

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE- UNESC

UNIDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

CURSO DE DIREITO

ANDREA SAMAN PORTELLA

**TRANSFUSÃO DE SANGUE EM MENORES FILHOS DE TESTEMHUNHAS
DE JEOVÁ: UM ESTUDO DOUTRINÁRIO DA REPRESENTAÇÃO LEGAL
EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CRICIÚMA

2012

ANDREA SAMAN PORTELLA

**TRANSFUSÃO DE SANGUE EM MENORES FILHOS DE TESTEMUNHAS
DE JEOVÁ: UM ESTUDO DOUTRINÁRIO DA REPRESENTAÇÃO LEGAL
EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de conclusão de curso,
apresentado para obtenção do grau de
bacharel no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof. Renise Melillo Zaniboni

CRICIÚMA

2012

ANDREA SAMAM PORTELLA

**TRANSFUSÃO DE SANGUE EM MENORES FILHOS DE TESTEMUNHAS
DE JEOVÁ: UM ESTUDO DOUTRINÁRIO DA REPRESENTAÇÃO LEGAL
EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Trabalho de conclusão de Curso
aprovado pela Banca Examinadora para
obtenção do Grau de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade do Extremo
Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 14 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Renise Melillo Zaniboni, UNESC – Orientadora

Prof. Fabrizio Guinzani, UNESC - Examinador

Prof. Maicon Aléssio, UNESC - Examinador

Dedico este trabalho aos meus pais, Sandra e Carlos, por todo, carinho e educação que sempre me deram e pelo incentivo para concluir essa fase de minha vida. Ao meu namorado Thiago pelo carinho e paciência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me dar a chance de seguir meu caminho com força e saúde, e por tudo que conquistei.

Agradeço aos meus pais, Sandra e Carlos por sempre me apoiarem e incentivarem, não somente à conclusão do Curso, mas em todas as fases da minha vida.

Agradeço ao meu namorado Thiago, que nos momentos difíceis desta etapa esteve ao meu lado dando-me forças para finalizar esta fase.

Agradeço a todos os amigos e amigas que fiz durante o curso, principalmente as minhas amigas Paula e Cyntia, pelo companheirismo, contribuição, apoio e paciência para a conclusão deste curso.

Agradeço aos colegas de trabalho em especial ao Delegado Regional de Polícia Jorge Luiz Koch e Lení Kaiser, pela compreensão, paciência, e colaboração para conclusão deste trabalho.

Agradeço a minha prima, Gisela, pela contribuição que dispensada neste trabalho.

A professora Renise, pelo ensinamento e dedicação dispensados no auxílio à realização desta monografia.

Aos professores Fabrizio e Maicon, por aceitarem prontamente o convite para participar desta banca.

Sou grata a todos que me apoiaram e contribuíram para que este trabalho desse certo.

Obrigada!

RESUMO

Os seguidores da religião Testemunhas de Jeová acreditam que receber sangue ou fazer transfusão, vai de encontro aos ensinamentos de Jeová. Os fundamentos para essa recusa advém de interpretações de trechos específicos da bíblia. Os seguidores dessa religião recusam-se as transfusões de sangue para si e para seus filhos, no entanto, alegam que aceitam tratamentos alternativos para salvar suas vidas. Contudo essa problemática gera um conflito de direitos fundamentais entre a Dignidade da pessoa humana, direito à vida e direito à liberdade religiosa. Pois os pais detêm o poder familiar de seus filhos e pela lei podem realizar atos civis através da representação, contudo quando a vida da criança corre risco, o poder familiar é suspenso até que seja realizada a cirurgia. Esta pesquisa resultou em três capítulos elaborados pelo método de abordagem dedutivo e método de procedimento teórico e bibliográfico, através de consultas em doutrinas consagradas e legislação vigente.

Palavras-chave: Transfusão de sangue. Menores. Direito à vida. Direito a Liberdade Religiosa. Conflito de direitos fundamentais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DIRETRIZES E TRATAMENTOS ALTERNATIVOS	11
2.1 AS DIRETRIZES RELIGIOSAS DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ.....	11
2.2 TRATAMENTOS ALTERNATIVOS	15
3 REPRESENTAÇÃO LEGAL	17
3.1 INCAPACIDADE	17
3.2 TUTELA.....	19
3.3 PODER DE FAMÍLIA.....	20
3.3.1 História.....	20
3.3.2 Conceitos e características	21
3.3.3 Suspensão ou extinção	24
4 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
4.1 PRINCÍPIOS.....	26
4.1.1 Conceito.....	26
4.1.2 Princípios Constitucionais	29
4.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	32
4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	35
4.2.1 História.....	35
4.2.2 Conceito de Direitos fundamentais	37
4.2.3 Direito Fundamental à Vida	38
4.2.4 Direito Fundamental à Liberdade Religiosa.....	40
4.2.5 Colisão de direitos fundamentais	44
5 CONCLUSÃO	46

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49
--	-----------

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico é requisito para a conclusão da graduação em direito na Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Para que o objetivo desta pesquisa seja alcançado, aplicar-se-á pesquisa bibliográfica em obras, leis, artigos de revistas *on line* e, ainda, apresentar-se-á o posicionamento adotado por nossos Tribunais.

As Testemunhas de Jeová são religiosos que seguem os ensinamentos de Jeová. São crentes fervorosos e seguem a risca as interpretações feitas pelos seus mestres, e acabam submetendo-se a circunstâncias que geram conflitos no Direito. Eles acreditam que a submissão a transfusão de sangue é proibida por Deus, chamado por eles de Jeová. Eles se baseiam em interpretações de partes da bíblia, e crêem que receber sangue de outra pessoa é ir contra os ensinamentos de Jeová. E ir contra os ensinamentos de Jeová é tão grave que alguns preferem a morte a ter que realizar a transfusão de sangue.

Esses religiosos alegam que não querem morrer, mas sim realizar um tratamento alternativo à transfusão de sangue. A ciência médica têm se desenvolvido rapidamente, e essas descobertas de novas técnicas de cirurgia, implicam em uma recuperação menos traumática e mais rápida para o paciente.

Contudo, mesmo em casos de risco de morte, os religiosos recusam a transfusão.

Diante deste cenário, o objetivo da presente monografia é analisar a limitação de que o paciente testemunha de Jeová seja menor de idade e esteja sob tutela dos pais, os quais recusam que a transfusão seja feita em seu filho. Surgindo no presente caso, um conflito entre os direitos fundamentais à vida e a liberdade religiosa e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Baseado nesse conflito, o presente trabalho se desenvolverá em três capítulos, pelo método dedutivo e método de procedimento teórico e bibliográfico, por meio de consultas em doutrinas sagradas, legislação vigente e matérias publicadas.

No primeiro capítulo será demonstrado os motivos religiosos que levam os testemunhas de Jeová a recusarem a prática transfusional em si e em seus filhos menores. Ainda neste capítulo, alguns dos tratamentos alternativos que são aceitos pelos Testemunhas de Jeová serão demonstrados.

No segundo capítulo, sobre representação legal, serão estudados os requisitos para alguém ser considerado incapaz e uma breve análise sobre o poder da tutela. Ainda neste capítulo será discutido sobre o que é o Poder familiar, e se quem detêm esse poder pode decidir sobre a vida do seu protegido.

Por fim, no terceiro capítulo será feita uma abordagem aos princípios e especificadamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ainda, aos direitos fundamentais à vida e a liberdade religiosa e o conflito entre eles, gerado pela recusa a terapia transfusional em menores filhos de seguidores Testemunhas de Jeová.

2 DIRETRIZES E TRATAMENTOS ALTERNATIVOS

2.1 AS DIRETRIZES RELIGIOSAS DAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

Testemunha de Jeová é uma seita religiosa que significa dizer que os seguidores dão testemunho a respeito de Jeová, sua Divindade e seus propósitos. Jeová é o nome que os seguidores dão ao Deus Todo-Poderoso e Criador do Universo. No Salmo 83:18, versão Almeida, revista e corrigida:

Para que saibam que tu, a quem só pertence o nome de JEOVÁ,
és o Altíssimo sobre toda terra¹

São chamados de Testemunhas de Jeová porque “segundo a Bíblia, Jeová é o nome de Deus (Salmo citado acima). Uma Testemunha é alguém que declara publicamente conceitos ou verdades dos quais tem certeza. Assim, o nome Testemunhas de Jeová os identifica como um grupo de cristãos que declaram a verdade sobre Jeová, o Criador de todas as coisas. Eles dão testemunho às pessoas por nosso modo de viver e por lhes falar sobre as coisas que aprendem na Bíblia.”²

Segundo Álvaro Villaça Azevedo (2010, p. 3-4), as testemunhas de Jeová começaram a aparecer na década de 1870, e eram conhecidos no começo como Estudantes da Bíblia. Em 1931, passaram a chamar-se Testemunhas de Jeová. Hoje existem mais de 7.000.000 pessoas adeptas a religião em 236 países. As reuniões são realizadas em Salões do Reino. A sede mundial fica em Nova York, nos EUA.

