

A LIBERDADE RELIGIOSA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A TENSÃO COM A FUNÇÃO EDUCATIVA DO PODER FAMILIAR

Joyceane Bezerra Menezes

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1990), Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1995) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004). É professora titular da Universidade de Fortaleza, atuando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado); é professora adjunto da Universidade Federal do Ceará. Editora científica da *Pensar, Revista de Ciência Jurídica (UNIFOR)*. Tem experiência na área de Direito privado, com ênfase em Direito de personalidade, família e responsabilidade civil.

Luís Paulo dos Santos Pontes

Mestrando do Programa de pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza

RESUMO

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direito e a função instrumental da família em favor do bem estar e do desenvolvimento da pessoa dos seus membros provocaram alterações no instituto do poder familiar, em que os pais colecionam posições jurídicas. Com o avançar do desenvolvimento da criança, sua capacidade de realizar escolhas livres e responsáveis se amplia. A considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, é de se perguntar sobre a capacidade decisória da criança para tratar de aspectos existenciais. O texto indaga sobre eventual direito à liberdade religiosa da criança e do adolescente em face dos pais, averiguando a capacidade da criança para decidir sobre crença e culto e/ou para se submeter aos efeitos dessa decisão por parte dos pais. A premissa central que se adota é a de que a pessoa dotada da capacidade de discernimento deve ter suas escolhas respeitadas, mormente no plano das questões existenciais.

Palavras-Chave: Liberdade religiosa. Criança e adolescente. Poder familiar. Autonomia das crianças e dos adolescentes.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade religiosa constitui um direito fundamental assegurado expressamente pelo ordenamento pátrio a todas as pessoas (art. 5, VI, CF/88), inclusive àquelas civilmente incapazes. Crianças e adolescentes recebem especial tutela no âmbito dos documentos internacionais, como se extrai da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989) – ratificada, no Brasil, por meio do Decreto 99.710/99 e no âmbito de lei espe-

cial como o Estatuto da Criança e do adolescente, nos arts. 15 e 16.

Não obstante ao amplo reconhecimento desse direito às crianças e adolescentes, o ordenamento confia aos pais, o múnus público do poder familiar que implica um feixe de posições jurídicas (ônus, direito, dever, encargo, interesse etc) voltado para o cuidado e a emancipação da criança e do adolescente. Nesse plano, cabe aos pais dirigir a criação e a educação, o que pode envolver uma ingerência na sua formação religiosa. Porém, a manifestação do poder familiar nessa

seara pode envolver outros interesses da criança que também estão sob os cuidados do Estado e da sociedade, como a vida, a integridade psico-física e a saúde. Há conflitos de interesse que chegam ao Poder Judiciário envolvendo a divergência dos responsáveis quanto à orientação religiosa da criança e do adolescente ou mesmo a colisão entre essa liberdade religiosa e outros interesses como a liberdade geral, a saúde, a vida.

O presente estudo propõe uma análise da tensão existente entre o exercício da autoridade parental e a proteção à autonomia da criança e do adolescente e de seus demais interesses especialmente quando implicar em prejuízo à integridade psicofísica e liberdade geral, notadamente no que diz respeito à sua liberdade de crença e culto, visando a possível conciliação dos princípios em aparente conflito. A partir do aspecto funcional do poder familiar e de sua abordagem sob a lente da principiologia constitucional que dá sustentação à cláusula geral de tutela da pessoa, evocando, igualmente, os princípios da proteção integral e do superior interesse da criança, se apresentarão algumas balizas para a solução dessa tensão.

A releitura da matéria se fará sob a ótica da metodologia civil-constitucional, assim considerada como inserção dos fundamentos de validade jurídica das relações civil no âmbito constitucional, interpretando-se os institutos à luz dos princípios constitucionais aplicáveis.

2 O CONTEÚDO DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa foi um direito construído a *duras penas* pela sociedade ocidental. Inicialmente esteve associado à busca por uma tolerância religiosa, muito mais voltada a não imposição de uma religião oficial pelo Estado, do que propriamente ao reconhecimento da dignidade e da liberdade de autodeterminação do indivíduo. Com a quebra da unidade religiosa entre os cristãos, o surgimento das minorias religiosas propagavam o direito de profissão de fé que erigiu-se em defesa da liberdade religiosa. Inicialmente, constituía um direito fundamental de oposição à pretensão estatal de impor uma religião oficial. Hoje, também constitui um direito fundamental oponível aos particulares e um direito de personalidade, decorrente do direito de autodeterminação quanto à fé e ao culto.

Por meio das normas de direito constitucional e civil, notadamente sob a influência da cláusula geral de tutela, cujos corolários são os princípios da dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade¹, a pessoa ocupa o núcleo central do ordenamento jurídico² e recebe especial proteção ao desenvolvimento de sua personalidade nas diversas dimensões, inclusive, espiritual.

