

CONFLITO DE AUTONOMIA POR GENITORES ENVOLVENDO À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Pedro Henrique Aprigio Silva

Palavras-chave: DIREITO DAS FAMÍLIAS - PODER FAMILIAR - DIREITOS FUNDAMENTAIS - AUTONOMIA PARENTAL- MELHOR INTERESSE DO MENOR.

Sumário: 1. Introdução. 2. Poder Familiar. 3. Autonomia Parental. 4. Direitos fundamentais de crianças e adolescentes no contexto familiar. 5. Do direito à autodeterminação de crianças e adolescentes no contexto médico e religioso 5.1. Ponderação ao Relativamente Incapaz. 6. Conclusão.

1. Introdução

Este artigo foi idealizado com uma inspiração dogmática sob a égide da seara do Direito Civil envolvendo o direito das famílias e, sobretudo, até onde o exercício da liberdade dos genitores conseguem garantir com eficiência a dignidade da pessoa humana, em especial, crianças e adolescentes. Sendo assim, tem por escopo enfrentar a problematização que circunda o conflito da autonomia de genitores envolvendo a saúde de crianças e adolescentes, frente aos deveres e responsabilidade parental em caso de descumprimento.

Por meio desse artigo foi possível realizar uma análise a respeito de conflito de autonomia por genitores relacionados a saúde de crianças e adolescentes no Brasil. É nesse contexto que é válido ressaltar toda a problemática a respeito desse tema na sociedade brasileira, a partir de uma análise com o intuito de evidenciar as

garantias infantis elencadas no Ordenamento Jurídico. Além disso, possui como objetivo analisar ponderações que respeitem a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, sendo assim, possibilitando observar métodos pacíficos que atuem em conformidade a esses direitos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Em síntese, é essencial demonstrar que uma das causas de conflito entre genitores se relaciona à questão religiosa. Com isso, por meio de uma análise do cenário nacional, em que o número de evangelizadores de Testemunhas de Jeová residentes no Brasil, o número das congregações religiosas e o número de habitantes brasileiros, vem aumentando cada vez, justifica-se a problemática do presente artigo.

Segundo o periódico “Anuário das Testemunhas de Jeová 2021”, em que analisa a realidade relacionada à prática desta fé mundialmente, há no Brasil 213.993.000 habitantes, 913.479 evangelizadores, 12.441 congregações religiosas e uma Testemunha de Jeová para cada 236 habitantes, justificando assim, a relevância no tema na sociedade.

Em virtude disso, a problemática exposta objetiva ampliar a discussão jurídica e pragmática a respeito do tema, visando à redução de conflitos normativos para melhorar a qualidade de vida da sociedade brasileira. Logo, será trabalhado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente evidenciadas na sociedade contemporânea.

Entretanto, afigura-se objeto de análise, também, a correlação da autonomia parental com a autonomia infantil, em situações de ponderação de recusa em adolescentes relativamente incapazes. Para isso, foi elencado a utilização dos métodos alternativos, quando possíveis de utilizar, a fim de se ter uma eficácia no procedimento médico, garantindo a autonomia da vontade, o direito ao próprio corpo e o direito à vida.

Além disso, cabe ressaltar que, por mais que o método alternativo tenha uma eficácia considerável, poderá ser um procedimento incisivo para as crianças e adolescentes, devendo ao médico a tomada de decisão para procedimento mais seguro na situação específica. Assim, deve-se levar em conta a esfera da bioética, com fundamentos Constitucionais relacionados à dignidade da pessoa humana, posto que na seara das relações parentais, através da autonomia parental, deverá ser utilizada na garantia do melhor interesse da criança e do adolescente.

2. Poder Familiar

Em que pese analisar, a fundamentação do preceito de guarda compartilhada é a regra no Brasil, e assegura maior aproximação física e imediata com os filhos por meio da corresponsabilidade parental. Sendo estabelecida pelo poder de gestão sobre a criança, com o de responsabilidade compartilhada entre os genitores, independentemente do vínculo afetivo, ficando responsáveis por questões estruturais, tais como: educação, alimentação, convívio social e saúde.

Estando, assim, os genitores responsáveis por administrar de forma mútua e consensual, nas decisões referentes a vida do filho, mantendo amplo convívio, de forma organizada, com seus genitores. Assim, o artigo 21 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) dispõe que:

Art. 21. O pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma 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.

Nesse sentido, é imprescindível apontar a origem conceitual do Poder Familiar, que teve por base o caráter conservador do antigo pátrio poder, estabelecido no Código Civil de 1916. Esse conservadorismo enraizado no pátrio poder, foi tão desumano com as funções da atuação familiar responsável, uma vez que garantia o poder de decisão apenas para o homem.

Nesse sentido, no decorrer da história, após muita batalha por representatividade e garantias dos direitos iguais entre homem e mulher, o legislado cuidou de realizar algumas mudanças específicas no Código Civil em sua normatividade. Posto isso, a conceituação de poder familiar, por Maciel dispõe que:

O poder familiar, pois, pode ser definido como um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais com relação ao filho menor, não emancipado, e que deve ser exercido no melhor interesse deste último. Sendo um direito-função, os genitores biológicos ou adotivos não podem abrir mão dele e não o podem transferir a título gratuito ou oneroso. (MACIEL, 2013, pág. 137)

O Poder Familiar se tornou irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, sendo proveniente da paternidade natural, filiação legal ou socioafetivo, devendo, sempre, ser de responsabilidade compartilhada entre os genitores. Para

tanto, o que se estabelece como poder familiar, ao certo, deveria se chamar de dever familiar, pois o caráter dessa atribuição é de uma obrigação fundamental de afetividade que a família deve cumprir, em que os genitores têm como principal objetivo promover a educação, saúde e bem-estar do menor, sob pena de perderem a autoridade parental, ou tê-la suspensa, estando elencada essas obrigações em um rol extenso no artigo 1.634 do Código Civil.