No site oficial dos Testemunhas de Jeová, se identificam dizendo que “mesmo vindo de centenas de grupos étnicos e falando centenas de idiomas, somos unidos pelos mesmos objetivos. Acima de tudo, queremos honrar a Jeová, o Deus da Bíblia e o criador de todas as coisas. Fazemos o nosso melhor para imitar a Jesus Cristo e temos orgulho de ser chamados cristãos. Todos nós

¹ http://www.watchtower.org/t/biblia/ps/chapter_083.htm?bk=ps;chp=83;vs=18;citation#bk18

² <http://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/nomes-testemunhas-de-jeova/>

dedicamos tempo à obra de ensinar as pessoas sobre a Bíblia e o Reino de Deus. Visto que damos testemunho, ou falamos, sobre Jeová Deus e seu Reino, somos conhecidos como Testemunha de Jeová”³.

Os testemunhas de Jeová acreditam “que toda a escritura é inspirada por Deus. Que Os testemunhas de Jeová formaram seu conjunto de crenças e práticas com base na bíblia, sem idéias preconcebidas sobre o que ela deveria dizer. Eles harmonizaram suas crenças com o que a Bíblia diz; não a interpretam de acordo com suas preferências. Ao mesmo tempo, reconhecem que nem tudo na Bíblia deve ser entendido ao pé da letra. Por exemplo, os sete dias da criação são figurados, ou seja, referem-se a longos períodos de tempo(Gênesis 1:31: 2:4).⁴

Essa religião é conhecida por possuir algumas peculiaridades em seus costumes, bem diferentes das religiões cristãs. As testemunhas de Jeová são proibidas de celebrar o dia das mães, exaltar uma nação, comemorar aniversários, servir nas forças armadas, celebrar o natal, fumar, praticar esportes radicais, entre outros. Mas, a que mais gera polêmica é a proibição de receber transfusão de sangue, inclusive rejeitam a transfusão em seus próprios filhos. Mesmo em eminente risco de morte, elas se negam a aceitar.

Suas crenças e costumes são baseados em interpretações de trechos da Bíblia. No caso da recusa a transfusão de sangue, o trecho que eles interpretam que Jeová proibiu a transfusão, foi tirado de Genesis 9, 3-5:

Tudo quanto se move, que é vivente, será para vosso mantimento; tudo vos tenho dado como a erva verde.
A carne, porém, com sua vida, isto é, com seu sangue, não comereis.
Certamente requererei o vosso sangue, o sangue das vossas vidas; da mão de todo animal o requererei; como também da mão do homem, e da mão do irmão de cada um requererei a vida do homem.⁵

Outro trecho referente a proibição em tela, foi de Levítico, 17, 10-14:

³ <http://www.jw.org/pt/>

⁴ <http://www.jw.org/pt/publicacoes/revistas/g201008/em-que-testemunhas-de-jeova-acreditam/>

⁵ <http://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/9>

E qualquer homem da casa de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que comer algum sangue, contra aquela alma porei a minha face, e a extirparei do sei povo.

Porque a vida da carne está no sangue; pelo que vo-lo tenho dado sobre altar, para fazer expiação pelas vossas almas; porquanto é o sangue que fará expiação pela alma.

Portanto tenho dito aos filhos de Israel: Nenhum dentre vós comerá sangue, nem o estrangeiro, que peregrine entre vós, comerá sangue.

Também qualquer homem dos filhos de Israel, ou dos estrangeiros que peregrinam entre eles, que caçar animal ou ave que se come, derramará o seu sangue, e o cobrirá com pó;

Porquanto a vida de toda carne é o seu sangue; por isso tenho dito aos filhos de Israel: Não comereis o sangue de nenhuma carne, porque a vida de toda carne é o seu sangue; qualquer que o comer será extirpado.⁶

E para completar Atos, 15:28,29:

Na verdade pareceu bem ao Espírito Santo e a nós, não vos impor mais encargo algum, senão estas coisas necessárias:

Que vos abstenhais das coisas sacrificadas aos ídolos, e do sangue, e da carne sufocada e da prostituição, das quais coisas bem fazeis se vos guardades. Bem vos vá.⁷

Os Testemunhas de Jeová acreditam na sua própria interpretação, e a defendem incondicionalmente. Para eles, receber sangue é infringir as Leis de seu Criador, por isso preferem sacrificar a vida.

Segundo Maria Helena Diniz (2001, p. 204), a seita Testemunhas de Jeová acredita que o sangue é a alma do homem, por esse motivo o sangue de outro homem não deve ser ingerido e nem recebido pelas veias. Para os seguidores desta seita, fazer a transfusão é violar a lei de Jeová.

Ainda no pensamento de Maria Helena Diniz (2001, p.204), os testemunhas de Jeová não aceitam a Transfusão de Sangue alogênico, nem mesmo em situações de risco de vida, pois interpretam que existe uma ordem Bíblica de que o sangue é sagrado, contudo aceitam tratamentos alternativos.

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior (2009, p.18), concorda que os seguidores de testemunha de Jeová recusam a transfusão de sangue em si, porém aceitam outras opções terapêuticas. Por conseguinte, em nenhuma hipótese eles desejam a morte, somente optam por tratamentos alternativos.

⁶ <http://www.bibliaonline.com.br/acf/lv/17>

⁷ <http://www.bibliaonline.com.br/acf/atos/15>

Também afirma Bastos (2001, p. 787) que atualmente, com a acelerada evolução da ciência médica quanto ao desenvolvimento de tratamentos e cirurgias sem a utilização de sangue, a transfusão já não é considerada como a única forma terapêutica capaz de salvar a vida do paciente que dela necessite.

Mesmo assim, essa rejeição à transfusão de sangue gera um conflito de direitos fundamentais e princípios, que de acordo com Nelson Nery Junior (2009, p.19) gera uma colisão entre os direitos à vida e a liberdade religiosa e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Igualmente Carvalho e Goldim (2001, p.145) estabelecem que a recusa a terapia transfusional por crença religiosa, manifestada por pacientes em risco de vida não é mais freqüente do que se imagina e, conseqüentemente, desencadeia uma série de implicações, que merecem a atenção, quanto ao aspecto de direitos fundamentais, por se tratar de situação diretamente ligada ao ser humano, envolvendo sua liberdade e dignidade.

Esse conflito torna-se mais evidente quando envolve um menor, pois este é considerado incapaz para decidir sobre sua vida, neste momento os pais que possuem sua tutela os representam. Porém alguns doutrinadores ensinam que quando se trata do risco de vida ninguém pode decidir pela morte de outro. Entretanto, obrigar uma criança a fazer transfusão de sangue, contrariando a vontade dos pais, causa um transtorno emocional negativo. Pois, é de conhecimento de todos que o ânimo, ou seja, o paciente estar bem mentalmente contribui para a recuperação do paciente, do contrário só causa piora. Para eles, ir contra seus princípios é muito pior que a própria morte.

Além disso, Philip Brumley e José Claudio Del Claro (1999, p.10), explanam que as transfusões de sangue são perigosas, pois há riscos de transmissão de hepatite A e hepatite B, bem como de ter uma infecção e reação alérgica.

Tais informações encontram-se em consonância com outros trabalhos científicos recentes, que afirmam que as transfusões de sangue como aumento de morbidade e mortalidade. Por exemplo, “apesar do uso comum de transfusões de hemácias na prática clínica, os efeitos benéficos reais das hemácias nunca foram demonstrados. Ao contrário, vários estudos sugerem que

as transfusões das hemácias estão associadas com maior risco de morbidade e mortalidade.”⁸

FERRAZ(2008p. 156), alerta que um dos campos da atividade médica mais prolíficos em questões sobre a responsabilidade civil é o da transfusão sanguínea. Com efeito, sobretudo após a descoberta do vírus HIV, a potencialidade danosa desse tipo de tratamento médico mostra-se ainda mais evidente. A questão ganhou publicidade e alcançou proporções dramáticas recentemente em diversos países pela contaminação de centenas de pessoas por sangue contaminado utilizado em hospitais públicos para transfusões. Além da AIDS, outras doenças podem ser transmitidas com procedimento de transfusão sanguínea, como a sífilis, a hepatite e a doença de Chagas, para citar apenas as mais comuns.

2.2 TRATAMENTOS ALTERNATIVOS

Os Testemunhas de Jeová alegam que a recusa à transfusão de sangue não quer dizer que querem morrer. Apenas optam por outro tratamento alternativo ao sangue.

Jama (1981, p. 246) acredita que para esses religiosos, é proibido a administração de transfusão de sangue total, de papas de hemácias, e de plasma, assim como de concentrados de leucócitos e de plaquetas. Contudo, alguns componentes são aceitos pelos testemunhas, como albumina, a imunoglobulina e os preparados para hemofílicos.