A liberdade religiosa emerge como uma especialidade do direito geral de liberdade, envolvendo a liberdade de crença e a liberdade de culto. Considerando a liberdade de consciência como o direito que tem a pessoa de agir segundo as suas convicções³, é possível dizer que esta abrange a liberdade de crença. Enquanto a liberdade de consciência implica na adesão a certos valores morais e espirituais, independentemente de qualquer aspecto religioso, a liberdade de crença consiste na profissão de uma fé ou no direito de não professar fé alguma⁴. Por meio da liberdade de crença e de consciência, as pessoas exercem a sua autodeterminação ético-existencial, o âmbito de sua racionalidade e consciência nos diversos campos, como o filosófico, o ideológico e o religioso.⁵

Enquanto a liberdade de crença envolve a contemplação e a adesão ao corpo de doutrina de uma determinada religião ou seita, a liberdade de culto, representa o direito de expressão pública dessa crença, por meio da prática dos ritos, das cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos e tradições tal como indicados pela religião escolhida⁶. No plano das liberdades espirituais, a Constituição Brasileira também assegura o direito a liberdade de organização religiosa, na

1 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 238.

2 Cf. sobre o princípio da dignidade, a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, que, no artigo intitulado "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana" (in Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120), estuda com profundidade o conteúdo do princípio, cujos corolários seriam os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.

3 MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 4 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 256.

4 Ibid., p. 11.

5 LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de crença e a objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos in Custos Legis - Revista eletrônica do Ministério Público Federal, p. 10. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Fabio.pdf. Acesso em 14.09.2013.

6 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 251.

medida em que estabelece as normas de estabelecimento e organização das igrejas. O Estado deve proteger o exercício desses direitos e assegurar que sejam realizados na maior medida possível.⁷

Ao cabo e ao fim, a liberdade religiosa é uma das facetas do direito a autodeterminação que representa a faculdade que tem a pessoa de escrever o pergaminho da própria vida, por meio do autogoverno e do seu poder de definição⁸. Observe-se, porém, que o exercício da crença e culto não pode implicar na violação de direitos de terceiros e nem sempre poderá afetar direitos indisponíveis. Para as hipóteses de colisão ou conflito aparente com outros direitos fundamentais de igual hierarquia, deve-se aplicar a solução pelos critérios hermenêuticos apropriados. No que se refere aos incapazes, a liberdade religiosa ganha especial conotação. Ainda que expressamente garantido por diversos instrumentos internacionais⁹ e nacionais, o direito à liberdade de crença e culto das crianças e dos adolescentes poderá encontrar óbice no regime das incapacidades e nos institutos do poder familiar e do direito protetivo.

No Brasil, a Lei no. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) assegura o direito geral de liberdade, incluindo, expressamente a liberdade religiosa, nos artigos 15 e 16, na esteira que faz a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, ratificada por meio do decreto nº 99.710, de 21 de janeiro de 1990, quando resguarda a liberdade de pensamento, consciência e crença, inserindo nesse rol, a liberdade religiosa (art.14). A própria doutrina da proteção integral, presente no direito brasileiro a partir da redação dos arts. 227 e 228 da Constituição Federação, reconhece aos menores, toda a gama geral dos direitos fundamentais, incluindo-se a liberdade religiosa.

A despeito dos instrumentos nacionais e internacionais que garantem a liberdade religiosa de todo e qualquer indivíduo, inclusive das crianças e adolescentes, deparamo-nos com a circunstância de que essas pessoas estão sujeitas ao dever de cuidado de outrem, em geral, seus pais. Ainda que o poder familiar seja subordinado à função de garantir o bom desenvolvimento, o cuidado, a segurança e o bem estar dos filhos, é possível que uma utilização disfuncional venha a desconsiderar a vontade das crianças/adolescentes e, até mesmo, malferir seus direitos fundamentais.

7 NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Método, 2014, p. 508.

8 RODOTÀ, Stéfano. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Editori Laterza, 2012, p. 250 e segs.

9 Art. 14 da Convenção sobre os direitos da criança, art. 14.

No âmbito da liberdade religiosa, isso pode acontecer não apenas quando a criança ou o adolescente resistir à orientação religiosa adotada pelos pais; mas também quando os pais impuserem certos comportamentos ou restrições aos filhos incapazes de decidir, prejudicando-lhes outros direitos ou violando certos interesses protegidos. A título de exemplo, rememoram-se os casos de crianças que morrem pela vedação da transfusão de sangue pelos pais Testemunhas de Jeová, como no caso ocorrido no estado do Ceará, em que bebê recém-nascido faleceu em virtude de proibição por parte de sua avó, já que a mãe tinha 15 anos à época, de realizar de transfusão de sangue, por ser seguidora desta fé¹⁰.

