

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

**TRANSFUSÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHA DE JEOVÁ MENOR:  
UM CONFLITO ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO À LIBERDADE  
RELIGIOSA**

Mhardoqueu G. Lima França<sup>1</sup>  
Najara Cristiane dos Santos<sup>2</sup>

**Resumo**

O Brasil tem sido palco para questões de grande repercussão no campo da Medicina e do Direito, simultaneamente. Uma dessas é o conflito de direitos fundamentais que muitas vezes se trava entre o direito à liberdade religiosa dos pais e a saúde, integridade e principalmente a vida do menor sob seus cuidados. Um exemplo recorrente é a recusa dos pais em autorizar a realização de transfusão de sangue no menor, em razão de a religião “Testemunhas de Jeová” condenar a prática. Tratam-se de dois direitos fundamentais de suma importância, garantidos pela Constituição da República de 1988, o que acaba por representar um grande desafio a ser colocado nas mãos do Judiciário. O presente artigo, então, objetiva justamente demonstrar, por meio da argumentação jurídica, acompanhada do procedimento da ponderação proposto por Robert Alexy em sua teoria discursiva do Direito, que o direito à vida do menor deve prevalecer nesse caso específico, quando em conflito com o direito à liberdade religiosa dos pais. Isso porque, no exercício do poder familiar, devem atuar em prol do melhor interesse do menor, respeitando sua autonomia e sua expectativa de tomar suas próprias decisões, de modo que suas crenças não podem ser impostas à criança forçadamente, sobretudo, quando pode lhe causar dano irreversível.

**Palavras-chave:** Conflito; liberdade religiosa dos pais e vida do menor; transfusão de sangue; Testemunhas de Jeová; ponderação de Robert Alexy.

**Abstract**

Brazil has been the stage for issues of great repercussion in the field of Medicine and Law, simultaneously. One of these is the conflict of fundamental rights that often hangs between the parents' right to religious freedom and the health, integrity, and especially the life of the child under their care. A recurring example is the parents' refusal to allow blood transfusions in the minor, because the religion "Jehovah's Witnesses" condemns the practice. These are two fundamental rights of extreme importance guaranteed by the Constitution of the Republic of 1988, which ends up posing a great challenge to be placed in the hands of the Judiciary. The present article, then, aims precisely to demonstrate, through legal argumentation, accompanied by the procedure proposed by Robert Alexy in his discursive theory of Law, that

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Universitário. Advogado. E-mail: mhardoqueu@yahoo.com.br. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

<sup>2</sup> Mestre em Teoria do Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora Universitária. Advogada. E-mail: najicris@hotmail.com.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

the right to life of the child should prevail in this specific case when in conflict with the religious freedom of the parents. This is because, in the exercise of family power, they must act in the best interest of the child, respecting their autonomy and their expectation of making their own decisions, so that their beliefs can not be imposed on the child, especially when it can cause him irreversible damage.

**Keywords:** Conflict; religious freedom of the parents and the life of the minor; blood transfusion; Jehovah's Witnesses; balancing by Robert Alexy.

## 1. INTRODUÇÃO

O conflito de direitos fundamentais é recorrente dentro de uma realidade social, e é um tema cujo campo jurídico deve enfrentar, sobretudo, porque, quase sempre, o conflito é judicializado na tentativa de obtenção de um provimento mais benéfico. Nesse cenário, foi que Robert Alexy elaborou a lei da ponderação de princípios, a fim de minimizá-los e permitir que um seja sacrificado na menor medida possível, em detrimento do outro.

A liberdade de crença religiosa é um direito fundamental alvo de intensa polêmica, por diferentes razões, dentre as quais, destaca-se o fato de seu exercício, muitas vezes, implicar no sacrifício ou afastamento de outros direitos tanto quanto ou mais caros. Um exemplo recorrente, acerca do qual reinam muitas controvérsias, é a proibição de recebimento de transfusão de sangue pelas testemunhas de Jeová, em razão dos princípios pregados pela religião. Nesse caso específico, o conflito travado envolve a liberdade de crença religiosa e o direito à vida.

No ordenamento jurídico, resta pacificado pelo Judiciário, imposição essa já acolhida pelo Conselho Federal de Medicina, que o maior, capaz tem direito a abrir mão até mesmo de sua vida pela primazia da liberdade de crença religiosa, pois a ideia de dignidade da pessoa humana implicaria também o direito a uma vida digna, nos moldes da concepção individual.

Entretanto, a discussão é mais delicada e o conflito de direitos se agrava quando a realidade social e o sistema jurídico se deparam com situações em que estão em jogo o direito à liberdade de crença religiosa dos pais e o direito à vida do menor, presumidamente incapaz. Entretanto, o Judiciário brasileiro tende a isentar os pais de responsabilidade na hipótese de falecimento do menor por falta de realização do procedimento de transfusão de sangue, mas condenam os médicos por homicídio doloso, com fundamento na violação do dever legal de cuidado.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

O intuito do presente artigo é demonstrar que os pais, assim como os médicos, possuem o dever legal de cuidado para com o menor, devendo sempre zelar pelo seu melhor interesse e por sua proteção integral, de modo que, por meio da ponderação de princípios, se concluiria, que nesse caso, o direito à vida prevaleceria à liberdade religiosa.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais começaram a ser objeto de estudo e discussão, a partir, principalmente, da Revolução Francesa, e passou-se a pensar em um modelo jurídico e legislativo que fosse capaz de prever expressamente e efetivar ao máximo o maior número de direitos possível.

### **2.1 Direito à Liberdade Religiosa**

A liberdade religiosa é um direito fundamental da personalidade de importância especial, pelo histórico evolutivo-jurídico que apresenta dentro de todos os ordenamentos jurídicos. Durante séculos, prevaleceu o catolicismo no mundo ocidental, proveniente da tradição construída e propagada pelo Império Romano do Ocidente. Contudo, com a mudança de paradigma político, econômico e social, a partir do início da Modernidade, com o estímulo ao uso e desenvolvimento da razão e da ciência, passou-se a lutar pela conquista de um ideal de liberdade cada vez maior, a partir do liberalismo econômico.

