

## Artigos

Recebido: 25.07.2018

Aprovado: 24.08.2018

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v6i2.4952>

\* Universidade Positivo,  
Curitiba, PR



## Esterilização Forçada, Incapacidade Civil e o Caso Janaína: “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar”

Gabriel Schulman\*

**Resumo:** A efetivação dos direitos fundamentais corresponde a um desafio central na contemporaneidade, que se torna ainda mais difícil no caso de pessoas “mais” vulneráveis (suscetíveis ou mesmo vulneradas), como ocorre em relação aos usuários da saúde mental. O presente artigo lida com um *hard case*, a esterilização forçada de mulheres. Para tanto, o estudo se propõe ao exame da sentença proferida nos autos de n. 1001521-57.2017.8.26.0360, da 2ª. Vara Cível de Mococa, São Paulo, que julgou procedente o pedido de esterilização forçada de Janaína, e o acórdão que, em sede de apelação, a reformou. A partir da análise do caso concreto, o que se pretende é desvelar os fundamentos empregados na sentença para justificar a medida. Para tanto, será necessário avaliar a coerência interna e examinar o procedimento jurídico adotado, de modo a confrontá-los à luz de uma perspectiva crítica, alinhada com as normas constitucionais e, sobretudo, com a promoção da pessoa humana. Problematiza-se, portanto, a questão da capacidade de decisão em relação à saúde, assim como o consentimento para esterilização, e exploram-se as contradições na sentença, com o intuito de, possivelmente, revelar os reais motivos da esterilização de Janaína.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Esterilização Forçada; Incapacidade para Vida Civil; Direito ao Corpo; Direitos Reprodutivos; Planejamento Familiar.

### Forced sterilization, Legal Capacity and the Janaina Case: “you don’t help a bird to fly by holding onto its wings”

**Abstract:** The enforcement of fundamental rights constitutes a central challenge in the contemporaneity, which deepens, in the case of people who are more vulnerable (susceptible or even violated), as mental health patients. This article deals with a hard case, the forced sterilization of women. The study analysis the sentence given in the Case n. 1001521-57.2017.8.26.0360, from the 2nd. Vara Cível de Mococa, São Paulo, which upheld the request for forced sterilization of Janaína, and the judgment of São Paulo’s Court of Justice (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) which has allowed the appeal and set aside the original sentence. The study purpose is to reveal the grounds used in the sentence to justify the measure. Therefore, it’s necessary to evaluate the internal coherence of the decision and to examine the legal procedure followed, in order to confront them in a critical perspective, from the point of view of the Constitution, and especially the promotion of the human being. Competence to decide about health care, the consent for sterilization. In the same way, the contradictions in the sentence are explored and discussed to reveal the real grounds that led to sterilization of Janaina.

**Keywords:** Human Rights; Forced Sterilization; Legal Competence; Right to her Own Body; Reproductive Rights; Family Planning.

## Contextualização do problema

Dentro de cada um há o seu escuro. E nesse escuro só mora quem lá inventamos. Agora me entende?  
 (...) Somos nós quem enchemos o escuro com os nossos medos.  
 Mía Couto<sup>1</sup>

Assim como foi noticiado pela mídia<sup>2</sup>, em Goiás, no ano de 2017, José Humberto foi curatelado, como etapa para imposição forçada de tratamento de hemodiálise. Em chamativa manchete se anuncia: “mãe luta na Justiça para obrigar filho a fazer tratamento que pode evitar morte”.<sup>3</sup> A doutrina, de modo assente, aponta para a diferenciação de conteúdos da autonomia existencial e patrimonial<sup>4</sup>, com a correspondente distinção dos critérios para avaliar sua possibilidade. Não obstante, como ilustra o caso de José Humberto, de forma igualmente recorrente, observa-se que o regime das incapacidades persiste como fundamento – por vezes central –, no exame da aptidão para exercício de diferentes projeções da liberdade existencial.

No plano legislativo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com status constitucional, consagrou a capacidade legal (art. 12), o direito à inclusão e a autonomia existencial. Em sintonia, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015), art. 85 fixa expressamente que a curatela é adstrita a atos patrimoniais, e ainda reforça que “não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde”. Em oposição ao exposto teor da lei, a força do regime das incapacidades irradia-se em tais espaços.

Um aspecto interessante a observar diz respeito à própria aplicabilidade da Lei Brasileira de Inclusão e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Em apertada síntese, o status constitucional da Convenção de Nova York impõe sua irradiação por todo o ordenamento brasileiro. Para dizê-lo de forma breve, seria muito curioso que a atribuição de uma vulnerabilidade, como uso abusivo de drogas e a deficiência intelectual (ou mesmo um etiquetamento de uma doença mental), fosse argumento suficiente para restringir direitos (e mesmo impor tratamentos), da mesma forma que, concomitantemente, fosse negada tal vulnerabilidade para efeitos de proteção.

O caso concreto sob exame é exemplo notório do contraste entre a inadequação do instituto jurídico da incapacidade civil — ressaltada tanto pela doutrina, quanto na legislação —, em relação ao seu transbordar na esfera existencial. É exemplar deste descompasso a exigência de supressão da incapacidade civil, considerada em algumas decisões como pressuposto para imposição de internação forçada de pessoas que fazem uso abusivo de drogas<sup>5</sup>. Neste contexto, a pergunta que conduz a presente reflexão consiste

<sup>1</sup> COUTO, Mía. **O Gato e o Escuro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 25.

<sup>2</sup> TOMAZELA, José Maria. **O Estado de S. Paulo**. Mãe luta na Justiça para obrigar filho a fazer tratamento que pode evitar morte. 16 fev. 2017. Disponível online em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mae-luta-na-justica-para-obrigar-filho-a-fazer-tratamento-que-evita-sua-morte,70001667333>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

<sup>3</sup> TULLIO, Silvio. **O Globo**. Jovem com problema renal luta na Justiça para não fazer hemodiálise. Sabendo que pode morrer, ele diz não ter perspectiva de melhora, em GO. Mãe obteve liminar que obriga o filho a se tratar mesmo contra vontade. 16.02.2017. Disponível online em <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2017/02/jovem-com-problema-renal-luta-na-justica-para-nao-fazer-hemodialise.html>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

<sup>4</sup> KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99, 2015. p. 101-123.

<sup>5</sup> TJMG. **Agravo de Instrumento 10024122067630001**. Rel. Des. Relator: Peixoto Henriques. 7ª. Câmara Cível. DJ: 01.07.2013

em examinar a (in)adequação da fundamentação da esterilização forçada a partir da incapacidade civil, desafiando-se a consistência desta construção argumentativa.

Sob o tema, Judith Martins-Costa oferece interessante análise<sup>6</sup> ao examinar caso de determinação judicial de “esterilização compulsória”. A autora sublinha a importância da distinção da capacidade para consentir (na esfera existencial), em comparação com o tradicional regime das incapacidades. A demonstrar a importância da contradição exposta no texto, Martins-Costa destacou a insuficiência da categoria da incapacidade civil para enfrentar a temática da esterilização, além de destacar sua adoção como aspecto central na decisão que determinou a esterilização.

