ESTERILIZAÇÃO INVOLUNTÁRIA E TUTELA PENAL DA AUTONOMIA DA MULHER

Aparecida Bianca Candido da Costa (IC) e Erika Chioca Furlan (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackpesquisa

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o fundamento que atribui legitimidade às intervenções médicas cirúrgicas sob o âmbito do Estado, a partir de um caso usado como pretexto em que houve a autorização por parte de um juiz singular do Tribunal de Justiça de São Paulo, para a realização do procedimento de esterilização em uma mulher em situação de vulnerabilidade social na cidade de Mococa/SP, ocorrido em fevereiro de 2018 e, posteriormente, houve a reforma da decisão, no entanto, o procedimento já tinha sido realizado. Para tanto, utilizou do método fenomenológico-hermenêutico, com amparo em pesquisa bibliográfica na legislação brasileira, doutrinas, artigos e publicações pertinentes ao tema, embasada inicialmente no próprio caso concreto e o processo judicial que o instruiu, se ampara, posteriormente, na legislação brasileira, em especial a Constituição Federal de 1988, além de doutrinas, artigos e publicações que tenham pertinência com o assunto abordado e auxiliem na formação de um pensamento crítico da sua autora. Está, assim, dividido em três partes, a saber: inicialmente, a análise do caso concreto, após uma breve análise dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher e a autonomia sobre seu corpo, e, ao final, discussão acerca do fundamento de legitimidade da intervenção, qual seja, o consentimento.

Palavras-chave: esterilização involuntária; direitos sexuais e reprodutivos; consentimento.

ABSTRACT

The purpose of this article is analyze the basis that gives legitimacy to surgical medical interventions under the scope of the state, from a case used as a pretext in which there was the authorization by a single judge of the Court of São Paulo, to perform the sterilization procedure in a woman in a situation of social vulnerability in the city of Mococa/SP, which occurred in February 2018 and, subsequently, there was the reform of the decision, however, the procedure had already been performed. For this, it used the phenomenological-hermeneutic method, with support in bibliographic research in the Brazilian legislation, doctrines, articles and publications pertinent to the subject, based initially on the concrete case itself and the judicial process that instructed it, is supported later in the Brazilian legislation, especially the Federal Constitution of 1988, besides doctrines, articles and publications that have pertinence with the subject approached and help in the formation of a critical thought of its author. It is thus divided into three parts, namely: initially, the analysis of the concrete case, after a brief analysis of women's sexual and reproductive rights and autonomy over their

bodies, and, at the end, discussion about the legitimacy of the intervention, i.e., consent.

Keywords: involuntary sterilization; sexual and reproductive rights; consent.

1. INTRODUÇÃO

Como forma de perpetuar a sua espécie na terra, o homem se utiliza da reprodução. É cediço que a mulher grávida sempre foi pintada como símbolo de beleza e que, até pouco tempo, aquelas que eram inférteis ou que decidiam não se reproduzir eram vistas com maus olhos pela sociedade, diante de um conceito patriarcal daquilo que seria considerado como função da mulher, qual seja, reproduzir-se. No entanto, com as modificações sociais sofridas ao longo dos anos, muitas mulheres passaram a não desejar constituir família e/ou ter filhos, invocando sua liberdade negativa à procriação, tornando-se cada vez mais frequente a recorrência a métodos para impedir a concepção.

Apesar da criação e disseminação de diversos métodos contraceptivos, uma das formas mais utilizadas para controle de natalidade e planejamento familiar em todo mundo é a esterilização. A esterilização artificial pode ser entendida como o ato ou efeito de tornar infértil, infecundo, improdutivo. Nos seres humanos, a esterilização consiste no ato de empregar técnicas especiais, cirúrgicas ou não, no homem e na mulher, para impedir a fecundação.

Durante muitos anos a prática da esterilização ocorria de maneira clandestina no Brasil, sendo interpretada, sob o ponto de vista jurídico, como uma ofensa criminal, baseada no artigo 14, § 2º, inciso III do Código Penal de 1940 . Além disso, essa intervenção era vedada até 1988 no Código de Ética Médica , salvo em algumas situações específicas.

