ao programa do moderno Estado Democrático de Direito, ainda que mesmo tais direitos e garantias sigam enfrentando maior ou menor déficit efetivação.

Em suma, os direitos de primeira geração positiva as liberdades individuais, todavia, destacando-se também os direitos políticos, pois a partir desses eventos iniciou-se uma participação mais ativa do povo na alteração do cenário democrático com a garantia dos votos, do direito a crítica e a filiação partidária (MARMELSTEIN, 2019, p.43).

3.1.1 Dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão

A segunda dimensão dos direitos fundamentais surge em decorrência dos impactos causados por meio das Revoluções industriais e pelas mazelas ocasionadas por este processo, deslumbrando-se neste momento a necessidade de um Estado mais social. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 273) os graves problemas sociais e econômicos enfrentados, o surgimento das doutrinas socialistas e a observação da ineficácia no campo fático da consagração formal dos direitos de liberdade e igualdade foram os elementos que cominaram a insatisfação do povo e assim, levando aos movimentos revolucionários que buscavam a ação ativa do Estado na garantia do bem-estar social.

Disserta Marmelstein (2019, p.45) sobre a dinâmica que se apresentava na época, salientando-se disparidade social:

> A industrialização trouxe consigo, além da prosperidade econômica para uma minoria rica, uma série de problemas sociais, gerando naturalmente grande insatisfação entre aqueles que não tinham recursos para aproveitar os prazeres proporcionados pela paradoxalmente chamada "Bela Época". Enquanto uns viviam no luxo, a grande maioria da população passava fome, estava desempregada ou morria por falta de cuidados médicos, ou seja, estava totalmente excluída das vantagens estatais usufruídas pela burguesia.

Oposto aos direitos de primeira geração que buscavam evitar a intervenção do Estado no âmbito das liberdades individuais, este segundo momento da evolução dos direitos fundamentais demanda pelo auxílio do Estado nas questões sociais, sendo assim a intervenção estatal requerida para manutenção da justiça social, sendo assim reconhecida como uma intervenção positiva (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2013, p.273).

Ademais, para Bonavides (2003, p.517) estes direitos nascem correlatos ao princípio da igualdade ampliando o objeto dos direitos que antes limitavam-se apenas nas garantias dos direitos em sede individual para neste momento tratar dos direitos individuais de uma coletividade.

Para Sarlet, Marinoni e Mitidieiro (2013, p. 273-274) o papel do Estado neste cenário social é o de assegurar ao indivíduo direito a prestações de assistência social, saúde, educação, regulamentação das leis trabalhista, entre outros. Ainda pontuam os autores:

> Ainda na esfera dos direitos da assim chamada segunda dimensão, há que se atentar para a circunstância de que tal dimensão não engloba apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas "liberdades sociais", como bem mostram os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.

Desta maneira, compromete-se o Estado a garantir o mínimo a uma vida digna ao indivíduo (MARMELSTEIN, 2019, p.47), todavia sabendo-se que os direitos de segunda geração não são uma oposição os da primeira e sim uma superação, pois estes funcionam como garantia de acesso para o indivíduo usufruir dos seus direitos de liberdade.

3.1.2 Dos Direitos Fundamentais de terceira dimensão

No que tange aos direitos de terceira dimensão, considerados os direitos de fraternidade ou solidariedade, altera-se o foco do individual para, nesta ocasião, tornarem-se os bens protegidos os dos grupos e coletividades conforme explicam Sarlet, Marinoni e Metidiero (2013, p.274).

Como ressaltam, os autores em comento (2013, p.274), em sede de exemplo dos direitos de terceira geração:

> Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

O impacto decorrente dos avanços tecnológicos, o crescimento demográfico exponencial, bem como os impactos do fim da Segunda guerra culminaram na alteração do quadro mundial no âmbito dos direitos fundamentais, conforme discorre Marmelstein (2019, p.50):

> Ao lado da constitucionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana, que ocasionou o surgimento dos direitos fundamentais, tem havido, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um movimento mundial em favor da internacionalização desses valores, com base na crença de que eles seriam universais. Em razão disso, é cada vez mais frequente o aparecimento de tratados internacionais, assinados por inúmeros países, proclamando a proteção internacional de valores ligados à dignidade da pessoa humana e buscando a construção de um padrão ético global.

Neste mesmo sentido, disserta o autor sobre o papel da Declaração Universal dos Direitos Humanos "[…] simbolizou e ainda simboliza o nascimento de uma nova ordem mundial, muito mais comprometida com os direitos fundamentais, que já se incorporou ao direito consuetudinário internacional." (MARMELSTEIN, 2019, p. 50).

Lenza (2016, p. 1629) acrescenta que os direitos emergidos na terceira geração são os denominados transindividuais, pois transcendem apenas os interesses individuais, pois como menciona "[…] são concernentes à proteção do gênero humano".

Posto isto, contempla-se após o decorrer das três gerações dos direitos fundamentais a positivação dos três princípios basilares da Revolução Francesa: Liberdade, igualdade e fraternidade.

3.1.3 Dos Direitos Fundamentais de quarta e quinta dimensão

Neste tópico, apresentar-se-ão, brevemente, os elementos que compõem a quarta e quinta geração dos direitos fundamentais, e a discussão acerca da temática.

Os direitos de quarta geração concernem na universalização dos direitos fundamentais, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 276) analisam o posicionamento de Paulo Bonavides o qual demonstra-se favorável a confissão da existência de uma quarta geração, conforme expõem:

> […] sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

Ainda para Bonavides (apud SARLET, MARINONI e MITIDIERO 2013, p.276) a quarta geração dos direitos fundamentais estende-se desde os direitos à democracia (direta), à informação, como também os direitos ao pluralismo.

Neste sentido, o professor Paulo Bonavides ainda entende que exista também uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, entendendo o autor citado (apud SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2013, p.276) que o direito à paz pertence a este quinto momento da evolução dos direitos.

Outrossim, explica Sarlet, Marinoni e Mitiero (2013, p. 276-277) os motivos que fomentaram o entendimento de Bonavides:

> O autor, movido pelo intento de assegurar ao direito à paz um lugar de destaque e superar um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso, de tal sorte a resgatar a sua indispensável relevância no contexto multidimensional que marca a trajetória e o perfil dos direitos humanos e fundamentais, reclama uma reclassificação mediante a sua inserção em uma dimensão nova e autônoma.

Não obstante, apenas há consenso doutrinário no que diz respeito as três primeiras gerações dos direitos fundamentais, ou seja, a Teoria de Vasak conserva-se como a mais adequada.

3.2 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste subtópico, abordar-se-á, em especial, a ocorrência das colisões entre os direitos fundamentais e além disto, os caminhos para a solução desses entraves constitucionais, para que no final desta monografia se defina os limites da liberdade religiosa em face da preservação do princípio do direito à vida.

3.2.1 A Constituição de 1988 e os conflitos entre os Direitos Fundamentais

A Constituição de 1988 é a grande responsável por recepcionar os direitos fundamentais em seu teor, cabendo-se pontuar até que não é apenas em seu artigo 5º que a Carta Magna recebe esses princípios, mas que toda sua composição carrega como premissa os direitos fundamentais, conforme considera Marmelstein (2019, p.62) da importância da carta constitucional para os direitos fundamentais no Brasil:

> Embora ainda exista um grande descompasso entre o texto constitucional e a realidade socioeconômica brasileira, são nítidos os avanços em matéria de direitos fundamentais desde que a Constituição passou a vigorar. Nesse aspecto, a Constituição de 88 é um

> marco, uma divisora de águas. Desde o seu preâmbulo, o texto constitucional demonstra a que veio. Nele está posto que a finalidade da República Federativa do Brasil é instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Mesmo que se diga que o preâmbulo constitucional não tem natureza jurídica, ainda assim não se pode negar a sua força simbólica e a sua função de orientar a interpretação de outras normas, pois representam as aspirações axiológicas do constituinte

Todavia, ressalta Souza Neto e Sarmento (2012, p.441) sobre a possibilidade de conflitos entre os mencionados direitos fundamentais, em vista que a atual constituição é analítica, pode ocorrer de para um mesmo fato incidir normas diversas para solução da problemática.

Ante o exposto, explica Marmelstein (2019, p.373) que existem direitos que são essencialmente conflituosos como por exemplo: “o direito de informação em choque com o direito à imagem; a liberdade jornalística em confronto com o direito de intimidade; a liberdade de comunicação invadindo a esfera de privacidade dos indivíduos; a livre manifestação do pensamento violando a honra de pessoas.”

3.2.2 Dos limites dos direitos fundamentais

Apesar da força normativa que um direito fundamental possui este não é ilimitado/absoluto, visto que seria impossível sanar as colisões entre esses direitos. Para Marmelstein (2019, p, 373) os conflitos entre os direitos fundamentais decorrem da sua natureza principiológica os diferenciando das regras que tem uma interpretação clara e objetiva, como menciona: “tudo ou nada”.

Ainda considera Marmelstein (2019, p. 375) que admitir os direitos fundamentais como princípios é admitir que sua interpretação não possui caráter absoluto, visto que há a possibilidade das restrições reciprocas.