A pergunta que orienta esta reflexão é singela, porém de profunda importância. Busca-se identificar o embasamento exposto na sentença do Caso Janaína, julgado pelo Poder Judiciário de São Paulo,<sup>7</sup> utilizado para justificar a ordem de esterilização forçada. O intuito é averiguar a (in)coerência interna da decisão, assim como examinar o procedimento jurídico adotado, de modo a confrontá-los à luz de uma perspectiva crítica e da legalidade constitucional.

### **Regime das incapacidades e as incapacidades do regime – “De que vale ter voz se só quando não falo é que me entendem?”<sup>8</sup>**

No âmbito do direito civil, o regime das incapacidades se apresenta como instituto de central importância, por estabelecer a possibilidade (ou não) de reconhecimento da manifestação de vontade. A dogmática ensina que os critérios centrais para avaliação da capacidade são o discernimento e a aptidão para exprimir vontade, bem como que a fixação da incapacidade cumpriria um papel protetivo.<sup>9</sup>

Como exposto na seção anterior, o regime das incapacidades, em que pese insuficiente e incompatível, é aplicado de modo recorrente no plano existencial. É possível levantar vasta gama de hipóteses que ajudam a compreender, porém não justificam, o ranço da utilização da incapacidade civil fora do espaço patrimonial. Entre tais hipóteses, cogita-se o papel central do instituto no direito civil, bem como a tradição patrimonial que permeia esta seara. Igualmente, pode-se acrescentar indevidas associações entre incapacidade civil e doença, assim como entre doença e loucura<sup>10</sup>, que conduzem ainda ao reducionismo que vincula a incapacidade à suposição de impossibilidade de decidir em todas as esferas.

<sup>6</sup> ABREU, Celia Barbosa. **Curatela e Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica e a reflexão bioética. In: \_\_\_\_\_; MOLLER, Letícia Ludwig. (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346. PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. Separata da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora: 2006. p. 199-249

<sup>7</sup> Com base no critério de disponibilidade das fontes, foram analisados a inicial, a sentença e o acórdão por serem as únicas partes dos autos aos quais se obteve acesso por ocasião da elaboração do artigo.

<sup>8</sup> COUTO, Mia. **O fio das missangas: contos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Conto: O menino que escrevia versos.

<sup>9</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Red Livros. 2001. p. 151-152. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 155. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. (Atual. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2005. p. 227.

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel. **A História da Loucura: na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 166.

O sistema binário das incapacidades (calcado na chave capaz/incapaz), decorrente da preocupação com a segurança jurídica formal, revela-se impossibilitado de captar a complexidade da vida concreta e os distintos gradientes da aptidão de manifestação, assim como é inapto para lidar com uma avaliação contextual, como, por exemplo, verifica-se com as vulnerabilidades.<sup>11</sup>

Observa-se, igualmente, que é injustificadamente insuficiente o contato do direito civil com os critérios de competência na saúde e as contribuições da bioética<sup>12</sup>. Ao buscar em tais searas novos elementos, é possível colher critérios bastante úteis para o exame da competência para autodeterminação existencial, o que se coloca, portanto, fora da lógica tradicional das incapacidades, calcada no discernimento/expressão da vontade. Entre tais critérios, pode-se referir o risco ao paciente, a urgência e a capacidade de argumentação,<sup>13</sup> a reversibilidade do procedimento, a concreta capacidade de escolha, a coerência entre a vontade e os valores, entre outros.<sup>14</sup> A própria legislação que disciplina a esterilização acena para uma sistemática bastante distinta da operação das incapacidades para atos patrimoniais, com diferenças tanto da estrutura, quanto da função. Desde logo vale observar que na forma da Lei n. 9.263/96, art. 10, § 1º:

é condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

Dessa maneira, “a incapacidade para exercer por si só os atos da vida civil não deve ser o norte para a tomada de decisão concernente a intervenções médicas no próprio corpo”<sup>15</sup>. Retomando-se o problema de pesquisa proposto no presente estudo, os limites da incapacidade civil são uma afirmação recorrente, mas que em parte se desmancha no ar, diante do insuficiente desenvolvimento de alternativas e da aceitação, muitas vezes acrítica, da incapacidade civil não apenas como critério, mas como uma verdadeira panaceia. Converte-se em autêntico buraco negro, atraindo tudo que dele se aproxima<sup>16</sup>.

Na mesma medida em que a categoria das incapacidades assume um sentido expandido, analogamente também extrapola suas fronteiras a argumentação protetiva que permeia as incapacidades e

<sup>11</sup> BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Org.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106-118. p. 113.

<sup>12</sup> SCHULMAN, Gabriel. Consentimento para atos na saúde à luz da convenção de direitos da pessoa com deficiência: da discriminação ao empoderamento. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima; ALMEIDA Jr., Vitor Azevedo. (Org.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 271-297.

<sup>13</sup> CHARLAND, Louis. Mental Competence and Value: The Problem of Normativity in the Assessment of Decisional Capacity. **Psychiatry, Psychology, and Law**, n. 8, v. 2, p. 135-145, 2001. p. 136.

<sup>14</sup> Cf. APPELBAUM, Paul. Assessment of Patients' Competence to Consent to **Treatment**. **The New England Journal of Medicine**, v. 357, n. 18, p. 1834-1840, Nov. 2007. p. 1834-1835. GANZINI, Linda et al. Ten Myths About Decision-Making Capacity. **Journal of the American Medical Directors Association (JAMA)**, n. 6 (3 Supplement), p. 100-104, May-June 2005. p. 101.

<sup>15</sup> ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. **Bioethikos**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 18-26, 2013.

<sup>16</sup> “Diante do elasticamento da noção de interdição, o incapaz é silenciado em seu discurso em sentido muito mais amplo do que apenas a possibilidade de concretizar atos e negócios jurídicos. Como um buraco negro, a expressão atos da vida civil exerce uma força atrativa que classicamente captura todas as projeções da autonomia para decidir. Em detrimento de tal perspectiva, a tese propõe que se reconheça a multiplicidade de projeções da aptidão para decidir (múltiplas “capacidades”), como se identificou na própria legislação vigente – capacidade para dirigir, para votar, para optar por esterilização –, o que evoca a possibilidade de diferenciação também entre os requisitos para a prática atos distintos”. (SCHULMAN, Gabriel. **A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 283).

que, em palavras simples, assinala que não se pode reconhecer a manifestação de vontade porque a pessoa não está decidindo o que seria melhor para si. Como adverte Foucault, ao fim e a cabo, é a própria pessoa que termina por não se reconhecer<sup>17</sup>.