De um lado, o direito fundamental à liberdade religiosa da criança e do adolescente que, alcançando discernimento, opõe-se à orientação dos pais; de outro, o poder familiar com o dever de cuidado e de educação dos filhos que engloba a orientação religiosa. De um lado, a proteção, em geral, que a família, a sociedade e o Estado devem às crianças e de outro, as restrições que a religião adotada pelos pais impõe àquele cuidado, com riscos de perpetrar a violação de outros direitos fundamentais e interesses protegidos, tais como nos casos da Comunidade Amish, em que as crianças e adolescentes não recebem instrução formal a nível de ensino médio em nome de critérios religiosos¹¹.

É certo que a escolha da crença ou a opção pela descrença é fruto de uma série de fatores que influenciam o indivíduo ao longo da vida. Trata-se de uma escolha multicondicionada e que, entre as crianças e os adolescentes está muito relacionada à educação familiar. Contudo, os pais não tem o poder de imposição a todo custo. O processo educativo que o poder familiar deve buscar, perpassa o diálogo, a informação, o cuidado e a educação para a cidadania responsável, de sorte a respeitar o processo emancipatório da pessoa mesmo na infância e adolescência. No contexto da família democrática¹², as decisões devem ser tomadas por meio do diálogo franco e aberto entre pais, cônjuges e filhos. A autoridade deve ser negociada em relação aos filhos, não havendo mais

10 DIÁRIO DO NORDESTE. Fortaleza: 24 dez 2013. Notícia disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/bebe-morre-apos-familia-recusar-transfusao-1.798469>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

11 Época Negócios. Notícia disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT198865-16642,00.html>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

12 MORAES, op. cit, p. 213.

espaço para o comportamento tirano seja dos pais em relação aos filhos, destes em relação aos pais ou dos cônjuges entre si. Nesse modelo familiar democrático¹³, delineada pela ordem constitucional pátria, o poder familiar não está fechado à incidência dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

3 O CONFLITO ENTRE O DEVER DE CUIDADO E A LIBERDADE RELIGIOSA DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O conflito entre o poder familiar e o exercício da liberdade religiosa, crença e culto das crianças e dos adolescentes pode ocorrer sob diversas circunstâncias e nem sempre escapará os domínios da família. Na hipótese de um conflito patológico chegar ao conhecimento do Judiciário, é necessária a solução hermenêutica capaz de, por meio da ponderação dos valores, buscar a unidade axiológica do sistema e a solução mais adequada aos princípios de justiça, constitucionalmente assegurados.¹⁴

Tais conflitos podem estar associados ao próprio exercício da liberdade religiosa, ou seja, à escolha da crença, do culto, de modo semelhante ou dissonante da orientação dos pais ou de um deles. Mas também podem expressar os riscos da imposição dos hábitos e doutrina religiosa paterna sobre os filhos, em ameaça à sua segurança, integridade, dignidade, saúde etc.

Impende lembrar que a família constitui uma instituição instrumental e funcionalizada para garantir o pleno desenvolvimento da pessoa dos seus membros. Sua estrutura é articulada sob os princípios democráticos, de sorte que a responsabilidade é compartilhada por todos os seus membros que se coligam por laços de solidariedade e afetividade. Nesse aspecto, a família é o lócus do descanso, do apoio, da sustentação solidária, constituindo-se muito mais uma comunidade de deveres do que

de direitos. No âmbito da família democrática, a pessoa deve encontrar o espaço para concretização para construção de sua identidade pessoal, sem perder de vista a alteridade e a responsabilidade pelo outro. Nesse contexto familiar, como conciliar o exercício do poder familiar com o respeito à liberdade religiosa do filho? Como os pais poderão negociar suas divergências pessoais sobre a educação religiosa de seus filhos? Poderia o incapaz divergir da orientação dos pais e ter a sua vontade respeitada? Poderiam os pais, em nome do cuidado, cercear a liberdade de crença e/ou a liberdade de culto dos seus filhos? Os pais teriam legitimidade para cercear outros direitos fundamentais, como a saúde, segurança, liberdade de ir e vir, convivência familiar e social, educação, em nome da religião que eles mesmos professam?

No Brasil, o poder familiar consiste no feixe de posições jurídicas atribuídos aos pais para cuidar, educar e emancipar seus filhos, em respeito à doutrina da proteção integral. Na proposta de Paulo Lôbo,

O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século xx, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária – voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos – para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres.¹⁵

Superado então, o período do *pátrio poder* que impunha uma hierarquia dentro da estrutura familiar e considerando os parâmetros de igualdade entre os membros integrantes da família, percebem-se novos rumos para a formação da criança/adolescente. São sujeito de direitos, iguais em dignidade e devem ter a sua vontade reconhecida e respeitada, na medida em que tiverem a capacidade real de querer e entender os efeitos de suas escolhas, notadamente aquelas pertinentes ao plano existencial.