No concernente a isto, pondera o autor (MARMELSTEIN, 2019, p.375):

> Na verdade, quando a Constituição determina que “a casa é asilo inviolável do indivíduo” ou então fala em “inviolabilidade do direito à vida” ou ainda que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença”, pode-se dizer que, na grande maioria das vezes, a norma constitucional prevalecerá, ou seja, será inflexível. A regra é a observância dos direitos fundamentais e não sua restrição.

Sendo assim, em regra os direitos fundamentais são absolutos, até o momento em que ocorra algo que seja excepcionalmente necessária sua flexibilização, para Novelino (2016, p. 290) esta dinâmica tornou-se um paradoxo, visto que os direitos fundamentais são ferramentais para limitação Estatal, mas este mesmo Estado determina a limitação da eficácia do direito, em vista disto que esta ação só pode ocorrer de forma restringida.

Neste mesmo sentido entende Marmelstein (2019, p.375) sobre o paradoxo dos direitos fundamentais, que apesar de estarem "o ponto mais alto da hierarquia jurídica, eles podem ser restringidos caso o seu exercício possa ameaçar a coexistência de outros valores constitucionais."

Assim, os casos que forem necessárias a supressão de um direito fundamental deverão sempre ser analisados pormenorizadamente pelo judiciário e buscando-se pelo magistrado a harmonização entre os princípios evitando-se sempre o sacrifício integral de uma das normas (MORAIS, 2017, p. 45).

Nesta esteira, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p.339) apresentam três características fundamentais para prática normativa dos direitos fundamentais, sendo elas: âmbito de proteção, limites e aos limites aos limites dos direitos fundamentais, explicando os autores preliminarmente sobre o âmbito da proteção:

> O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica. Trata-se, com outras palavras, do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado, que nem sempre se afigura de fácil identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos que contemplam direitos fundamentais. Por outro lado, considerando que nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos não tem oferecido maiores dificuldades e tem sido amplamente aceito no direito constitucional contemporâneo. Posto de outro modo, direitos fundamentais são – de regra- direitos submetidos a limites e suscetíveis de serem restringidos.

Diante do exposto, ressalta-se as denominas "teoria interna" e a "teoria externa" dos limites dos direitos fundamentais. Na visão dos autores supracitados, a "teoria interna" compreende que o direito fundamental, desde sua concepção, carrega consigo suas limitações, neste entendimento os limites são inerentes ao direito fundamental, conforme discorre: "visto que para esta o direito tem o seu alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se

revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico" (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2013, p.340).

No entanto, para a "teoria externa" os direitos fundamentais são plenos em sua eficácia até o momento que ocorra a necessidade de sua limitação, ou seja, sua restrição é ocasionada por um elemento externo, como alude o doutrinador Virgílio Afonso (apud SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2013, p.276): "Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanentes), a teoria externa divide este em objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e destacadas dele, as suas restrições."

Deste modo, prosseguindo-se a conceituação das características dos direitos fundamentais, discorre Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p.343) acerca dos limites dos direitos fundamentais:

> Limites aos direitos fundamentais, em termos sumários, podem ser definidos como ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativos, Executivos e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzem ou eliminam o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspectos objetivos) que resultem dos direitos humanos.

Contudo, quanto às espécies de limitações, pontuam os doutrinadores que ocorrem quanto há "expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição", ou ainda, como já mencionado podendo haver a restrição por decorrência das colisões entre os direitos fundamentais (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2013, p.346).

Por fim, no que diz respeito dos limites aos limites dos direitos fundamentais, busca-se com está faculdade proteger a força normativa dos denominados direitos fundamentais, destacando Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p.347) que tais limitações aos direitos fundamentais serão recepcionadas quando suas justificativas houver compatibilidade formal e material com a Constituição.

3.3 DA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Acerca da resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais não existe uma regra específica, porém existem métodos que levam ao caminho da harmonização entre os direitos ou ainda, da definição de qual direito deverá ser suprimido em cada ocasião.

Conforme explica Cavalcante Filho (2019, p.21) que para cada caso concreto haverá uma resposta correta, sendo assim não havendo uma regra, citando como exemplo o autor o caso que se irá debater no próximo capítulo do presente trabalho:

> "[…] como exemplo de concorrência entre direitos fundamentais: a) direito à vida vs liberdade de religião, quando alguém que professa a crença das "Testemunhas de Jeová" recusa submeter-se a tratamento que demande transfusão de sangue ou transplante de órgãos".

Portanto, apresentar-se-ão alguns princípios que devem ser levados em consideração no momento da resolução das colisões entre os direitos fundamentais.

3.3.1 Princípio da proporcionalidade

À luz do entendimento de Marmelstein (2019, p. 378) a possibilidade da limitação de um direito fundamental sem expressa previsão constitucional vem sendo admitida nos casos que está restrição tenha por objetivo final a preservação de outro princípio constitucional.

Mas para tanto, é necessária a observação de alguns princípios, como apresenta o autor (2019, p. 378) o princípio da proporcionalidade, que define como:

> O princípio da proporcionalidade é, portanto, o instrumento necessário para aferir a legitimidade de leis e atos administrativos que restringem direitos fundamentais. Por isso, esse princípio é chamado de "limite dos limites". "O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais."

O princípio da proporcionalidade é o parâmetro para se determinar se uma restrição é legítima, sendo que a própria ideia atrelada ao princípio é "da justiça e equidade", em vista que não há positivação clara deste princípio na Constituição para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p.349) o ponto de referência para este princípio e o artigo 1° da CF que trata do princípio do Estado de Direito, pois este cumpre o papel de vedar "arbítrio, o excesso de poder".

Ainda neste sentido, Souza Neto e Sarmento (2012, p.417) observam que a finalidade deste princípio é a contenção do poder estatal, a fim de introduzir critérios para a aplicação das medidas restritivas aos direitos fundamentais, assim destacando os autores que este princípio é pilar para toda interpretação da Constituição.

Em respeito a necessidade da verificação da presença do princípio da proporcionalidade nas decisões de restrição ao direito fundamental ressalta Marmelstein (2019, p.379) três elementos essências para sua possibilidade, sendo eles: (a) a adequação, (b) a necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência e (c) a proporcionalidade em sentido estrito.

Segundo Marmelstein (2019, p.379) para a verificação da presença dos referidos elementos essenciais devem haver os respectivos questionamentos a seguir:

> Esses critérios correspondem, respectivamente, às seguintes perguntas mentais que devem ser feitas para se analisar a validade de determinada medida limitadora de direito fundamental: (a) o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?; (b) o meio escolhido foi o "mais suave" ou o menos oneroso entre as opções existentes e, ao mesmo tempo, suficiente para proteger o direito fundamental em jogo?; (c) o benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou?

Neste sentido, acerca da adequação, para Souza Neto e Sarmento (2012, p.420) trata-se do momento em que deve se verificar se os meios utilizados são os correspondentes ao fim almejado, corroborando com este entendimento Sarlet, Mitiero e Marinoni (2013, p.353) aludem:

> No que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a(s) medida(s) – e a própria concepção de proteção – adotada(s) ou mesmo prevista(s) para a tutela do direito fundamental é (são) apta(s) a proteger de modo eficaz o bem protegido;

Assim, conforme o doutrinador Marmelstein (2019,p.382) pontua caso a resposta ao questionamento relativos aos meios utilizados e este é o adequado "for manifestamente negativa, ou seja, se for possível demonstrar que o meio escolhido não é apto a obter o resultado pretendido, então é possível a sua anulação pelo Poder Judiciário, com base no princípio da proporcionalidade."

Ademais, em respeito à necessidade ou vedação de excesso e de insuficiência, após a verificação positiva acerca da adequação, indicam Sarlet, Mitiero e Marinoni (2013, p.353) qual deve ser a próxima apuração:

> cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses coletivos. Em outras palavras, existem meios de proteção mais eficientes, mas pelo menos tão pouco interventivos em bens de terceiros?

Segundo Souza Neto e Sarmento (2012, p.422) o subprincípio da necessidade é o responsável por determinar que se houver mais de um caminho adequado que o Poder Estatal, em regra, deve optar pelo menos gravoso; Pontua Marmerlstein (2019, p.384) "se for possível demonstrar que existem outras opções menos prejudiciais, a medida pode ser anulada pelo Judiciário."

Outrossim, em relação à proporcionalidade em sentido estrito conceitua os autores Sarlet, Mitiero e Marinoni (2013, p.353):

> (c) No âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, como preferem alguns), é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos.

Neste momento, deve ser verificado se o direito fundamental protegido seria axiologicamente mais importante em face do direito restringido, explicando Marmelstein (2019, p. 388) que para tanto:

> […] É necessário realizar um exercício de balanceamento ou de ponderação, através da qual o jurista deverá levar em conta todos os interesses em jogo a fim de encontrar uma solução constitucionalmente adequada, com base em argumentação coerente, consistente e convincente.

Portanto, após demonstração da presença desses três subtópicos que compõem o princípio da proporcionalidade, haverá de fato uma decisão justa e adequada a cada caso em específico.

Por fim, em sede de conhecimento cita-se o entendimento do jurista Robert Alexy (*apud* LIMA, 2014) divergindo da conceituação da maioria dos autores que classificam a proporcionalidade como um princípio, Alexy entende que a proporcionalidade em sua aplicabilidade possui caráter de regra, visto que diferente dos princípios não deve ser analisada a sua aplicação ou não, sendo sempre necessária para a verificação da legalidade.