Inicialmente, a ideia de liberdade religiosa surgiu ligada a uma ideia de tolerância religiosa, baseada na não imposição de uma religião oficial pelo Estado, como sempre foi feito, desde os primórdios da tradição cristã, para, posteriormente, se pensar na defesa de possibilidade de uma liberdade de crença enquanto direito individual de professar determinada fé. Trata-se, hoje, de um direito oponível a particulares, enquanto direito de personalidade<sup>3</sup>.

A liberdade religiosa é uma espécie do direito à liberdade e uma faceta do direito à autodeterminação, que envolve liberdade de crença e de culto, sendo garantida até mesmo às

---

<sup>3</sup> 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*, v. 11, n. 1, p. 113-123, jan/jun. 2015. p. 114.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

peças consideradas legalmente incapazes. Liberdade de crença é a possibilidade de professar ou não a fé que deseja; liberdade de culto é o direito expressar publicamente a fé que professa, por meio dos seus hábitos; ao passo que, por outro lado, liberdade ou objeção de consciência é o direito de agir conforme as convicções que possui<sup>4</sup>. Desse modo, a testemunha de Jeová estaria exercendo sua liberdade de crença e objeção de consciência ao se recusar a receber tratamento de transfusão sanguínea.

O menor tem seu direito à liberdade, inclusive religiosa (de crença e de culto) e de consciência, garantida, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Constituição da República de 1988, art. 227, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, arts. 15 e 16, III, e pela Convenção sobre os direitos da criança, art. 14, 1 e 3, o qual faz somente a ressalva de que a liberdade religiosa “estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais”.

A partir do século XVIII, a reorientação dos serviços de medicalização provocou uma reestruturação da família, no sentido de transferir seu foco para a proteção da infância, no intuito de proporcionar à criança um desenvolvimento saudável para a vida adulta, estabelecendo, a partir de então, uma relação de direitos e deveres recíprocos entre os pais e dos filhos<sup>5</sup>.

A escolha do indivíduo no que se refere às suas crenças se dá a partir da influência ao longo da vida de vários fatores, dentre os quais, a educação familiar possui grande peso. Entretanto, o modelo atual democrático de família defende que a relação entre pais e filhos e o exercício do poder familiar se dará a partir do diálogo, do afeto, da solidariedade e do respeito ao processo emancipatório do menor. A família pós-moderna, eudemonista, é um núcleo, uma instituição social, que visa proporcionar o refúgio, o bem-estar e o desenvolvimento saudável de seus indivíduos, inclusive e, sobretudo, as crianças, e permitir sua formação de identidade<sup>67</sup>.

## 2.2 Direito à Autonomia e Autodeterminação

---

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> FOUCAULT, Michel. A política da saúde no século XVIII. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado (Org.). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 198-199.

<sup>6</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra, PONTES, Luís Paulo dos Santos, *op cit.* p. 115.

<sup>7</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 23, n. 1, p. 5-12, 2007. p. 6.

Cabe, então, a tarefa de demonstrar se o menor possui autonomia e autodeterminação – e caso afirmativo, como podem ser constatadas –, para optar pelo exercício de determinada crença, frente aos seus pais, e para assumir o ônus dos princípios impostos pela religião professada. A partir disso, importante identificar qual seria o papel dos pais no aspecto do cuidado e do respeito à decisão do menor.

O Brasil do século XIX, especificamente, sua segunda metade, foi cenário de uma intensa transformação da família, já adquirindo um reflexo mais marcado pela afetividade e pela liberdade de escolha individual, a partir dos fenômenos de urbanização e mesclagem cultural<sup>8</sup>. Passou-se a observar, ainda, um crescente processo de horizontalização da socialização dos jovens, pelo qual os próprios jovens criam suas leis de regulamentação de condutas<sup>9</sup>.

A investigação acerca da autonomia e da autodeterminação do menor deve se dar a partir do confronto com o exercício do poder familiar, que entra em conflito direto, sobretudo, quando se depara com questões de crença religiosa. O chamado pátrio poder, que configurava uma relação do patriarcal de poder do chefe familiar sobre os membros da família, no alcance de seu interesse, foi substituído pelo poder familiar, que estabelece mais uma relação de reciprocidade entre filhos e pais, ressaltando os deveres destes para com os menores, até sua emancipação, com o fim de favorecer sua dignidade humana<sup>10</sup>.

A autoridade dos pais deve ser exercida de forma democrática, a fim de resguardar a personalidade e o amadurecimento dos filhos, fomentando sempre o desenvolvimento de sua autonomia. Não é o fato de ser menor apenas que o torna presumidamente incapaz. A lógica da marcação da incapacidade civil reside na proteção patrimonial, de modo que os incapazes não poderiam gerir negócios jurídicos<sup>11</sup>. Entretanto, essas incapacidades têm sido relativizadas, um bom exemplo é a edição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que dispõe no art. 6º que a incapacidade não é presumida e absoluta.

Nesse sentido, não se pode determinar um parâmetro de idade para incapacidade, voltado apenas para proteção patrimonial, porque a vida civil implica a prática de atos envolvendo direitos indisponíveis. Além disso, a psicologia e a psicanálise, por exemplo,

---

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 11.

<sup>9</sup> HEILBORN, Maria Luiza. Entre as tramas da sexualidade brasileira. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 43-59, jan/abr. 2006. p. 50.

<sup>10</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. Direito de família e colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 920, jun. 2012. p. 295.