O argumento do paternalismo, que fundamenta as restrições impostas aos ditos incapazes, assinala uma ótica segundo a qual seria necessário proteger a pessoa de si própria. O que se observa, contudo, é que em grande medida as decisões dos ditos “incapazes” somente são questionadas quando não condizem com a conduta esperada<sup>18</sup>. Inevitável lembrar a persistência do pródigo como incapaz, enquanto exemplo contundente do que se está a afirmar.<sup>19</sup>

Uma vez reconhecida a distinção entre capacidade negocial e competência para atos existenciais, observa-se ainda um desenvolvimento insuficiente de critérios para exercer controle qualitativo das manifestações de vontade personalíssimas.<sup>20</sup> Neste contexto, como enfrentar a esterilização forçada? O desafio não é nada fácil, porque se põe em conflito a proteção da pessoa e sua autonomia, os cuidados com os filhos, a insuficiência da autonomia existencial e da autodeterminação pessoal.

### **(Falta de) Consentimento para o procedimento de esterilização e suas peculiaridades**

A legislação pertinente à manifestação de vontade no âmbito da esterilização revela profunda distância em relação ao modelo das incapacidades. A Lei do Planejamento Familiar (Lei n. 9.263/1996) não se pautou pelos critérios tradicionais da incapacidade civil.

Em sintonia com a perspectiva da indispensabilidade de diferentes critérios para distintas situações,<sup>21</sup> os requisitos para esterilização podem ser assim resumidos (i) consentimento<sup>22</sup>; (ii) vinte e cinco anos ou dois filhos; (iii) lapso temporal de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico. O texto legal adota ainda a categoria “capacidade de discernimento”, ao invés da capacidade civil, e a associa a critério distintos como “estados emocionais alterados”. Aqui buscou-se uma análise mais contextualizada do que se verifica na incapacidade, cuja sistemática, permita-se insistir, tende a limitar-se a indagar se a

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 10.

<sup>18</sup> WONG, Grace Josephine Shan *et al.* Capacity to make health care decisions: its importance in clinical practice. **Psychological Medicine**, v. 29 n. 2, p. 437-446, 1999. p. 439.

<sup>19</sup> MEIRELLES, Jussara. Economia, patrimônio e dignidade do pródigo: mais um distanciamento entre o ser e o ter? In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **O Direito e o Tempo - Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 179-186.

<sup>20</sup> “Em nossa opinião, embora haja dificuldade em estabelecer o grau de entendimento e responsabilidade da criança e do adolescente com relação à idade, julgamos que especial atenção deve ser dada à manutenção do sigilo do atendimento em adolescentes menores de 14 anos. É provável que um grande contingente ainda não tenha a maturidade adequada para a compreensão dos problemas de saúde e dos cuidados preventivos, diagnósticos e terapêuticos a serem adotados. Em tais casos, opinamos ser vantajoso buscar o assentimento do adolescente, no sentido de que o atendimento seja acompanhado pelos pais ou responsáveis”. (CREMEC. **Processo-Consulta CREMEC n. 5121/2014**. Parecer CREMEC n. 13/2014).

<sup>21</sup> SCHULMAN, Gabriel. **A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

<sup>22</sup> A lei prevê a exigência do consentimento do cônjuge, o qual se omitiu por se considera tal aspecto claramente inconstitucional. No STF, a matéria está em debate na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5097, ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep).

pessoa é capaz ou incapaz, sem avaliar as múltiplas projeções de vida, nem o caso concreto.

A despeito dos requisitos para esterilização serem mais densos e contextualizados quando confrontados com a tradicional capacidade para atos patrimoniais (incapacidade civil), encartam-se reducionismos que exigem atenção. Nessa linha, até mesmo o consentimento, quando formal, precisa ser problematizado, ante os distintos fatores que conduzem à opção da esterilização<sup>23</sup> inclusive a pressão do mercado de trabalho e pressões sociais, o que traz à tona a condição feminina como um aspecto a ser levado em exame. No jogo dos papéis sociais, como adverte Heleith Salffioti, a mulher é exposta a forças conflitantes, da mesma forma que, a um só tempo é empurrada à maternidade,<sup>24</sup> e, no mercado de trabalho, evita-se a mulher casada com filhos muito novos.<sup>25</sup>

Sob o prisma biológico, dado que durante a gravidez não há possibilidade de a mulher ter filhos, seria muito mais lógico se pensar em esterilização masculina. Em vista dos papéis impostos socialmente, vale dizer, do modo como feminino e masculino se organizam (ou são organizados), “O apelo para o método cirúrgico representa uma indisposição em continuar assumindo a contracepção de maneira solitária, sem a colaboração do companheiro”.<sup>26</sup>

Em tal cenário, identificam-se então dois destinos opostos: mulheres que desejam não ter filhos, mas são proibidos de optar pela esterilização; e mulheres que não optam pela esterilização, porém são submetidas a força. O acesso das mulheres à esterilização é dificultado por requisitos legais, como ter dois filhos (ou vinte e um anos) e autorização do cônjuge (formalmente ainda previsto na legislação), mas também por barreiras como dificuldade de acesso e demora no fluxo de atendimento.<sup>27</sup>

Em pesquisa realizada por Berquo e Cavenaghi, sobre as práticas em diversas capitais do país, observou-se que todos esses critérios da lei do planejamento familiar se fazem presentes. Além disso, foram constatados obstáculos extraleais impostos às mulheres, como os descritos acima, “porque os médicos explicitamente dizem que as mulheres (nunca os homens) muito jovens estão sendo esterilizadas e as taxas de arrependimento são muito altas”<sup>28</sup>.

Outro critério apurado na pesquisa de Berquo e Cavenaghi, que está fora do previsto na lei do planejamento familiar, consiste em avaliação de condições socioeconômicas e estabilidade conjugal, que traduz a presença de preconceitos e juízos de valor nas práticas em saúde. As distinções entre o acesso à esterilização de homens e mulheres também se faz presente neste ponto. Em consonância, ao apreciar o

<sup>23</sup> BARROSO, Carmen. Esterilização feminina: liberdade e opressão. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 170-180, Abr. 1984.

<sup>24</sup> Assim, “poucas são as sociedades, e ainda assim dentro de limites bastante estreitos, que criam na mulher as aspirações necessárias para impeli-la a buscar outras satisfações além da maternidade”. SAFFIOTI, Heleith. *A Mulher na Sociedade de Classes*. Mito e Realidade. São Paulo: Vozes, 1978. p. 185.

<sup>25</sup> SAFFIOTI, Heleith. *Mulher Brasileira: Opressão e Exploração*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1984. p. 65.

<sup>26</sup> MARCOLINO, Clarice; GALASTRO, Elizabeth Perez. As visões feminina e masculina acerca da participação de mulheres e homens no planejamento familiar. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 9, n. 3, p. 77-82, Maio 2001.

<sup>27</sup> CARVALHO, Luiz Eduardo Campos de. et al. Esterilização cirúrgica voluntária na Região Metropolitana de Campinas, São Paulo, Brasil, antes e após sua regulamentação. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 23, p. 2906-2916, 2007.

<sup>28</sup> BERQUO, Elza; CAVENAGHI, Suzana. Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária. *Cadernos de Saúde Pública* v. 19, suppl.2, p. S441-S453, 2013.