Em 1996, foi sancionada a Lei n. 9.263/96 , a qual regulamenta o procedimento de esterilização e se tornou um marco para a proteção dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres. Como todo método contraceptivo, a esterilização deve ser praticada somente com base no consentimento livre e informado da pessoa em que se realiza. A esterilização realizada contra a vontade ou sem o consentimento da pessoa afetada é uma prática involuntária, coercitiva ou forçada e que viola direitos humanos, incluindo os direitos à saúde, à informação, à privacidade, ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva e sexual acerca do próprio corpo.

Dessa forma, a prática é *prima facie* ilegal e está prevista na Constituição Federal no artigo 226, parágrafo 7º , que trata do planejamento familiar, sendo regulamentado pela Lei nº. 9.263/96, a qual prevê que o planejamento familiar é livre decisão do casal e que a realização do procedimento sem o consentimento da mulher é considerada um crime. Frisa-se que, ao Estado compete, apenas, garantir os recursos educacionais e científicos para o

exercício desse direito, sendo “vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” .

Não obstante, apesar de previsto na ordem jurídica, a necessidade de obtenção do consentimento da mulher submetida ao procedimento de laqueadura, que é considerado, sob o ponto de vista da dignidade humana, como o requisito objetivo mais importante para a realização da esterilização, continua a ser desconsiderado na prática. De fato, muitos médicos e, como será demonstrado, até mesmo o próprio Poder Judiciário, aludem a uma pretensa vulnerabilidade da mulher, diante das circunstâncias, para procurar legitimar esterilizações involuntárias.

Assim, o presente trabalho analisará o tratamento dogmático das cirurgias de esterilização, a partir das concepções de Direitos Humanos e das normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes, investigando os fundamentos jurídicos legitimadores dessa prática.

Para tanto, o estudo utiliza o método fenomenológico-hermenêutico que deve ser compreendido como superação das metodologias tradicionais destinadas ao conhecimento, por ser este o que melhor se adapta ao problema de pesquisa e a angústia que ele traz consigo, em virtude da atual conjuntura social e dos dilemas que diuturnamente surgem em relação à democracia e o Estado brasileiro, consequência também do uso da discricionariedade e da filosofia da consciência nas decisões judiciais, que afetam, de forma direta, a vida dos cidadãos. A pesquisa bibliográfica e documental, embasada inicialmente no próprio caso concreto e o processo judicial que o instruiu, se ampara, posteriormente, na legislação brasileira, em especial a Constituição Federal de 1988, além de doutrinas, artigos e publicações que tenham pertinência com o assunto abordado e auxiliem na formação de um pensamento crítico da sua autora.

O tema é pertinente em razão da necessidade, premente, de se discutir, dentro e fora dos bancos acadêmicos, a respeito dos disparates que são proferidos nos tribunais brasileiros, amparados no —desconhecimento de muitos cidadãos ou nas inúmeras teorias que defendem a possibilidade do uso da discricionariedade, em sua forma mais ampla, pelo magistrado, ao decidir a ação judicial, o fazendo, muitas vezes, conforme a sua consciência. Ademais, para uma melhor abordagem, o estudo está dividido em três partes: a primeira, destinada a analisar o caso concreto objeto da pesquisa; a segunda, voltada a estudar os direitos fundamentais previstos da Constituição Federal e a necessidade da sua proteção e concretização; e a terceira, quanto ao atributo de legitimidade para as intervenções médico-cirúrgicas. O decidir conforme a sua consciência, em pleno ano de 2018, reflete, cada vez

mais, a aproximação do Direito com a moral e a perpetuação da insegurança jurídica, consequência de decisões judiciais como a prolatada na ação judicial perpetrada contra J.A.Q, que será neste estudo apreciada.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 O CASO JAQ VS. ESTADO

O presente trabalho toma como pretexto e se propõe a discutir os fundamentos jurídicos que atribuem legitimidade à esterilização feminina, a partir da análise dos autos da Ação Civil Pública de nº 1001521-57.2017.8.26.0360, da 2ª. Vara Cível de Mococa, São Paulo¹, o qual julgou procedente o pedido de esterilização compulsória de uma mulher, a qual chamaremos de J.Q.A, e o acórdão que, em sede de apelação, a reformou. Assim, com o objetivo de expor a relevância teórica e prática do problema aqui colocado, discutiremos oportunamente um caso prático.