3.3.2 A técnica da ponderação

Além disto, outro método apontado pelos doutrinadores para solução dos entraves constitucionais é a técnica da ponderação, visto que quando ocorrem as referidas colisões sua resolução nunca será simples e objetiva, por consequência da relevância substancial dos temas abordados. Desta maneira, como expõem Souza Neto e Sarmento (2012, p.456), devem ser resolvidas de modo justo e razoável.

Assim, neste sentido explica Marmelstein (2019, p.391) acerca da necessidade da aplicação da técnica da ponderação nestes casos em razão da impossibilidade da adoção de critérios hierárquicos, cronológicos ou da especialidade para a chegada da solução, conforme discorre:

> A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores.

Neste sentindo, a utilização da ponderação ocorrerá quando duas normas constitucionais incidirem sobre um mesmo fato, sendo elas conflituosas deverá o jurista "argumentar com transparência, forçando o julgador a expor, com ética e consistência, todos os motivos relevantes que o levaram a decidir em favor de um ou de outro princípio constitucional." (MARMELSTEIN, 2019, p. 391)

No entanto, segundo os entendimentos de Souza Neto e Sarmento (2012, p.456) deve haver o empenho para que a decisão detenha equilíbrio entre os direitos em enfrentamento, para que não seja sacrificado em totalidade um dos princípios constitucionais em virtude de outro.

Conforme discorre Marmelstein (2019, p.391) a técnica de ponderação subdivide-se em dois momentos, inicialmente deve se tentar pela conciliação ou harmonização e somente pela impossibilidade desta "é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita".

Portanto, a partir da interpretação da obra do autor supracitado, compreende-se que deve o operador do direito buscar "tentar dar a máxima efetividade ao direito fundamental, restringido o mínimo possível o outro valor constitucional colidente" (MARMELSTEIN, 2019, p. 391), ainda pontua Robert Alexy (*apud* MARMELSTEIN, 2019, p.391) "quanto mais alto é

o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto mais alto deve ser a importância do cumprimento do outro".

Ressaltam Souza Neto e Sarmento (2012, p.456) acerca da necessidade da análise pormenorizada de cada caso fático, pois cada situação com a alteração de algum fator pode se obter resultado diverso, nos seguintes termos:

> Em circunstâncias diferentes, pode se dar exatamente o contrário, e, em outras, pode ser possível encontrar uma solução intermediária. Isto porque, uma das características da ponderação é que ela deve sempre levar em consideração o cenário fático, as circunstâncias de cada caso e as alternativas de ação existentes.

Por fim, para o jurista alemão Robert Alexy a ponderação é entendida como uma característica necessária na aplicação do princípio da proporcionalidade, em específico a proporcionalidade em sentido estrito, propondo o autor "que a ponderação seja feita com base na atribuição escalonada de grau à intensidade da intervenção no princípio contraposto" (*apud* LIMA, 2014) e assim, na ocasião da ponderação deverá ainda se observar o princípio do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

3.3.3 Princípio da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais

O princípio da proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais vem como contraponto ao princípio da proporcionalidade, pois este termina o limite da supressão possível, garantindo uma reserva do conteúdo do direito que será suprimido, como discorre Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2013, p.356): "A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições indisponíveis às intervenções dos poderes estatais".

Da mesma maneira, disserta Marmelstein (2019, p. 402) "[…] o chamado princípio da proteção ao núcleo essencial, segundo o qual, em nenhum caso, uma lei pode restringir a tal ponto um direito fundamental que afete o seu conteúdo mínimo ou essencial.

Segundo Sarlet, Mitidiero e Marinoni (2013, p. 357) existem duas teorias em relação ao núcleo essencial dos direitos fundamental, sendo elas: absoluta e a relativa.

> Na primeira hipótese, o respeito ao núcleo intangível dos direitos fundamentais poderia desempenhar o papel de um "filtro" (muitas vezes subsidiário) ao exame de proporcionalidade; na segunda, estaria muito provavelmente fadado a ser absorvido

> por este exame. Cumpre, no entanto, ressaltar o objetivo comum que ambas as teorias, mesmo que por caminhos diversos, se esforçam em alcançar: a garantia de uma maior proteção aos direitos fundamentais.

Perseveram os doutrinadores supracitados (2013, p.357) que embora não exista previsão constitucional acerca do referido princípio, é evidente, sua aplicação e resguardo inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, concluindo-se que para resolução das colisões entre os direitos fundamentais não a forma pré-constituída, cabe à decisão a cada caso concreto pelo julgador que deve observar os princípios mencionados no momento da elaboração do seu posicionamento.

Assim, feitas tais ponderações, no próximo capítulo, será tratado acerca da possibilidade de o poder estatal restringir o direito da liberdade religiosa em face da preservação do direito à vida.

4 OS LIMITES DA LIBERDADE RELIGIOSA DOS PAIS E O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA DOS FILHOS

Neste capítulo final, discorrer-se-á acerca do direito à vida em espécie, para que assim, seja possível a realização do cotejo analítico entre direitos fundamentais da vida e da liberdade religiosa, a fim de que se conclua o presente trabalho monográfico com a resposta à seguinte pergunta: poderá o Estado restringir a liberdade religiosa para que se preserve o direito à vida, nos casos em que pais negam tratamento médico aos filhos com fundamento em suas respectivas doutrinas?

4.1 DIREITO À VIDA

O direito fundamental à vida está positivado na Constituição da República no artigo 5º, com a seguinte redação: "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" (BRASIL, 1988).

O direito à vida é o direito fundamental por meio do qual se busca resguardar um instinto natural do homem, de um ímpeto de proteção à vida inerente à humanidade, como explicam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p.361):

> A vida - já por força do instinto de sobrevivência- sempre foi um bem caro para o ser humano, no contexto de sua organização social, política e jurídica, tanto é que a proteção da vida e da integridade física do ser humano foi considerada um dos fins essenciais do Estado e razão de sua existência, o que, por exemplo, se constata na obra de Thomas Hobbes (1588-1679).

Todavia, conforme aduzem os autores supracitados (2013, p.362) não se pode limitar a concepção do direito natural à vida com o direito fundamental positivado, pois este é muito mais amplo do que a mera proteção à vida.

Para Morais (2013, p.87) a concepção do direito à vida excede à mera compreensão da manutenção da existência, para o autor, este direito está atrelado também a qualidade de vida como cita: " […] O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a

condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa […]".

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p.362) o primeiro documento a mencionar o direito à vida, na concepção moderna deste direito fundamental, foi a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, o qual no seu artigo 1º cita o direito à vida na sua listagem referente aos direitos inerentes à pessoa humana.

No entanto, apenas após a Segunda Guerra Mundial a discussão da proteção à vida teve seu clímax conjuntamente com advento da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, o qual também colocava em seu rol dos direitos do homem, em seu artigo III, "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança"; e assim posteriormente a isto houve um fomento dos denominados Pactos Internacionais, em especial cabendo ressaltar o Pacto de São José da Costa Rica atualmente ratificado pelo Brasil.

O Pacto de São José da Costa Rica, dentre outras coisas, destaca em seu artigo 4º direitos referentes à vida, bem como diretrizes que os países que recepcionaram o pacto em seus territórios devem seguir, conforme segue trecho, *in verbis*:

> 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 delidos comuns conexos com delitos políticos.
> 5. Não se deve impor a pena de morte à 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. (BRASIL, 1992)

No Brasil, desde a Constituição de 1934, a pena de morte era possível apenas em casos de guerra com país estrangeiro, nos demais casos fora abolida, porém apenas no ano 1946 foi positivado o direito à vida na Carta Magna (SARLET, MARINONI E MITIERO,2013, p.363).

Além das mencionadas Constituição da República e o Pacto de São José da Costa Rica, o direito à vida está insculpido em normas infraconstitucionais, citando-se, a título de exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069) e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741), os quais resguardam o direito à vida do idoso e do adolescente.

> "a criança e 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" (BRASIL, 1990).
>
> "garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade". (BRASIL, 2003)

Nesse compasso, compreende-se que é dever do Estado a proteção e a garantia à vida. Além disso, compreende-se o termo direito à vida em duplo sentido, sendo possível como proteção da manutenção da vida, bem como da garantia da vida digna, atrelada ao direito da dignidade da pessoa humana.

Por fim, destaca-se a importância fundamental do direito à vida, conforme lição de Morais (2005, p.143) que à vida é a premissa para todos os demais direitos fundamentais do homem, da mesma maneira entendendo Silva (2006, p.198) que da vida decorrem todos os bens jurídicos.

4.2 CONFLITO DO DIREITO À VIDA EM RELAÇÃO À LIBERDADE RELIGIOSA

A Liberdade Religiosa, como observado no segundo capítulo deste trabalho, trata-se de um direito fundamental constitucionalmente positivado no artigo 5º, VI, da CRFB/88, pleno de direitos sem qualquer prévia restrição realizada por parte do governo, visto que pertence a um Estado Laico.

Todavia, no decorrer do terceiro capítulo, discorreu-se acerca dos direitos fundamentais e, em especial, acerca da possível colisão entre estes princípios que possuem a mesma posição hierárquica, e ainda, a possibilidade de restrição destes para que se assegure, conforme o magistrado em análise de um caso concreto entender, um "bem maior", seguindo a observação dos critérios hermenêuticos para tomada desta decisão.