Caso I.V. vs. Bolívia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destaca a importância dos estereótipos do gênero no campo da esterilização, ao identificar:

tratamiento discriminatorio en contra de I.V. por ser mujer, ya que el médico actuó con base en estereotipos de género motivado en una lógica de cuidado paternalista y bajo la pre-concepción de que la esterilización debía realizarse mientras I.V. se encontraba en el transoperatorio de una cesárea, a pesar de que su caso no era una urgencia o emergencia médica, debido a que se partía de la idea de que ella no tomaría decisiones confiables en el futuro para evitar un nuevo embarazo y de que era la única responsable de la anticoncepción de la pareja.<sup>29</sup>

Em sentido similar, o Conselho Europeu<sup>30</sup> já reconheceu que mulheres com deficiência estão mais sujeitas a esterilizações forçadas. A despeito das múltiplas transformações no direito de família<sup>31</sup>, a ênfase à esterilização da mulher, e o papel secundário da esterilização masculina<sup>32</sup> associam-se à dominação do corpo feminino e a uma cultura patriarcal:

Enquanto para a mulher a laqueadura significa a possibilidade de participar de uma atividade econômica e, conseqüentemente ser reconhecida na sociedade produtiva, para o homem, que naturalmente já está inserido nessa sociedade, o encerramento da paternidade significa liberdade, acesso ao lazer e convívio com os filhos.<sup>33</sup>

Como registra Pierre Bourdieu, longe de se justificar por um fator biológico, a organização simbólica da divisão social se deve em grande parte a uma visão androcêntrica.<sup>34</sup> A dominação do corpo feminino também se materializa em outro desafio. É que além das imposições e representações sociais que a circundam a esterilização, fazem-se presentes as dificuldades ao acesso para quem busca a medida, nem sempre disponível,<sup>35</sup> com relevante impacto no planejamento familiar e no projeto de vida.

<sup>29</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso I.V. vs. Bolivia supervisión de cumplimiento de sentencia**. 14 de noviembre de 2017. Disponível online em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/I.V\\_14\\_11\\_17.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/I.V_14_11_17.pdf)> Acesso em: 01 maio. 2018.

<sup>30</sup> CONSELHO EUROPEU. Committee of Ministers of the Council of Europe. **Declaration: Making gender equality a reality**. 119<sup>th</sup> Session of the Committee of Ministers, Madrid, 12 May 2009.

<sup>31</sup> Para diferentes horizontes da questão, confira-se: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. RUZYK, Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>32</sup> MARCHI, Nádia Maria; ALVARENGA, Augusta Thereza de; OSIS, Maria José Duarte; BAHAMONDES, Luis. Opção pela vasectomia e relações de gênero. **Cadernos de Saúde Pública**, vol.19, n.4, 2003, p. 1017-1027.

<sup>33</sup> MARCOLINO, Clarice; GALASTRO, Elizabeth Perez. As visões feminina e masculina acerca da participação de mulheres e homens no planejamento familiar. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 9, n. 3, p. 77-82, Maio 2001.

<sup>34</sup> BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012. p. 32. Mais adiante, registra: “A dominação masculina, que constitui as mulheres como objetos simbólicos, cujo ser (*esse*) é um ser-percebido (*percipi*), tem por efeito colocá-las em permanente estado de insegurança corporal, ou melhor, de dependência simbólica: elas existem primeiro pelo, e para, o olhar dos outros, ou seja, enquanto objetos receptivos, atraentes, disponíveis. Delas se espera que sejam ‘femininas’, isto é, sorridentes, simpáticas, atenciosas, submissas, discretas, contidas ou até mesmo apagadas. E a pretensa ‘feminilidade’ muitas vezes não é mais que uma forma de aquiescência em relação às expectativas masculinas, reais ou supostas, principalmente em termos de engrandecimento do ego. Em conseqüência, a dependência em relação aos outros (e não só aos homens) tende a se tornar constitutiva de seu ser”. (Obra citada, p. 82).

<sup>35</sup> Em pesquisa com beneficiárias do bolsa família, concluiu-se que “O argumento de ser beneficiária do Bolsa Família é utilizado para reforçar a condição de pobreza e aumentar as chances de conseguir a esterilização, nem sempre exitoso. Apenas duas mulheres conseguiram realizar a esterilização, atribuindo o êxito à ‘sorte’ ou à ‘graça de Deus’, não ao acesso a um direito. Os resultados do presente estudo sugerem que o aumento da prole não é resultante do ingresso no programa, e sim à falta de acesso a direitos reprodutivos”. (QUADROS, Marion Teodósio de; SANTOS, Giselle Maria Nanes Correia dos. Obstáculos na procura pela esterilização feminina entre mulheres do Bolsa Família. **Cadernos de Saúde Pública** 2017, vol.33, n. 4, 2017).

No caso de Janaína, a esterilização forçada foi feita mediante condução coercitiva, procedimento que até mesmo no direito criminal teve sua inconstitucionalidade consagrada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>36</sup>. É preciso notar que a coerção nem sempre é física e pode assumir outras feições. Nos limites entre o que a esterilização como um desejo e como uma imposição, o consentimento não pode ser visto como uma concordância de ordem formal. Trata-se de um processo substancial e assim deve ser analisado, pautando-se pela competência para decidir, pela efetiva liberdade de escolha e adequada informação. Em oposição a essas premissas elementares, a partir de “pesquisas realizadas nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, constatou-se que um percentual considerável de mulheres não tinha conhecimento sobre o caráter definitivo da cirurgia”<sup>37</sup>.

Por fim, enfatiza-se a garantia constitucional do planejamento familiar como direito fundamental (§ 7º do art. 226 da Constituição Federal), a essencial proteção aos direitos reprodutivos (Lei Brasileira de Inclusão, art. 6º, inc. II), o direito de decidir sobre o número de filhos (Lei Brasileira de Inclusão, art. 6º, inc. III), o direito ao corpo, bem como o direito de conservar a fertilidade (Lei Brasileira de Inclusão, art. 6º, inc. IV).

### **O caso de Janaína. “Não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar. O pássaro voa simplesmente porque o deixam ser pássaro”<sup>38</sup>**

Nos autos de n. 1001521-57.2017.8.26.0360, da 2ª. Vara Cível de Mococa, Estado de São Paulo, colhe-se demanda judicial para impor esterilização compulsória, promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Assim fundamentou-se o pedido inicial: “não há dúvidas de que somente a realização de laqueadura tubária na requerida será eficaz para salvaguardar a sua vida, a sua integridade física e a de eventuais rebentos que poderiam vir a nascer e ser colocados em sério risco pelo comportamento destrutivo da mãe”.

A despeito de se apontar o regime das incapacidades como uma proteção da pessoa vulnerável, fundada em aspectos objetivos, é possível identificar importantes elementos de um discurso moral na avaliação capaz/incapaz. Nesse sentido, na inicial, o Ministério Público do Estado de São Paulo aduz como embasamento para a solicitação:

a requerida, pessoa hipossuficiente, faz uso abusivo de drogas e já possui cinco filhos. Ao fazer uso contumaz de tais substâncias, levar uma vida desregrada, sem sequer possuir residência fixa e apresentar comportamento de risco, é maior a possibilidade de a requerida contrair doenças venéreas e ter nova gestação indesejada, aumentando a sua prole de forma irresponsável e não planejada.