<sup>11</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra, PONTES, Luís Paulo dos Santos, *op cit.* p. 117.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

estabelecem uma idade notadamente menor para a consolidação da personalidade da criança e um início de atributo de discernimento<sup>12</sup>.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no art. 12, determina que todos os Estados que a ela aderirem devem assegurar à criança, conforme sua capacidade de discernimento e de expressão livre de sua consciência, sua participação sobre os assuntos que lhe dizem respeito, “em função da idade e maturidade” que possuem. A mesma convenção, no art. 2, determina que o Estado aderente deve assegurar que a criança não seja vítima de discriminação ou castigo em razão das opiniões e das crenças de seus pais, familiares ou representantes legais.

Considerando que a autonomia e autodeterminação do menor é de difícil identificação, de modo que a presunção legal de incapacidade já existe justamente para estabelecer um suposto parâmetro de segurança, ainda que seja também a vontade do menor abrir mão de seus direitos em razão da liberdade religiosa, além de que as crenças podem se alterar com o amadurecimento, deve-se decidir com cautela nesses casos de conflitos, sendo que o papel do Estado, dos médicos e dos pais, em um primeiro momento, é de proteger os direitos do menor.

### **2.3 Direito à Vida**

A Revolução Francesa e seus desdobramentos e transformações fizeram com que o direito à vida, ao lado de outras conquistas, começasse a ganhar notoriedade e importância, rompendo com a relação entre moralismo, no sentido religioso, enaltecendo e consolidando as ideais de constitucionalismo e Estado de direito<sup>13</sup>.

Nesse contexto, surgiram os direitos individuais de primeira geração, com o fim de consagrar uma garantia ao indivíduo capaz de protegê-lo dos efeitos violadores do autoritarismo exacerbado que reinava à época sob os Estados nacionais. Esses direitos individuais, como direitos fundamentais, passaram a ocupar um espaço de primazia e soberania sobre os demais direitos, pois a partir desses, se desdobram os demais, como os direitos sociais e coletivos<sup>14</sup>.

A vida, então, interessa não só ao indivíduo que é vítima de desrespeito ao seu direito

---

<sup>12</sup> Mas essa questão não merece aprofundamento no presente trabalho, tendo em vista que não se busca aqui definir o marco para a autonomia da criança, mas apenas apontar que essa autonomia existe e não pode ser suprimida pela vontade dos pais, seja por qual razão for.

<sup>13</sup> FREITAS, Marcyo Keveny de Li; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. Direito à vida frente à liberdade de crença religiosa: uma análise jurídica da recusa à transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade – FIDES*, Natal, v. 8, n. 1, jan/jun. 2016. p. 95-96.

<sup>14</sup> *Ibid.* p. 96.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

ou na sua iminência, de tê-lo violado, mas o Estado deve, obrigatoriamente, resguardá-lo e preservá-lo. O Estado assume o papel de garantidor do bem jurídico, vida. Até mesmo porque, sem a vida, não é possível exercer qualquer direito, por uma questão lógica.

A legislação civil já determina que a personalidade, que permite ao indivíduo o atributo de direito e deveres, começa com o nascimento com vida, nos termos do art. 2º do Código Civil de 2002. A vida possui importância fundamental conferida pela Constituição da República de 1988, no *caput* do art. 5º, e, a partir de todo o ideal do Estado de Direito e de democracia que tem se consolidado desde a Modernidade, bem como das lutas por conquista de direitos fundamentais que foram empreendidas, a fim de enraizar o ideal de dignidade da pessoa humana, afirma-se que não basta falar hoje somente em direito à vida e sua preservação, mas em direito a uma vida digna, com respeito às garantias fundamentais de seu livre desenvolvimento.

### **3. A RELIGIÃO “TESTEMUNHAS DE JEOVÁ” E A TRANSFUÇÃO DE SANGUE**

A religião “Testemunhas de Jeová” foi fundada nos Estados Unidos por Charles Taze Russel, a partir da união de um pequeno grupo para estudar a Bíblia, e sua doutrina fundamental se encontra nas obras “Estudos das Escrituras” e “Tradução do Novo Mundo das Escrituras”. Trata-se de uma religião com adeptos espalhados, predominantemente, na América do Norte, Inglaterra, México, África, Japão, Bolívia, Brasil e Chile<sup>15</sup>.

As testemunhas de Jeová se recusam a receber a hemotransfusão total (transfusão de sangue), de elementos figurados isolados (hemácias, leucócitos ou plaquetas) e de plasma sanguíneo, ainda que seja seu próprio sangue previamente armazenado. Ao contrário, podem apenas utilizar:

Eritropoietina humana recombinante, Interleucina-11 recombinante, ácido aminocapróico e tranexâmico, adesivos teciduais, expansores do volume do plasma, colóides e instrumentos hemostáticos como o eletrocautério, lasers ou o coagulador com raio de argônio.<sup>16</sup>

O fundamento para a proibição do recebimento de transfusão de sangue se encontra, segundo os adeptos à religião, em algumas passagens da Bíblia. No livro do Gênesis (9:3-4)

---

<sup>15</sup> FRANÇA, Inacia Sátiro Xavier de; BAPTISTA, Rosilene Santos; BRITO, Virgínia Rosana de Sousa. Dilemas éticos na hemotransfusão em Testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética. *Acta Paul Enferm*, v. 21, n. 3, p. 498-503, 2008. p. 500.

<sup>16</sup> *Ibid.*

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

consta que “todo animal movente que está vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com sua alma – seu sangue – não deveis comer”. No Levítico (17:10) também consta que “todo israelita ou todo estrangeiro que habita no meio deles, que comer qualquer espécie de sangue, voltarei minha face contra ele, e exterminá-lo-ei do meio do meu povo”<sup>17</sup>.

Acreditam, então, que a hemotransfusão provoca apropriação da alma do doador, que representa um pecado que condenaria à perdição, afastando da salvação, toda a vivência do indivíduo.

#### **4. A TRANSFUSÃO DE SANGUE EM MENOR TESTEMUNHA DE JEOVÁ: O DEVER DE CUIDADO DOS PAIS E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

Os pais possuem por meio do poder familiar, o dever de educação dos filhos, em todos os aspectos. Trata-se de um dever de inserção do menor na vida social, que abrange a educação acadêmica propriamente, a cultura, a moral e os costumes. Nesse processo de cuidado e criação, os pais evidentemente transferem, automaticamente ou intencionalmente, grande parte de suas crenças, valores, costumes, opiniões e ideologias aos filhos.