O caso da esterilização compulsória de J.Q.A ganhou repercussão após a publicação do artigo “Justiça, ainda que tardia” na Folha de S. Paulo (VIEIRA, 2018). O autor expôs que um juiz da cidade de Mococa, São Paulo, decidiu pela realização de laqueadura tubária de J.A.Q. O magistrado baseou sua decisão em um pedido feito por um promotor de justiça que requeria que ela fosse submetida “a tal procedimento mesmo contra a sua vontade” e “por ser o direito à saúde dever do Estado e direito de todos”.

As argumentações do promotor eram no sentido de que J.A.Q era pobre, dependente de drogas e já tinha cinco filhos de quem não podia cuidar, além disso, alegou que seu estilo de vida poderia levar ao aumento de “sua prole de forma irresponsável e não planejada” e disse que por causa de sua condição faltava-lhe “discernimento para avaliar as consequências de uma gestação”. Em suas alegações afirmou que, em determinados momentos, J.A.Q manifestava vontade em realizar o procedimento de esterilização, mas em outros, demonstrava desinteresse a aderir o procedimento.

Assim, baseando-se nestes argumentos e em pareceres favoráveis à esterilização emitidos por enfermeiros, assistentes sociais e psicólogos, e após negar os recursos do Município e sem ouvi-la pessoalmente ou permitir sua defesa, o juiz determinou que J.A.Q fosse esterilizada compulsoriamente no momento do parto, já que um dos laudos médicos constatou que ela estava grávida, o que impedia a realização imediata da esterilização. Assim,

¹ TJSP, 8ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. DJ: 25 mai. 2018. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018.

em fevereiro de 2018, J.A.Q. deu à luz e foi submetida à ligadura tubária, sendo permanentemente esterilizada.

Em sede de apelação o Município, sujeito passivo da ação, alegou que o Sistema Único de Saúde mantém o serviço de atendimento à mulher com orientação sobre métodos anticoncepcionais e até a esterilização, caso esta fosse a melhor opção para o planejamento familiar, mas não poderia ocorrer a violação ao direito de liberdade de escolha da mulher, como se visualizou no presente caso. Além disso, afirmou que a realização de esterilização tubária da mulher constitui medida excepcional, somente admissível quando esgotadas as demais vias de tratamento possíveis, dentre elas o tratamento ambulatorial, jamais se admitindo a esterilização involuntária.

Diante disso, três meses depois de ser esterilizada, a 8ª. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu de forma unânime que a sentença do juiz de primeira instância era inconstitucional por “promover a esterilização eugênica”², proibida expressamente em território nacional, em que ocorreu “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”.

Ademais, afirmou haver dúvida razoável acerca do consentimento da requerida para realização do procedimento cirúrgico, pois não foi juntado aos autos documento escrito que comprovasse a expressa manifestação de vontade de J.Q.A, que é exigência legal para caracterizar seu consentimento.

No acórdão o relator expôs que, ainda que houvesse manifestação de vontade nos autos, a sua validade e eficácia estaria condicionada à verificação de não estar com a sua capacidade de discernimento comprometida por influência de álcool e outras drogas, pois caso constatada a incapacidade absoluta, não se poderia impor a realização do procedimento, pois inexistiu anteriormente interdição judicial, com submissão à curatela legal. Assim, a prudência da norma relativa à interdição não foi lembrada (art. 1.771 do Código Civil)³.

Além disso, afirmou tratar-se de processo nulo de pleno direito, pois à J.Q.A não foi dada oportunidade de defesa efetiva, violando a garantia constitucional do devido processo legal, o que inclui o direito à ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV da CF⁴), com os meios

² TJSP, 8ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. DJ: 25 mai. 2018. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018.

³ BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1998.

e recursos a ela inerentes. Soma-se ao fato de violação à Lei nº 9.263/96⁵ que estabelece que, mesmo nos casos de esterilização voluntária, é necessário o atendimento de uma série de requisitos, relacionados a idade, quantidade de filhos, consentimento expresso, além de vedação do procedimento durante o período de parto, o que foi feito. No entanto, a decisão chegou tarde demais para impedir que J.A.Q fosse esterilizada à força.

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 argumentação de J.A.Q “levar uma vida desregrada”, o que significa nitidamente uma volta ao ultrapassado critério dos “bons costumes”, ainda presente no texto legal do Código Civil. 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 legitima o domínio sobre o corpo.

Salienta-se que em harmonia com a compreensão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Organização das Nações Unidas, 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.⁶

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, quanto por meio do Conselho de Direitos Humanos. 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.

⁵ BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

⁶ ONU. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. Vigésima sessão, Recomendação geral nº 24: artigo 12º (As mulheres e a saúde). 1999.

2.2 AUTONOMIA DA MULHER SOBRE SEU CORPO E A ESTERILIZAÇÃO COMO MÉTODO CONTRACEPTIVO

Faz-se necessária uma sucinta abordagem acerca da evolução história dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher na sociedade, de modo a contextualizá-los na perspectiva do procedimento de esterilização como método contraceptivo.

Tem-se que foi durante a Revolução Francesa que se iniciaram as lutas incisivas das mulheres, em 1789, inspiradas pelos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Neste percurso, as mulheres iniciaram sua luta desde muito tempo, mas foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷, de 1948, que elas passaram a ter um espaço maior.

O pensamento inicial da mulher ser o “homem incompleto” mudou com o tempo, graças ao movimento feminista que, por meio de manifestações, foi conseguindo mudar a visão da sociedade, para que esta passasse a ver a mulher como um ser individualizado, com suas próprias características. Ressalta-se que questão de gênero vai muito mais além de fatores biológicos, faz parte das conjunturas política e socioeconômica referentes aos próprios papéis sociais que se alteram a depender da cultura.

No século XX, com ascensão de movimentos sociais de mulheres, houve um enfrentamento com pretensão de obter direitos políticos, civis e sociais. No ano de 1995, aconteceu a 4ª Conferência Mundial de Mulheres, realizada em Beijing, China. Nesta, constatou-se áreas cruciais no que concernia à conjuntura das mulheres no mundo inteiro, envolvendo as violências contra as mulheres, preocupação com a pobreza, estruturas políticas, a educação e formação profissional, autonomia para tomar decisões, atenção à saúde da mulher dentre outros.

Em seguida a essa conferência, foi decretada e sancionada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso a Lei nº 9.263⁸, que regulamenta o planejamento familiar e a esterilização voluntária. A referida norma possui como base o art. 226, CF/88, o qual enuncia a família como fundamento da sociedade, necessitando assim de especial proteção do Estado.

No mencionado artigo pontua-se o dever do Estado de proporcionar meios científicos e educacionais para o exercício dos direitos envolvidos nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, a responsabilidade estatal em favorecer assistência à

⁷ Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948.

⁸ BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

família na pessoa de cada um dos que a integram, promovendo modos de coibir a violência no domínio de suas relações, bem como autonomia das mulheres.

No Brasil, o desempenho dos movimentos de mulheres fez com que no processo de reavaliação do texto constitucional, fossem englobadas propostas relacionadas aos direitos das mesmas à Assembleia Nacional Constituinte. Identifica-se no art. 5º, CF/88⁹, por exemplo, a previsão de todos serem iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, traduzindo-se estes no direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Ao realizar uma breve análise do papel da mulher na sociedade, esta tinha como sua função primordial a reprodução. No entanto, com as modificações sociais sofridas ao longo dos anos, muitas mulheres passaram a não desejar constituir família e/ou ter filhos, invocando sua liberdade negativa à procriação, tornando-se cada vez mais frequente a recorrência a métodos para impedir a concepção. Apesar da criação e disseminação de diversos métodos contraceptivos, uma das formas mais utilizadas para controle de natalidade e planejamento familiar em todo mundo é a esterilização.