<sup>36</sup> “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório, constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. (STF. **ADPF n. 395**. Julgamento referente à sessão Plenária de 14/6/2018).

<sup>37</sup> BARBOSA, Luciana Freitas; LEITE, Iúri da Costa; NORONHA, Marina Ferreira de. Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, v. 9, n. 9, 2009, p. 179-188. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-38292009000200007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 01.05.2018. A pesquisa constatou que: “Perguntadas se a mulher esterilizada pode ter mais filhos se quiser, 40% das entrevistadas concordaram, 16% não sabiam e 44% discordaram dessa afirmação”.

<sup>38</sup> COUTO, Mía. **Jerusalém**. Caminho: Portugal, 2009. p. 25.

Não resta dúvida de que o caso apresentado é complexo e que se fazem presentes importantes colisões entre direitos fundamentais. O que se procura sublinhar, contudo, é a presença de elementos de juízo de valor moral, como a afirmação de Janaína “levar uma vida desregrada”, o que significa nitidamente uma volta ao ultrapassado critério dos “bons costumes”<sup>39</sup>, ainda presente no texto legal do Código Civil.

Afinal, que regras são estas descumpridas por Janaína? O que significa vida desregrada? Como já se advertiu no início do texto, a questão que aqui se coloca não é a possibilidade de esterilização, mas o desacerto da fundamentação empregada, o descaso com os direitos humanos e fundamentais.

A compreensão do usuário de drogas como sempre um civilmente incapaz é outro equívoco a ser superado, como já analisamos em outro momento em profundidade<sup>40</sup>. Para começar, há múltiplas formas de uso de drogas, que podem ou não envolver uso abusivo. Além disso, nem todo uso (ou toda droga) atinge de modo integral a capacidade de compreender, ainda quando possam afetar o controle do próprio uso da droga, projeção com a qual o Direito Civil não está habituado a lidar.

O que se observa é que o paternalismo termina por ser um embasamento que, no jogo argumentativo, sobrepõe-se até à dignidade da pessoa humana e supostamente legítima o domínio sobre o corpo<sup>41</sup>. O percurso teórico pode ser assim resumido: defende-se que se busca proteger a pessoa, e então sua liberdade, em ato contínuo, é integralmente sublimada<sup>42</sup>. Tal construção retoma a sistemática da capacidade civil, em que incapacidade é um estado perene, invariável, estático e absoluto, e suposta justificativa para esterilizações de deficientes intelectuais<sup>43</sup>.

É preciso afirmar com todas as letras: o consentimento, na esfera da saúde, não é direito reservado aos capazes, é direito fundamental inerente à condição de pessoa<sup>44</sup>. Como explicita o texto constitucional, nenhuma pessoa pode ser submetida a tratamento “sem seu livre consentimento” (Convenção de Nova York, art. 15, item 1). A Constituição também determina, no que foi emendada pela Convenção de Nova York que:

---

<sup>39</sup> Para uma leitura diversa dos bons costumes, alinhado a uma perspectiva constitucional, confira-se: CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017

<sup>40</sup> SCHULMAN, Gabriel. **A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 283

<sup>41</sup> “A atividade primordial dos fluxos que atravessam a realidade do direito civil aplicado passa a ser, com isso, a da determinação de quem controla esses projetos de vida – indivíduo ou sociedade, sujeito de direitos ou Estado, parte ou julgador”. (ZANLORENZI, Rafael; SCHULMAN, Gabriel. **Saúde Mental e Internação Psiquiátrica na Corte Europeia de Direitos Humanos**. In: DALLARI, Sueli *et al.* Temas de Direito Sanitário. No prelo).

<sup>42</sup> Em levantamento com médicos, juízes, familiares e membros de Comitê de Ética em Pesquisa sobre a esterilização, concluiu-se o perigo da expressão absolutamente incapaz: “a utilização errônea de um termo contido em uma lei, pode atentar contra a autonomia e a dignidade da pessoa com deficiência, que, por sua condição, já vivencia uma situação de vulnerabilidade”. (RUEDA-MARTINEZ, Gabriela *et al.* Análise bioética da esterilização em pessoas com deficiência intelectual. **Saúde debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 106, p. 855-868, Set. 2015).

<sup>43</sup> UNITED NATIONS. Who. **Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization**. An interagency statement. World Health Organization: Genebra, 2014. Consoante a Organização Mundial da Saúde: “Women with intellectual disabilities are often treated as if they have no control, or should have no control, over their sexual and reproductive choices; they may be **forcibly sterilized** or forced to terminate wanted pregnancies, based on the paternalistic justification that it is ‘for their own good’”.

<sup>44</sup> SCHULMAN, Gabriel. Consentimento para atos na saúde à luz da convenção de direitos da pessoa com deficiência: da discriminação ao empoderamento. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA. Bruna Lima; ALMEIDA Jr., Vitor Azevedo. (Org.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 271-297.

profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência.

Conclusão idêntica pode-se obter da Lei de Saúde Mental, art. 11, assim como da legislação que disciplina a infância e adolescência e da Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015), art. 84, em especial quando determina que “O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica”. Note-se que consentimento e deficiência não são excludentes recíprocos.

Sob outro prisma, na inicial do Caso Janaína, o Ministério Público sustentou que a legislação estabelece que “planejamento familiar é direito do cidadão”, e “na medida em que a legislação prevê o procedimento de esterilização como método contraceptivo”, sublinha que “a presente pretensão encontra respaldo na Constituição Federal e legislação ordinária”. A subversão neste ponto assume ares de perversidade.

Em primeiro lugar, a previsão de um procedimento não torna automaticamente sua imposição uma possibilidade. Em segundo lugar, a aplicação da regra da proporcionalidade implicaria uma avaliação muito mais densa, como verificar se a mesma finalidade poderia ser obtida com menor limitação de direitos fundamentais.<sup>45</sup> Nessa toada, assegura-se à pessoa que recebe atenção na esfera da saúde mental o direito a “ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis” (Lei de Saúde Mental, art. 2º, inc. III).

Mais adiante, a inicial do Ministério Público do Estado de São Paulo defendeu que “O direito à saúde é indisponível”, o que, se realmente fosse verdade, acabaria com os elevadores para que todos se exercitassem, suprimiria o bacon dos balcões dos mercados<sup>46</sup>, afastaria a recorrente alegação de limitações orçamentárias para negar tratamentos médicos. Também rejeitar-se-ia, então, qualquer recusa a tratamentos, e o direito à saúde se converteria em um dever.<sup>47</sup> A esse respeito, no acórdão rejeitou-se a imposição às pessoas de “um dever coletivo de ser saudável, biológica e socialmente”.