Entretanto, essa transferência não pode ser imposta obrigatoriamente, de forma sufocante ou contra a vontade do menor, porque feriria a formação de sua personalidade e, conseqüentemente, sua dignidade humana. É necessário que os pais saibam oscilar entre restringir a liberdade do menor, em prol de seu cuidado e preservação – psicológica, emocional, moral e física –, e favorecer a ampliação da sua liberdade para o exercício da autonomia e do amadurecimento.

A família, enquanto um espaço coletivo, deve favorecer o desenvolvimento da identidade e da personalidade individual de seus membros, a partir das interações, da interação mútua. Todo esse processo deve se dar sempre com o objetivo maior de alcance da proteção integral e do melhor interesse do menor. O interesse dos pais não pode prevalecer sobre o interesse do menor, sobretudo em questões afetas à religião, cujo exercício do direito é uma mera decorrência da liberdade e da autonomia individual.

A vontade do menor deve ser levada em consideração na tomada de decisões a seu respeito, principalmente quando envolve o sacrifício de direitos fundamentais tão caros, como

---

<sup>17</sup> FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 130.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

saúde, integridade e vida. Isso porque não há como identificar objetiva e precisamente o grau de discernimento daquele menor para assumir certos ônus decorrentes de suas escolhas. A ponderação entre a vontade dos pais e dos menores deve ser feita no sentido de sempre garantir o interesse supremo deste, e o dever dos pais é orientá-los e capacitá-los para que tenham autonomia para se guiarem na vida pessoal.

O poder familiar dos pais implica o dever de cuidado destes para com o menor, de modo que devem zelar pela construção da identidade da criança e, conseqüentemente, pelos seus direitos fundamentais. O Judiciário proferiu decisões tanto em prol da realização da transfusão de sangue como também contrariamente.

O Judiciário brasileiro, até o momento, enfrentou poucos casos concretos sobre a liberdade religiosa de menores, sendo que destes, a maioria se refere ao dilema de realização de algum procedimento médico em razão da contrariedade a princípios religiosos da fé que professam.

Esses casos, em linhas gerais, revelam o posicionamento contrário dos pais à realização do procedimento, preferindo abrir mão da saúde, integridade e da vida do menor, em prol da religião, não restando claro nos julgados, se o menor havia anuído à negativa de realização do procedimento. Isso se deve ao fato de que os pais não fazem constar nos autos dos procedimentos, a informação se o menor anuiu à negativa de realização do procedimento, se o menor também exerce a mesma religião que os pais. Dessa forma, o que influi nas decisões judiciais é somente o direito à liberdade religiosa dos pais, enquanto portadores da voz, responsáveis diretamente pelo rumo que toma a vida da criança.

Quando se trata de pessoa maior e capaz abrindo de sua saúde, integridade física e até mesmo a vida em razão de suas convicções religiosas, os tribunais e a legislação entendem, como um todo, que deve ser respeitada sua vontade, como se pode observar nos julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, n. 1.0701.07.191519-6/001<sup>18</sup> e do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, no processo n. 0017343-82.2016.4.01.0000<sup>19</sup>.

Por outro lado, quando se trata de direito à vida ou à saúde de menor, os médicos devem realizar o procedimento mesmo contra a vontade dos pais, como decidiu o Superior

---

<sup>18</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas – Primeira Câmara Cível. *Diário de Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 04 Set. 2007.

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento 0017343-82.2016.4.01.0000/MG. Relator: Desembargador Kassio Nunes Marques – Sexta Turma. *Diário de Justiça Federal*, Belo Horizonte, 08 Jul. 2016.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

Tribunal de Justiça nos julgados do Habeas Corpus n. 7.785/SP<sup>20</sup> e 268.459/SP<sup>21</sup>, caso em que, se não o fizerem, e o paciente vier a falecer em razão da ausência de realização da terapêutica, são condenados a homicídio doloso, por violação do dever legal de cuidado do paciente.

Porém, a questão curiosa e que busca se apontar no presente trabalho, é que, do mesmo modo que o médico é responsável legal pelo paciente, com um dever previsto em lei que, caso não cumpra e o paciente venha a falecer, será responsabilizado pessoalmente pelo fato, os pais do menor também devem ser responsabilizados. Isso porque, quando decidem sobre direitos de terceiro, não estão ou deveriam estar agindo em interesse próprio. A vida, a integridade e saúde são direitos fundamentais intransmissíveis, cuja decisão acerca dos mesmos cabe exclusivamente ao seu titular. E, no caso de não possuir a capacidade ou o discernimento necessário para essa avaliação, devem ser protegidos por aqueles aos quais a legislação e o Estado atribuíram o dever de cuidado.

A única hipótese que se constatou de pais que foram responsabilizados por agirem colocando seu interesse (sua crença religiosa) à frente dos direitos fundamentais do menor foi a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 2011.089551-3. *In casu*, o Ministério Público ajuizou uma ação contra os pais de uma criança de um ano e meio, que lhe vetaram a aplicação de vacinas prescritas pelo médico. O tribunal determinou então a aplicação compulsória do tratamento e aplicou multa aos pais pelo descumprimento. O argumento foi de que a saúde da criança prevalece sobre a liberdade religiosa dos pais, que estariam tentando impor sua crença ao menor<sup>22</sup>.

No Ceará um bebê morreu após a recusa dos pais quanto ao procedimento de transfusão de sangue<sup>23</sup>. Em um caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, processo n. 990.10.414217-2, nem mesmo o médico da família que era testemunha de Jeová, quando chamado a resolver o impasse sobre a realização de transfusão de sangue em menor, diante da recusa dos pais, quis se responsabilizar e tomar qualquer partido sobre a questão<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 7785/SP. Relator: Ministro Fernando Gonçalves – Sexta Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, p. 209, RTJE, v. 169, p. 28530, 30 Nov. 1998.