Para isso, através desses requisitos de utilização da autoridade parental, justifica-se para viabilizar a criação, a educação e a proteção dos filhos menores. “Trata-se do exercício de um múnus, o que importa dizer que este visa a realizar os interesses da criança e do adolescente, ainda quando isso contrarie o interesse dos pais”. (Lima, 2016, pág. 19)

Sendo assim, uma abordagem teórica ao poder familiar, com o intuito de garantir o melhor interesse dos filhos, tornando-os sujeitos de direito, Maria Berenice Dias traz uma análise dessa função, em caráter de dever legal:

De objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. 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. (Dias, 2015, pág. 461)

É assim que o poder familiar se estabelece nos núcleos afetivos entre genitores e filhos, fundamentados no dever de cuidado para com o mesmo. E, através disso, o viés relacionado ao conflito de genitores influencia de maneira significativa o bem estar e o melhor interesse da criança e do adolescente. Fazendo por necessário analisar pontos estruturais referentes à autonomia das partes. Como fundamenta Carlos Roberto Gonçalves: "Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores". (Gonçalves, 2013, pág. 415)

Nesse ponto, há que se ressaltar que do exercício o poder familiar não é absoluto, podendo sofrer limitação no momento que se choca com o melhor interesse do filho. Com isso, uma recusa a alguma intervenção médica na saúde dos filhos de modo que a renúncia a um direito, no caso o direito à saúde, só poderia ser exercida pelo próprio titular. No entanto, o titular desse direito não possui capacidade absoluta

para tomar as decisões efetivas da vida cível, sendo necessário uma tomada de decisão assistida pelos genitores, uma vez que possuem o dever de guarda dos filhos.

Importante destacar o posicionamento de Tartuce, a respeito dos critérios de transição da guarda:

A obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada – ou alternada – deve ser devidamente motivado pelo genitor, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente. Sendo assim, mesmo havendo argumentos do genitor para declinar a suposta guarda compartilhada, o juiz pode entender pela sua implementação compulsória, de acordo com o regramento citado. (Tartuce, 2015, [1])

Dessa forma, se faz necessário explicar que o princípio da beneficência no contexto da autonomia parental é o dever de agir no interesse do filho. Posto isso, a decisão relativa ao procedimento médico que o incapaz deverá se submeter para sobreviver, pode sofrer limitações no âmbito da prevalência dos direitos individuais religiosos fixados pelos genitores. Nesse sentido, é necessária uma análise do melhor interesse da criança e do adolescente, mesmo que para isso seja suprimida a autoridade parental.

Em virtude dos argumentos expostos, a beneficência nada mais é do que privilegiar na escala de hierarquia de valores, do bem ao mal, buscando sempre resultados que possuem efeitos positivos. Nesse sentido, se faz por necessário um contrapeso com a autonomia infantil, uma vez que, por serem crianças e adolescentes, não possuem a capacidade plena para tomarem suas próprias decisões, sendo necessária a responsabilidade parental para a tomada de decisão pelo incapaz.

Em conformidade com o acima exposto, Beauchamp e Childress distinguem a Beneficência da Não-Maleficência. Sendo a Beneficência uma ação feita em benefício de outros, estabelecendo assim, uma obrigação moral de agir em benefício dos outros. (Beauchamp TL, Childress JF, 2010, pág 249)

3. Autonomia Parental

Numa taxatividade conceitual, é possível explicar como funciona a autoridade parental atualmente. A princípio, o filho deixou de ser objeto de poder e tornou-se sujeito de direito. E, em caráter legal, os genitores deixam de ser uma figura de autoridade e passam a assumir uma figura de obrigação de cuidado imposta por lei.

Com isso, em relação a autonomia de maneira individual, possui como pilar a bioética, figurando-se como um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a recusa por si só é diferente de uma recusa para terceiros, no caso os filhos.

Nesse contexto, o exercício da autoridade parental gera uma responsabilidade dos genitores na tutela dos filhos com o objetivo de assegurar os direitos básicos previstos no artigo 227 da Constituição da República de 1988, conforme disposto:

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 salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, é importante estabelecer os quatro princípios relacionados à saúde, fundamentados na bioética: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça (BEAUCHAMP, 2013, pág. 249). Sendo assim, são princípios que se equivalem, e não criam entre si hierarquia. Todavia, em caráter consolidado, a autonomia do indivíduo prevalece até em questões não benéficas para sua saúde, e com isso, possui seu respaldo legal, atrelado à dignidade da pessoa humana.