Existem atualmente diversas formas em que uma equipe médica pode minimizar ou evitar a realização de hemotransfusão pelo uso sistemático de diversas técnicas de gerenciamento e de conservação do sangue, tais como combinações adequadas de medicação, instrumentos tecnológicos, técnicas clínicas e cirúrgicas. Assim, do fato de existir mais de um tratamento em substituição à transfusão de sangue conclui-se que esse procedimento não é o único modo de tratar e até mesmo salvar a vida de um paciente. (AZEVEDO, 2010, p. 9).

⁸ Artigo The impact of storage on red cell function in blood transfusion

A conjugação de fatores, tais como riscos transfusionais, avanços da medicina não transfusional, imprecisão na indicação de uma hemotransusão e a preocupação com o paciente como ser humano, como sujeito de direitos e cujos desejos devem ser respeitados; têm levado muitas equipes médicas a tratar o paciente, ainda que em situações críticas e emergenciais, sem a utilização de transfusões de sangue. Além disso, tem se tornado cada vez mais comum entre os centros médicos, devido aos baixos estoques nas unidades hemoterápicas, a falta de sangue doado, chegando ao ponto de cirurgias serem canceladas por este motivo. (AZEVEDO, 2010, p. 9)

Conforme se nota por tudo o que acima foi exposto, o tratamento com transfusões de sangue envolve riscos, os quais são reconhecidos pela ciência atual, pelos Conselhos de Medicina e pelas próprias agências governamentais que regulam a sua prática. (AZEVEDO, 2010, p. 8)

Em 150 países, mais de 100.000 médicos comprometem-se a aplicar cirurgia sem transfusões de sangue pois acreditam que as opções terapêuticas à transfusão de sangue são simples, seguras e eficazes. (AZEVEDO, 2010, p. 9)

Nesse sentido, estudos recentes apontam alguns tratamentos alternativos aceitos pelos testemunhas de Jeová, como recuperação intraoperatória, hemodiluição e recuperação pós-operatória.

O método de hemodiluição ocorre com a diluição do sangue do paciente durante a cirurgia. Logo, no começo da operação, os médicos desviam parte do sangue para frascos que armazenam o sangue fora do corpo do paciente, e substituem o sangue por fluídos não sanguíneos, após, faz-se com que o sangue flua dos frascos de volta para o paciente.⁹

Já na recuperação intraoperatória, utiliza-se um aparelho para aspirar o sangue da incisão, bombeá-lo através de um filtro (para remover coágulos ou resíduos) ou de um centrifugador (para eliminar fluídos), e depois reinjetá-lo no paciente, não havendo interrupção do fluxo do sangue. Ou seja, consiste em recuperar e reutilizar o sangue durante a cirurgia.¹⁰

⁹ Report of the Presidential Commission on the Human Immunodeficiency Virus Epidemic, 1988, p. 78).

¹⁰ ARRUDA, Roldão. Crescem no país as cirurgias sem transfusão. In: jornal O estado de São Paulo, 29 de setembro de 2000, p. A10

Assim, existem maneiras de substituir a transfusão de sangue convencional, sem utilizar sangue alôgenico.

Para que, no caso dos os maiores e capazes, a recusa transfusional de sangue seja validada juridicamente, o paciente tem que assinar o documento "Instruções e procuração para tratamento de saúde", o qual declara as diretrizes antecipadas para tratamento de saúde que devem ser seguidas pelos médicos, bem como nomeia validamente dois procuradores para cuidarem da preservação de sua vontade expresso no mesmo documento que devem ser observadas quando da inconsciência do paciente. Assim, a não observância das diretrizes prévias do paciente constantes no documento, bem como a desconsideração do papel do procurador, sujeitará o profissional de saúde a ser responsabilizado no âmbito legal e ético. (AZEVEDO, 2010, p. 38)

Já nos casos de menores incapazes, o documento " Instruções e procuração para tratamento de saúde não tem validade, pois não tem valor jurídico documentos assinados por menores. E seus pais também não podem assinar, porque eles não tem o poder de decidir sobre a vida de alguém, mesmo tendo o poder familiar de seus filhos. Assim, resta aos pais ajuizar uma ação baseado no direito à liberdade religiosa e alegar que somente querem o direito de escolha de tratamento médico, consequência natural do poder familiar. E então aguardar a decisão do magistrado. (AZEVEDO, 2010, p. 42) .

3 REPRESENTAÇÃO LEGAL

3.1 INCAPACIDADE

Nas palavras de Maria Helena Diniz, incapacidade é:

[...] a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. (2005, p.140)

De acordo com Silvio Rodrigues (2006, p. 39) é:

[...] o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos seus direitos. Somente por exceção

expressamente consignada na lei é que se sonega ao indivíduo a capacidade de ação.

São considerados incapazes, de acordo com Silvio Rodrigues (2006, p. 39), pois falta maturidade nos menores para julgar de seu próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou ao silvícola falta senso preciso para defender seu patrimônio, o legislador inclui todas essas pessoas na classe dos incapazes, com o intuito de submetê-los a um regime legal privilegiado, com a finalidade de preservar seus interesses.

A incapacidade, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.111), é dividida em dois tipos: a relativa e a absoluta, de acordo com o grau de imaturidade, deficiência física ou mental da pessoa, pelos institutos da representação e da assistência.

Os absolutamente incapazes são mencionados no art. 3º do Código Civil sendo impedido de exercer pessoalmente os atos da vida civil e que devem ser representados, sob pena de nulidade do ato (art. 166, I).

E ainda o art. 4º cita os relativamente incapazes, dotados de algum discernimento e por isso autorizados a participar dos atos jurídicos de seu interesse, desde que devidamente assistidos por seus representantes legais, sob pena de anulabilidade (art. 171, I), salvo algumas hipóteses restritas em que se lhes permite atuar sozinhos.

Silvio Rodrigues (2006, p. 40) simplifica a distinção entre relativamente incapazes e absolutamente incapazes dizendo que apenas o grau deles as diferencia.

Este mesmo autor define os absolutamente incapazes como “[...] aqueles que não podem, por si mesmos, praticar quaisquer atos jurídicos e se praticam, o ato se torna nulo”.

Já com os relativamente incapazes, é diferente, pois como ensina Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.121) estes já tem algum discernimento, não ficam afastados da atividade jurídica, podendo praticar determinados atos por si sós. Porém devem ser assistidos por seus representantes, nos atos em geral, sob pena de anulabilidade. Estão em uma situação intermediária entre a capacidade plena e a incapacidade total.

Tanto os absolutamente quanto os relativamente incapazes necessitam de representantes legais para realizarem seus atos jurídicos. Assim sendo, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 130) explica onde se encontram os requisitos e efeitos da representação legal:

Dispõe, com efeito, o art. 1634, V, do Código civil que compete aos pais na qualidade de detentores do poder familiar, quanto a pessoa dos filhos menores, “..V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento”. Essa regra é repetida no art.1690: “Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados”.

Portanto, a representação legal é indispensável para a realização de algum ato jurídico em que a parte é absolutamente ou relativamente incapaz.

Assim, um menor não tem discernimento, para realizar atos da vida civil, falta-lhes maturidade, para tanto. Por esse motivo, não podem decidir sozinhos se querem ou não receber a transfusão. Para isso são representados por maiores capazes, que detêm a tutela dos mesmos, para representá-los civilmente e dar-lhes proteção, educação, etc..

3.2 TUTELA

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves tutela é:

[...] o encargo conferido por lei a uma pessoa capaz, para cuidar da pessoa do menor e administrar seus bens. Destina-se a suprir a falta do poder familiar e tem nítido caráter assistencial. (2011, p. 649)

Silvio Rodrigues se aprofunda mais ao definir tutela:

A tutela é um instituto de nítido caráter assistencial e que visa substituir o poder familiar em face das pessoas cujos pais faleceram ou foram julgados ausentes, ou ainda quando foram suspensos ou destituídos daquele poder. (2006, p. 398)

Para Maria Helena Diniz tutela é:

Um complexo de direitos e obrigações conferidos pela lei a um terceiro, para que proteja a pessoa de um menor, que não se acha sob o poder familiar, e administre seus bens.(2001, p. 504)

Arnaldo Rizzardo (2008, p. 946) leciona que quem for tutor de alguém passa a exercer os mesmos direitos e obrigações inerentes ao poder familiar, com o que se arvora nos poderes de assistir e representar o menor, e nos deveres de zelar pela sua educação e administrar-lhes os bens.

3.3 PODER DE FAMÍLIA

3.3.1 História

Há pouco tempo atrás o poder de família era chamado de pátrio poder, o qual representava o poder do *pater*, pois naquela época o pai era o “chefe da organização familiar”, era considerado a autoridade da família romana. Possuía o direito absoluto e ilimitado sobre a pessoa dos filhos. (RODRIGUES, 2006 p. 353)

Denise Damo Comel (2003, p. 53) também afirma que a expressão pátrio poder era detentora da prevalência do cônjuge varão sobre a pessoa dos filhos. Ainda relata, que houve a necessidade da troca do nome “pátrio poder” para “poder familiar”, em virtude do fundamento da CRFB, que estabelece que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Não deixando dúvidas com relação a posição da mulher na direção da sociedade conjugal, exercida por ambos, em prol do interesse do casal e dos filhos.

Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz (2001, p. 382) crê que existia uma conotação machista do vocábulo pátrio poder, e o movimento feminista reagiu para que surgisse o novo termo, restringindo assim o poder patriarcal, que foi dominante por um longo período na nossa sociedade.

Já Silvio Rodrigues caracteriza o pátrio poder no direito moderno, como:

[...] como um instituto de caráter eminentemente protetivo em que, a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo

do seu titular. Para bem compreender sua natureza é mister ter em vista tratar-se de matéria que transcende a órbita do direito privado, para ingressar no âmbito do direito público. É de interesse do Estado assegurar a proteção das gerações novas, pois elas constituem matéria-prima da sociedade futura. E o pátrio poder nada mais é do que esse múnus público, imposto pelo Estado, aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. (2006, p. 355)

Silvio Rodrigues (2006 p.355) também acredita que por esse motivo alguns autores acham inadequado o nome pátrio poder, e sugerem outros nomes, como poder de proteção, ou mesmo pátrio dever. Rodrigues crê que relacionaram impropriamente o nome “pátrio” ao pai, pois “pátrio” se referia a “pais”, porque representa uma obrigação dos pais e não da família, como sugere o nome poder familiar.

3.3.2 Conceitos e características

O Código Civil brasileiro, não define o poder familiar, apenas regulamenta aspectos específicos a respeito, como por exemplo, quem são os titulares (art. 1630), a quem compete (art. 1631), como se extingue (art. 1635), dentre outros. (COMEL, 2003, p. 64)

Na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. n° 227, impõe os deveres do poder familiar:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Para Silvio Rodrigues, poder de família é:

[..] conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo a proteção dos filhos.

O fato de a lei impor deveres aos pais, com o fim de proteger os filhos, realça o caráter de *múnus* público do poder familiar. E o torna irrenunciável. (2006, p. 356).

Arnaldo Rizzardo (2008, p.608) nos traz um conceito importante sobre a relação do poder familiar: “[...] o poder familiar, mais que um poder, constitui-se de uma relação, ou do exercício de várias atribuições, cuja a finalidade última é o bem do filho”.

Já Silvio Rodrigues (2006, p. 359) ensina que quem está sujeito ao poder familiar são os filhos qualquer que seja a natureza da filiação enquanto menores, logo, até 18 anos. Para os filhos nascidos fora do casamento, só estão sujeitos ao poder familiar se reconhecidos legalmente, sem o reconhecimento não há o que se falar em poder de família, pois só este estabelece a relação de parentesco.

Maria Berenice Dias (2009, p.383) cita Guilherme Calmom Nogueira da Gama, ao conceituar que autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos notadamente de índole afetiva.

Nessa mesma linha de pensamento Arnaldo Rizzardi explica mais detalhadamente sobre essa relação:

[..] se trata de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir a abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para dirigirem e administrarem seus bens. Não haveria tão somente um encargo, ou *múnus*, mas um encaminhamento, com poder para impor uma certa conduta, em especial antes da capacidade relativa. Não mais há de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais. (2008, p. 609).

Uma das conseqüências de exercer o poder familiar é a representação legal, pois o menor é incapaz de exercer seus direitos pela lei. Ele não tem capacidade para realizar atos jurídicos, para negócios. Logo necessita de alguém capaz legalmente para representá-lo e este alguém é o detentor do poder pátrio, o qual representa o menor até os dezesseis anos completados. (RIZZARDO, 2008, p. 609)

Juridicamente o poder familiar decorre da paternidade natural e da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As

obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, e muito menos vendê-los, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. É crime entregar o filho a pessoa inidônea. A renúncia ao poder familiar é nula, sendo admissível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente ao um membro familiar. (LOBO, 2003, p. 211).

Em casos de pais separados, Silvio Venosa (2005, p. 340) ensina que cinde-se o poder familiar, dividindo-se as incumbências.

Quando os pais descumprirem o dever de prover à subsistência de filho, caracteriza o delito de abandono material (art. 244 do CP); a inércia, representada pelo fato de deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho menor, constitui delito de abandono intelectual (art. 246 do CP); ambos sujeitam o progenitor negligente à pena de detenção e de multa.

Alexandre de Moraes (2008, p. 35) crê que o direito a vida sobressai sobre o direito a liberdade religiosa, logo os pais não podem recusar a transfusão de sangue em seus filhos.

No entanto, para Celso Ribeiro Bastos, com relação a decisão dos pais em recusar a transfusão nos filhos, opina de outra forma:

Afirma que "o pátrio poder inclui a tomada das decisões que envolvem toda a vida dos filhos menores sob sua tutela. [...] A decisão sobre não se submeter a determinado tratamento médico, como visto, é perfeitamente legítima e, assim, inclui-se, como qualquer outra, no âmbito de decisão dos pais quando se tratar de filho menor." (2001. p. 493-507)

Álvaro Villaça de Azevedo (2010, p. 11) nessa mesma corrente acredita que escolher o tipo de tratamento médico que o filho ou a filha receberá é um direito legítimo e integra as características do poder familiar. Isso porque, apesar de os filhos serem o alvo principal de atenção e proteção, o poder familiar deve ser exercido nos interesses da própria família, o que incluirá não somente os filhos, mas também os pais.

3.3.3 Suspensão ou extinção

Para evitar que o exercício do poder familiar possa ser nocivo aos filhos, existe uma fiscalização. Constatando que os pais pelo comportamento ou de outro modo, prejudicam os filhos, o ordenamento jurídico reage e, conforme a gravidade do caso, suspende ou os destitui do poder familiar. (SILVIO RODRIGUES, 2006, p. 368)

Silvio Venosa, também entende que:

O poder familiar é um *múnus* que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado tem o poder de interferir nessa relação, que afeta a célula familiar. A lei cita os casos em que o titular deve ser privado de seu exercício, temporária ou definitivamente. (2005, p.347)

Compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores(art. 1634 do CC), dirigi-lhes criação e educação, provendo-os de meios materiais para sua subsistência e instrução de acordo com seus recursos e sua posição social, preparando-os para a vida, tornando-os úteis a sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.(DINIZ, 2001, p. 451).

Silvio Rodrigues (2006, p. 369) entende que a medida menos grave é representada pela suspensão, pois extinta a causa que a gerou, pode o juiz cancelá-la, se não encontrar inconveniente a volta do menor para o convívio com os pais. A suspensão pode acontecer somente ao filho vitimado, e não a todos os filhos; assim como, suspender algumas prerrogativas do poder familiar, logo se o pai não cuida bem do patrimônio do filho que recebeu deixo testamentária, porém por outro lado educa muito bem o filho, o juiz pode suspendê-lo da administração dos bens de seu filho, permitindo que outros poderes do poder familiar continuem vigorando. A suspensão, por ser de menor gravidade, é facultativa, pois o juiz pode não aplicá-la se os pais comprometerem-se a internar o filho em estabelecimento de educação ou garantir que ele será bem tratado.

No nosso código civil as causa de suspensão do poder familiar encontra-se estabelecidas no art. 1637:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.431) ensina que os deveres inerentes aos pais não estão expressos somente no Código Civil, mas também espalhada em toda a legislação, como no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus arts. 7º a 24 e na Constituição Federal em seu art. 227, bem como os que dizem respeito ao sustento, guarda e educação dos filhos, os que visam assegurar aos filhos o direito á vida, saúde, lazer, profissionalização, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, assim como os que visam impedir que sejam submetidos a discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Pontes de Miranda (2002, p. 155) leciona que a suspensão do poder familiar faz o pai perder alguns direitos em relação ao filho, mas não o exonera do dever de alimentá-lo.

Há que se falar também de destituição do poder familiar, segundo Maria Helena Diniz (2005, p.525) a destituição é uma sanção mais grave do que a suspensão, sendo operada por sentença judicial (lei nº 8069/90 art. 148, parágrafo único); se o juiz entender que houve algum dos motivos para a destituição, abrange toda prole, por ser medida imperativa.

A ação judicial é movida pelo outro cônjuge, por algum parente do menor, por ele mesmo, se púbere; pela pessoa a quem se confiou sua guarda ou pelo Ministério Público. Segundo o art. 1635, V do Código civil, a perda do poder familiar, em regra é permanente, contudo, excepcionalmente pode ser restabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se provada a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso.

O código civil descreve alguns casos que causam a extinção do poder familiar em seu art. 1635:

Art. 1635. Extingue-se o poder familiar:
I- Pela morte dos pais ou do filho;
II- Pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III- Pela maioridade;
IV- Pela adoção;
V- Por decisão judicial, na forma do artigo 1.638

Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 245) sustenta que a extinção do poder familiar se dá por fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial conforme artigo supracitado.