Nas palavras de Bottega (43),

a esterilização humana artificial pode ser conceituada como um conjunto de técnicas especiais, cirúrgicas ou não, com o objetivo de impedir a fecundação ou ainda qualquer procedimento que, quando realizado, torna o indivíduo submetido incapaz para a reprodução da espécie, entretanto não perde sua capacidade para a prática do ato sexual.

Ademais, considera que a esterilização humana tornou-se “uma das formas de exercício da liberdade de não procriar inerente ao ser humano, e é também uma das formas mais utilizadas para o controle da natalidade e para o planejamento familiar em todo o mundo”¹⁰.

Durante os anos 1930, com a introdução da penicilina, as cirurgias de esterilização foram ampliadas, ainda como medida eugênica. Ademais, foi a partir dos anos 1960 que a técnica foi sendo aperfeiçoada e difundida. Entretanto, seu uso continuava ligado a motivos eugênicos até que, após a Segunda Guerra Mundial e em face da crítica à eugenia, a prática da esterilização teria sido abandonada para ressurgir nos anos 1960.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1998.

¹⁰ BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de não procriar e esterilização humana. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, Cuiabá. v. 9. n. 2. p. 43/64. jul/dez. 2007.

O ressurgimento teria sido acompanhado pela preocupação com o controle populacional, sobretudo nos países menos desenvolvidos e pela aplicação de técnicas consideradas menos arriscadas, em virtude de serem menos invasivas, e mais efetivas para a realização da esterilização feminina. De acordo com Vieira, a “esterilização reaparece como solução para o controle da fertilidade agora sob nova condição, tomando a forma de uma escolha voluntária, individual, predominantemente uma decisão da mulher legitimada pela medicina”.¹¹

No Brasil, entre as décadas de 1970 e 1980, as mulheres em idade reprodutiva começaram a adotar a esterilização como forma de evitar filhos, em contexto histórico marcado pela simultânea ilegalidade e acusação moral dessa prática. O autor Fonseca Sobrinho¹² aponta que a ditadura militar tratou de forma ambígua o tema do controle de natalidade no território nacional. Assim, ora unia preocupações pró-natalistas, sustentadas pela ideia de crescimento populacional visando à ocupação de territórios, ora tolerava-se à presença de organizações internacionais, como a Sociedade Civil do Bem-Estar Familiar, voltadas para a disseminação de métodos contraceptivos, e cujo discurso preponderante era o da redução da população nos países periféricos como meio de combate à violência urbana e à pobreza.

Conforme mencionado, somente na década de 1990, em atmosfera marcada pelo debate da saúde reprodutiva como direito humano fundamental, o Brasil adotou a Lei de Planejamento Familiar¹³, pela qual a prática da esterilização voluntária (feminina e masculina) se tornou nacionalmente regulamentada e o sistema público de saúde passou a oferecer esse serviço no quadro de uma política mais ampla de educação sexual e planejamento familiar.

Para que ela possa ocorrer, a pessoa deve ter plena capacidade civil, ser maior de 25 anos ou pelo menos possuir dois filhos vivos, e ter decorrido, no mínimo, sessenta (60) dias entre a manifestação da vontade e a cirurgia. Durante este período deverá participar de sessões de orientação, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando a desencorajar a esterilização precoce, além de não poder ser realizada durante o parto ou

¹¹ Vieira, Elizabeth Meloni. (1999). A medicalização do corpo feminino. In: Giffin, Karen & Costa, Sarah Hawkes (orgs.). Questões da saúde reprodutiva. Rio de Janeiro: Fiocruz, p. 67-78.

¹³ BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

aborto, exceto em caso de necessidade comprovada¹⁴. Esta necessidade nunca foi efetivamente comprovada no caso concreto.