É assim que a noção de vida digna se configura como uma percepção autônoma do sujeito, na medida em que a dignidade constitui a ideia subjetiva de se estabelecer “como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem de dignidade” (Barroso, 2010, pág. 248). Nessa mesma ótica de Barroso, entende-se que a vida digna: “Integra o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas”. (Barroso, 2010 pág. 248)

Posto isso, passando a análise da autonomia em relação aos que não possuem capacidade plena para exercer sua própria autonomia, como no caso de crianças e adolescente, é necessário a tutela dos genitores, para que essa tomada de decisão seja aplicada nos termos da lei. Assim, essa tomada de decisão por terceiros é denominada como uma decisão substituta, estabelecendo-se da seguinte forma:

Haveria, deste modo, uma substituição necessária pela falta de competência, fundamentada no poder familiar e não uma representação de vontade. Os pais devem buscar qual seria a opção que o filho escolheria se assim pudesse fazer (modelo de juízo substituto), ou dentre as opções ofertadas, aquela que melhor atende aos interesses mediados e futuros da criança (modelo dos melhores interesses). (SILLMANN, 2019, pág. 141).

Estabelece-se, então, o modelo do melhor interesse, instrumento fundamental para o direcionamento da aplicação da autonomia dos genitores, suprimindo a autonomia da vontade da criança ou adolescente, em busca de um resultado que melhor atenda os interesses, proporcionalmente equilibrado entre segurança e bem-estar.

Entende-se por segurança situações que não exponham o menor a algum risco de vida, e eventualmente, situações que gerem um menor impacto caso já estejam em situações de risco. Figurando-se, claramente, no imbróglio da hemotransfusão em Testemunhas de Jeová.

Segundo Beauchamp e Childress (2013, pág. 248), “o modelo dos melhores interesses protege o bem-estar de outra pessoa, avaliando os riscos e os benefícios dos vários tratamentos e das alternativas ao tratamento, levando em consideração a dor e o sofrimento e avaliando o restabelecimento e a perda de funções”.

Dessa maneira, o Estado prioriza a intervenção mínima nas relações familiares, mas se preocupa, em intervir de maneira a garantir os direitos das crianças e adolescentes quando exposta em situações conflitantes.

Nesse sentido, em conformidade com o ordenamento jurídico, através da taxatividade dos deveres figurados na autonomia parental, norteiam os preceitos da conduta entre genitores, a fim de evitar conflitos relacionados a saúde das crianças e adolescentes. Com isso, Darling, Cumsille e Martinez, define que a legitimidade da autoridade parental diz respeito à crença dos filhos de que os pais têm o direito de construir e impor regras para eles, às quais, mesmo não concordando, devem obedecer. (Darling, Cumsille, & Martinez, 2008, pág. 1103-1118).

Entretanto, por diversas questões, observa-se que em alguns casos esse conflito entre genitores se consolida, sendo necessária intervenção jurídica, com anuência do Ministério Público, por meio de um suprimento de consentimento, para que seja resguardado a integridade física do menor.

À luz da jurisprudência atual, é necessário entender a dogmática litigiosa entre os genitores na atuação da autonomia parental, relacionando-se com a estruturação social da criança e do adolescente no contexto médico e religioso.

Sendo assim, em casos de conflito entre genitores, com objetivo de resguardar algum preceito religioso, no qual impeça ou dificulte um procedimento médico para salvar a vida de uma criança ou adolescente, essa autoridade parental, será discutida em vias ordinárias. E, dependendo da situação, caso seja de extrema necessidade, poderá o médico agir em fundamento do princípio da beneficência do incapaz.

Com isso, temos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 618, apontando que:

Embora a Constituição assegure a liberdade de crença, cabe ao Estado proteger a vida do incapaz, na hipótese aqui analisada, especialmente quando não houver métodos alternativos de tratamento na instituição de saúde, assegurando e respaldando a aplicação do tratamento médico necessário, segundo as técnicas médicas disponíveis. Isso porque as convicções religiosas são questões de caráter individual e íntimo de uma pessoa, que não podem ser asseguradas nem mesmo por familiares ou por pessoas de seu convívio próximo. Não é possível presumir que um paciente, em caso de risco de morte, abriria mão de sua vida para preservar mandamentos religiosos ou que a realização de determinado tratamento atingiria profundamente a sua dignidade, a ponto de ocasionar a morte de sua moral – ponderação essa que somente, cada um pode fazer sobre a sua própria vida, os seus valores e os seus projetos pessoais. O raciocínio é aplicado no caso das crianças e dos adolescentes, com o importante acréscimo de que, diante do dever do Estado de proteger a criança e o adolescente, impõe-se que, em caso de risco de morte e em não havendo métodos alternativos de tratamento, a realização da transfusão de sangue seja realizada mesmo contra a vontade do menor e de seus familiares ou representantes legais. Afinal, o poder familiar não confere aos pais ou responsáveis a realização da ponderação de direitos fundamentais, especialmente quando uma das opções de escolha tiver como provável consequência a morte evitável. (GR. **ADPF 618**. Petição inicial. 2019).

Nesse contexto, primordial entender que é uma característica socialmente valorizada no período de crescimento do menor. Relacionando-se a autonomia infantil à religião, subentende-se que a grande maioria dos casos os filhos seguem a mesma

religião dos pais, pois não possuem um discernimento para avaliarem o que é válido para si.

Dessa forma, crianças e adolescentes são protegidos constitucionalmente pelo sistema de proteção integral, e com isso devem ter assegurados a tutela jurídica correlata e, também, fazem jus a eventual reparação por danos que eventualmente sofrerem, em situações de abuso da autoridade parental.