Referente ao inciso II, do art. 1635 do CC, Silvio Rodrigues no que concerne a emancipação, leciona:

[...] é a aquisição da capacidade civil antes da idade legal. É ela concedida pelos pais, pelo juiz ou pela lei, naqueles casos em que se pressupõe ter o indivíduo adquirido plena maturidade, a despeito de sua idade. Nesses casos, por igual, liberta-se ele do poder parental, por dispensar a proteção que o legislador concede aos imaturos. (2006, p.372)

Uma vez decretada a extinção, já não haverá autoridade alguma dos pais sobre o filho, não existindo qualquer poder residual aos pais em relação à função paterna. (GOMES, 1997 p. 292)

4 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 PRINCÍPIOS

4.1.1 Conceito

Princípio no âmbito do direito, não difere do significado que está no dicionário da Língua Portuguesa.

Princípio. S. m. 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem; começo. 2. Causa primária. 3. Elemento Preceito, regra, lei. 5. P. ext.Base.(AURÉLIO, 1988, p.529)

Princípio inspira uma ordem, uma diretriz, é um norteador das bases fundamentais do sistema.

E no mundo jurídico, José Afonso da Silva (2007, p. 85) confirma esta semelhança definindo princípios como ordenações que se irradiam e se imantam nos sistemas de normas; são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais.

Em ambas, definições de princípios, mostram a idéia de um conjunto de pensamentos estruturados que se baseiam em uma idéia central, que conduz e comanda esses pensamentos, idéias, normas, provenientes desse pensamento chave.

Princípio é o início de qualquer sistema, afirmam Plácido de Silva (2001, p. 639) :

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie e ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito

Complementando J.J. Gomes Canotilho(1999, p. 1177) afirma:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <<tudo ou nada>>; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <<reserva do possível>>, fáctica ou jurídica.

Nesse sentido, Miguel Reale(1980, p.299) acredita que princípios são:

[...] verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de carácter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Já J.J. Gomes Canotilho (1999, p. 1087) afirma que princípios são normas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos, sua

convivência é conflitual. E permitem o balanceamento de valores e interesses, de acordo com seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Nesse mesmo diapasão, Celso Antonio de Mello assevera sobre princípio:

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (2006, p. 902-903)

Chega-se a idéia que princípios são suposições reais que servem de base para o sistema jurídico.

Referente aos princípios jurídicos, Roque Antônio Carraza(1995, p. 29) ensina que princípio jurídico é explícito ou implícito e lógico, que, por abranger de forma geral, ocupa posição de primazia nos vastos quadrantes do Direito e, por esse motivo, vincula de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Com relação a atuação dos princípios, Celso Bastos(2002, p. 79-80) nos ensina:

[...] são eles que dão feição de unidade ao Texto Constitucional, determinando suas diretrizes fundamentais. É por esta razão que os princípios ganham em abrangência, eis que eles se irradiam por todas as demais normas que sejam meras regras do Texto constitucional, influenciando na sua interpretação, na determinação do seu conteúdo, e até mesmo, tornando inconstitucionais tais regras cujo teor pretenda impor comando que conflitem com os princípios. [...] Há contudo, uma que se sobreleva às demais: a de funcionar como critério de interpretação das demais normas não-principiológicas. Disto resulta uma interferência recíproca entre regras e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja atribuível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade.

Paulo Bonavides(2001, p.229) define princípios como: “ verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.”

Os princípios são diretrizes valorativas válidas, aplicáveis à interpretação constitucional.

4.1.2 Princípios Constitucionais

Os princípios constitucionais estão positivados no Título I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em seu art. 1º encontra-se alguns deles:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Para iniciar uma abordagem aos princípios constitucionais, J.J. Gomes Canotilho(1999, p. 100) ensina que:

[...] a Constituição é, [...] uma lei, configurando a forma típica de qualquer lei, compartilhando com as leis em geral um certo número de características (forma escrita, redação articulada, publicação oficial etc). Mas também, é uma lei diferente das outras: é uma lei específica, já que o poder que a gera e o processo que a veicula são tidos como constituintes, assim como o poder e os processos que a reformam são tidos como constituídos, por ela mesma; é uma lei necessária, no sentido de que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; é uma lei hierarquicamente superior – a lei fundamental, a lei básica – que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis têm de submeter-se; é uma lei constitucional, pois, em princípio, ela detém o monopólio das normas constitucionais.

Após essa introdução, Luís Roberto Barroso (1999, p. 142-143) conceitua que os princípios constitucionais são “a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica” os quais indicam o ponto de partida, visto que se constituem premissas básicas do ordenamento jurídico.

Sobre princípios, Celso Ribeiro Bastos(2002, p. 57) leciona:

Os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.

De acordo com Celso Ribeiro Bastos, nota-se que os princípios constitucionais são considerados o núcleo central do ordenamento jurídico, devido ao fato de que todas disciplinas são a conseqüência da concretização dos mesmos. Paulo Bonavides (2001, p. 255) ressalta que os princípios servem de inspiração para a formulação de leis e normas.

J. J. Gomes Canotilho(1991, p.171-172) aduz que a Constituição é uma estrutura sistêmica aberta composta por princípios e regras:

Salienta-se na moderna constitucionalística que à riqueza de formas da constituição corresponde a multifuncionalidade das normas constitucionais. Ao mesmo tempo, aponta-se para necessidade dogmática de uma classificação tipológica da estrutura normativa.

Por conseguinte, seguindo esse mesmo pensamento de Canotilho, se o sistema fosse feito somente de regras viraria um sistema jurídico de racionalidade prática limitada, e ordenaria uma disciplina legislativa exaustiva e completa do mundo e da vida, não existindo espaço vago para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, o qual é um sistema aberto essencialmente. Contudo, de forma contrária, se existisse um sistema inspirado somente em princípios, também não seria propício, devido a indeterminação e a inexistência de regras precisas, que conduziriam a um sistema falho de segurança jurídica e não solucionaria a complexidade do próprio sistema.

Logo, são necessários para o sistema jurídico, os princípios ou os valores que eles transmitem, como exemplo a igualdade, dignidade, liberdade.

J.J. Gomes Canotilho(1991, p. 174) ressalva que “[...] em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em

“primeira linha” (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias[...]

De acordo com o mencionado acima os princípios possuem um grau de abstração relativamente alto, que admitem o balanceamento de valores e interesses, ao diferentemente das normas que, devem cumprir a exata medida de suas prescrições.

Referente aos princípios constitucionais, J.J. Gomes Canotilho(1991, p.177-179) classifica os princípios constitucionais, usando alguns critérios:

Princípios jurídicos fundamentais: os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. [...] os princípios têm uma função negativa particularmente relevante nos ‘casos limites’ (Estado de Direito e de Não Direito, Estado Democrático e Ditadura). [...] eles fornecem sempre directivas materiais de interpretação das normas constitucionais. Mais do que isso: vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais.

Princípios políticos constitucionalmente conformadores: são os princípios constitucionais que explicam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Neles condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. Os princípios políticos constitucionais são o cerne político de uma constituição política. [...] situam-se aí, os princípios definidores da forma de Estado. [...] os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios normativos, retrizes e operantes, que todos os órgãos encarregados da aplicação do direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em actos inequivocadamente conformadores.

Princípios constitucionais impositivos: aqui, subsumem-se todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. Estes princípios designam-se, muitas vezes, por “preceitos definidores dos fins do Estado”, “princípios directivos fundamentais” [...]. Como exemplo de princípios constitucionais impositivos podem apontar-se o princípio da independência nacional [...]. Traçam, sobretudo para o legislador, linhas retrizes da sua actividade política e legislativa.

Princípios-garantia: visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhe atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se a título de exemplo, o princípio [...] do juiz natural [...], os princípios de non bis in idem e in dubio pro reo. [...]. Estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem “princípios em forma de norma jurídica” e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação.

Jorge Miranda(1988, 34-35), acredita que os princípios constitucionais são substantivos e adjetivos ou instrumentais, subdividindo o primeiro em outras sub-categorias, assim delineados:

Princípios axiológicos fundamentais: são os limites transcendentares do poder constituinte, via de positivação do Direito natural. Ex: o direito de defesa;

Princípios político-constitucionais: são os limites inerentes do Poder Constituinte, os signos específicos de cada Constituição material diante das demais, refletindo as opções de cada regime. Ex: o princípio democrático;

Princípios constitucionais instrumentais: constituem a estruturação do sistema constitucional quanto à sua racionalidade e operacionalidade.

José Afonso da Silva(2007, p. 93) explica da seguinte forma sobre as classificações dos princípios fundamentais, sintetizando-os em:

Princípios político-constitucionais – Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadoras em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, [...]. Manifestam-se como princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-princípio [...]. São esses princípios fundamentais que constituem a matéria dos arts. 1º a 4º do Título I da Constituição. Princípios jurídicos-constitucionais - São princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional.