2.3 AUTONOMIA DAS MULHERES vs PATERNALISMO ESTATAL

Etimologicamente, o termo autonomia deriva do grego onde *auto* significa próprio e *nomos* significa lei, regra, norma. Dessa forma, significa a autodeterminação da pessoa em realizar suas escolhas, decidindo o que é bom ou não. Entretanto, para se falar em autonomia, necessário verificar se existe liberdade de pensamento, sem coações internas ou externas. Assim, se não existir possibilidade de escolha, não se pode falar em liberdade e, por conseguinte, não existe autonomia.

Em alguns momentos é difícil se perceber a presença ou não da autonomia e é nesse momento que surgem inúmeras repercussões na bioética. Não se deve confundir autonomia como individualismo, pois o homem vive em sociedade e a autonomia nada mais é do que uma ética humana para ajudar na harmonização dos interesses sociais e individuais. No entanto à medida que o homem exerce de forma autônoma a sua razão prática, passa a construir distintas personalidades. Neste contexto, a autonomia é o fundamento da dignidade humana de todo ser racional é por meio dela que o ser humano se dignifica, não devendo ser restringida a pretexto de substituir a livre vontade, nem mesmo por aquilo que se acredita ser o melhor ou mais apropriado. Acerca dessas constatações, Lima Neto aduz que a chamada Teoria Geral dos Direitos da Personalidade é

[...] fundada na ideia de que o livre desenvolvimento do ser humano demanda o reconhecimento de sua dignidade, de uma existência digna que tem seus pilares construídos na medida em que a sociedade evolui e novos direitos vão sendo reconhecidos como essenciais para sua concretização, o que não pode restringir-se a um rol de direitos expressos em leis, a tipos legais, os quais, justamente em razão de estarem positivados, sofrem uma inevitável defasagem, tornando-se insuficientes para atingir o fim ao qual se destina, qual seja, garantir à pessoa humana as condições para seu pleno florescimento e evolução.

Com base nestes ensinamentos da doutrina, é pontual salientar que a autonomia da mulher sobre o seu corpo não deve sofrer limitações de forma arbitrária. Em todo o aparato jurídico encontram-se normas, limitando a autonomia das pessoas sobre o seu próprio corpo, tanto no que se refere à sexualidade, quanto no tocante à vida e à morte. No contexto de toda

¹⁴ BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

a regulação e imposição dessa limitação de direito, encontra-se o Estado que, em nome de tutelar os interesses da coletividade, tem a finalidade delimitar direitos fundamentais. Desta forma, as liberdades individuais, muitas vezes, estão limitadas sem o seu exercício gerar dano a outrem, apenas como uma valorização e manutenção da uniformização de conduta.

2.4 O FUNDAMENTO DE ATRIBUIÇÃO DE LEGITIMIDADE ÀS INTERVENÇÕES MÉDICO-CIRÚRGICAS.

Como resposta às atrocidades cometidas por médicos nazistas reveladas em julgamentos de crimes de guerra, criou-se o Código de Nuremberg, publicado em 1947, tornando-se o primeiro código de ética para pesquisas envolvendo seres humanos. O Código estabeleceu normas para a realização de experiências em seres humanos, enfatizando-se a necessidade do consentimento voluntário do participante.

Ademais, a bioética possui como um dos princípios o Princípio da Autonomia, significando a capacidade que o indivíduo tem de se autogovernar, de poder escolher, de avaliar suas possibilidades, direitos e deveres, sem restrições internas ou externas.

Diz-se que uma pessoa possui autonomia quando age com independência em relação a controles externos e capacidade para determinar-se de acordo com escolhas próprias. O princípio encontra aplicação direta nas regras de conduta social, tais como respeitar a privacidade dos outros, dizer a verdade, fornecer informação fidedigna, pedir e obter permissão para intervir no corpo das pessoas, dentre outras, do que se depreende que, aqui, encontram-se as raízes do consentimento informado.