Fica evidente, portanto, que em relação aos incapazes em situações de risco iminente fica a critério do médico e do Estado intervirem, para que a criança seja atendida da melhor opção e tenha seus direitos fundamentais salvos pela Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já em relação ao direito de recusa aos tratamentos e intervenções sobre a saúde, baseados nas normas constitucionais e bioéticas relacionadas à autonomia parental e ao poder familiar, podem sofrer limitações devido a necessidade de se verificar o melhor interesse da criança e do adolescente.

Além disso, é necessário analisar a compatibilização do interesse individual por crença dos genitores, em contrapeso com o bem estar do indivíduo de direito tutelados por eles, o que alcança especial impacto na discussão da recusa aos tratamentos, uma vez contrapõem princípios constitucionais, sendo necessária sobreposição do melhor interesse.

4. Direitos fundamentais de crianças e adolescentes no contexto familiar

É bastante discutida as situações de riscos relacionadas aos menores, atrelado à autonomia das partes, qual vontade deverá prevalecer. Por um lado, existe a vontade do médico de salvar vidas, por meio do direito à vida garantido pela Constituição Federal, Código Civil e o Conselho Federal de Medicina. Em contrapartida, existe, também, a autonomia dos genitores de recusar esse tipo de tratamento uma vez que contraria, em sendo o caso, os princípios religiosos, sendo essa vontade garantida pelo direito à liberdade religiosa e o direito ao próprio corpo.

Nesse contexto, em famílias que aderem à religião Testemunhas de Jeová em casos de risco iminente em crianças e adolescentes, ocorre uma enorme discussão a respeito. Por um lado, os genitores que não aceitam que o filho se submeta à transfusão de sangue por acreditarem ser uma desonra ao próprio corpo e

a partir dessa desonra não terem uma vida digna seguindo os preceitos religiosos que professam. Em contrapartida, possui como deveres familiares elencados no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), no Art. 4º do ECA:

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;

Sendo assim, é imprescindível explicitar os fundamentos do Estado de Direito brasileiro, em que direitos fundamentais atrelados à questão da dignidade da pessoa humana devem ser respeitados para discursar e planejar ações em sociedade sobre os conflitos existentes entre genitores relacionados à saúde de crianças e adolescentes. Dessa forma, em contrapartida, existem alguns casos de divergência entre pais e filhos no que se refere à religião.

Assim, o artigo 17 do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), estabelece a autonomia dos valores da criança e do adolescente garantindo seus valores, ideias e crenças, ratificando, portanto, a sua posição de sujeito de direitos, sendo pessoas destacadas dos pais, ou seja, não sendo obrigadas a compartilhar dos mesmos ideais religiosos, conforme se observa:

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, ideais e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (Estatuto da Criança e do Adolescente)

É de fundamental importância discutir a questão dos menores na questão religiosa, na qual os pais ou responsáveis podem agir para proteção do filho baseado em questões religiosas. Assim, a problemática ocorre em casos de riscos em que a criança ou o adolescente, praticantes da religião Testemunhas de Jeová, precisariam de uma transfusão de sangue.

Nesse sentido, do ECA (Estatuto de Criança e do Adolescente) em seu artigo 1º que assegura a proteção integral da criança e do adolescente, ou seja, o Estado e a sociedade, também, possuem influência na proteção destes.

Não obstante, o artigo 5º da Constituição Federal em seus incisos II e VI dizem especificamente sobre o respeito à liberdade religiosa, e da não privação ou obrigação de um indivíduo de realizar certos atos por motivos ideológicos ou dogmáticos, sob a seguinte redação:

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:

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

VI - e inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção ao local de culto e a suas liturgias. (BRASIL, 1988, p.15)

Entretanto, para elucidar melhor o tema é fundamental a definição de liberdade religiosa, vez que se configura como cláusula pétrea na Constituição Federal da República. Assim, Taís Amorim de Andrade Piccinini define a liberdade religiosa como:

A liberdade religiosa não é apenas um direito, mas um complexo de direitos, compreendendo: 1) a liberdade de consciência; 2) a liberdade de crer e não crer; 3) a liberdade de culto enquanto manifestação da crença; 4) o direito de organização religiosa; e 5) o respeito à religião. A liberdade religiosa mais interna – a da consciência – é inatacável por qualquer poder que seja externo à individualidade do cidadão. A liberdade de consciência é prévia à liberdade de crença. A liberdade de crença é a liberdade que gera a possibilidade de escolha daquilo em que se acredita. Ou seja, a liberdade de crença não se localiza no Estado e não permite interferência do Estado, vez que é um elemento da própria individualidade. A liberdade de crença, portanto, diz respeito à esfera da intimidade e da privacidade do indivíduo. A liberdade de culto é a exteriorização e a demonstração plena da liberdade de religião que reside interiormente. (PICCININI, 2015, p.39-40).

Nesse sentido, a Constituição Federal possui hierarquia superior no ordenamento jurídico, sendo assim, nada mais válido dizer que o respeito à liberdade de crença deve ser garantido, permitindo o sementeio da pluralidade de ideias no país e o enaltecimento à tolerância e à diversidade, preceitos essenciais para uma democracia.

Entretanto, é fundamental ressaltar que a liberdade de crença não deve ser considerada um direito absoluto que permite salvaguardar atos ilícitos de indivíduos. Assim, em situações conflitantes entre genitores que envolva saúde de crianças e adolescentes, caberá a aplicação do direito fundamental que melhor atenda a criança ou o adolescente, salvaguardando seu bem mais precioso.