A relação entre pais e filhos mediada pelo poder familiar tem por fim a sua boa formação e não uma sujeição despropositada e desfuncionalizada desses filhos. Longe de representar um direito subjetivo do pai ou da mãe sobre a pessoa do filho, o poder familiar conjuga diversas posições jurídicas como faculdades, ônus e deveres¹⁶ todas

¹⁵ Ibid., p. 295.

¹⁶ Distante de um direito subjetivo, o poder familiar representa uma situação jurídica subjetiva que con-

¹³ Acerca da democratização da família, tal fenômeno compreende o respeito dentro das relações familiares da igualdade dos membros, respeito mútuo, autonomia, tomada de decisões a partir da participação dos membros e resguardo da violência.V. por todos Giddens, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999. e Moraes, Maria Celina Bodin de. *A família democrática*. In Moraes, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de família e colisão de direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, n. 920. São Paulo, jun. 2012, p. 107.

motivadas para um só fim – o melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, em atenção à cláusula geral de tutela da pessoa, a autoridade paterna/materna há que fomentar a autonomia do filho em cada etapa de sua vida, considerando que o discernimento é uma conquista gradual que acompanha o desenvolvimento da sua personalidade. Nesse aspecto, “a autoridade parental foge da perspectiva de poder e de dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos”.¹⁷ Não se trata de defender uma total permissividade em negação a qualquer autoridade dos pais, mas de apresentar os contornos de uma autoridade exercida no âmbito de uma família democrática.

A criação e educação dos filhos é um processo no qual há momento de maior atuação dos pais, e outros momentos de menor atuação, a depender do discernimento da criança e do adolescente¹⁸. Propõe, portanto, uma atuação qualificadamente diferenciada do poder familiar, de modo a respeitar as etapas da personalidade dos filhos e o grau de amadurecimento conquistado.

É de se destacar que a incapacidade civil não é óbice à manifestação volitiva dos indivíduos que devem ter espaço para a concretização de sua vontade e de seus interesses fundamentais, sempre que reunirem condições para fazê-lo. Seguindo a lógica patrimonialista do código anterior, o Código Civil Brasileiro continuou a disciplinar o regime das incapacidades sob um véis notadamente patrimonialista. Concentra a análise sobre a capacidade de decidir sobre negócios jurídicos da vida civil, como se esses estivessem concentrados apenas na esfera patrimonial.

A expansão dos princípios que tutelam a pessoa, sobretudo a dignidade da pessoa humana, permitiu uma virada conceitual e estrutural no ordenamento pátrio para favorecer a pessoa.

grega dever jurídico, ônus, direito e poder (STANZIONE, Pasquale. Interesse del minore e statuto dei suoi diritti. In: *Diritto civile e situazione esistenziali*. Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p.166). Ver também Gustavo Tepedino A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, vol. 17, ano 5, p.41, jan./mar. 2004.

17 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 138.

18 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely. *Revista de informação legislativa*, v.45, nº 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

Nesses termos, independentemente dos critérios de idade, saúde psíquica, autonomia intelectual, todos são iguais em dignidade e titulares de direitos fundamentais. A estrutura patrimonialista do regime das incapacidades, construída para proteger a pessoa vulnerável na formação de negócios patrimoniais da vida civil passa a ser insuficiente. Pois os atos da vida civil, nos dias atuais, podem implicar em decisões pertinentes à esfera do ser, tocando em direitos indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.

É nesses termos que a capacidade de agir não mais se referencia ao abstrato sujeito de direito, mas se liga ao sujeito concreto, considero a real situação de discernimento. Dessa forma, deixa de ser um atributo que se liga apenas ao proprietário que exerce suas titularidades no âmbito negocial, de forma que a capacidade de agir (ou sua falta) passa a se conectar à criança e ao adolescente.¹⁹

Ademais, a falta de discernimento nem sempre se configura de modo absoluto. Ainda que incapaz, por ser menor, deficiente psíquico ou intelectual, a pessoa pode reunir condições para compreender as suas circunstâncias e realizar escolhas, tomando decisões conscientes. É nesse contexto que Perlingieri afirma:

A falta de aptidão para saber entender não se configura sempre como absoluta, apresentando-se, no mais das vezes, por setores ou por esferas de interesses; de modo que a *incapacita naturale* construída, do ponto de vista jurídico, como uma noção permanente, geral e abstrata, pode ser traduzida em uma ficção e, de qualquer modo, em uma noção que não responde à efetiva não-idade psíquica para realizar determinados atos e não em outros, para se orientar em alguns setores e não em outros. Dessa situação deriva, por um lado, a necessidade de recusar preconceitos jurídicos, nos quais pretender armazenar a variedade do fenômeno do *déficit* psíquico; por outro lado, a oportunidade que o próprio legislador evite regulamentar a situação do portador de deficiência de maneira abstrata e, por isso, rígida, propondo estabelecer taxativamente o que lhe é proibido.²⁰

Reconhecido nos menores, especialmente nos adolescentes, a titularidade de direitos fun-

19 MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. *Revista trimestral de direito civil* – v. 46 abril-junho de 2011. Rio de Janeiro: Padma, 2000. p. 5.