Segundo Leal e Nunes (2014, p. 212) quando ocorrer conflito entre o direito fundamental da liberdade religiosa com outros direitos fundamentais deverá proceder da

seguinte maneira: “[...] A liberdade de religião, como os demais direitos fundamentais encerrados em princípios, pode sofrer colisão com outros direitos, cabendo ao intérprete a verificação, ante o caso concreto, de qual deve prevalecer.”.

Desta maneira, adentrar-se-á à problemática da colisão entres os direitos fundamentais da vida e da liberdade religiosa, o qual pode ocorrer nas denominações cristãs que negam tratamentos médicos em nome da fé professada. Cita-se, a título de exemplo, a religião “Testemunhas de Jeová” que recusam tratamentos que façam uso de sangue, com base na interpretação dos textos bíblicos.

Segundo o site oficial da denominação citada (SITE OFICIAL DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ), encontra fundamento esta doutrina em passagens do velho e novo testamento, como em: Genêses 9:4 “A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis.”, neste mesmo sentido disserta Levítico 17:14 “Porquanto a vida de toda a carne é o seu sangue; por isso tenho dito aos filhos de Israel: Não comereis o sangue de nenhuma carne, porque a vida de toda a carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado.”, outrossim, no Novo Testamento encontra respaldo no livro de Atos 15:20 “Mas escrever-lhes que se abstenham das contaminações dos ídolos, da fornicação, do que é sufocado e do sangue.”

Além disso, na visão dos professantes “para Deus, o sangue representa a vida. (Levítico 17:14) Então, nós evitamos tomar sangue por qualquer via não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Dador da vida.” (SITE OFICIAL DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ).

Assim, em vista do caráter fundamentalista do princípio da liberdade religiosa, decorrente dos direitos da autodeterminação e da livre consciência e crença, entende Menezes (2015) “Ao cabo e ao fim, a liberdade religiosa é uma das facetas do direito à autodeterminação que representa a faculdade que tem a pessoa de escrever o pergaminho da própria vida, por meio do autogoverno e do seu poder de definição”.

Portanto, sucedendo-se o seguinte impasse: quando o sujeito recusa tratamento médico colocando sua vida em risco, poderia o Estado lhe impor o direito à vida em oposição a sua liberdade religiosa?

Marmelstein (2019, p. 475) no estudo de caso e ponderação nos casos de transfusão de sangue em testemunhas de jeová cita a seguinte problemática:

> Como a situação da paciente cada vez mais se agravava, a direção do hospital resolveu ingressar com ação judicial para tentar obter autorização do Judiciário para forçar Maria a realizar a transfusão de sangue à força. Para o hospital, a vida seria um valor mais importante do que a religião. Portanto, como a transfusão de sangue seria imprescindível para salvar Maria, conforme atestaram os médicos, essa medida deveria ser realizada, mesmo contra a vontade da paciente em razão de fé religiosa. O hospital reconhece que, se houvesse outra opção de tratamento, a fé religiosa mereceria ser prestigiada. Assim, se houvesse meios alternativos à salvação da vida, igualmente satisfatórios, que não fossem a transfusão de sangue, esses meios deveriam ser tentados antes de se violar a crença religiosa das testemunhas de Jeová. No entanto, no caso específico, não haveria outra solução. Assim, pediu autorização judicial para realizar a transfusão à força.

No entanto, conforme assevera Konrad Hesse (apud SARLET, MARINONI e MITIDIEO, 2013, p.476) a liberdade de crença é o direito fundamental de manifestação particular da formação de consciência, ou seja, conjuntamente com o direito de pensar de forma livre é o direito de exercer o pensamento. Ainda declara referido o autor acerca da proteção deste direito fundamental:

> É nisso que se corporifica a negação, pela ordem constitucional, de uma intervenção estatal no que diz a definição do que é verdadeiro ou correto, de modo a assegurar a cada indivíduo a proteção da sua personalidade espiritual e moral e garantir a livre discussão e formação de consenso sobre o que é certo ou errado.

Neste escopo, observa-se a necessidade que Estado busque não ofender este direito fundamento da liberdade religiosa, pois como explicam Sarlet, Marinoni e Mitiero (2013, p.478) é incompatível com a ideia do pluralismo religioso apresentada no preâmbulo da Constituição da República, bem como quando aos critérios determinados pelos princípios da dignidade da pessoa humana, manifestação de pensamento e da liberdade de consciência.

Ressalta-se, novamente que o laicismo é incompatível com a atual Constituição, assim como toda postura oficial hostil em relação à religião. Sendo assim, o Estado Laico deve sempre garantir, resguardar e respeitar a diversidade religiosa (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2013, p.478).

No entanto, caso o exercício livre da liberdade religiosa ofender outro direito constitucionalmente garantido, será legal a determinação judicial que decretar a restrição da liberdade religiosa em face, como exemplo, da preservação do direito à vida? Nesta esteira, Sarlet, Marinoni e Mitiero (2013, p.480) pontuam a seguinte limitação ao direito fundamental a liberdade religiosa:

> Embora sua forte conexão com a dignidade da pessoa humana, a liberdade religiosa, mas também a liberdade de consciência, notadamente naquilo em que se projeta para o exterior da pessoa, mediante atos que afetam terceiros ou levam (ainda que em situação extrema) a um dever de proteção estatal da pessoa contra si própria, como no caso de uma greve de fome por razões de consciência, são, como os demais direitos fundamentais, limitados e, portanto, sujeitos a algum tipo de restrição.

Nesta linha de raciocínio, extrai-se o seguinte entendimento: a liberdade religiosa é plena em seus direitos, até o momento que o titular do direito referido ferir ou gerar prejuízo, para si ou para outrem.

Contudo, a temática não é pacífica, conforme explicam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p.482):

> Se para o caso de menores de idade se revela legitima a intervenção estatal para, em havendo manifestação contrária dos pais ou responsáveis, determinar o procedimento médico quando tido como indispensável, no que se verifica substancial consenso, é pelo menos questionável que se queira impor a pessoas maiores e capazes algo que seja profundamente contrário às suas convicções, por mais que tais convicções sejam resultado de um processo de formação que se inicia na mais tenra idade. De qualquer sorte, quanto ao caso das pessoas maiores e capazes, não existe uma orientação definida, havendo entendimentos em ambos os sentidos.

Na data de 24 de outubro do ano de 2019, foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário de n.º 1.212.272, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes relator, o qual versa sobre Direito de autodeterminação dos Testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue, em razão da sua consciência religiosa.

> Recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo 3. Direito de autodeterminação confessional dos testemunhas de Jeová em submeter-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue. Matéria constitucional. Tema 1069. 4. Repercussão geral reconhecida.
>
> (RE 1212272 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 22-04-2020 PUBLIC 23-04-2020)

Desta maneira, sendo reconhecida a relevância e repercussão geral do tema, todavia, o Recurso Extraordinário, que certamente será pacificador da controvérsia, aguarda julgamento.

Por isso, o presente trabalho continuará a análise de casos que envolvam incapazes, bem como a apresentação de algumas decisões jurisprudências que restringiram a liberdade religiosa e o poder familiar, para que se assegure o direito à vida dos menores de 18 anos.

4.3 DA PROTEÇÃO ESTATAL À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE EM CONTRAPONDO À FUNÇÃO DO PODER FAMILIAR

Neste tópico, tratar-se-ão os casos que envolvem a figura da criança e do adolescente sob tutela dos pais para as tomadas de decisões que envolvam tratamentos médicos, em especifico na recusa realizada pelos genitores fundamentados em princípios religiosos, colocando a vida do menor em risco em nome da fé professada e conseguinte a isso a intervenção estatal para que se assegure o direito à vida do menor.

Ao se discorrer nos subtópicos acerca da intuição do poder familiar princípio do direito de família, posteriormente se desenvolverá acerca da obrigatoriedade Estatal de proteção à criança e adolescente, e por fim, se apresentará em sede exemplo jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina pertinente ao tema.

4.3.1 Do poder familiar

O poder familiar é uma figura do direito familiar que corresponde ao antigo "pátrio poder", que anteriormente era exclusivamente confiado ao pai, conforme explica Dias (2016, p.780) "termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* - direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos".

Atualmente, após a Constituição da República de 1988, a qual em seu artigo 5º, conferiu tratamento isonômico entre homem e mulher, o poder familiar é conferindo a ambos os genitores não havendo qualquer distinção entre os pais, ainda neste mesmo tocante, o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 21 confere a ambos os pais o exercício do poder familiar, com a seguinte redação:

> Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990).

O Código Civil (2002) no seu artigo 1.630 determina que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”, sendo assim, conforme aduz Diniz (2012, p. 593) trata-se o poder familiar de um conjunto de direitos e deveres confiado aos pais em relação a pessoa e aos bens da sua prole.

Segundo Dias (2016, p.782): “O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.”.