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 268.459/SP. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 28 Out. 2014.

<sup>22</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2011.089551-3. Relator: Desembargador Carlos Prudêncio - Primeira Câmara de Direito Civil. *Diário de Justiça Eletrônico*, Florianópolis, julgado em 08 Maio 2012.

<sup>23</sup> BEBÊ morre após família recusar transfusão. *Diário do Nordeste*, Cidade, 24 Dez. 2013.

<sup>24</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 0414217-37.2010.8.26.0000. Relator: Desembargador João Carlos Garcia – Nona Câmara de Direito Privado. *Diário de Justiça Eletrônico*, São Paulo, 22 Dez. 2010.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

Por outro lado, Superior Tribunal de Justiça no Habeas Corpus n. 7.785/SP, permitiu que a mãe, testemunha de Jeová, que não autorizou a transfusão na criança, fosse levada a Júri popular como responsável por seu homicídio<sup>25</sup>.

No plano de fundo desses casos, verifica-se o conflito entre dois princípios, de um lado o direito à vida, e do outro a liberdade religiosa, é essa questão que se passa a enfrentar agora.

## **5. PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PARTIR DE ROBERT ALEXY**

A fim de analisar e fornecer uma solução adequada e justa ao conflito de direitos fundamentais entre a vida do menor e a liberdade religiosa dos pais, adota-se no presente trabalho a concepção acerca dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais – sejam regras ou princípios – calcada na teoria discursiva do Direito de Robert Alexy, que apresenta uma teoria racional, a partir da atribuição do caráter científico ao Direito, pela matematização da solução dos conflitos por meio de uma fórmula, compostas por premissas ilustrativas da classificação dos graus de lesões a direitos fundamentais e dos graus de importância abstrata e relativa de cada princípio envolvido no caso concreto.

Robert Alexy é defensor de uma teoria não-positivista do Direito e elaborou uma distinção de cunho semântico qualitativo entre regras e princípios, por meio de um modelo teórico-normativo que representou uma inovação no mundo jurídico, justamente por possibilitar o cumprimento de direitos fundamentais na maior medida possível, ao passo que busca minimizar o descumprimento do direito contraposto no caso concreto.

Para o autor, direitos fundamentais são direitos que definem a estrutura fundamental da sociedade, tratando de uma regulação de grau mais elevado, por estarem dispostos na Constituição da República, e, conseqüentemente, possuem a maior força executória, vinculando as três funções estatais (legislativa, executiva e judiciária), por meio do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, possuem objetos de maior importância, além de proporcionarem a maior medida de abertura, para que se proceda a uma interpretação que possibilite uma maior otimização da aplicação ao caso concreto<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> AGÊNCIA ESTADO. Pais de jovem que morreu sem transfusão em SP podem ir a júri. *GI*, São Paulo, 16 Nov. 2010.

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

Os enunciados que expressam normas de direitos fundamentais são disposições, que se caracterizam por uma atitude semântico que estampa conteúdo deôntico (dever ser – proibição, mandado ou permissão). Regras são comandos definitivos, aplicados por meio da subsunção do fato concreto à norma, no esquema de tudo-ou-nada, enquanto, diferentemente, princípios são normas que figuram como comandos de otimização, isto é, *prima facie*, que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível, de acordo com as condições do caso concreto – possibilidades fáticas e jurídicas<sup>2728</sup>.

Nesse sentido, uma vez que Alexy defende que o resultado de toda ponderação de princípios se baseia em pesos concretos que cada um possui, no caso concreto específico, sob determinadas circunstâncias de precedência, não há princípios absolutos, isto é, não há um princípio que sempre prevalecerá em todos os casos. O único que se enquadraria nessa ideia de caráter absoluto seria a dignidade da pessoa humana, a qual Alexy já questionou se tratar propriamente de um princípio. A precedência de um princípio sobre o outro depende sempre das circunstâncias do caso concreto e deve ser medida por meio do procedimento da ponderação, de modo que, aqui, já se pode levantar também a hipótese de que a liberdade religiosa dos pais não deve, ao menos não em todas circunstâncias, prevalecer sobre os direitos fundamentais do menor, como tem ocorrido na realidade brasileira.

Para os estudiosos adeptos à Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, é incontroverso que a ponderação é a manifestação em maior medida da racionalidade da solução de colisões entre princípios de direitos fundamentais, tendo em vista que parte de premissas representativas do grau de interferência nos princípios, que se apregoam em valores matemáticos, que expressam o peso abstrato e o peso concreto dos princípios. Essas premissas atuam na fórmula do peso, por meio da qual é possível medir de maneira lógica qual princípio tem precedência em certa situação de colisão, sob determinadas possibilidades fáticas e jurídicas<sup>29</sup>.

As possibilidades correspondem à máxima da proporcionalidade, a qual se desdobra em três máximas parciais, quais sejam, a adequação e a necessidade (possibilidades fáticas), que expressam a ideia da Otimalidade de Pareto –, e a proporcionalidade em sentido estrito (possibilidades jurídicas), que se expressa nas regras e principalmente nos princípios opostos,

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

<sup>29</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais, op cit.*

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

revelando-se na própria ponderação<sup>30</sup>. A adequação equivale à idoneidade do meio utilizado para intervenção no conflito de princípios, e a necessidade equivale à escolha de um meio necessário, mas que sacrifique o mínimo possível o direito que será preterido.

Pode ser expressa por meio de uma regra, denominada Lei da Ponderação: “quanto maior o grau de inobservância ou detrimento de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro”<sup>31</sup>.

Essa lei pode se desdobrar em três estágios. Inicialmente, deve-se determinar o grau de não satisfação ou detrimento do primeiro princípio, para, posteriormente, se estabelecer a importância de satisfação do colidente. Por fim, deve-se analisar se a importância da observância do último princípio justifica a interferência no primeiro, e a intensidade da interferência pode ser determinada com base na escala triádica – leve, médio e grave<sup>32</sup>.