20 PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 780.

damentais, dentre os quais a liberdade religiosa, percebe-se que a prerrogativa de liberdade pode vir a se confrontar com as medidas de cuidado e proteção levadas a efeito pelos pais.²¹

4 COMEÇANDO A CONSTRUIR UMA SOLUÇÃO – CASUÍSTICA

Reitera-se como ponto de partida, que a criança e o adolescente são, igualmente, titulares de direitos fundamentais. Ainda que necessite do suporte familiar nas fases da infância e da adolescência, é curial reconhecer o potencial de autogoverno de cada um, relativamente às decisões em relação às quais apresenta discernimento e capacidade de escolha. O adolescente, por exemplo, já tem maior potencial para desenvolver seus próprios planos de vida e, quanto a isso, merecem a consideração dos pais²². Trata-se, em suma, da busca pela liberdade responsável, qual seja, aquela que se exerce mediante as condições psíquicas de assumir suas consequências.²³ Pode-se concluir que, a depender do discernimento e do amadurecimento, o sujeito vai conquistando a capacidade de autogoverno, podendo tomar decisões no que tange ao exercício de situações subjetivas existenciais²⁴.

Assim o cenário que se apresenta é o do reconhecimento da gradativa autonomia das crianças e dos adolescentes no decorrer de seu desenvolvimento, e do reconhecimento do correlato ganho de discernimento, que implicam em reconhecer às crianças e adolescentes capacidade de exercer por si mesmo os direitos fundamentais dos quais são titulares.²⁵

O poder familiar ou as responsabilidades parentais, como prefere parte da doutrina, está calcado em duas finalidades. Implica em proteção, na medida em que o menor é pessoa vulnerável e depende da intervenção dos seus responsáveis para tutelar sua integridade psicofísica, provendo-lhes o necessário a sobrevivência, saúde, educação. Objetiva também a promoção da autonomia, alicerçada no reconhecimento de que o menor é uma pessoa em processo de formação e que necessita aprender a exercer a liberdade responsável para

conquistar a independência e a autonomia.²⁶ Para atender a essas finalidades macro, o poder familiar oscila entre cercear a liberdade para dispensar maior cuidado, e, expandir a liberdade, a fim de favorecer uma maior autonomia. Sendo o fiel desse movimento pendular entre cuidar e emancipar, o superior interesse da criança ou do adolescente.

Assim é certo que, no plano da formação religiosa, o menor deverá tomar parte do processo educativo. Ainda que seja acompanhado por seus pais ou responsáveis, deve ter a possibilidade de decidir, tanto no que se refere a sua liberdade de crença, quanto a sua liberdade de culto. Nesse sentido, o art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece à criança com capacidade de discernimento o direito de participar no processo de decisão das questões que lhe digam respeito. Por meio desse dispositivo, a criança e o adolescente tem direito de ver suas opiniões levadas em consideração, a depender de sua idade e maturidade²⁷. Essa nova conformação de direitos não implica o ocaso do dever de obediência que os filhos têm em face dos pais, mas evoca o exercício de uma autoridade democrática que busca a construção de soluções pelo diálogo e não apenas pela imposição autoritária.

O judiciário teve poucas oportunidades para se manifestar acerca de conflitos de interesse envolvendo a liberdade religiosa de menores, sendo que a maior parte das decisões versa sobre a realização de procedimentos médicos vedados pela religião professada pelos pais da criança e do adolescente enfermo ou sobre a divergência dos pais acerca das posições religiosas na condução da educação do filho comum. A título exemplificativo, destaque-se decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, apelação cível n. 2011.089551-3²⁸, que analisando controvérsia acerca da realização de procedimento médico em criança com pouco

21 MACHADO, op. cit., p. 29.

22 Ibid., p. 30.

23 TEIXEIRA, op. cit., p. 296.

24 Não sem razão a Convenção sobre os direitos das crianças e adolescentes, ratificada pelo decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990, resguarda proteção à vida privada das crianças e dos adolescentes.

25 MACHADO, op. cit., p. 35.

26 MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91.

27 Ibid., p. 88.

28 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.089551-3, da Primeira Câmara de Direito Civil. Rel. Carlos Prudêncio. Florianópolis, SC, Julgado em 08/05/2012. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/crimes_infracoes_administrativas/cia_jurisprudencia_infracoes_administrativas/TJSC%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%3ADvel%20n%C2%BA%202011.089551-3%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf>.

mais de 01(um) ano de vida, à revelia da vontade dos pais, seguidores de doutrina que vedava a utilização de vacinas, resolveu por determinar a realização do tratamento prescrito pelo médico. Entendeu-se que o fundamento da liberdade religiosa dos pais não poderia restringir o direito à saúde da criança.