Neste mesmo sentindo entende Monteiro (2004, p. 346):

> Modernamente, o poder familiar despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito, na atualidade, graças à influência do cristianismo, é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruística

Desta maneira, compreendendo-se que o poder familiar não se trata apenas de um poder exercido pelos genitores sem qualquer restrição, sendo ainda, atrelado a este uma compreensão de que cabe aos pais o dever de buscar o melhor para o bem-estar do tutelado, ademais, o poder familiar encontra previsão legal nos artigos 1.630 a 1.638 do Código Civil, em especial destacando-se o artigo 1634, o qual prescreve algumas competências confiadas aos genitores:

> 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:
>
> I - dirigir-lhes a criação e a educação;
>
> II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
>
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
>
> IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
>
> V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
>
> VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
>
> VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindolhes o consentimento;
>
> VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 22 garante aos pais o direito da transmissão familiar de suas crenças e culturas:

> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, 1990).

Nesta mesma esteira, o artigo: A criança, o adolescente, a família e o direto à liberdade religiosa (OAB PARANÁ, 2017) explica o papel fundamental da família conjuntamente com a sociedade e o Estado de garantidor a criança e ao adolescente de diversos direitos fundamentais, bem como o da liberdade religiosa.

Por sua vez, a Lei nº 8.069/90 (ECA) em seus artigos 16 e 17 asseveram sobre o direito de consciência e crença da criança e do adolescente:

> Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:
>
> […]
>
> III - crença e culto religioso;
>
> […]
>
> Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL, 1990)

Outrossim, segundo Silva (2008, p. 84) é direito dos genitores guiar a criança e ao adolescente na crença que aquele núcleo familiar professa:

> A liberdade de crença e de culto da criança e do adolescente é estreitamente conexa com a de sua família. Terceiros, autoridades, entidades e instituições não podem impedir crenças e cultos às crianças e adolescentes, mas não se pode recusar aos pais o direito de orientar seus filhos religiosamente, quer para uma crença, quer para o agnosticismo. É um direito que lhes cabe […] especialmente em razão do dever que se lhe impõe de educar os filhos menores. […].

Todavia explica Menezes (2015) acerca de outras preocupações que devem ter os genitores, visto que o Estado confia aos pais também a integridade física do incapaz, sendo assim frisando a autora que não deve apenas o núcleo familiar proteger a liberdade religiosa sem que se leve em consideração outros direitos da criança como a saúde e a vida, conforme discorre o Autor:

> Não obstante ao amplo reconhecimento desse direito às crianças e adolescentes, o ordenamento confia aos pais, o múnus público do poder familiar que implica um feixe de posições jurídicas (ônus, direito, dever, encargo, interesse etc) voltado para o cuidado e a emancipação da criança e do adolescente. Nesse plano, cabe aos pais dirigir a criação e a educação, o que pode envolver uma ingerência na sua formação religiosa. Porém, a manifestação do poder familiar nessa seara pode envolver outros interesses da criança que também estão sob os cuidados do Estado e da sociedade, como a vida, a integridade psico-fisica e a saúde. Há conflitos de interesse que chegam ao Poder Judiciário envolvendo a divergência dos responsáveis quanto à orientação religiosa da criança e do adolescente ou mesmo a colisão entre essa liberdade religiosa e outros interesses como a liberdade geral, a saúde, a vida.

Ainda Menezes (2015) em sede de exemplo cita um caso que envolve pais professantes da denominação Testemunhas de Jeová que negaram o procedimento de transfusão de sangue a seu bebê recém-nascido, fato que levou a criança a óbito, explicando a autora:

> No âmbito da liberdade religiosa, isso pode acontecer não apenas quando a criança ou o adolescente resistir à orientação religiosa adotada pelos pais; mas também quando os pais impuserem certos comportamentos ou restrições aos filhos incapazes de decidir, prejudicando-lhes outros direitos ou violando certos interesses protegidos. A título de exemplo, rememoram-se os casos de crianças que morrem pela vedação da transfusão de sangue pelos pais Testemunhas de Jeová, como no caso ocorrido no estado do Ceará, em que bebê recém-nascido faleceu em virtude de proibição por parte de sua avó, já que a mãe tinha 15 anos à época, de realizar de transfusão de sangue, por ser seguidora desta fé.

Desta maneira, se os detentores do poder familiar falharem no poder-dever de resguarda a prole em todos os âmbitos da sua vida, principalmente em sua integridade física, deverá o poder Estatal agir em defesa do menor, visto que se caso os genitores negarem tratamento médico fundamentados em ideias no âmbito particular e por decorrência desta ação gerar dano a outrem (terceiro), mesmo que este esteja em sua guarda.

Embora saiba-se que a crença é uma construção durante toda vida, e que os pais certamente serão peça fundamental para a tomada de decisão dos filhos na fase adulta, não é regra que estes seguirão o mesmo caminho, portanto, deverá a criança ser compelida por

uma decisão dos seus genitores que pode colocar seu direito à vida à mercê por uma crença que ainda deve ser avaliada na fase adulta?

Ainda neste sentido destaca Menezes (2015) acerca da crença "[…] trata-se de uma escolha multicondicionada e que, entre as crianças e os adolescentes está muito relacionada à educação familiar. Contudo, os pais não têm o poder de imposição a todo custo.".

4.3.2 Do dever do Estado de proteger a criança e ao adolescente

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 277, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, os seguintes direitos:

> 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. (BRASIL, 1988)

Desta maneira, em caso de omissão ou negligência dos genitores (família) esta responsabilidade é solidariamente da sociedade e do Estado. Portanto, deverá estas outras entidades proteger e garantir o acesso da criança e ao adolescente os direitos que lhe são resguardados pelo artigo 3º do ECA:

> 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.
>
> Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (BRASIL, 1990)

Nesta mesma esteira, a Lei 8.069/90 discorre em seus artigos 4º e 5º, conforme segue:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
>
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
>
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.
>
> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (BRASIL,1990)

De acordo com o que entende Menezes (2015) se os conflitos que ocorrerem entre o poder familiar e o exercício da liberdade religiosa chegar ao conhecimento do Judiciário "é necessária a solução hermenêutica capaz de, por meio da ponderação dos valores, buscar a unidade axiológica do sistema e a solução mais adequada aos princípios de justiça, constitucionalmente assegurados", e na falta do discernimento dos pais deverá ser aplicada as medidas de proteção à criança e ao adolescente conforme prescreve o artigo 98 do ECA em vista que seu direito à vida e a saúde estão sendo violados.

> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
>
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
>
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
>
> III - em razão de sua conduta.

Por fim, ainda de acordo com o artigo de Menezes (2015), ressalta-se que o poder familiar possui o dever de proteção ao incapaz (absoluto ou relativo) "[..]na medida em que o menor é pessoa vulnerável e depende da intervenção dos seus responsáveis para tutelar sua integridade psicofísica, provendo-lhes o necessário à sobrevivência, saúde, educação.", assim, se este não cumpre com seu papel cabe ao judiciário defender os interesses da criança e do adolescente.

4.3.3 Análise de caso concreto julgado pelo tribunal de justiça de Minas Gerais

O Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais julgou caso no qual figuravam como partes os genitores, ora autores da demanda em face do hospital que realizou procedimento de transfusão de sangue em menor sem o consentimento dos seus responsáveis legais, neste caso o procedimento citado era o mais adequado para a manutenção da vida em risco, todavia, alegavam os pais a possibilidade de utilização de procedimento diverso.

Entretanto, a partir do relato concedido pelos médicos compreende-se que apenas o procedimento de transfusão de sangue, o qual não é aceito pela religião denominada Testemunhas de Jeová, a qual é seguida pelos pais do menor, poderia findar com totalidade o perigo eminente a vida da criança.

Portanto, determinou o relator Célio César Paduani concedeu liminarmente a ordem para autorizar a transfusão de sangue no menor, com fulcro na urgência e na extrema gravidade do caso, nos seguintes termos:

> AÇÃO CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO DE LIMINAR COM VISTAS À OBTENÇÃO DE MANDADO JUDICIAL AUTORIZATIVO DE TRANSFUSÃO DE SANGUE EM MENOR. RISCO DE VIDA. URGÊNCIA. CONCESSÃO DA LIMINAR. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Verificada a urgência da concessão da liminar com a finalidade de se evitar risco de vida à menor, a concessão desta se impõe, com a consequente procedência do pedido. 2. Diante da situação de extrema gravidade e correndo risco de vida a menor a expedição do competente mandado judicial autorizativo da transfusão de sangue da menor se impunha. 3. Improvimento do recurso. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.00.190354-1/000, Relator(a): Des.(a) Célio César Paduani, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/11/2000, publicação da súmula em 06/02/2001)

Assim, verifica-se que quando colocados em enfrentamento os interesses religiosos dos genitores e o direito à vida da criança e/ou adolescente, os julgadores tendem as decidir pela prevalência do zelo pelo “bem maior” da vida.

4.3.4 Análise de caso concreto julgado pelo tribunal de justiça de São Paulo

Em outra esteira, cabe analisar o julgamento da Apelação Cível de n.º 1016664-33.2018.8.26.0625 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que versa sobre a publicação de um vídeo no qual figuram uma criança e sua genitora ingerindo “rapé”, substância que faz parte de ritual da religião xamã.