Consoante a isso, José Afonso da Silva ao fazer exegese sobre uma importante consideração ao respeito liberdade religiosa, profere:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir à religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. (SILVA, 2008, p.94).

Contudo, entendendo a importância de se respeitar a liberdade religiosa, deverá ser analisado com cuidado essa restrição da autonomia, aplicando-se o princípio da proporcionalidade do melhor interesse, conforme citado acima, entre a opção de recusa a intervenções médicas, e ao que se entenda por bem estar e melhor interesse da criança e do adolescente.

Assim, os direitos fundamentais, instituídos como cláusulas pétreas possuem uma segurança jurídica enorme, entretanto, as mutações constitucionais por interpretações jurisprudenciais, acabam sobrepondo um ao outro, fundados no caso concreto que melhor atenda a situação.

5. Do Direito à Autodeterminação de Crianças e Adolescentes no Contexto Médico e Religioso

Em se tratando de autodeterminação, o Código Civil garante a proteção da autonomia com relação ao próprio corpo através reconhecimento expresso no texto do art. 15, que estabelece que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Dessa forma, o legislador utilizou de situações em que o sujeito terá sua autonomia reduzida, com

destaque para o estabelecimento legal das hipóteses de incapacidade, absoluta ou relativa, nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Sendo assim, através dessa autonomia reduzida, é instituído pelo ordenamento jurídico, baseado na incapacidade, os modelos de decisão substituta, que se figuram como uma orientação a respeito das tomadas de decisão em relação aos indivíduos com autonomia reduzida. Nesse sentido, seria uma medida necessária, aplicando-se o poder familiar, suprimindo a vontade de menor, garantindo uma decisão que melhor atenda os interesses dos filhos.

Sob à luz da jurisprudência atual, foi objeto de análise do STF do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 12678798, o seguinte argumento: “Os pais devem ter em mente que estão atuando em benefício de seu filho e não para promoção dos seus interesses pessoais” (STF. ARE 1267879). Assim, foi estabelecido o entendimento atual de que o princípio do melhor interesse do menor deve prevalecer sobre qualquer convicção religiosa imposta pelos genitores.

Nesse sentido, o que se consolida no cenário jurídico atual, ainda que contrário a bioética garantista de autonomia é a impossibilidade de recusa aos tratamentos médicos por crianças e adolescentes, gerando, assim, uma limitação à autonomia dos filhos. Entretanto, essa autonomia parental deve ser estabelecida e regulada nos moldes dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, uma vez que o Direito à Saúde deverá ser promovido e regulado pelo Estado.

Contudo, através dos princípios bioéticos, deve se analisar o melhor interesse da criança e do adolescente, que deverá ser promovido pelos pais, e em sendo o caso de não cumprimento do dever parental, deverá intervir o Poder Judiciário, através de requerimento do Ministério Público, para que assegure os princípios e direitos constitucionais tutelados à criança e ao adolescente pelo Estado.

Importante destacar que a autonomia infantil em situações que coloquem expostos a procedimentos, na qual a mesma poderá opinar levando em conta seu grau de amadurecimento e idade, de acordo com suas convicções. Entretanto, em caráter geral, o que se entende no Brasil hoje é que essa autonomia infantil não possui eficácia a ponto de profissionais da saúde e o Estado permitirem que prevaleça o direito ao próprio corpo, com a autonomia de recusa, ao direito à vida. Isso ocorre devido a um baixo grau de discernimento infantil, que deverá ser suprimido a um bem maior.

Com isso, ao relacionar a liberdade religiosa, é importante analisar, também, os momentos graves de risco à vida dos menores, ou seja, no caso de crianças e adolescentes Testemunhas de Jeová, que são sujeitos de direito, tutelados pelo Estado, em situações que necessitam de transfusão de sangue, e enfrentam recusa parental para a realização do procedimento cirúrgico.

Mesmo não sendo objeto de análise do presente artigo, faz-se por necessário uma consideração a respeito da autonomia médica na situação acima exposta. Assim, convém demonstrar a atual legislação brasileira relacionando-a aos preceitos constitucionais dos direitos e garantias fundamentais, ao Código Civil, bem como as informações dispostas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) e a atuação da bioética presente na resolução de casos conflitantes, com uma solução alternativa exposta em artigos científicos.

Através dessas situações de intervenção médica, evidenciando uma situação de risco de vida do menor, prevalece também a jurisprudência a favor da realização da intervenção sob o suprimento de consentimento dos genitores. Para tanto, em uma eventual recusa infantil e parental, fundadas em questões religiosas, observa-se, da ADPF 618, utilizado pela Procuradoria Geral da República que: “Mostra-se mais adequado, nesse caso, garantir a autonomia futura da criança do que preservar uma crença que ainda não está consolidada na sua pessoa” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4020087-02.2019.8.24.0000).

Em primeira análise, o que se espera nessa problemática exposta, é o devido cumprimento da responsabilidade parental, visando o melhor interesse do incapaz. Entretanto, em casos de recusa, sem o conhecimento do médico, na qual uma omissão dos pais ou responsáveis é necessário a intervenção do Estado, através de suprimento de consentimento, cumulado com a responsabilização civil e penal por negligência aos seus filhos.