A sentença de procedência apontou que “tendo magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo (sic) autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas”<sup>48</sup>. Em contraposição, Oscar Vilhena Vieira, ao denunciar a conduta praticada, enfatizou que “O juiz, sem sequer realizar uma audiência, nomear um defensor, ou exigir documentos que comprovassem

<sup>45</sup> SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 40.

<sup>46</sup> Em sentido similar, FEINBERG, Joel. *Harm to self*. The moral limits of the criminal Law. v. 3. Oxford: Oxford University, 1984, p. 24.

<sup>47</sup> GAUDENZI, Paula; SCHRAMM, Fermin Roland. A transição paradigmática da saúde como um dever do cidadão: um olhar da bioética em Saúde Pública. *Interface (Botucatu)*, Botucatu, v. 14, n. 33, p. 243-255, Jun. 2010. p. 251.

<sup>48</sup> Sentença prolatada nos autos de n. 1001521-57.2017.8.26.0360. Mococa, 05 de outubro de 2017.

o seu consentimento, determinou que a mulher fosse conduzida coercitivamente à cirurgia”.<sup>49</sup> Violou-se, dessa maneira, direitos basilares da pessoa com sofrimento psíquico (usuários da saúde mental), como se observa ao confronta-la à Convenção de Nova York e à própria Lei de Saúde Mental (Lei 10.216/2001).

Da sentença extrai-se a proteção da pessoa incapaz como um pseudoargumento, conforme denota o desvio da discussão da *imposição* para o *fornecimento* do tratamento. Nessa linha, a decisão inicia descrevendo que a demanda judicial foi promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE MOCOCA e Janaína, “objetivando, em suma, compelir aquele a fornecer a esta tratamento consistente no procedimento de laqueadura tubária”, quando, na realidade, a questão de fundo é a própria possibilidade de imposição do tratamento.

Ao apreciar a defesa do Município, a sentença destaca apenas que a Administração Pública “informou ser impossível realizar uma cirurgia não urgente em prazo exíguo, tendo em vista a sistemática do SUS”. Quer a defesa tenha sido apenas esta, sem adentrar nos aspectos bioéticos, nos direitos humanos e fundamentais, quer a sentença tenha omitido tal elemento, o fato é que a pessoa “objeto” da esterilização foi colocada em segundo plano.

Da mesma forma, verifica-se em decisão interlocutória, proferida em 27.07.2017, que, sem adentrar à restrição de liberdade, limitou-se a determinar a esterilização forçada, apontando que a requerida é usuária de drogas, mãe de cinco filhos e “não tem condições financeiras de arcar com os correspondentes custos”. A decisão não aclara se faz referência ao custeio do tratamento ou ao sustento dos próprios filhos, tema que também exigiria por si só uma reflexão profunda.

Ao invés de enfrentar a questão de fundo e problematizar a saúde enquanto dever, o embasamento foi expor a saúde como direito<sup>50</sup>, o que termina por demonstrar uma profunda contradição. Em sede de apelação, a compreensão foi diversa:

O pedido é de esterilização compulsória eugênica ou demográfica, contra a vontade da parte, tendo por fundamento jurídico sua pobreza, eventual dependência química e o entendimento pessoal do d. Promotor de Justiça de que é caso de necessária esterilização por laqueadura, a ser feita pelo Município, que tem obrigação de prestar o serviço de saúde.<sup>51</sup>

No plano da comprovação dos fatos que subsidiariam a conclusão judicial, o Município requereu “cópia do prontuário, com atestados, laudos e tratamentos ministrados à requerida Janaína”, ao passo que o Ministério Público considerou ser desnecessárias tais provas.

A demonstrar a absoluta desconsideração com Janaína, adotou-se o julgamento antecipado do feito. Considerou-se ainda que, como os documentos solicitados pelo Município poderiam ser obtidos

<sup>49</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Justiça, ainda que tardia. **F. de São Paulo**, 09.jun.2018.

<sup>50</sup> A decisão consigna que: “as diversas normas citadas na inicial demonstram à sociedade a obrigação da União, do Estado e do Município ampararem integralmente, com todos os meios e recursos existentes, toda e qualquer pessoa que necessite de assistência médica e/ou medicamentos a, desde que não possam arcar com tais necessidades sem prejuízo de sua própria subsistência”.

<sup>51</sup> TJSP. **Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360**. 8ª Câmara de Direito Público. Rel. Paulo Dimas Mascaretti. DJe: 25/05/2018.

diretamente, deveriam ser indeferidos os pedidos de sua obtenção e dispensada sua análise. Dessa maneira, prevaleceu uma posição passiva, desprezou-se o devido processo legal constitucional e o princípio do contraditório. Tais falhas são gravíssimas no contexto da restrição de direitos fundamentais, os quais demandam de modo imprescindível a máxima proteção. No acórdão que julgou a apelação, consignou-se que:

A petição inicial não trouxe qualquer alegação a esse respeito nem veio instruída com alguma prova médica indicativa da urgência e imprescindibilidade da mutilação e esterilização. Ao contrário, o inusitado e inédito pedido veio acompanhando de um ofício da Assistência Social local indicando o desinteresse da corré Janaína em fazer a laqueadura (fls. 09/10) e mais um relatório do Departamento Municipal de Saúde, subscrito por uma enfermeira e duas agentes comunitárias de saúde (fls. 11 e 12), que sugeriram que a senhora Janaína teria manifestado algum interesse em fazer a laqueadura. Instrui a inicial, também, um laudo de assistente social que apontaria as condições modestas da família.<sup>52</sup>

Ademais, a própria inicial traz à tona uma contradição central, que reforça o acerto da conclusão do Tribunal. No pedido de “concessão da tutela de urgência”, pede-se ao município prover a “laqueadura tubária pleiteada”, a ser “precedida do indispensável laudo médico”. Mister indagar: como ajuizou-se a demanda, se não havia tal laudo? Ignorou-se ainda o indispensável caráter multidisciplinar da análise, como assenta a Convenção de Nova York, art. 26.<sup>53</sup>

No plano da capacidade para atos da vida civil, julgou-se de modo interessante sobre Janaína que “a requerida é pessoa capaz, muito embora não possua condições de fornecer os cuidados necessários à futura prole”. Este trecho é de grande importância porque sinaliza que o regime das incapacidades não pode ser aplicado indistintamente em todos os planos da existência. Capacidade patrimonial não pode ser critério para tolher o livre desenvolvimento da personalidade, quando, afinal, tantas vozes afirmam que dizem respeito a pressupostos essencialmente distintos.

Por outro lado, não ficam claros quais são os elementos para se avaliar que a Ré não tivesse “condições de fornecer os cuidados necessários à futura prole”. Aqui não se afirma que tivesse, o que se confronta é o embasamento empregado.