Neste caso em específico, entendeu a Relatora Lidia Conceição que o direito à liberdade religiosa da genitora não prevalece sobre o dever de proteção integral e primazia absoluta na defesa dos direitos da criança e do adolescente, em destaque a proteção à vida e à saúde, conforme segue Ementa (*grifou-se*):

> APELAÇÃO. Representação para apuração de infração administrativa. Sentença de procedência, condenando a ré, genitora da criança (à época, com apenas 9 anos de idade), ao pagamento de multa equivalente a 3 salários mínimos. Publicação de um vídeo no sítio "Youtube" no qual a criança e a representada aparecem fazendo uso de rapé. Companheiro da apelante que, durante a filmagem, narrou os acontecimentos, ensinando a utilização da substância. Suposto ritual praticado na religião xamã. Exposição da imagem da criança e estímulo ao consumo de substância nociva à sua saúde e que pode lhe causar dependência química. **Direito à liberdade religiosa que não se sobrepõe ao sistema de proteção integral - primazia absoluta na defesa dos direitos da criança e do adolescente, em especial, a proteção à vida, à imagem, à intimidade e à saúde. Conduta da apelante que não privilegia o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do infante, em condições de liberdade e de dignidade. Desrespeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Descumprimento de obrigação inerente ao poder familiar**. Artigos 3º a 7º, 15, 17, 18, 22 e 100, inciso II, todos do ECA, 1.634, inciso I, do Código Civil, 227 e 229, da CF/88. Infrações administrativas que independem de culpa. Súmula 87 deste Eg. Tribunal de Justiça. Readequação do parâmetro do valor da multa fixada para salários de referência. Artigo 249 do ECA. Recurso desprovido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1016664-33.2018.8.26.0625; Relator (a): Lidia Conceição; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Taubaté - Vara do Júri/ Infância e Juventude; Data do Julgamento: 10/12/2019; Data de Registro: 10/12/2019)

Na decisão acima citada, a Relatora ainda ressalta o conteúdo da súmula 87 do TJ/SP, a qual remete a Lei nº 8.069/90, esclarecendo que para a aplicação das infrações administrativas estabelecidas no diploma legal aludido não é necessária a demonstração concreta do risco ou prejuízo à criança ou ao adolescente. Cita-se o texto da súmula 87 do TJ/SP:

> Súmula 87: As infrações administrativas estabelecidas na Lei nº 8.069/90 consumam-se com a mera realização da conduta prevista no tipo legal, independentemente da demonstração concreta de risco ou prejuízo à criança ou ao adolescente.

Nesse passo, compreende-se que a prática de conduta que coloque os direitos da criança e ao adolescente à mercê de risco já configura uma infração administrativa nos termos da Lei n.º 8.069/90, não sendo necessária a efetiva lesão a direito, ou seja, que neste caso a criança já demonstrasse problemas de saúde, pois a possibilidade já gera o dano.

Colhe-se ainda da decisão que os genitores não podem sobrepor o exercício da liberdade religiosa em detrimento da proteção dos filhos, visto que o uso do rapé é potencialmente lesivo

à saúde por se tratar de um fumo, de modo que estes pais não observam o dever de zelo inerente ao poder familiar.

4.3.5 Análise de caso concreto julgado pelo tribunal de justiça do Rio de Janeiro

Destaca-se o julgamento do agravo de instrumento nº 2004.002.13229 pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, no qual o relator Des. Carlos Eduardo Passos entendeu pela prevalência da proteção da vida do incapaz em contraponto a negativa dos responsáveis ao procedimento médico, com fundamento nas convicções religiosas destes, da seguinte maneira:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Risco de vida. Prevalência da proteção a esta sobre a saúde e a convicção religiosa, mormente porque não foi a agravante, senão seus familiares, que manifestaram a recusa ao tratamento. Asseveração dos responsáveis pelo tratamento da agravante, de inexistir terapia alternativa e haver risco de vida em caso de sua não realização. Recurso desprovido. (TJRJ - 18º C. Cív. - Agravo de Instrumento nº 2004.002.13229. Rel. Des. Carlos Eduardo Passos - Julgamento: 05/10/2004)

Haja vista a inexistência de tratamento diverso da transfusão de sangue que atingisse o fim esperado, julgou aquela corte pela necessidade da garantia do direito à vida, mesmo que os meios não correspondiam ao desejo dos responsáveis.

Cabe ainda mencionar a Resolução do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ) nº 136/1999, especificamente em seus artigos 1º e 3º os quais versam sobre o tema. Infere-se da leitura dos referidos artigos que, se no caso houver outro meio de tratamento disponível e sendo clara a manifestação da vontade do paciente pelo meio alternativo, deverá optar o médico por procedimento que respeite às crenças religiosas do paciente. Porém, caso a transfusão de sangue seja o único meio para proteção da vida, deverá o médico realizar o procedimento que estiver ao alcance para garantia desta, mesmo contra a vontade do paciente e dos seus familiares, nestes termos:

> Art. 1º O médico, ciente formalmente da recusa do paciente em receber transfusão de sangue e/ou seus derivados, deverá recorrer a todos os métodos alternativos de tratamento ao seu alcance
>
> Art. 3º O médico, verificando a existência de risco de vida para o paciente, em qualquer circunstância, deverá fazer uso de todos os meios ao seu alcance para garantir a saúde do mesmo, inclusive efetuando a transfusão de sangue e/ou seus derivados, comunicando, se necessário, à Autoridade Policial competente sobre sua decisão, caso os recursos utilizados sejam contrários ao desejo do paciente ou de seus familiares.

Desta maneira, observa-se que as medidas realizadas em via de urgência pelos profissionais da saúde estão em concordância com o entendimento jurisprudencial da corte fluminense, compreendendo estas duas vertentes que a garantia à vida e a saúde prevalece ante as convicções religiosas.

4.3.6 Análise de caso concreto julgado pelo tribunal de justiça de Santa Catarina

Por fim, aprofundar-se-á decisão do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento da apelação cível de nº 2011.089551-3, a qual versa sobre conflito de interesse entre o bem-estar da criança e a vedação da realização de tratamento médico com fundamento na religião professada pelos pais.

Neste caso em específico, os genitores negavam tratamento de vacinação prescrito pelo médico para sua filha de aproximadamente 1(um) de idade, sob alegação de que o procedimento era incompatível com as doutrinas de sua religião.

Em vista disto, o Ministério Público, provocado pelo Conselho Tutelar, ingressou com a ação de proteção à criança. Em sede de sentença, os pais foram condenados ao pagamento de multa diária até que cumprissem com o calendário vacinal da criança.

Todavia, inconformados com a sentença, interpuseram recurso de apelação dirigido ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo designado como relator o desembargador Carlos Prudêncio. Em sede de julgamento, a sentença foi mantida, pois os julgadores entenderam por priorizar a saúde e a vida da criança, nos seguintes termos (*grifos nossos*):

> APELAÇÃO CÍVEL. REPRESENTAÇÃO PARA APURAÇÃO DE INFRAÇÃO ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO A CRIANÇA E AO ADOLESCENTE C/C MEDIDA DE PROTEÇÃO. PAIS QUE NEGAM APLICAÇÃO DE VACINA À FILHA RECÉM-NASCIDA EM RAZÃO DE CRENÇA RELIGIOSA. PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA SOBREPÕE-SE AO DA LIBERDADE DE RELIGIÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO NÃO PROVIDO. Trata-se de recurso de apelação contra sentença que julgou parcialmente o pedido inicial formulado pelo Ministério Público contra os pais da menor envolvida, para que seja aplicada medida de proteção à criança D. B., consistente na realização de exames, vacinas e acompanhamentos médicos, de acordo com a prescrição de profissional de medicina legalmente habilitado ou programas estatais. Caso os pais neguem o determinado ou causem qualquer obstáculo aos procedimentos médicos, pagarão multa diária de R$ 100,00 (cem reais), além de eventualmente responderem civil e criminalmente pela conduta. Alegam os réus apelantes que: a) a única restrição quanto aos exames à filha menor é em relação às vacinas, procedimento este não obrigatório e que não tem o condão de garantir o direito à vida; b) vacinas são tratamento de saúde e métodos preventivos; c) organismo humano tem seus próprios