Ao se estabelecer isso, importante citar, também, o Código Penal que trata do assunto. Na legislação brasileira, seguindo o princípio da legalidade no âmbito penal, o indivíduo pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Dito isso, é fundamental citar o artigo 146 do Código Penal, parágrafo 3º, inciso I, em que a legislação não pune o médico que intervir no corpo do paciente com iminente perigo de vida, mesmo sem o consentimento deste, evidenciando o estrito cumprimento do dever legal como um excludente de ilicitude.

Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

(...)

§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida;

Fica evidente, portanto, que o Código Penal assegura valores fundamentais permitindo com que a atuação do médico seja inimputável em casos de iminentes riscos de vida, estando também relacionada ao princípio da beneficência, garantindo o melhor interesse do incapaz, preservando seu bem mais precioso, a vida.

Referente às situações que o médico possui o conhecimento do caso específico, através de toda a problemática da recusa, visando o melhor interesse do menor, deverá imediatamente comunicar as autoridades responsáveis, para que assim, seja realizado os procedimentos que melhor beneficie as crianças e os adolescentes. Nesse contexto, na situação exposta, caberá o médico cumprir conforme determina a Resolução Nº 2.232/19, referente as normas do Conselho Federal de Medicina sobre recusa terapêutica.

Art. 4º - Em caso de discordância insuperável entre o médico e o representante legal, assistente legal ou familiares do paciente menor ou incapaz quanto à terapêutica proposta, o médico deve comunicar o fato às autoridades competentes (Ministério Público, Polícia, Conselho Tutelar etc.), visando o melhor interesse do paciente. (BRASIL, CFM, RESOLUÇÃO Nº 2.232, DE 17 DE JULHO DE 2019)

No que tange a bioética, relaciona-se como uma harmonia entre o consentimento do indivíduo, através de sua liberdade, contrapondo com o princípio da beneficência, que irá suprimir uma situação em prol de uma condição mais benéfica. A situação em questão fundamenta-se em direito de terceiros, possíveis de supressão, no caso de crianças e adolescente. Essa supressão quando não for benéfica às crianças e adolescente, caberá ao Estado intervir, de modo que se garanta o melhor interesse do incapaz, resguardando a dignidade da pessoa humana.

Para elucidar o caso em questão, atrelado a problemática envolvendo o conflito de interesses, Pessini, define os contrapesos existentes nessas situações.

Dentre os múltiplos problemas morais da Medicina atual, existe uma categoria em especial que surge a partir do conflito entre o desejo de fazer o que se considera ser o melhor interesse do paciente e o desejo de fazer o que o paciente diz querer (ou diria, caso lhe fosse dada a oportunidade de discutir as alternativas). Ambas as atitudes caracterizam aquilo que poderíamos denominar de respeito pelas pessoas, o qual contém dois elementos essenciais: 1) preocupação pelo seu bem-estar, e 2) respeito pelos seus desejos. Normalmente, essas duas dimensões do respeito pelas pessoas são complementares, mas há muitos casos onde existe nítida tensão entre eles e é precisamente nessas ocasiões que a maior parte dos dilemas agudos da ética médica ocorrem. Em última instância o conflito é entre, por um lado, a beneficência, o princípio de que se deve fazer o bem, ou de que não se deve prejudicar (o princípio hipocrático do “primum non nocere”); e por outro lado, o princípio de que se deve respeitar a autonomia das pessoas. (PESSINI, BARCHIFONTAINE, 2014. p.19).

Além disso, a seara do Conselho Federal de Medicina, atuando por meio de outorga legal, em conformidade com o ordenamento jurídico, utiliza-se da bioética para impedir uma tomada de decisão de contrarie os fundamentos expostos. Dentro desse contexto, a resolução 2232/19, referente às normas éticas de recusa terapêutica por pacientes do Conselho Federal de Medicina determina:

Art. 5º - A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.

§ 1º Caracteriza abuso de direito:

I - A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.
(BRASIL, CFM, RESOLUÇÃO Nº 2.232, DE 17 DE JULHO DE 2019)

Portanto, as decisões do Conselho Federal de Medicina vêm pra corroborar com o princípio da bioética da beneficência, explicitando que o médico poderá agir em benefício do melhor interesse do menor, sem que tenha o consentimento parental, ou seja, em iminente perigo de vida entre crianças e adolescente, o médico deverá optar pela intervenção, em sendo o caso, independentemente da recusa dos genitores.

5.1. A Autonomia do Relativamente Incapaz

É nesse sentido que o Conselho Federal de Medicina em suas normas éticas de recusa terapêutica, vigentes na resolução 2.232/19, visando o melhor interesse da pessoa humana, maior e capaz, estabelece o direito de recusa ao tratamento terapêutico proposto, ressaltando em seu parágrafo único a possibilidade de o médico propor tratamentos alternativos.

Art. 2º - É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível.

Entretanto, é possível que a criança ou adolescente se manifeste pela recusa ao tratamento, sendo necessário uma ponderação que envolvem alguns fatores. Um desses fatores refere-se à idade do menor, muito embora o entendimento da jurisprudência atual estabeleça o critério do melhor interesse, em alguns casos é necessário ponderar a idade e o grau de discernimento do menor. Isso se faz por necessário, em situações que adolescentes prestes a atingir a maioridade, vez que são relativamente incapazes, adeptos da religião Testemunha de Jeová, utiliza da recusa. Observa-se, então, que a relativização da incapacidade prevista no Código Civil dispõe:

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

Posto isso, essa incapacidade relativa garante aos adolescentes alguns direitos, tais como: o direito de voto, casar-se, fazer testamento, ser testemunhas, entre outros. Frente a esses direitos, traz se à tona a discussão do direito ao próprio corpo e o da dignidade da pessoa humana. Até qual ponto esse adolescente teria essa autonomia?