Prevalece o entendimento de que, para realizar um tratamento médico, é exigido o consentimento de uma pessoa consciente e capaz de prestá-lo, ou seja, sob o ponto de vista jurídico, a conduta do médico é tornada lícita pela vontade do paciente em submeter-se a um determinado tratamento clínico ou cirúrgico. O paciente está consciente da possibilidade de consequências lesivas para ele, mas é a sua autodeterminação em renunciar a um bem juridicamente tutelado (sua integridade física) que viabiliza e confere licitude ao procedimento (desde que científica e legalmente aceito). É, pois, o consentimento dado à atuação do profissional para dispensar os cuidados a seu paciente o que estabelece os marcos inicial e final da licitude.

A doutrina legal do consentimento informado reporta-se ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), criado pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, com fulcro no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal, aplicáveis onde ocorrer em relações de consumo. De acordo com o CDC, o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o

fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços; e o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício.

A Constituição Federal Brasileira, em vigor desde 1988, atribui caráter de serviço público dos prestadores de serviço face ao que expressa o artigo 6º, caput: São direitos sociais, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Além deste, o artigo 196 também da nossa Magna Carta é contundente: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Não deixa, dúvida, o caráter de serviço público, mesmo que concedido a particulares, a atividade de prestação de serviços hospitalares.

Responsabilidade civil é como se impõe a determinada pessoa o reparo a prejuízo causado a outrem, via indenizatória, por fato próprio ou de pessoa ou coisas que dela dependam.¹⁵ Logo, deve ser entendida como um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente de um dever jurídico originário¹⁶, ou seja, é subjetiva e o ônus da prova cabe a quem alega, ao não ser requerida a inversão prevista no CDC.

A responsabilidade pessoal dos médicos é subjetiva, mas o ônus da prova fixa sendo a favor do consumidor. Anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) era princípio consagrado no Direito que o ônus da prova caberia a quem alegasse, porém, hoje, houve a inversão do mesmo, sendo atual a interpretação que (artigo 6º, VIII e 14 do CDC):

O fornecedor de serviços responde, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos a prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos. O parágrafo 4º impõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A previsibilidade se configura como vínculo psíquico entre o agente e o resultado, expressa pela ausência de previsão do previsível (consentimento informado), dá o limite da responsabilidade do agente (médico) pelos resultados que decorrem da sua falta de diligência inicial. Só pelos resultados previsíveis responderá o agente, podendo os demais, que não

¹⁵ CAVALLIERI, S. Programa de responsabilidade civil. 6a. edição. São Paulo: Malheiros; 2005. p. 25.

¹⁶ COUTINHO, L. Código de ética médica comentado. 3a. edição. Florianópolis: Editora OAB/SC. 2003. p.153.

sejam fruto de imperícia, imprudência ou negligência, serem consideradas fatalidades profissionais.

Se eliminarmos o critério de previsibilidade, faremos da culpa simples hipótese de obrigatoriedade condenatória, oposto ao princípio da culpabilidade no sentido subjetivo moderno.¹⁷ Não é suficiente, para que seja exigível a responsabilidade civil, que o paciente haja sofrido um prejuízo, nem que o médico tenha agido com culpa. Deve reunir-se um terceiro e último requisito, a existência de um vínculo de causa e efeito entre a culpa e o dano, é necessário que o dano sofrido seja a consequência da culpa cometida (nexo causal).

Mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Entre as causas que excluem a responsabilidade do médico, está a provar que, tendo prestado o serviço o defeito inexistente. Basta que prove que o evento não decorreu de defeito de serviço, mas sim das condições próprias do paciente, onde pode auxiliá-lo o termo de consentimento informado detalhado e cauteloso, ou de outros fatores imprevisíveis¹⁸.

Sendo subjetiva a responsabilidade pessoal do médico, como na realidade o é, não bastará o mero insucesso do tratamento, seja clínico ou cirúrgico, para ensejar o seu dever de indenizar. Caberá a vítima provar não só o dano e o nexo causal, como a responsabilidade objetiva, mas também a culpa do médico. Este ocorre quando empregados os conhecimentos normais de Medicina, por exemplo, chega o médico à conclusão errada de diagnóstico ou de uma intervenção cirúrgica; só a falta grosseira destes profissionais consubstancia a culpa penal¹⁹.