> mecanismos de defesa capazes de combater grande parte das viroses espalhadas pelo mundo; d) a vacina retira do organismo o incentivo de produzir autodefesa, aumentando o surgimento de outros tipos de doenças; e) além de uma questão religiosa, a negativa da vacina trata de uma questão de saúde, proteção à criança e não configura negligência. **Muito embora seja garantido constitucionalmente a liberdade religiosa aos brasileiros (art. 5º, VI e VIII, da Constituição Federal/1988), inadimissível sobrepô-la ao bem maior da vida e da saúde de uma criança com menos de 1 ano de idade, que sequer tem discernimento para optar acerca de uma crença religiosa.** Esclareço que os aspectos religiosos são importantes para o crescimento e formação do indivíduo, devendo ser respeitado o posicionamento de cada um e as consequências que apresentam no âmbito familiar. Contudo, é preciso ter cautela para que tal princípio não seja utilizado de forma impensada, ausente de proporcionalidade e razoabilidade, especialmente quando confrontado com outros princípios constitucionais. Com muita propriedade, a Juíza de Direito Dra. Angélica Fassini, diz que ... "não se pode deixar de reconhecer que os aspectos religiosos são inerentes à educação prestada aos filhos e isso implica permitir que os pais busquem repassar a vida religiosa por eles seguida. Por isso, apresenta-se constitucionalmente defensável garantir que os pais tentem transmitir os valores que julguem corretos aos seus descendentes, porque isso faz parte da própria entidade familiar. No entanto, isso não pode ocorrer de forma descontrolada e deve sofrer certa influência do Estado para evitar abusos, sempre tendo em vista a necessidade de promover a proteção integral de seres humanos de tamanha vulnerabilidade. O que interessa resguardar não são as expectativas que os pais nutrem em relação aos filhos, mas a integridade destes. Também não parece ser constitucionalmente adequado que a religião professada pelos pais possa ser invocada em nome do filho que ainda não possui capacidade para exercitar tal liberdade. Aliás, isso seria uma contradição, pois implicaria imposição religiosa e fulminaria esse direito fundamental, que é individual. Isso ganha maior sustentação quando o exercício da doutrina religiosa escolhida pelos pais puder, de alguma forma, prejudicar a criança, como é o caso de deixar de receber as vacinas destinadas a prevenir patologias presentes ou futuras. Como poderia ser legítimo impôr esse ônus (de possível prejuízo à saúde) se nem ao menos lhe foi possível ainda exprimir sua opção religiosa? A liberdade religiosa consiste também em permitir que a pessoa proceda a escolha de acordo com sua convicção. Este ato de vontade deve ser construído ao longo do tempo e requer algum entendimento para que possa ocorrer. Obviamente que uma criança com pouco mais de seis meses de idade (como é o caso) ainda não exercita religião alguma e muito menos tem discernimento para optar por esta, aquela ou nenhuma crença. Caso admitida a recusa dos réus, estar-se-ia assegurando que a filha sofra os "ônus" religiosos sem que os tivesse aceito voluntariamente, isto é, sem que ainda seriamente tenha feito sua escolha. Em outras palavras: usam sua religião como se fosse, a priori, a da filha". Ademais, "A saúde é direito fundamental que deve ser atendido pelo Estado, promovendo programas de assistência integral em favor das crianças (art. 227, § 1º, da CF). Isto inclui exames e vacinas realizadas no primeiros anos de vida, disponibilizados gratuitamente pela rede pública de saúde para o único fim de promover desenvolvimento sadio dos infantes e manter a população à salvo de doenças contagiosas. Com isso, não se almeja somente proteger a saúde da pessoa submetida ao tratamento, mas também de todas as outras, existindo inescondível interesse coletivo na erradicação de doenças". (fls. 85 a 88). Ante o exposto, negar provimento ao recurso é medida que se impõe. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.089551-3, de Chapecó, rel. Carlos Prudêncio, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 08-05-2012).

Em suma, absorve-se os seguintes entendimentos a partir desta decisão emblemática: a liberdade religiosa dos pais e uso do poder familiar que lhes é confiado para que estes guiem da melhor forma que lhes entender a vida da criança, sem que possam restringir o direito à saúde e o direito à vida.

Destaca-se o entendimento apresentado desembargador Carlos Prudêncio no acordão citado, para quem, embora a liberdade religiosa seja uma garantia constitucionalmente positivada, esta não poderá suprimir o direito do bem maior da vida. Em especial no seguinte trecho, *in verbis*: "que sequer tem discernimento para optar acerca de uma crença religiosa".

Desta maneira, conclui-se com a compreensão de que é inviável a aplicação da argumentação dos genitores do princípio da liberdade religiosa (art. 5º, VI e VIII, da Constituição da República), de maneira que a criança e adolescente responda pelo ônus de uma religião, a qual como explica Menezes (2015), ainda não apresenta " […]condições "efetivas de escolher uma fé e suportar eventuais efeitos restritivos dessa escolha."

Em vista disto, ressaltando-se que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir à criança e ao adolescente assegurar os direitos fundamentais (art.277, da Constituição da República), bem como o direito essencial considerado pelos doutrinadores, o bem maior da vida (art. 5º, Caput, CRFB), sendo assim é dever do Estado proteger a criança e ao adolescente na omissão ou negligência dos pais.

Desta maneira, embora saiba-se que o ensino religioso também compõe a função educativa confiada aos pais decorrente do poder familiar, conforme declara o artigo 229 da Constituição da República: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores […]", também é dever da família, conforme preconiza o já mencionado artigo 4º do ECA a efetivação dos direitos referentes " à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."

Ressalta-se, o artigo de lei acima aludido prescreve em sua alínea "a", no parágrafo único, além da família, o dever da comunidade, da sociedade em geral, bem como do poder público assegurar, ao menor a "primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias"

Assim, pautado no princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente (art.4º, parágrafo único, alínea "a", ECA) e pela responsabilidade conferida ao poder público em garantir o direito à vida e à saúde a criança e ao adolescente (art.277, da Constituição da República), é possível entender como conduta revestida de legalidade o ato do Estado restringir o direito da liberdade religiosa dos pais em face da primazia da garantia da segurança do menor.

5 CONCLUSÃO

Ao decorrer do presente trabalho, buscou-se verificar a atual dinâmica entre Estado e Igreja, observando-se a alteração nesta relação desde do período do Brasil colônia até a presente época, na ordem jurídica inaugurada pela promulgação da Constituição da República de 1988. Em análise das raízes cristãs implantadas no território nacional pelo seu país colonizador, todavia, constatou-se a laicidade do Estado, ou seja, o poder Estatal laico não se opõe a qualquer religião, tampouco manifesta preferência à determinada denominação, seja ela cristã ou não. A laicidade é definida como neutralidade, para que toda manifestação de fé possa ser professada, bem como a possibilidade do ateísmo.

Em vista disto, o poder estatal, com o objetivo de garantir o livre exercício da fé, insculpiu em sua Constituição da República de 1988 artigos que fundamentam os direitos de liberdade de consciência e crença, liberdade de culto e das organizações religiosas (art. 5º, VI, CRFB).

Todavia, é preciso registrar que os direitos fundamentais são resultado de uma evolução árdua e contínua da humanidade, o que se vislumbra, no momento atual, como sendo frutos de inúmeras revoluções, guerras e do ímpeto inconformado do ser humano para a transformação de um cenário adverso.

Nesta esteira, os direitos fundamentais foram ratificados durante o decorrer das gerações e efetivados em sede individual, social e político, os quais trouxeram ao ser humano garantias relacionadas à ideia dignidade da pessoa humana e da limitação do poder do Estado.

No entanto, apesar da constatação da supremacia hierárquica que possuem os referidos direitos fundamentais, elencados no artº 5 da Constituição da República, mas como já ressaltado, não estão insculpidos apenas neste referido artigo, estando espalhados por todo a carta constitucional.

Salientaram-se, ao longo do presente trabalho, casos de colisão entre os direitos fundamentais e ainda, acerca da possibilidade da restrição recíproca para a resolução dos entraves constitucionais.

Porém, sendo constatado não haver norma pré-estabelecida para a resolução destes conflitos, portanto, torna-se necessária a análise do caso concreto pelo magistrado, em observância aos princípios da proporcionalidade e o princípio da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais para encontrar a melhor solução.

Desta maneira, adentrando-se a problemática principal deste trabalho, que é o conflito entre a liberdade religiosa e o direito à vida. Utilizou-se como exemplo os casos dos

professantes da denominação Testemunhas de Jeová que negam tratamentos de transfusão de sangue em decorrência da interpretação de textos bíblicos (Gênesis 9:4; Levítico 17:14; Atos 15:20).

Em observância às características essenciais do direito fundamental à vida, como bem pontuam os autores Morais (2005, p.143) e Silva (2006, p.198) da garantia à vida ser premissa para todos os bens jurídicos, assim deveria o Estado priorizar este direito?

No entanto, em vista do caráter decorrente dos direitos da autodeterminação e da livre consciência e crença, poderia o Estado restringir a decisão do sujeito de optar pela liberdade religiosa?

Neste escopo, conclui-se, a partir do entendimento doutrinário e pela análise de algumas decisões judiciais, que a liberdade religiosa embora seja plena em seus direitos, poderá ser restringida quando ferir ou gerar prejuízo para o titular do direito ou para outrem.

Posteriormente, a segunda conclusão é que de que jurisprudência ainda não é pacífica quanto ao tema, aguardando-se o julgamento do Recurso Extraordinário de n.º 1.212.272, recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual versa sobre Direito de autodeterminação dos Testemunhas de Jeová de submeterem-se a tratamento médico realizado sem transfusão de sangue.

Por razão disto, acrescentou-se mais um elemento à problemática: Quando a criança e o adolescente, que sob a guarda dos genitores, não tem acesso a tratamento médico por negativa dos pais com base em princípios religiosos particulares. Neste caso buscou-se compreender o dever estatal de preferência do direito à vida da criança e do adolescente em face da liberdade religiosa dos pais.

Observou-se para a chegada da conclusão, a instituição do poder/dever familiar, a qual consiste na responsabilidade confiada aos pais de zelar, conforme o melhor interesse do menor. Dentre as possibilidades deste direito/dever está a liberdade da transferência de crenças à prole, conforme prescrito pelo artigo 22 do Estatuto da criança e do adolescente.

Além disto, os genitores devem ser garantidores do acesso da criança e do adolescente a diversos direitos fundamentais, conforme insculpido no art. 277 da Constituição da República: "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 […]".