Em síntese, não poderá ser totalmente ignorado a vontade desse adolescente, mas sim, deverá ser realizado essa ponderação, e possivelmente, a aplicação de algum método alternativo, desde que não seja de elevado risco a sua saúde.

É possível, então, que o médico responsável proponha ao paciente a utilização de métodos alternativos, que concilie a liberdade religiosa com melhor interesse do menor, através de hemocomponentes e hemoderivados para a realização do tratamento necessário em Testemunhas de Jeová que se recusam ao método tradicional de hemotransfusão. Contudo, por meio de todo esse contexto se

estabelece os limites jurídicos da intervenção em casos de riscos nos pacientes que são Testemunhas de Jeová.

Mostra-se de grande relevância, também, a busca de práticas eficazes como alternativas para solucionar o caso do conflito de autonomia por genitores, relacionados à saúde do relativamente incapaz que se manifeste por não realizar a hemotransfusão, atrelado à questão religiosa pertencente aos Testemunhas de Jeová, embasando-se em conhecimentos científicos e jurídicos, para assim garantir a dignidade da pessoa humana e, como consequência disso, amenizar os litígios provenientes desse conflito.

Dessa forma, mostra-se imprescindível as soluções alternativas para esse tipo de tratamento, na qual prevaleça a vontade religiosa dos genitores, juntamente com a de menor, e que respeite, também, o direito à vida fundados no princípio bioético do melhor interesse. Assim, será possível a utilização de uma técnica médica chamada tampão, que realiza a transfusão de sangue utilizando um sistema fechado, permitindo a colheita do sangue e a injeção peridural, sem perda da continuidade.

A utilização de métodos alternativos com a técnica médica de transfusão de sangue, viabiliza a utilização do Tampão sanguíneo como tão bem ressaltado no artigo: “Tampão sanguíneo peridural em pacientes testemunhas de Jeová: relato de dois casos.” (SILVA, 2003 [2]), que auxilia nas pesquisas, pois evidencia na prática a utilização de um método alternativo em dois casos distintos.

Nesse sentido, o procedimento da técnica que utiliza um tampão sanguíneo peridural em pacientes que se recusam a intervenção médica por meio de uma transfusão de sangue comum devido à religião, é consolidado através da aplicação de uma injeção de sangue autólogo, sendo feita com a técnica demonstrada, conforme aduz o pesquisador Luciano de Andrade Silva:

A realização do tampão sanguíneo peridural foi sugerida aos pacientes, baseada em publicações em que os autores utilizaram sistema fechado para injeção de sangue autólogo no espaço peridural e foram bem aceitas pelos pacientes. Entretanto, é fato comum que sua realização só é permitida após detalhada explicação e consulta do paciente a uma liderança religiosa. Assim, é necessário obter autorização formal para a realização do procedimento. Entendemos que a indicação da anestesia subaracnóidea em pacientes Testemunhas de Jeová, especialmente em regime ambulatorial, deve ser muito criteriosa. Quando a anestesia subaracnóidea estiver indicada, na visita pré-anestésica deve-se antever dificuldades da aceitação do paciente, para uma possível indicação de tampão sanguíneo peridural em decorrência de uma cefaléia incapacitante, que não melhora com o tratamento convencional (SILVA, 2003 [2])

Nesse contexto, a técnica realiza a transfusão de sangue utilizando um sistema fechado que permite a colheita do sangue e a injeção peridural, sem perda da continuidade. Dessa forma, segundo o pesquisador Luciano de Andrade Silva, em seu artigo, é um método com 98% de chance de satisfação, evitando um sacrifício enorme por parte dos pacientes Testemunhas de Jeová com repousos enormes e hidratação intensa.

O método tem mostrado eficácia que, segundo alguns autores, pode chegar a 98%. Na literatura nacional, um estudo mostrou a eficácia do método em 60 parturientes que apresentaram cefaléia pós-raquianestesia (agulha 7 - 21G), cujo tratamento foi feito com tampão sangüíneo peridural (10 ml) com remissão dos sintomas em todas elas. (SILVA, 2003, [2])

Vislumbra-se do método retratado que há a viabilidade de as partes chegarem a um consenso, em benefício do interesse do paciente, sem sobrepor um direito fundamental, em casos conflitantes. Dessa maneira, a valorização da pessoa humana, o respeito à liberdade religiosa e o direito ao próprio corpo, se faz cada vez mais importante, ampliando as garantias fundamentais na sociedade.

É referente ao método demonstrado, que se ilumina como uma opção para alternativa distinta ao procedimento de recusa, que traria um risco de vida enorme ao indivíduo. Vislumbra-se que deverá, impreterivelmente, ser ponderado seus efeitos colaterais ao melhor interesse do menor, visando a melhor decisão com maior eficácia.