4.1.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Um dos fundamentos do estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana localizado na Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, em seu art. 1º, III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituem-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III- dignidade da pessoa humana

(...)

Desta forma, podemos afirmar que o Estado encontra-se garantidor e provedor dos meios básicos para a dignidade da vida humana.

Nesse diapasão, Celso Bastos e Ives Martins (1988, p. 425), entendem que um dos fins do Estado seria propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas.

No mesmo contexto, de que o estado é o maior garantidor deste princípio Nelson Nery Junior cita Peter Haberle:

A dignidade humana possui dupla direção protetiva. Isso significa que ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado(e contra a sociedade); e, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade. Esse dever constitucional pode ser cumprido classicamente, portanto, jurídico-defensivamente, mas também pode ser desempenhado jurídico-prestacionalmente; ele pode ser realizado por caminhos jurídicos-materiais e por vias processuais(no sentido de um status activus processualis) bem como por meios ideais e materiais. (2009, p. 10)

Alexandre de Moraes (2008, p. 22) entende a respeito, que dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como conseqüência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Ao proclamar a dignidade da pessoa humana, o texto constitucional corrobora para um imperativo de justiça social.

Por outro lado, o referido princípio pode em inúmeras situações ser violado. Celso Bastos e Ives Martins citam dois exemplos de violação da dignidade humana:

A dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como tortura sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido. (1988, p.425)

De uma forma subjetiva, Joaquim Clolet (2001, p. 74) analisa o princípio da dignidade da pessoa humana e o define como princípio jurídico, que indica não só o “ser da pessoa”, mas a “humanidade” da pessoa.

De outra forma, Alexandre de Moraes pondera sobre o assunto de modo objetivo:

Ela concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (2008, p. 21)

Portanto Alexandre de Moraes defende que a partir do princípio em tela, surge a garantia aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, Álvaro Villaça Azevedo (2010, p.13) acredita que a dignidade é a origem de todos os direitos fundamentais, pois está relacionada com a própria condição humana.

Os direitos fundamentais estão inseridos neste princípio, pois devem ser respeitados para existir a dignidade humana. Da mesma forma, André Ramos Tavares expõe:

Embora inúmeros direitos fundamentais encontrem-se preenchidos, em diversos graus, pelo respeito à dignidade humana como direito à vida, à liberdade, a um salário capaz de atender às necessidades vitais básicas, e outros, não seria admissível utilizar-se unicamente do método lógico-indutivo, para afirmar intransigentemente, que todo e qualquer direito fundamental ou princípio possui em sua essência uma lasca da dignidade da pessoa humana. Não se pode transformar o princípio em referência em um axioma jurídico, em uma verdade universal, incontestável e absoluta: em outras palavras, em mito. (2008, p. 546)

Alguns autores acreditam que esse princípio não é absoluto, ou seja, não superior a todos os outros princípios e direitos, quando em conflitos com estes.

Nesse diapasão, em seu texto André Ramos Tavares cita Sartlet:

Por mais que se tenha a dignidade como bem jurídico absoluto, o que é absoluto (e nesta linha de raciocínio, até mesmo o que é a própria dignidade) encontra-se de certa forma em aberto e, em certo sentido – como já demonstrado – irá depender da vontade do intérprete e de uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada. (SARLET apud TAVARES, 2008, p. 544)

Robert Alexy, também acredita que o princípio da dignidade da pessoa humana somente dá a impressão de ser absoluto, contudo, ele ensina:

O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta deste princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana. (2006, p.114)

4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.2.1 História

A idéia dignidade do homem surgiu através do cristianismo, o qual ensinava que o homem era a imagem e semelhança de Deus e por isso necessitava de uma proteção especial. Alguns anos depois, a partir do século XVII, as teorias contratualistas contribuíram para que o Estado fosse o garantidor dos direitos básicos dos cidadãos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p 150).

Em 1776, os direitos fundamentais foram positivados com Declaração dos Direitos de Virginia e Declaração Francesa (1789), enfim se tornando uma norma. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 150).

Norberto Bobbio (1999, p. 78) afirma que “os direitos do homem derivam de uma radical inversão de perspectiva”, ou seja, antes o homem tinha deveres com o Estado e agora antes dos deveres, existem os direitos dos cidadãos.

É importante ressaltar, que os doutrinadores ponderam que existem quatro gerações no direito fundamental. Que são definidas por períodos que demarcaram a evolução das liberdades públicas. (BULOS, 2008, p. 405).

Uadi Lammêgo Bulos leciona sobre a primeira geração:

[...] surgida no final do século XVII, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicas, as quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas prestações negativas, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito a vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação. (2008, p. 406).

Resumindo, a primeira geração se refere às liberdades individuais, que ditam obrigações de não fazer e de o Estado não intervir. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233).

Na segunda geração, o Estado tem uma conduta ativa, através do dever fornecer saúde, educação, assistência social, segurança. Basicamente, aduz a uma liberdade real e igual para todos, e são chamados de direitos sociais.

A segunda geração para Uadi Lammêgo Bulos é definida como:

[...] advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice. (2008, p. 406)

Com relação a terceira geração Uadi Lammêgo Bulos, ensina:

[..] engloba os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade(Karel Vasak). Tais direitos têm sido incorporados nos ordenamentos constitucionais positivos e vigentes de todo mundo, como nas constituições do Chile(art. 19, § 8º) da Coréia(art. 35, 1) e do Brasil(art. 225). Os direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, são alguns dos itens componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade, prescritos nos textos constitucionais hodiernos, e que constituem a terceira geração dos direitos humanos fundamentais. (2008, p. 406)

No caso da terceira geração, surge a proteção aos titulares de direitos difusos e coletivos, e não mais de caráter individual. Os direitos a paz, desenvolvimento, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, passam a ser prioridade nessa geração. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 233).

Alguns autores relatam sobre a existência da quarta geração. Para Paulo Bonavides (2006, p. 571), a quarta geração engloba os direitos referentes a “democracia, os direitos de informação e o direito ao pluralismo”.

Já para Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 407), a quarta geração, nasce do processo de globalização, “relativos à informática, softwares, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, sucessão dos filhos gerados por inseminação artificial, clonagens, dentre outros acontecimentos ligados à engenharia genética”.

4.2.2 Conceito de Direitos fundamentais

Direitos fundamentais, de acordo com o ensinamento de Ingo Sarlet (2001, p. 34) constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporariamente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do estado de direito.

Nessa linha de pensamento Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 404) define direitos fundamentais como “um conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes a soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça origem, condição econômica ou status social”.

Em outras palavras José Afonso da Silva (2008, p. 163), concorda que os direitos fundamentais no nível do direito positivo, designam aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Segundo Ingo Sarlet (2001, p. 37) os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados.

Ainda de acordo com Ingo Sarlet (2001, p. 32) os Direitos e Garantias fundamentais, que se refere à Constituição Federal, em um cunho genérico, engloba todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e o regramento dos partidos políticos.

4.2.3 Direito Fundamental à Vida

Para José Afonso da Silva (2004, p. 196), é difícil definir vida:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada, mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção(ou germinação vegetal), transforma-se progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

Portanto, a vida no texto constitucional, não deve ser considerada apenas no seu sentido biológico incessante auto-atividade funcional, peculiar a matéria orgânica- mas na sua acepção biográfica (segundo a história da vida da pessoa). A vida é dinâmica, quer dizer que é um processo.

“Todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é; algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa”. É uma pessoa e não pode ser dividida, é única.(SILVA, 2004, p. 196).

Alexandre de Moraes (2008, p. 35) assevera que o direito a vida é o mais fundamental dentre todos os direitos, pois se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

Este direito está assegurado em nossa Constituição no art. 5º, caput:

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:

Seguindo o mesmo conceito de Alexandre de Moraes, o doutrinador André Ramos Tavares (2008, p.527), afirma que este direito é o mais básico de todos eles, pois é o verdadeiro pré-requisito da existência de todos os outros direitos da nossa constituição. É o direito humano mais sagrado.

Seu significado constitucional é amplo, porque ele se conecta com os outros, a exemplo dos direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade, à segurança, à propriedade, à alimentação, ao vestuário, ao lazer, à educação, à saúde, à habitação, à cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (BULOS, 2008, p.413).

O direito fundamental à vida é garantido e é prerrogativa do indivíduo quando estabelece um limite com a atuação estatal. Por isso, é compreendido como inviolável, pois há obrigação do Estado e de seus particulares em não exercer ações que coloquem o direito à vida em risco. Não é permitida a disponibilidade do direito à vida no Estado de Direito Democrático e Social, pois a dignidade da pessoa humana é reconhecida como seu fundamento supremo e a vida é o pressuposto básico para o exercício dos outros direitos fundamentais, que unidos formam os quesitos mínimos necessários para a dignidade humana. (LEME, 2005, p. 345).