Ponderar só é possível se todas as premissas possuem o mesmo valor, pois é pressuposto para a compreensão do procedimento. Somente é racional o que pode ser fundamentado, e só se fundamenta aquilo que é compreensível, sendo a fundamentabilidade de proposições sobre intensidade “condição de racionalidade da ponderação”<sup>33</sup>.

Alexy defende que o Direito encontra expressão no postulado da proposicionalidade, e as classificações da fórmula do peso são proposições ou juízos que requerem fundamentação, sendo esses juízos de pretensão de correção, fundada em argumentos, de modo que chamá-los de irracionais é negar ao discurso uma teoria da argumentação racional do direito<sup>34</sup>.

## **6. O CONFLITO ENTRE DIREITO À VIDA DO MENOR E A LIBERDADE RELIGIOSA (OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA) DOS PAIS GUARDIÕES**

O objetivo desse trabalho é, partir de todas as considerações já apresentadas acerca do conflito entre os direitos fundamentais à vida e a liberdade religiosa, para dar uma solução

---

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *I-CON - International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005.

<sup>31</sup> *Ibid.* p. 573, tradução nossa. No original: The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. The weight formula. Translated by Bartosz Brozek and Stanley L. Paulson. In: Various authors. *Studies in the Philosophy of Law: frontiers of the economic analysis of law*, Poland, Jagiellonian University Press, p. 9-27, 2007.

<sup>33</sup> ALEXY, Robert, *Teoria discursiva do Direito*, *op cit.* p. 157.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert, *Teoria discursiva do Direito*, *op cit.*

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

mais imparcial e precisa à controvérsia, por meio da ponderação proposta por Alexy<sup>35</sup>, visando construir os subsídios necessários a fim de estabelecer ou confirmar a responsabilidade dos pais sobre o falecimento do menor, caso se recusem a permitir a realização do procedimento necessário de hemotransfusão.

Ainda que os médicos realizem a transfusão contra a vontade dos pais, como determina a legislação, os tribunais e o Conselho de Medicina, busca-se demonstrar se o direito dos pais à liberdade religiosa é mais caro ao direito à vida do menor, a ponto de poder se esquivar da autorização de um tratamento médico essencial à preservação de sua vida. Caso o direito à vida do menor prevaleça na fórmula, os pais deverão ser punidos em sua negativa de realizar o tratamento médico devido.

A ponderação, conforme proposta por Alexy, se traduz em uma fórmula matemática, que pode ser expressa da seguinte maneira (com base na fórmula do peso refinada):

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R^e_i \cdot R^n_i}{I_j \cdot W_j \cdot R^e_j \cdot R^n_j}$$

A ponderação começa, então, com a subsunção do caso a dois princípios concorrentes, Pi e Pj. As premissas da fórmula acima, no numerador, equivalem ao princípio Pi e, no denominador, equivalem ao princípio Pj. Assim, I corresponde à intensidade da interferência em cada princípio; G corresponde aos pesos abstratos de cada princípio; e R, ao grau de certeza das suposições empíricas, que se referem “ao que a medida em questão significa para a não-realização de Pi e para a realização de Pj” (que seria a importância do cumprimento do princípio, ou a certeza das suposições empíricas), as quais se dividem em R<sup>e</sup> (premissas empíricas) e R<sup>n</sup> (premissas normativas). O resultado Gi,j equivale ao peso concreto do princípio Pi no caso em análise. Se o resultado for menor que 1, Pj, sob as circunstâncias deste caso concreto, prevaleceu sobre o conflito; mas se for maior que 1, Pi, então, prevaleceu<sup>36</sup>.

Pela escala triádica elaborada por Alexy, cada grau de lesão ou a intensidade da interferência é definido por meio de um escalonamento, composto pela classificação “leve” (l), “média” (m) e “grave” (s), à qual são atribuídos os valores em progressão geométrica 2<sup>0</sup>,

<sup>35</sup> De acordo com a fórmula do peso, então, a fim de abreviar a subsunção dos valores às premissas, pois uma análise aprofundada e pormenorizada acerca do enquadramento do caso concreto à fórmula ocuparia páginas e páginas.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert, *Teoria discursiva do Direito*, op cit. p. 228.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

2<sup>1</sup> e 2<sup>2</sup>, ou seja, 1, 2 e 4, para as premissas do grau de interferência em cada princípio e do peso abstrato. Para as premissas das certezas das suposições empíricas (atributo epistêmico), atribui-se, pela escala triádica, a classificação certo (2<sup>0</sup> = 1), plausível (2<sup>-1</sup> = 1/2) e não evidentemente falso (2<sup>-2</sup> = 1/4).

Para Alexy, a ponderação e, sobretudo, o cumprimento da máxima da proporcionalidade somente se configura a partir da deliberação, compreendida como procedimento argumentativo, de modo que a deliberação jurídica seria então argumentação jurídica<sup>37</sup>. Ao mesmo tempo, “a natureza argumentativa do direito encontra expressão no postulado da proposicionalidade”, pela qual “classificações são proposições ou juízos que requerem fundamentação”, razão pela qual, “só se pode fundamentar aquilo que se compreende”<sup>38</sup>.

No caso concreto, analisando as circunstâncias fáticas e jurídicas para que se realize aplique a fórmula do peso na ponderação, pode-se resumir que as circunstâncias jurídicas que estão em jogo para se avaliar se deve prevalecer o direito à vida do menor, enquanto princípio contraposto, são o princípio da liberdade religiosa dos pais, assegurada por toda a legislação pertinente, bem como o direito ao exercício do poder familiar e da educação. Entretanto, favoravelmente ao direito à vida do menor, encontram-se os princípios do melhor interesse da criança, de sua proteção integral e sua autonomia, acompanhados de toda a previsão pela legislação internacional e nacional.