Mais adiante, outro aspecto é colocado como fundamento para a imposição e a “necessidade”. Afirma-se que Janaína “necessita do tratamento ora solicitado, e a ausência no seu fornecimento poderá acarretar sérios riscos à sua saúde”. Há aqui importantes indagações a destacar. É vedada a recusa de tratamentos no direito brasileiro? Negou-se vigência aos arts. 13 e 15 do Código Civil, os quais, em que pese a redação não ideal, à luz da Constituição, sinalizam valores como a autodeterminação, liberdade existencial, autonomia corporal<sup>54</sup>. Quais seriam os riscos à saúde, os quais não delineados na sentença?

<sup>52</sup> TJSP. **Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360**. 8ª Câmara de Direito Público. Rel. Paulo Dimas Mascaretti. DJe: 25/05/2018.

<sup>53</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da pessoa com deficiência e o Código de Processo Civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017. p. 231.

<sup>54</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

## Considerações finais. Reversão da decisão no Tribunal, irreversibilidade dos danos

Em sede de apelação, a compreensão foi absolutamente diversa à da sentença. Foram ressaltadas falhas gravíssimas da atuação em primeiro grau, inclusive na esfera procedimental. Da declaração de voto do Julgador Leonel Costa, colhe-se:

embora duvidosa, a princípio, se a esterilização compulsória, que envolve a mutilação do aparelho reprodutor feminino, contra a vontade da senhora Janaína, ser para a sua proteção de algum direito indisponível seu, é verdade que essa questão preliminar se apequena diante das implicações trazidas pelo pleito e as peculiaridades processuais que atraem a atenção para este processo<sup>55</sup>.

Como destacou-se em segundo grau, no plano processual as violações aos direitos de Janaína foram múltiplas: (i) utilização da ação civil pública fora de seu escopo; (ii) falta de legitimidade porque a “ação foi ajuizada contra os interesses da requerida Janaina”; (iii) impossibilidade da causa de pedir por se julgar inconstitucional a esterilização forçada; (iv) falta de nomeação de curador; (v) ausência de defesa ou mesmo oitiva; (vi) “descabimento da utilização da medida de condução coercitiva da requerida para realização de cirurgia”.

Em seu voto, Leonel Costa destacou que a cirurgia foi feita durante a gravidez, o que é também vedado pela legislação, haja vista que a Lei n. 9.263/96, proíbe a “esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade”. Fundamental frisar a conclusão do TJSP, ao consignar de modo contundente que o pedido deduzido na demanda era claramente incabível: “a esterilização eugênica, que não tem condescendência constitucional, que institui regime democrático e de direito, com fundamento na dignidade humana e no respeito à liberdade da pessoa (...) A Constituição Federal Brasileira veda expressamente qualquer forma coercitiva de esterilização”.

É importante também acrescentar a tal fundamentação (apesar de não constar no acórdão), o teor da Lei Brasileira de Inclusão, que em seu art. 6º determina que

A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória. (...).

Em harmonia com a compreensão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a ONU, por meio do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, ao interpretar o recém mencionado art. 12 da CDPD, veda a esterilização forçada nos seguintes termos:

Os Estados Partes não devem permitir formas de coerção, como a esterilização sem o consentimento, teste obrigatório de doenças sexualmente transmissíveis ou de gravidez como condições de emprego, pois violam os direitos das mulheres a um consentimento informado e à dignidade.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> TJSP. **Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360**. 8ª Câmara de Direito Público. Rel. Paulo Dimas Mascaretti. DJe: 25/05/2018.

<sup>56</sup> ONU. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. Vigésima sessão, **Recomendação geral n.º 24: artigo**

Para a ONU, é evidente que a esterilização forçada consiste em uma violação à vedação da tortura, tratamento cruel, desumano ou ainda punição degradante, como já exaltou tanto por meio da Organização Mundial da Saúde<sup>57</sup>, quanto por meio do Conselho de Direitos Humanos.<sup>58</sup> Consagra-se, desta maneira, a proteção dos direitos reprodutivos, o planejamento familiar, o direito ao corpo, a fertilidade, a definição quanto ao número de filhos e, de maneira expressa, a vedação legal à esterilização compulsória. A imposição de tratamentos, mesmo sob a alegação de que seria o interesse do paciente exige a máxima cautela.

Pela via da capacidade civil, inicia-se por negar a vontade, e termina-se por negar a própria personalidade jurídica – a própria condição de pessoa. Nos termos do acórdão, em laudo de psicologia acostado aos autos, concluiu-se: “Sra. Janaína aparentou ter desejo espontâneo e convicto em realizar a cirurgia, como forma de evitar outras possíveis ocorrências de gravidez”. Atenção para este trecho e suas contradições: a-) Como admite-se que Janaína possa consentir se fosse para “realizar a cirurgia”, mas não possa recusar o procedimento? b-) Qual a justificativa de impor uma medida, com emprego de força, se admitiu-se a beneficiária optar pela escolha? Afinal, se só poderia consentir para concordar, será isso realmente consentimento?

Da bioética principialista, apreende-se que o benefício é requisito para qualquer procedimento em saúde, mas não é justificativa suficiente. É preciso atentar para os perigos da adoção irrestrita de um critério abstrato de melhor interesse do paciente, inclusive e especialmente quando se cogita que não seja competente para decidir<sup>59</sup>. É preciso equacionar liberdade e proteção. Não se pode subverter o argumento protetivo para sonegar direito. Os limites ao exercício da liberdade devem se converter em exigências de promoção, à luz de uma perspectiva emancipatória. Permita-se repetir o pensamento de Mia Couto, “não é segurando nas asas que se ajuda um pássaro a voar. O pássaro voa simplesmente porque o deixam ser pássaro”.<sup>60</sup>

## Agradecimentos

Registra-se os agradecimentos pelas contribuições dos pesquisadores Maici Colombo, Giovana Moretto e César Consalter na revisão desta pesquisa.

## Referências

ABREU, Celia Barbosa. **Curatela e Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

12.º (As mulheres e a saúde). 1999. Disponível em: <<http://unhrt.pdhj.tl/por/mulher-e-saude>>. Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>57</sup> UNITED NATIONS. Who. **Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization**. An interagency statement. World Health Organization: Genebra, 2014. p. 5.

<sup>58</sup> UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez**. UN General Assembly. UN.Doc A/HRC/22/53. ONU: Nova York, 01 fev. 2013.

<sup>59</sup> COOK, Rebecca; Dickens Bernard. Voluntary and involuntary sterilization: denials and abuses of rights. **International Journal of Gynaecology and Obstetrics**, v. 68. p. 61–67, 2000.

<sup>60</sup> COUTO, Mia. **Jerusalém**. Caminho: Portugal, 2009. p. 25.