Logo, ao analisar a bioética, em que novos paradigmas de reflexões são implementados nas práticas cotidianas da vida, o princípio bioético da beneficência, como trabalhado no presente artigo, vai direto ao ponto tratado no tema, em que as ações dos médicos com os seus pacientes sofrem interferências principiológicas e jurídicas.

6. Conclusão

Sob à luz dos direitos e garantias acima elencados, evidencia-se uma limitação das decisões tomadas por genitores, relacionadas as crianças e aos adolescentes, como também, uma limitação da autonomia da vontade do adolescente relativamente incapaz, ao seu próprio corpo através de intervenções e tratamentos necessários.

Entendendo-se, então, que ocorre devido a falta de capacidade para agir exercendo os atos e tomadas de decisões da vida cível. Dessa forma, sendo necessário que os genitores os representem para a aplicabilidade do suprimento de consentimento, nos termos da legislação vigente, na qual atribui aos pais o poder familiar com o dever de atuação discricionária no melhor interesse dos filhos.

Além disso, o legislador cuidou de estabelecer critérios de proporcionalidade para essa tomada de decisão, utilizando-se da bioética, na qual se faz por um contrapeso de benefícios e prejuízos a vida do menor. É assim que o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando a respeito dessa realidade de conflito de autonomias e do melhor interesse, conforme demonstrado ao longo do presente artigo.

O que se discute, também, fixa-se no limite da intervenção que os genitores sofrem em sua autonomia de gerir a tutela dos filhos, fundadas no poder familiar, atrelado a intervenção mínima do Estado nas relações parentais. No entanto, mostrou-se que em situações de fragilidade de crianças e adolescente, há de se discutir a aplicabilidade da autonomia, posto que um bem maior poderá sofrer consequências irreversíveis.

É necessário, portanto, garantir a possibilidade de responsabilização parental nos casos em que eventualmente os pais descumpram com o dever de zelar pelo melhor interesse de seus filhos, através de uma omissão no zelo pela vida de seus filhos.

Posto isso, por meio deste presente artigo foi possível, também, realizar uma análise a respeito de conflito de autonomia por genitores relacionados a saúde de crianças e adolescentes no Brasil. Sendo que nesse contexto foi possível evidenciar toda a relevância do tema na sociedade brasileira, a partir de uma análise com objetivo fundamental de garantir os direitos infantis elencadas no Ordenamento Jurídico.

Além disso, teve como objetivo ponderações a respeito dignidade da pessoa humana e o direito à vida, possibilitando assim, observar a necessidade do melhor interesse para o menor.

Logo, foi prudente a análise da autonomia da vontade do adolescente relativamente incapaz, sendo ponderada ao melhor interesse do menor, ao grau de discernimento, em conjunto com o direito ao próprio corpo, fundado pela recusa aos tratamentos médicos que contrarie seus ideais religiosos.

Assim, em necessidade de busca por um consenso que evite situações litigiosas, evidenciaram-se as eventuais possibilidades de utilização dos métodos pacíficos que não desrespeitem esses direitos tutelados pelo ordenamento jurídico.

Por fim, o objetivo geral na análise suscitada traz à luz constitucionalista dos direitos individuais, atrelados às relações familiares, sob o paradoxo das autonomias. Assim, relaciona-se a situações conflitantes a esses direitos que foram objetos de importantes considerações jurídico-legais a respeito do tema.

Referência Bibliográfica

ANUÁRIO das Testemunhas de Jeová 2021. Mundo: Cesário Lange, São Paulo, Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/worldwide/BR/>. Acesso em: 08 de abril de 2022.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida.** Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 38, 2010, Pág. 248 e 249.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica.** São Paulo: Loyola, 2013, Pág. 205 e 249.

BRASIL. **Código Civil.** Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002 a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina.** RESOLUÇÃO Nº 2.232, DE 17 DE JULHO DE 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>

BRASIL. **Código Penal,** DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm.

Darling, N., Cumsille, P., & Martínez, M. L. **Individual differences in adolescents' beliefs about the legitimacy of parental authority and their own obligation to obey: A longitudinal investigation.** *Child Development*, 2008, Pág. 1103-1118.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, Pág. 461.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6:** direito de família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, Pág. 415.

GR. **ADPF 618.** Petição inicial. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5769402>. Acesso em 27 jan. 2021.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio sobre a infância e a adolescência.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016. Pág. 40.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, Pág. 137.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas Atuais de Bioética,** 11ª. Edição, São Paulo: Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2014, Pág. 19.

PICCININI, Taís Amorim de Andrade. **Manual Prático de Direito Eclesiástico.** 1ª Ed. Vila Velha/Es: Editora Direito Eclesiástico, 2015. Pág.39 - 40.

SILLMANN, Marina Carneiro Matos. **Competência e recusa de tratamento médico por crianças e adolescentes: um necessário diálogo entre o biodireito e o direito infanto-juvenil**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, Pág. 141-142.

SILVA. José Afonso da, **Comentário Contextual à Constituição Federal**. 5ª Ed. 2008, Pág.94

STF. **ARE 1267879**, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2020.

[1] TARTUCE, Flavio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória: análise crítica da lei 13.058/2014. Primeira parte**. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=75>> Acesso em: 14 maio 2015.

[2] SILVA, Luciano de Andrade et al. **Tampão sanguíneo peridural em pacientes testemunhas de Jeová: relato de dois casos**. *Rev. Bras. Anesthesiol.* [online]. 2003. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-70942003000500010>.