Por outro lado, enquanto circunstâncias fáticas, a adequação (idoneidade do meio ao fim) versa que a transfusão de sangue é idônea à realização do direito à vida, não representando uma ofensa à liberdade religiosa indiscriminada. Por sua vez, a necessidade versa que não há outro meio menos gravoso à liberdade religiosa, que não a determinação do Estado para realização da transfusão de sangue, pois, no caso em análise, investiga-se a situação em que esta é a única alternativa possível, na presença de risco de morte. A proporcionalidade no sentido estrito, é a própria realização da ponderação, por meio da fórmula do peso.

Passando para o cumprimento dos passos da ponderação, com a atribuição dos valores matemáticos subsidiados pela argumentação jurídica, tem-se que Pi é o princípio do direito à vida do menor e Pj é o princípio do direito à liberdade religiosa dos pais. A partir disso,

---

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a. M.: Surkamp, 1983.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert, *Teoria discursiva do Direito, op cit.* p. 222.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

atribuir-se-ão os pesos às respectivas premissas da fórmula, por meio da argumentação jurídica, recaptulando suscintamente o raciocínio desenvolvido ao longo do texto. Então, tem-se:

- a) O peso abstrato de cada princípio equivale ao valor 4, ou seja,  $W_i = W_j$ , pois ambos possuem basicamente a mesma importância no plano jurídico e fático, que é uma posição soberana. São dois direitos fundamentais individuais mais caros ao indivíduo e ao ordenamento jurídico como um todo; estão previstos na Constituição da República de 1988, de modo que prevaleceriam sobre quaisquer outros princípios, em qualquer caso, abstratamente; entretanto, aqui, coloca-se o peso igual para ambos, apenas para não assumir uma postura tendenciosa (outros poderiam apontar), pois o próprio Alexy defende que alguns princípios têm um peso abstrato maior que outros, a exemplo do direito à vida sobre o direito à liberdade<sup>39</sup>.
- b) O valor atribuído a  $I_i$  é 4, ou seja, nesse caso, o grau de interferência no direito à vida do menor é grave, pois, uma vez violado, pode levar a óbito; trata-se, portanto, de uma ofensa direta a um direito de importância primária ao indivíduo;
- c) O valor atribuído a  $I_j$  é 2, ou seja, nesse caso, a violação do direito à liberdade religiosa dos pais é média, para não dizer leve, tendo em vista que violar a liberdade religiosa de um indivíduo configura uma lesão grave abstratamente, em razão do patamar de relevância que esse direito ocupa no ordenamento jurídico; entretanto, nesse caso, não se está violando o direito à liberdade religiosa de um indivíduo por meio de uma imposição compulsória contra si próprio, mas contra um terceiro, que é o menor, ou seja, não se trata de uma ofensa direta à personalidade dos pais, mas tão somente indireta, pois estão sendo violados em sua crença por intermédio de seus filhos. Os direitos de personalidade são intransmissíveis, de modo que não há como os pais quererem transferir suas crenças e convicções aos filhos, ferindo a autonomia destes, que são livres para optar pelas crenças que julgarem desejáveis. Até mesmo porque, os pais são responsáveis legais por seus filhos, buscam transmitir seus valores, crenças e ideologias por meio da educação e da criação, mas os filhos não são uma extensão, um prolongamento dos pais em suas características, em sua personalidade, pois possuem personalidade própria;
- d) O valor atribuído a  $R_i^e$  e a  $R_i^n$  é 1, ou seja, há uma certeza incontestável de que, uma

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. The weight formula, *op cit.* p. 15.

vez observado o direito à liberdade religiosa dos pais, o direito à vida será inevitavelmente violado, porque, para o caso em análise, a transfusão é um procedimento imprescindível à manutenção da vida do menor. Até mesmo porque, justamente para se evitar a violação desnecessária da crença religiosa, é pacífico, nas determinações do Conselho de Medicina e nos tribunais, que a transfusão de sangue só pode ser realizada no menor, contra a vontade dos pais, se houver risco de morte e se não houver outro procedimento alternativo menos gravoso que possa ser adotado. Ou seja, é necessário que seja realizado o procedimento de transfusão de qualquer forma;

- e) O valor atribuído a  $R^e j$  e a  $R^p j$ , por sua vez, é  $1/2$ , ou seja, há uma “certeza plausível” acerca da efetiva violação do direito à liberdade religiosa dos pais quando da realização da transfusão de sangue no menor para salvar sua vida. Isso porque, assim como muitos pais fazem questão de ver seus valores, crenças e ideologias reproduzidos pelos filhos, muitos dos quais acreditando praticamente que seu filho seja uma reprodução de sua própria pessoa, muitos não levam a crença religiosa ao extremo radical, ao ponto de abrir mão de uma vida de terceiro, quiçá de um filho (que via de regra é um amor maior), a pretexto de cumprimento de sua crença ou convicção. Entretanto, supondo que esse pai/mãe seja radical ao extremo, compartilha-se aqui dos mesmos argumentos apresentados na alínea “c”, quando da justificação do valor atribuído a  $I_j$ , isto é, os direitos de personalidade são intransmissíveis. Não se impõe, nesse caso, um tratamento médico forçado ao adepto à crença religiosa que o proíbe, mas ao menor que muitas das vezes não compreende o que é uma crença religiosa e sequer compartilha da fé e do fervor dos pais. Deve-se flexibilizar, aqui, o poder familiar e o direito de educar para dar espaço à liberdade, à autonomia e à autodeterminação do filho, conforme recomendado por toda a legislação internacional e nacional. Muitas vezes, em razão da idade, o menor não se manifesta sobre a questão, ainda que se manifestasse, como não é possível estabelecer ao certo se há um grau de discernimento desejado de sua parte, é necessário garantir sua vida, como cumprimento da dignidade humana, para que, posteriormente, após amadurecido, possa tomar suas próprias decisões e assumir o respectivo ônus.