- ALBUQUERQUE, Aline. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. **Bioethikos**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 18-26, 2013.
- APPELBAUM, Paul. Assessment of Patients' Competence to Consent to **Treatment**. **The New England Journal of Medicine**, v. 357, n. 18, p. 1834-1840, Nov. 2007. p. 1834-1835.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da pessoa com deficiência e o Código de Processo Civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017.
- BARBOSA, Luciana Freitas; LEITE, Iúri da Costa; NORONHA, Marina Ferreira de. Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, v. 9, n. 9, p. 179-188, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-38292009000200007&lng=en&nr m=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007&lng=en&nr m=iso)>. Acesso em 01.05.2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. (Org.). **Cuidado & Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106-118.
- BARROSO, Carmen. Esterilização feminina: liberdade e opressão. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 170-180, Abr. 1984.
- BERQUO, Elza; CAVENAGHI, Suzana. Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária. **Cadernos de Saúde Pública** v. 19, suppl.2, p. S441-S453, 2013.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Red Livros. 2001
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CARVALHO, Luiz Eduardo Campos de. et al. Esterilização cirúrgica voluntária na Região Metropolitana de Campinas, São Paulo, Brasil, antes e após sua regulamentação. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 23, p. 2906-2916, 2007.
- CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017
- CHARLAND, Louis. Mental Competence and Value: The Problem of Normativity in the Assessment of Decisional Capacity. **Psychiatry, Psychology, and Law**, n. 8, v. 2, p 135-145, 2001.
- COOK, Rebecca; Dickens Bernard. Voluntary and involuntary sterilization: denials and abuses of rights. **International Journal of Gynaecology and Obstetrics**, v. 68. p. 61-67, 2000.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso I.V. vs. Bolivia supervisión de cumplimiento de sentencia**. 14 de noviembre de 2017. Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/I.V\\_14\\_11\\_17.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/I.V_14_11_17.pdf)> Acesso em: 05 maio. 2018.
- COUTO, Mia. **Jerusalém**. Caminho: Portugal, 2009.
- COUTO, Mia. **O fio das missangas: contos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. Conto: O menino que escrevia versos.
- COUTO, Mia. **O Gato e o Escuro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- CREMEC. **Processo-Consulta CREMEC n. 5121/2014**. Parecer CREMEC n. 13/2014.

- FEINBERG, Joel. **Harm to self**. The moral limits of the criminal Law. v. 3. Oxford: Oxford University, 1984, p. 24.
- FOUCAULT, Michel. **A História da Loucura: na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- GANZINI, Linda et al. Ten Myths About Decision-Making Capacity. **Journal of the American Medical Directors Association (JAMA)**, n. 6 (3 Supplement), p. 100-104, May-June 2005.
- GAUDENZI, Paula; SCHRAMM, Fermin Roland. A transição paradigmática da saúde como um dever do cidadão: um olhar da bioética em Saúde Pública. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 14, n. 33, p. 243-255, Jun. 2010.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99, 2015. p. 101-123.
- MARCHI, Nádia Maria; ALVARENGA, Augusta Thereza de; OSIS, Maria José Duarte; BAHAMONDES, Luis. Opção pela vasectomia e relações de gênero. **Cadernos de Saúde Pública**, vol.19, n.4, 2003, p.1017-1027.
- MARCOLINO, Clarice; GALASTRO, Elizabeth Perez. As visões feminina e masculina acerca da participação de mulheres e homens no planejamento familiar. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 9, n. 3, p. 77-82, Maio 2001.
- MARCOLINO, Clarice; GALASTRO, Elizabeth Perez. As visões feminina e masculina acerca da participação de mulheres e homens no planejamento familiar. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 9, n. 3, p. 77-82, Maio 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica e a reflexão bioética. In: \_\_\_\_\_; MOLLER, Letícia Ludwig. (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MEIRELLES, Jussara. Economia, patrimônio e dignidade do pródigo: mais um distanciamento entre o ser e o ter? In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **O Direito e o Tempo - Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 179-186.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. (Atual. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto). 4. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2005.
- ONU. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. Vigésima sessão, **Recomendação geral n.º 24: artigo 12.º (As mulheres e a saúde)**. 1999. Disponível em: <<http://unhrtpdhj.tl/por/mulher-e-saude>>. Acesso em: 10 maio 2018.
- PEREIRA, André Gonçalo Dias. A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica. Separata da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora: 2006. p. 199-249
- QUADROS, Marion Teodósio de; SANTOS, Giselle Maria Nanes Correia dos. Obstáculos na procura pela esterilização feminina entre mulheres do Bolsa Família. **Cadernos de Saúde Pública** 2017, vol.33, n. 4, 2017.
- RUEDA-MARTINEZ, Gabriela et al. Análise bioética da esterilização em pessoas com deficiência intelectual. **Saúde**

**debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 106, p. 855-868, Set.2015).

RUZYK, Pianovski. **Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SAFFIOTI, Heleieth. **A Mulher na Sociedade de Classes**. Mito e Realidade. São Paulo: Vozes, 1978.

SAFFIOTI, Heleieth. **Mulher Brasileira: Opressão e Exploração**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1984.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHULMAN, Gabriel. **A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas**. 2018. Tese (Doutorado em Direito Civil), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

SCHULMAN, Gabriel. Consentimento para atos na saúde à luz da convenção de direitos da pessoa com deficiência: da discriminação ao empoderamento. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima; ALMEIDA Jr., Vitor Azevedo. (Org.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 271-297.

Sentença prolatada nos autos de n. 1001521-57.2017.8.26.0360. Mococa, 05 de outubro de 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002. p. 40.

STF. ADPF n. 395. Julgamento referente à sessão Plenária de 14/6/2018).

TJMG. **Agravo de Instrumento 10024122067630001**. Rel. Des. Relator: Peixoto Henriques. 7ª. Câmara Cível. DJ: 01.07.2013

TJSP. **Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360**. 8ª Câmara de Direito Público. Rel. Paulo Dimas Mascaretti. DJe: 25/05/2018.

TOMAZELA, José Maria. **O Estado de S. Paulo**. Mãe luta na Justiça para obrigar filho a fazer tratamento que pode evitar morte. 16 fev. 2017. Disponível em <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mae-luta-na-justica-para-obrigar-filho-a-fazer-tratamento-que-evita-sua-morte,70001667333>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

TULIO, Silvio. **O Globo**. Jovem com problema renal luta na Justiça para não fazer hemodiálise. Sabendo que pode morrer, ele diz não ter perspectiva de melhora, em GO. Mãe obteve liminar que obriga o filho a se tratar mesmo contra vontade. 16.02.2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2017/02/jovem-com-problema-renal-luta-na-justica-para-nao-fazer-hemodialise.html>>. Acesso em: 19 fev.2017.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. **Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez**. UN General Assembly. UN.Doc A/HRC/22/53. ONU: Nova York, 01 fev. 2013.

UNITED NATIONS. Who. **Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization**. An interagency statement. World Health Organization: Genebra, 2014

VIEIRA, Oscar Vilhena. Justiça, ainda que tardia. **F. de São Paulo**, 09.jun.2018.

WONG, Grace Josephine Shan et al. Capacity to make health care decisions: its importance in clinical practice. **Psychological Medicine**, v. 29 n. 2, p. 437-446, 1999. p. 439.

ZANLORENZI, Rafael; SCHULMAN, Gabriel. Saúde **Mental e Internação Psiquiátrica na Corte Europeia de Direitos Humanos**. In: DALLARI, Sueli *et al.* Temas de Direito Sanitário. No prelo.