Como argumento lógico, fica claro que a própria etimologia do “direito à vida digna” pressupõe uma inicial existência de vida, para após obter a sua dignidade, sendo esta uma qualidade de vida. Portanto, poderá haver vida sem dignidade, porém nunca dignidade sem vida.(MACEDO, 2006, p. 278).

André Tavares, crê que existem duas vertentes sobre esse direito, mencionando que: “traduz-se em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível e vida”. (2008, p. 527)

No dizer de Jacques Robert, citado por José Afonso da Silva:

O respeito à vida humana é há algum tempo uma das melhores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria

vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano. (2008, p. 198)

Segundo José Afonso da Silva este direito faz parte do rol dos direitos fundamentais individuais, o autor defende que:

Direitos individuais dizem-se os direitos do indivíduo isolado. Ressumbra individualismo que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII. É terminologia que a doutrina tende a desprezar cada vez mais. Contudo, é ainda empregada para denotar um grupo dos direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis. É usada na Constituição para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e à propriedade. (2007, p. 93)

Alexandre de Moraes (2008, p. 34) defende que a teoria dos direitos fundamentais registra três gerações ou dimensões de direitos fundamentais. E o direito a vida encontra-se na primeira geração.

Opina Moraes que “Os direitos fundamentais de primeira geração são direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da magna Carta”. (2008, p. 31)

Portanto, direito à vida está incluído no rol de direitos de primeira geração.

4.2.4 Direito Fundamental à Liberdade Religiosa

Nelson Nery Junior (2009, p.12) acredita que liberdade é um direito fundamental de todo ser humano e tem caráter universal e determinante do agir humano.

No mesmo sentido David Hume aprofunda:

Um poder de agir ou não agir segundo as determinações da vontade, isto é se escolhermos permanecer em repouso, podemos; mas se, escolhermos mover-nos, também podemos. Ora, reconhecer-se universalmente que esta liberdade incondicional encontra-se em todo homem que não esteja prisioneiro ou acorrentado. (1999, p.100)

Nesse diapasão, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco opinam:

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana com ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam garantidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades. (2008, p. 359)

Paulo Bonavides (2006, p. 563) conceitua que os direitos de liberdade são direitos de primeira geração, pois são os primeiros a estarem no instrumento normativo constitucional. Ele relata que nesses direitos o titular é a pessoa, são antagônicos ao Estado, querem dizer faculdade ou atributos do indivíduo e seu traço mais importante é a subjetividade; portanto, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Alexandre de Moraes (2008, p. 46) defende que a verdadeira consagração de maturidade de um povo é a conquista constitucional da liberdade religiosa.

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco citam John H. Garvey e Frederick Shauer, para conceituar religião:

O conceito de religião, ademais, liga-se à pré-compreensão que o termo propicia. Será inequivocamente o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e adoração. (2008, p. 417)

O direito de liberdade religiosa está é defendido no art. 5º, VI e VIII da Constituição da República Federativa do Brasil:

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

VI. É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

VIII. Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

No mesmo sentido Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco proclamam que:

O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade com um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais para coletividade, que devem não somente ser conservados e protegidos, como também ser promovidos e estimulados. (2008, p. 419)

André Ramos Tavares (2008, p. 78) relata que liberdade de religião é um desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação. Essa liberdade defende a crença, a moral religiosa, os dogmas, a liturgia (cerimonial) e o culto. Quer dizer que o indivíduo não pode ser obrigado a abandonar sua opção religiosa, sua fé. E os locais de cultos têm proteção constitucional.

Os locais de culto e as liturgias são protegidos nos termos da lei. A lei tem o dever de proteger os templos e não deve interferir nas liturgias, a não ser que assim imponha algum valor constitucional concorrente de maior peso na hipótese considerada. Os locais públicos não são por natureza locais de culto, porém a manifestação religiosa pode ser feita ali, protegida pelo direito de reunião, com as limitações respectivas. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p.417).

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco conceituam liberdade religiosa:

A liberdade religiosa consiste na liberdade para professar fé em Deus. Por isso, não cabe argüir a liberdade religiosa para impedir a demonstração da fé de outrem ou em certos lugares, ainda que públicos. O Estado, que não o ateísmo, pode conviver com símbolos os quais não somente correspondem a valores que informam a sua história cultural, como remetem a bens encarecidos por parcela expressiva da sua população – por isso, também, não PE dado proibir a exibição de crucifixos ou de imagens sagradas em lugares públicos. (2008, p. 420-421)

A liberdade religiosa não consiste somente em o Estado não impor à ninguém qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem(em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E

consiste, por outro lado(e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.(MIRANDA, 1988, p. 359)

José Afonso da Silva (2008, p.123) defende que a liberdade religiosa tem três tipos de liberdades liberdade de crença, liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

Liberdade de crença compreende a liberdade de escolha da religião, a liberdade de mudar de religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, porem, do mesmo modo, engloba a liberdade de não aderir a religião alguma, liberdade de não acreditar em nada. (SILVA, 2008, p. 123)

Liberdade de culto é a exteriorização na prática de ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, de acordo com a religião escolhida. Ademais, os locais de cultos são protegidos por lei, podendo ser realizados em casas, praças públicas. (SILVA, 2008, p. 123)

Liberdade de organização religiosa, quer dizer, possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o estado. Na relação Estado-Igreja, existem três sistemas: confusão, a união e a separação. (SILVA, 2008, p. 124)

A confusão o Estado é aliado a determinada religião, é o Estado Teocrático, como o Vaticano e os Estados Islâmicos. (SILVA, 2008, p. 124)

Na união, existem relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja, nas organizações e funcionamento, como foi no Sistema do Brasil Império, que o Imperador tinha que jurar manter tal religião, que competia ao poder executivo nomear os bispos e prover os benefícios eclesiásticos. (SILVA, 2008, p. 125)

E a separação onde foi consolidada a separação da igreja e do Estado, e estabelecido os princípios básicos da liberdade religiosa. (SILVA, 2008, p. 125).

A liberdade religiosa, mesmo diante da importância destacada, não tem caráter absoluto, porém não faz o arcabouço constitucional, como fazia o anterior, menção expressa à necessidade de respeitar a ordem pública e os bons costumes. O respeito a esses conceitos deriva do próprio sistema jurídico adotado e não permite que a lei venha restringir esse direito de modo a esvaziar

o seu conteúdo, ou criar obstáculos ao seu regular exercício. Também na Alemanha os limites à liberdade religiosa só podem advir da Lei fundamental, pelos princípios por ela adotados, sendo vedada a sua relativização pela legislação infraconstitucional (MEYER-PFLUG, 2009, p.38).

Em razão do acima exposto, em se tratando de transfusão sanguínea de pacientes Testemunhas de Jeová, “o que está em causa (e tenham-se em vista os bens jurídicos em jogo) não são, assim, meros desejos arbitrários, opiniões, vontades, de relevância discutível ai nível da personalidade do indivíduo, mas sim uma decisão responsável que contém a força de um credo, de uma convicção, absolutamente imperativa, e cujo o desrespeito implica em sérias conseqüências em termos de personalidade individual. (FARIA, 1998, p.261)

4.2.5 Colisão de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são de suma importância para o ser humano, caso ocorra a perda ou a restrição injustificada, este está sob pena de uma desumanização. (DAVID, 2000, p.65)

Pode ocorrer um conflito de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. (Canotilho, 1999, p. 1191)

Assim, o conflito entre dois ou mais direitos fundamentais ocorre quando o exercício de um direito invade o âmbito de proteção de outro. (José Afonso da Silva, 2007, p. 42).

Um exemplo demonstrado nessa temática é o Direito a Vida em conflito com o direito a liberdade religiosa.

Para a resolução desse conflito, Canotilho e Vital, ensinam que:

[...]caberia inicialmente, ao interprete-aplicador determinar o *Tatbestand* (âmbito de proteção) dos direitos envolvidos, isto é, aquelas situações de fato protegidas pela norma constitucional, com o escopo de verificar a existência ou não de uma verdadeira colisão, sendo esta apenas aparente. Por exemplo, não haveria colisão entre liberdade de expressão e a honra em casos de calúnia, difamação injúria, uma vez que não está coberto pelo âmbito de proteção da liberdade de expressão o “direito à difamação, calúnia ou injúria. (1991, p. 136)

Identificada a existência de uma verdadeira colisão de direitos fundamentais cabe ao interprete-aplicador realizar a ponderação dos bens envolvidos, com o objetivo de resolver a colisão através do sacrifício mínimo dos direitos em jogo. Aqui pode se usar como guia o princípio da unidade da constituição, da concordância prática e da proporcionalidade. (Edmilsom Pereira de Farias, 2000, p.121 e 122)

Roberty Alexy (2006, p 114) acredita que a ponderação realiza-se em três planos. Em seu primeiro plano, deve se definir a intensidade da intervenção; já em seu segundo plano verifica-se a importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e em seu terceiro plano, é realizada a ponderação em sentido específico e estrito. Ainda complementa, enfatizando que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, segundo a qual quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção. (Gilmar, Inocêncio, Paulo, 2008, p.346)

Por outro lado Gilmar, Inocêncio e Paulo enfatizam que no direito brasileiro não existe direito privilegiado especificadamente na fixação das clausulas pétreas, porém considera alguns mais relevantes:

[...]não há duvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo(CF, Art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio(inviolabilidade de pessoa humana, respeito a sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade).(2008 p. 346)

Para resolver esse conflito de direitos, existem muitas correntes doutrinárias que criam métodos para resolver essa questão, por exemplo a limitação de direitos não suscetíveis de restrição, a criação de uma ordem hierárquica de direitos fundamentais. No entanto os tribunais tem utilizado o processo de ponderação, analisando cada caso específico.