Desse modo, a fórmula do peso fica com a seguinte composição:

$$W_{i,j}, \text{ então} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 1/2 \cdot 1/2} = \frac{16}{2} = 8$$

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

O resultado da ponderação, então, mostra que, de fato, prevalece o direito à vida do menor sobre o direito à liberdade religiosa dos pais, diante das circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, uma vez opondo-se, os pais, à realização da hemotransfusão, devem ser punidos concretamente, como forma de forçar a promoção do direito à vida, à liberdade e à dignidade do menor, em todas as suas repercussões.

## 7. CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou, em linhas gerais, demonstrar que o direito à vida do menor deve prevalecer, não podendo ser relativizado por crenças religiosas e convicções dos pais. Trata-se da necessidade de favorecer a dignidade da pessoa humana do menor a partir da preservação de sua autonomia, de sua própria liberdade e saúde como um todo, de modo que o menor deve ter direito a tomar suas próprias decisões e suportar os ônus respectivos quando tiver discernimento e autodeterminação para tanto.

O exercício do poder familiar e da educação dos pais, enquanto direito, deve respeitar os limites do melhor interesse do menor e de sua proteção integral, conforme previsto pela legislação internacional e nacional. A aplicação da fórmula da ponderação nesse caso teve o intuito de deixar um pouco mais claro qual deve ser o raciocínio mais adequado a se adotar acerca desse conflito, dentro da legalidade e de uma interpretação teleológica do ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. *Pais de jovem que morreu sem transfusão em SP podem ir a júri*. G1, São Paulo, 16 Nov. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/11/pais-de-jovem-que-morreu-sem-transfusao-em-sp-podem-ir-juri.html>>. Acesso em: 04 Mar. 2017.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *I-CON - International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 3, n. 4, pp. 572-581, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983, passim.

ALEXY, Robert. The weight formula. Translated by Bartosz Brozek and Stanley L. Paulson. In: Various authors. *Studies in the Philosophy of Law: frontiers of the economic analysis of law*, Poland, Jagiellonian University Press, p. 9-27, 2007.

BEBÊ morre após família recusar transfusão. *Diário do Nordeste*, Cidade, 24 Dez. 2013. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/bebe-morre-apos-familia-recusar-transfusao-1.798469>>. Acesso em: 04 Mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 268.459/SP*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 28 Out. 2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1293470&num\\_registro=201301061165&data=20141028&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1293470&num_registro=201301061165&data=20141028&formato=PDF)>. Acesso em: 02 de Mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 7785/SP*. Relator: Ministro Fernando Gonçalves – Sexta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, p. 209, RTJE, v. 169, p. 28530, 30 Nov. 1998. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800517561&dt\\_publicacao=30-11-1998&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800517561&dt_publicacao=30-11-1998&cod_tipo_documento=>)>. Acesso em: 04 Mar. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Agravo de Instrumento 0017343-82.2016.4.01.0000/MG*. Relator: Desembargador Kassio Nunes Marques – Sexta Turma.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

Diário de Justiça Federal. Belo Horizonte, 08 Jul. 2016. Disponível em:

<<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=173438220164010000&pA=&pN=173438220164010000>>. Acesso em: 04 Mar. 2017.

FOUCAULT, Michel. A política da saúde no século XVIII. In: FOUCAULT, Michel.

*Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado (Org.). Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. Cap. XIII, p. 193-208.

FRANÇA, Inacia Sátiro Xavier de; BAPTISTA, Rosilene Santos; BRITO, Virgínia Rosana de Sousa. *Dilemas éticos na hemotransfusão em Testemunhas de Jeová: uma análise jurídico-bioética*. Acta Paul Enferm, v. 21, n. 3, p. 498-503, 2008. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/pdf/ape/v21n3/pt\\_19.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ape/v21n3/pt_19.pdf)>. Acesso em: 02 Mar. 2017.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

FREITAS, Marcyo Keveny de Li; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. *Direito à vida frente à liberdade de crença religiosa: uma análise jurídica da recusa à transfusão de sangue em testemunhas de jeová*. Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade – FIDES, Natal, v. 8, n. 1, jan/jun. 2016. Disponível em:

<<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/528/841>>. Acesso em: 02 Mar. 2017.

HEILBORN, Maria Luiza. *Entre as tramas da sexualidade brasileira*. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 43-59, jan/abr. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade*. Revista Jurídica, Campinas, v. 23, n. 1, p. 5-12, 2007. p. 11.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de família e colisão de direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 920, jun. 2012.

FRANÇA, Mhardoqueu G. Lima; SANTOS, Najara Cristiane. Transfusão de Sangue em Testemunha de Jeová Menor: um Conflito entre o Direito à Vida e o Direito à Liberdade Religiosa. pp. 3-23

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, v. 11, n. 1, p. 113-123, jan/jun. 2015. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/861/642>>. Acesso em: 04 Mar. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/001*. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas – Primeira Câmara Cível. *Diário de Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 04 Set. 2007. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=testemunhas%20jeov%vE1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=0&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 04 Mar. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2011.089551-3*. Relator: Desembargador Carlos Prudêncio - Primeira Câmara de Direito Civil. *Diário de Justiça Eletrônico*, Florianópolis, julgado em 08 Maio 2012. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome\\_c/crimes\\_infracoes\\_administrativas/cia\\_jurisprudencia\\_infracoes\\_adm/infracoes\\_administrativas/TJSC%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%-C2%BA%202011.089551-3%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/crimes_infracoes_administrativas/cia_jurisprudencia_infracoes_adm/infracoes_administrativas/TJSC%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20n%C2%BA%202011.089551-3%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 04 Mar. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 0414217-37.2010.8.26.0000*. Relator: Desembargador João Carlos Garcia – Nona Câmara de Direito Privado. *Diário de Justiça Eletrônico*, São Paulo, 22 Dez. 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4866820&cdForo=0>>. Acesso em: 04 Mar. 2017.