No referido caso, julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob a relatoria do desembargador Carlos Prudêncio, também se priorizou o interesse da criança. Originariamente, o conflito processual se instaurou por meio de ação promovida pelo Ministério Público, por provocação do Conselho Tutelar, contra os pais de criança de 1 (um) ano e 6 (seis) meses que estavam, por motivos de convicção religiosa, impedindo a menor de receber as vacinas previstas no calendário vacinal. A sentença decidiu pela aplicação de multa aos pais pelo não cumprimento do tratamento médico e calendário vacinal prescrito pelo médico e autoridades da saúde. No julgamento da apelação promovida pelos pais, entendeu o relator, que a recusa das vacinas implicaria em imposição da religião dos pais à criança, com exposição à risco a saúde da criança, que ao tempo que atingisse maturidade poderia optar por religião diversa, entretanto suportando o ônus da escolha de seus pais.

Em suma, foram utilizados os seguintes argumentos: primeiro, preferiu-se a proteção do bem da vida da menor, tendo em vista os princípios do melhor interesse e da absoluta prioridade, à liberdade religiosa que, no primeiro momento era fruto da ingerência paterno/materna; segundo, entendeu que a liberdade religiosa dos pais e não da criança e do adolescente é que se via confrontada com o direito à saúde e integridade da criança. Ainda que possam os pais orientar a formação religiosa dos filhos, não poderão obstar o direito da menor de formar a própria crença; e, por fim, sustentaram na fase de vida da criança, em tenra idade, não apresentava condições efetivas de escolher uma fé e suportar eventuais efeitos restritivos dessa escolha, de sorte que se pudesse apontar ali, a manifestação da liberdade religiosa para recusar a proteção à saúde e, quiça, à vida. O interesse dos pais, *in casu*, é que estava a impor restrições passíveis de repercutir negativamente no âmbito da saúde e da vida da criança. Como a proteção das crianças e dos adolescentes também é dever do Estado, cabe a esse a tarefa de assegurar essa tutela até mesmo contra os pais.

Como se percebe, em situações concretas tencionam-se o direito de liberdade da criança e do

adolescente e a proteção da autonomia da criança e do adolescente pelo resguardo de suas escolhas subjetivas existenciais com outros que poderão se mostrar com maior peso ante as circunstâncias fáticas, sendo dever dos responsáveis legais, com a participação da criança e do adolescente ponderar acerca do exercício de determinada forma do direito de liberdade da criança e do adolescente. Destaque-se ainda que a liberdade religiosa da criança e do adolescente constituirá *ratio decidendi* da questão, levando-se em conta também os demais princípios aplicáveis, para a partir de uma ponderação se chegar ao resultado que melhor atenda aos interesses da criança e do adolescente.

O próprio princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, consagrado na Constituição Federal de 1988, na Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe não sejam desprezadas as necessidade e vontade da criança e do adolescente. Na explicação de Jacqueline Ferreira Lopes:

Certos de que o “mundo das crianças e adolescentes” é mantido pelos adultos que mais próximos estão, entende-se que a aplicabilidade e a garantia de sucesso do “melhor interesse” da população infanto-juvenil (mesmo protegida por princípios constitucionais e legislação reguladora) só ocorre quando aqueles que a cercam estão implicados, ou seja, quando estes não desprezam as necessidade e vontade do principal interessado, “a criança”.²⁹

Assim na conciliação entre, o direito dos pais de educar os filhos, incluindo aí a educação religiosa do filho, e o reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos, capazes de autodeterminação progressiva deve-se buscar a proteção da integridade psicofísica da criança e do adolescente, sem, contudo, mitigar a possibilidade de determinar suas posições religiosas, nem muito menos impor determinada religião ao menor. Logo, somente no caso de resguardo da integridade desse indivíduo em formação, mediante participação democrática da família na tomada de decisões, admitir-se-ia pelos responsáveis uma relativização da liberdade religiosa da criança e do adolescente.

29 LOPES, Jaqueline Ferreira. O “melhor interesse da criança” e o “Cuidado” na Interface Psicologia e Direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 201, p. 116-117.

Nesse contexto, o judiciário tem se deparado com situações relativas a procedimentos médico indicados a menor, em conflito com a religião professada pelos pais e pretendida ao filho; e caso de conflitos em divórcio, separação e guarda de menores, sendo apontadas divergências religiosas dos pais para se determinar a guarda do filho menor de idade.

Assim, uma vez que o discernimento e a maturidade são o resultado do *iter* no desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente³⁰, somente o indivíduo, enquanto titular, poderá efetuar suas escolhas próprias, sendo até então mera expectativa de seus pais que acolha a fé professada por estes.