Devido a recusa de transfusão de sangue pelos pais seguidores da religião Testemunhas de Jeová em seus filhos, surge o conflito entre alguns direitos fundamentais, são eles, liberdade religiosa e direito á vida.

Esses dois direitos são garantidos pela constituição, porém quando um indivíduo que corre risco de morte, e se recusa a fazer o tratamento adequado, por uma concepção religiosa, tem-se um conflito de direitos, que somente a autoridade judiciária poderá decidir.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi demonstrado que os Testemunhas de Jeová por convicções religiosas recusam terminantemente a prática de transfusão de sangue em si e em seus filhos, mesmo que estejam em risco de morte.

Assim, foi elaborado um estudo acerca do conflito que a recusa a terapia transfusional em menores filhos de Testemunhas de Jeová gera entre os direitos fundamentais a vida e a liberdade religiosa e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme o primeiro capítulo existe uma concepção religiosa a ser respeitada. Estes religiosos preferem optar por outros tratamentos e se estes não existirem, optam pela morte. Existe uma crença muito forte entre esses religiosos, que acreditam na palavra de Jeová e a seguem como se fossem ordens de cumprimento obrigatório. Para eles, conforme já abordado, através de trechos bíblicos de Jeová, e interpretados pelos religiosos, receber sangue de qualquer pessoa é um grave pecado. Tão grave que muitos preferem a morte a receberem transfusão de sangue.

No segundo capítulo foi tratado sobre o poder familiar que os pais tem sobre os filhos menores. Os pais tem poder para decidir se pode ser feita ou não a realização de um tratamento no filho, por causa do poder familiar que lhe é concedido. E, ainda, neste mesmo capítulo, é discutido alternativas de como poderá os pais perder este poder familiar quando a vida do filho é ameaçada pelos pais. Quando um menor corre risco de vida e seus pais, negam realizar um

tratamento para salvá-lo, correm o risco de ter o poder familiar suspenso, até a realização do procedimento.

No terceiro capítulo, um modesto estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais a vida e a liberdade religiosa e o conflito gerado entre eles.

No que concerne a princípios foi demonstrada a importância deles, pois são necessários para o sistema jurídico, os princípios ou os valores que eles transmitem, como exemplo a igualdade, dignidade, liberdade

Se o sistema fosse feito somente de regras viraria um sistema jurídico de racionalidade prática limitada, e ordenaria uma disciplina legislativa exaustiva e completa do mundo e da vida, não existindo espaço vago para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, o qual é um sistema aberto essencialmente. Contudo, de forma contrária, se existisse um sistema inspirado somente em princípios, também não seria propício, devido a indeterminação e a inexistência de regras precisas, que conduziram a um sistema falho de segurança jurídica e não solucionaria a complexidade do próprio sistema.

Em relação ao direito à vida foi demonstrado o grau de importância dentro dos direitos fundamentais. E o que significa para cada pessoa.

Já no Direito a Liberdade Religiosa mostrou-se a importância desse direito em ser respeitado. E que a Liberdade religiosa é um desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação. Foi demonstrado também, que a Liberdade Religiosa está dividida em três tipos liberdade de crença, liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

No conflito gerado sobre o tema proposto, a maioria dos autores defendem que o direito a vida é mais importante que o direito a liberdade religiosa, pois a vida é um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. E ninguém tem o poder de decidir se alguma pessoa tem direito de viver ou não, no caso dos pais proibirem a transfusão em seus filhos menores.

Porém alguns doutrinadores defendem que assim como o direito a vida, o direito a liberdade religiosa também é um direito de 1ª geração e ambos tem o mesmo valor. Ficando a critério de cada um decidir o que é melhor para si.

Realizar uma transfusão de sangue em alguém que não queira, para os Testemunhas de Jeová, é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois segundo estes seguidores a constituição assegura a todos uma existência digna, conforme seus valores éticos e morais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª edição, São Paulo-SP: Ed. Malheiros, 2006.

ARRUDA, Roldão. **Crescem no país as cirurgias sem transfusão**. In: jornal O estado de São Paulo, 29 de setembro de 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Autonomia do Paciente e direito de escolha de tratamento médico sem transfusão de sangue mediante os atuais preceitos civis e constitucionais brasileiros**, PARECER, São Paulo-SP, 08/02/2010.

BARROS, Suzana de Toledo, **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 3ª ed. Brasília: Editora Brasília jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional Transformadora**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 1ª .ed. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

_____. **Parecer Penal: Direito de Recusa de Pacientes Submetidos a Tratamento Terapêutico às Transfusões de Sangue, por Razões Científicas e Convicções Religiosas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 90. vol.787. 2001.

_____. **Parecer Penal: Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões se sangue, por razões científicas e convicções religiosas**. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo- SP, Editora Saraiva. 1988.

BOBBIO, Norberto. **Teorias do ordenamento jurídico**, 10ª Ed. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 19ª edição, São Paulo-SP: Ed. Malheiros Editores, 2006.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRUMLEY, Philip; DEL CLARO, José Claudio. **Porque respeitar a escolha de tratamento sem sangue**. Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc, 1994.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª edição. Ed Livraria Almedina. 1999.

_____. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA Vital, **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1991

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

CARVALHO, Paulo Roberto Antonacci; GOLDIM, José Roberto. **Posicionamento de médicos residentes de pediatria frente a dilemas com pacientes**. Revista HCPA e Fac Med Univ Fed Rio Grande do Sul. 2001.

CLOTET, Joaquim, **Bioética**. Ed. Edipucus, Porto Alegre-RS, 2001.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. editora revista dos Tribunais LTDA, São Paulo, 2003.

DAVID, Luiz Alberto. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: editora Saraiva, 2000.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, Editora Revista do Tribunais, São Paulo/SP, 5ª edição, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro- Direito de Família**, Ed. Saraiva, São Paulo-SP, 20ª edição, 2001.

_____, **O estado atual do biodireito**, Ed. Saraiva, São Paulo-SP, 2005.

FARIA, Maria Paula Ribeiro. **A Lei do Sangue – ou o Conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física. Direito e justiça**- Revista da faculdade de Direito da Universalidade Católica Portuguesa, 1998, Vol. XII.

FARIAS, Edmilsom Pereira de. **Colisão de Direitos**, Ed Sergio Antonio Fabris Editor, 2 ed. 2000.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Responsabilidade Civil na atividade médica no Código de defesa do Consumidor**. São Paulo/SP: editora Campus Jurídico/Elsevier, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Dicionário Aurélio escolar**, editora Nova Fonteira, Rio de Janeiro, 1988.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: editora Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro-Direito de Família**. 8ª Ed. São Paulo-SP: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil Brasileiro- Parte Geral**. 9ª Ed. São Paulo/SP: Ed. Saraiva, 2011.

HUME, David, **Investigação acerca do entendimento humano**. Editora Nova Cultura, São Paulo-SP, 1999.

JAMA. **Testemunhas de Jeová o desafio cirúrgico/ético**. *The Journal of the American Medical Association (JAMA)*, v. 246, n. 21, de 27 de nov. 1981.

JUNIOR, Nelson Nery, **Escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes de Testemunhas de Jeová**. PARERCER, São Paulo-SP, 22.09.2009.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. A colisão de direitos fundamentais**. Jus Navigandi, 2005 . Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6545>>. Acesso em: 14 novembro, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz. **Código civil comentado direito: de família, relações de parentesco**, direito patrimonial, Vol. XVI, São Paulo: Atlas, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo-SP: Ed. Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**. T.IV. Portugal: Coimbra, 1988.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 23ª edição. São Paulo-SP: Ed. Atlas, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo. Editora Saraiva, 1980.

Report of the Presidential Commission on the Human Immunodeficiency Virus Epidemic, 1988

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 6ª edição. Rio de Janeiro-RJ: Editora Forense, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito de Família**, 28ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2006.

_____. **Direito Civil Parte Geral**. 32ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre-RS: Ed. Livraria do advogado. 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3d. ver. Ampl. e atualizada. São Paulo; Malheiros, 1998.

_____, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

SILVA, Plácido de. **Vocabulário Jurídico**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo-SP: editora Saraiva, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil- Direito de família**. 5ª edição. São Paulo/SP: editora Atlas S.A., 2005.