Sendo assim, caso a instituição família falhar, se omitir ou até nos casos que a própria é a geradora da ofensa ao direito da criança, deverá o Estado, o qual possui a responsabilidade solidaria, garantir, com base no princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente

(art.4º, parágrafo único, alínea “a”, ECA) o direito à vida e à saúde (art.277, da Constituição da República).

Portanto, conclui-se que o Estado e a sociedade reconhecem os aspectos fundamentais que a religião desempenha, sabendo-se que as bases religiosas são parte essenciais para o crescimento e formação do indivíduo, por isto, os direitos relacionados às liberdades religiosas são elencados no rol dos direitos fundamentais do homem.

Todavia, os princípios correspondentes às liberdades religiosas devem observar a proporcionalidade e razoabilidade, especialmente quando colocados em cotejo com outros princípios constitucionais, bem como quando se coloca o ônus de professar uma fé sobre aqueles que ainda nem alcançaram a maioridade e maturidade suficiente para escolher de forma clara e consciente sua religião.

Assim, conclui-se que é necessário prevalecer o entendimento, segundo o qual é preciso dar prevalência ao direito à vida da criança e do adolescente em detrimento da crença religiosa dos seus pais, visto que, como dito acima, enquanto a pessoa não possuir maturidade suficiente para escolher suas crenças, deve o Estado o garantir-lhe o direito à vida, até porque, o direito à vida é pressuposto para o exercício de qualquer outro direito, dessarte, vê-se como constitucional todo e qualquer entendimento ou determinação judicial que autorize intervenção médica em crianças e adolescentes, cujos responsáveis professem fé contrária aos procedimentos médicos.

REFERÊNCIAS

BERENICE DIAS, Maria. **Manual de direito das famílias**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Bíblia. **Bíblia sagrada**: Nova versão internacional/traduzida pela comissão de tradução da sociedade bíblica internacional. Geográfica editora: São Paulo.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. [Constituição 1824]. **Constituição da república federativa do brasil de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. [Constituição 1988]. **Constituição da república federativa do brasil de 1988.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 set. 2020

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 01 de set. de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 de set. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n.º 1.212.272.** Repercussão Geral No Recurso Extraordinário. Relator: Min. GILMAR MENDES. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral11062/false>. Acesso em: 08 de nov. 2020.

CADAMURO, Janieyre Sacabio. **História da igreja católica no brasil.** Curitiba: Contentus, 2020.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Resolução CREMERJ nº 136/1999.** Publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 19/02/1999. Disponível em:< https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/RJ/1999/136>. Acesso em 17 de nov de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico.** 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA, Cláudio Alvarez. Contextualização Histórica. In: LAZARI, Rafael José Nadim de; BERBARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (orgs.). **Liberdade religiosa no estado democrático de direito:** questões históricas, filosóficas, políticas e jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret. 2.ed. 2009.
GALDINO, Elza. **Estado sem deus:** a obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LEAL, Bruno Bianco; NUNES, Tatiana Mesquita. **A liberdade de religião perante o Estado Laico e a aplicação de provas durante dias sagrados**. In: LAZARI, Rafael José Nadim de; BERBARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (orgs.). Liberdade religiosa no estado democrático de direito: questões históricas, filosóficas, políticas e jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIMA, André Canuto de F.. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 28 nov. 2020.

MARCHIORO, Marcio. **Questão indígena no brasil**: uma perspectiva histórica. Curitiba: Editora Intersaberes, 2018.

MARCOMIM, Ivana; LEONEL, Vilson. **Projetos de pesquisa social:** livro didático. Palhoça: Unisul Virtual, 2015.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-book. Acesso Restrito via Minha Biblioteca.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O acordo Brasil-Santa Sé e a laicidade do estado: aspectos relevantes**, IN: BALDISSERI, Lorenzo; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.) Acordo Brasil-Santa Sé comentado. São Paulo: Ltr, 2012, p.355.

MARTINS, Ivan Barbosa. **A formação do embu no período colônial**: Intersecção entre a ação evangelizadora dos jesuítas no âmbito da política colonial as decorrências simbólicas e culturais do encontro de missionários e indígenas. 2007. 122 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Religião) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

MENEZES, Joyceane Bezerra; PONTES, Luís Paulo dos Santos. **A liberdade religiosa da criança e do adolescente e a tensão com a função educativa do poder familiar.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 113-123, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/861/965. Acesso em: 16 nov. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (4ª câmara cível**). Apelação Cível** 1.0000.00.190354-1/000. ação cautelar inominada com pedido de liminar com vistas à obtenção de mandado judicial autorizativo de transfusão de sangue em menor. risco de vida. urgência. concessão da liminar. procedência do pedido. Relator(a): Des.(a) Célio César Paduani. Disponível em:<

https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1903541-65.2000.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 15 de nov. 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito de família.** In: _____. Curso de direito civil. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.**30.ed. São Paulo: Atlas,2014.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A recusa à transfusão de sangue por questão de convicção religiosa, confronto entre dois direitos fundamentais:** o direito à vida e a liberdade religiosa. In: LAZARI, Rafael José Nadim de; BERBARDI, Renato; LEAL, Bruno Bianco (orgs.). Liberdade religiosa no estado democrático de direito: questões históricas, filosóficas, políticas e jurídicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

OAB, Paraná. Artigo: **A criança, o adolescente, a família e o direto à liberdade religiosa.** Publicação: 24 de jul. 2017. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/artigo-crianca-o-adolescente-familia-e-o-direto-liberdade-religiosa/>. Acesso em: 02 de nov. 2020.
RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (18º Câmara cível). **Agravo de Instrumento** nº 2004.002.13229. agravo de instrumento. tutela antecipada. Testemunha de Jeová. Recusa à transfusão de sangue. Risco de vida. Prevalência da proteção a esta sobre a saúde e a convicção religiosa, mormente porque não foi a agravante, senão seus familiares, que manifestaram a recusa ao tratamento. Asseveração dos responsáveis pelo tratamento da agravante, de inexistir terapia alternativa e haver risco de vida em caso de sua não realização. Rel. Des. Carlos Eduardo Passos. Disponível em:< http://www4.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em: 16 de nov. 2020.

SANCHIS, Joseph François Pierre. **Religião, cultura e identidade:** matrizes e matizes. Petrópolis: Vozes, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Primeira Câmara de Direito Civil). Acordão. Processo: 2011.089551-3. **Apelação Cível.** Representação para apuração de infração às normas de proteção a criança e ao adolescente c/c medida de proteção. Pais que negam aplicação de vacina à filha recém-nascida em razão de crença religiosa. Princípio do direito à vida sobrepõe-se ao da liberdade de religião. Manutenção da sentença. Recurso não provido.Relator: Carlos Prudêncio. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em:<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 10 de nov. 2020.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Petrópolis: vozes, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Taubaté - Vara do Júri/ Infância e Juventude). **Apelação Cível** 1016664-33.2018.8.26.0625. Representação para apuração de infração administrativa. Sentença de procedência, condenando a ré, genitora da criança (à época, com apenas 9 anos de idade), ao pagamento de multa equivalente a 3 salários-mínimos. Publicação de um vídeo no sítio "Youtube" no qual a criança e a representada aparecem fazendo uso de rapé Relator (a): Lidia Conceição. Disponível em:< https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13164986&cdForo0&uuidCaptcha=sajcaptcha_2139a2a7a8904d0fa8b70d598c7721e5&g-recaptcha response=03AGdBq27NEg3HIEvu_Btvy1TQgaCQwAD1dD2JdbGtBMTVicGS5X6CevRCeqmOmzWVAOKlJoqwoKLLj4UbUYbyyjYYazsUgvdksQ41JO5Zx47Dr7ZWJPkR4hEqx4KLh3LrD8G36zheDzzD456QPGZj9lrN-_ClrW2-VqWpB1eeDPllbs6YJbss5WweaXeii9Qs6M9hmaEqynLDIrohKXfN_KGqjNlUFkNrok5iSdVHL_2RKW3T2FpO1StdfN4FxTknQ8i9-GbILkxxdUIvQv31C9l_CzGBUhBdkfAsXATwn4ruQjxiZIU6bCV-jH6bfksAYpZiq3cWB9D5rhuLpR_WrgKK77lefsfC7HIYyTgButQht7nF2BsXnXJACln8WH7fnEOkjVWBBpOSE_0CmSW7g5nfUWOZEFS-ionbHvPIAMJConFm3NfBy-LxN7W_XZDuJsdhlXfVm__PE-tEKAe7ulBZBVa5tEGA. Acesso em: 15 de nov. de 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula nº 87**. Disponível em:< https://www.tjsp.jus.br/QuemSomos/VicePresidencia/Sumulas>. Acesso em: 16 de nov. 2020

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado.** In: MAZZUOLI, Valerio de oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Cood.) Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **História do direito:** perspectivas histórico-constitucionais da relação entre Estado e Religião. São Paulo: atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. Artigo 16. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da criança e do adolescente** – comentários jurídicos e sociais. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivado.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.198.

SORIANO, Aldir Guedes. **Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal**. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel Sarmento. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. **Por que as testemunhas de jeová não aceitam transfusão de sangue?** Disponível em:< https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-

frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>; Acesso em: 15 de out. de 2020.