Outra situação em que a liberdade religiosa e o poder familiar parecem conflitar é ainda mais comum, quando em ações de separação ou divórcio e disputas pela guarda da criança e do adolescente, os pais revelam posicionamentos religiosos diferentes e os trazem aos autos de ações de divórcio ou guarda. Esse é o caso do Agravo de Instrumento nº 70037756525³¹ e da Apelação Cível nº 70049252687³² ambos tratando da mesma situação, sendo julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a mãe divorciada, em desacordo com a vontade do genitor varão, levava o filho menor a ritual onde este ingeria chá alucinógeno.

No caso, em disputa por guarda de filho menor, restou demonstrado que a genitora da criança, após o divórcio, passou a frequentar com o filho de 6(seis) ano culto religioso no qual eram utilizados chás supostamente alucinógenos, em contrariedade ao que pretendia o genitor. O Magistrado de primeira instância entendeu por determinar que a genitora se abstinisse de levar o filho menor ao

referido culto, entretanto a decisão foi descumprida, motivo pelo qual a autora perdeu a guarda provisória da criança e do adolescente, concedia ao genitor varão.

Na decisão, consignou-se que o titular do direito a liberdade religiosa é o menor, de forma que não cabe à genitora impor ao menor suas convicções religiosas, somente porque mudou de religião, ainda mais quando o pai não concorda com a introdução da criança e do adolescente em determinada doutrina religiosa.

Pasquale Stanzione refere-se a decisões de tribunais italianos nas quais há disputa pela guarda, em virtude de conflito quanto à liberdade religiosa da criança e do adolescente e de seus genitores. Discute-se sobre a alteração de credo pelos pais ou por um deles e eventual imposição de mudança ao menor, sem que lhe seja assegurada a alternativa de continuar na fé que já vinha professando ou sendo instruído.³³

Entretanto, o poder familiar impõe aos pais sejam os condutores da educação de seus filhos, com a possibilidade de encaminhá-los no caminho da fé que seguem, sendo-lhes permitido o direito de apresentar suas convicções religiosas aos filhos menores para que, a partir de seu discernimento próprio, no curso de sua maturidade, possam tomar sua decisão pertinente.

Não obstante, esse direito dos pais (no tocante à formação de seus filhos), somente se justifica no melhor interesse desses. Ainda que os pais professem determinada fé, essa não poderá ser imposta às crianças e adolescentes se, direta ou indiretamente, implicar na exposição a riscos excessivos ou danos. Ora, se o dever de formação se dá no interesse da criança e do adolescente, não se justifica que tal dever possa expor a criança ou o adolescente a perigos injustificáveis.

Logo, ainda que se assegure aos pais o direito a liberdade religiosa quanto a determinado culto, uma vez que tal culto possa expor o menor a risco, a apresentação desses às práticas religiosas deve ser postergada para resguardar-lhe sua integridade psicofísica.

Assim, o que se tem descortinado é uma limitação da função educativa dos pais no âmbito religioso, quando no exercício de tal direito expuser o menor a risco à sua autonomia, integridade psicofísica e vida.

30 MACHADO, op. cit., p. 35.

31 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento n. 70037756525, da Oitava Câmara Civil. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, RS, Julgado em 16/12/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70037756525&code=7905&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%20E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%208.%20CAMARA%20CIVEL>.

32 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento n. 70049252687, da Oitava Câmara Civil. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, RS, Julgado em 16/12/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%20E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049252687&num_processo=70049252687&codEmenta=5339532&temIntTeor=true>.

33 STANZIONE, Pasquale, SCIANCALEPORE, Giovanni. *Minori e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p. 134-135.

5 CONCLUSÃO

A liberdade religiosa nos seus dois aspectos, liberdade de crença e liberdade de culto, são direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, mas que por comporem a identidade do indivíduo, podem ser tratados no âmbito dos direitos da personalidade. Seu reconhecimento é garantido mesmo quando os titulares são incapazes, especialmente os menores, sendo que além da CF/88, diversos outros instrumentos legais, garantem as crianças e adolescentes a liberdade religiosa.

Entretanto, diante do dever de cuidado que se coloca aos pais e familiares em razão do poder familiar, que impõe inclusive uma função educativa, que compreenderá também um viés religioso na determinação das opções religiosas do indivíduo em formação de sua personalidade, há um aparente conflito, nos casos em que há divergência entre a posição religiosa pretendida pelos pais e a pretendida pelo filho.

Tendo em vista a nova conceituação da família democrática e eudemonista, pautada no diálogo e participação, inclusive dos filhos, nas decisões que lhe digam respeito, bem como reconhecendo no menor um indivíduo que está em plena formação de sua personalidade, temos que a mera imposição de postura religiosa implica em violação ao princípio da liberdade religiosa do filho menor.

Desta forma, diante de eventual conflito entre as posições religiosas de pais e filhos menores, a autonomia privada deste, que está em formação há de ser respeitada. Não significando necessariamente que sua vontade deverá prevalecer no caso concreto, mas que pelo menos deverá ser considerada na tomada plural de decisões.

Deve-se, portanto respeitar as escolhas conscientes da criança e do adolescente no exercício de sua liberdade religiosa, de forma que caberá aos pais orientá-lo da melhor maneira possível, inclusive podendo aconselhá-lo quanto a doutrina religiosa que entendem mais certa ou mais errada, sem, contudo, mitigar sua eventual possibilidade de buscar conhecer ideias diferentes e de efetivamente praticá-las. Contudo, devem os responsáveis ante ao seu dever de cuidado, resguardar a segurança e a integridade psicofísica da criança e do adolescente, por exemplo, impedindo-o de frequentar cultos em que se colocará em risco sua integridade física.

Assim, somente se admite a mitigação do exercício das liberdades de crença e culto da criança

e do adolescente, quando em situações de risco, o resguardo de sua integridade psicofísica se mostrar preponderante.

Nos casos conflitantes entre o exercício do poder familiar dos pais e a liberdade das crianças e dos adolescentes, a liberdade deste tem sido utilizada como *ratio decidendi* no sentido de reconhecer a sua titularidade na criança e no adolescente e não em seus pais, bem como buscando-se a preservação da absoluta prioridade dos interesses das crianças e dos adolescentes.

Desta feita, deve-se pautar a solução do eventual conflito nos princípios aplicáveis, privilegiando o melhor interesse da criança e do adolescente e sua integridade psicofísica de forma que por vezes a autonomia da criança e do adolescente e seu discernimento expresso deverá prevalecer ante a vontade autoritária de seus pais, ora o dever de proteção e o resguardo da integridade deverá prevalecer quando poderá a autonomia ser minimamente mitigada. Logo, a decisão deve ser sempre pautada em juízos de ponderação analisados no caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento n. 70037756525, da Oitava Câmara Civil. Relato. Des. Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, RS, Julgado em 16/12/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70037756525&code=7905&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%20E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%20208.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento n. 70049252687, da Oitava Câmara Civil. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, RS, Julgado em 16/12/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%20E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70049252687&num_processo=70049252687&codEmenta=5339532&te mIntTeor=true>. Acesso em: 20 maio 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

DIÁRIO DO NORDESTE. Fortaleza: 24 dez. 2013. Notícia disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/bebe-morre-apos-familia-recusar-transfusao-1.798469>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

Uma visita ao século 18. Notícia disponível em: <<http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,ERT198865-16642,00.html>>. Acesso em: 03 dez. 2014.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GÓMEZ, Patricia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 da le convención de la ONU y su impacto em ele ordenamento jurídico espanhol. *Derechos y Libertades*. Numero 24, época II, enero de 2011, p. 221-257. Disponível em: <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de crença e a objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos. *Custos Legis - Revista eletrônica do Ministério Público Federal*, Rio de Janeiro, volume 2, 2010. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Fabio.pdf>. Acesso em: 14 set. 2013

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito de família e colisão de direitos fundamentais*. Revista dos Tribunais, n.920. São Paulo, jun. 2012, p. 99-114.

_____. *Direito civil: famílias*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Jaqueline Ferreira. O “melhor interesse da criança” e o “Cuidado” na Interface Psicologia e Direito. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de Coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 111-137.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. *Revista trimestral de direito civil*, v. 46, abr/jun. de 2011. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: PEREIRA, Tânia da Silva;

OLIVEIRA, Guilherme de (Org.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76-95.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. São Paulo: Método, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stéfano. *Il diritto di avere diritti*. Roma: Editori Laterza, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

STANZIONE, Pasquale, SCIANCALEPORE, Giovanni. *Minori e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè Editore, 2006.

STANZIONE, Pasquale. Interesse del minore e statuto dei suoi diritti. In: *Direito civile e situazione esistenziali*. Gabriella Autorino e Pasquale Stanzone. Torino: G. Giappichelli Editore, 2007, p. 166).

TEPEDINO, GUSTAVO. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, v. 17, ano 5, p. 41, jan./mar. 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; PENALVA, Luciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely. *Revista de informação legislativa*, v.45, n. 180, p. 293-304, out./dez. 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

The religious freedom of the underage and the tension against the educational function of the family power

ABSTRACT

The recognition of the underage as a subject of law and the instrumental function of the family for the well being and development of the person of its members led to changes in institute of the family power, whereby parents collect legal positions to take care of and emancipate the underage children. Insofar as the child advances in its development, its ability to hold free and responsible choices will be expanded to reach fullness. To consider the principle of human dignity, one has to wonder about the decision-making ability of the child to deal with existential aspects. This text investigates the possible right to lower the religious freedom in the face of parents, which involves a review of the child's ability to decide on belief and worship and / or to undergo the effects of that decision by parents. The central premise that is adopted is that the person endowed with the capacity for judgment and, as this, must have their choices respected, especially in terms of existential questions

Keywords: Religious freedom. Underage. Family power. Autonomy of underage.

Recebido em: junho/2015.

Aprovado em: agosto/2015.