Na responsabilidade objetiva a culpa será provada ou presumida (ex.: falta de consentimento informado em cirurgias eletivas que resultem, por exemplo, em Ortopedia, na limitação dos movimentos de um determinado membro ou diminuição de funções do mesmo), pois no Brasil só se pode condenar alguém a indenizar havendo culpa. Hoje, com a inversão do ônus da prova, facultado pelo Código de Defesa do Consumidor, cabe ao médico provar a própria inocência e não mais ao paciente a culpa do profissional.

Para que exista o exercício regular de direito é indispensável o consentimento do paciente, conforme o expresso no artigo 46, caput do Código de Ética Médica, ou de seu representante legal, o médico tem o dever de dar informação ao paciente e, se não for caso

¹⁷ ANIBAL, B. Direito penal: parte geral. 4a. edição. Rio de Janeiro: Forense; 1984. p.138.

¹⁸ FOSTER, N. Erro médico. São Leopoldo: Editora Unisinos; 2002. p. 39

¹⁹ UDESMANN, A. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. Rev Assoc Med Bras. 2002. p. 172-82.

de urgência, o paciente deve ser consultado sobre as opções médicas, para que possa escolher, devendo ser informado e quando possível, consentir no procedimento, sendo plenamente esclarecido também sobre os possíveis riscos da intervenção médica e tudo o que será feito²⁰.

Apesar do uso do termo de consentimento informado a intervenção médica ou cirúrgica não exclui o crime quando houver imperícia, negligência ou imprudência do agente, respondendo este por delito culposos se não se tratar de simples erro profissional.²¹ Esclarece-se que, definem os Dicionários de Língua Portuguesa: Imperícia: incompetência, falta de perícia; Imprudência: ato de agir sem os cuidados obrigatórios; Negligência: preguiça, descuido, desleixo.²²

Se o paciente alega um erro médico, a responsabilidade da prova para defender-se pode ser facultativa, se for considerada difícil o usuário pré-constituir prova sobre os seus supostos direitos, até porque ele, no momento da relação, está em sua boa-fé, além dos imagináveis obstáculos para obter material probatório. As sanções aplicadas pelo Código de Defesa do Consumidor, além da multa, estão previstas no artigo 56:

As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - Multa; IV - Suspensão do fornecimento de serviços; IX - Cassação da licença do estabelecimento ou de atividade.

As sanções relacionadas serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição (Conselho Regional de Medicina) assegurada a ampla defesa. O Código Civil, em seu artigo 951, traz uma ampliação na responsabilidade indenizatória, principalmente no que diz respeito às hipóteses de morte, inabilitação para o trabalho e ferimentos, trazendo como situação nova o agravar do mal do paciente. No caso de ferimento, pode admitir-se também maior abrangência na responsabilidade estudando-se também a causa da lesão no paciente, o que é mais amplo do que o ferimento, abrangendo também, por exemplo, desordens psicológicas entre outras, podendo ser de qualquer ordem (ex.: familiar, social, profissional e etc.), já que não há restrição no texto mencionado.

²⁰ MIRABETE, J.F. Manual de direito penal. 20ª edição. São Paulo: Editora Atlas; 2003. p. 192.

²¹ FERREIRA, A.B.H. Mini Aurélio séc. XXI - Minidicionário da Língua Portuguesa - 4ª Edição especial para o FNDE/PNLD-Editora Nova Fronteira-2002

²² NEVES, L.B. Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocados latinos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Edições Fase. 1988

O Código Civil em seu artigo 206, reza que prescreve “*em três anos: V - a pretensão de reparação civil*”, bem como corrobora tal responsabilidade no artigo 927, parágrafo único:

Art. 927. (...) Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Para que se compreenda a importância do consentimento informado na doutrina jurídica aplicável ao médico é mister que se entenda conceitualmente o dano. Definir-se-ia dano material como o que afeta fisicamente a pessoa, seus bens corpóreos, ou interesses econômicos (ex.: patrimônio), ao passo que dano moral atinge bem jurídico de ordem moral ou subjetiva, como a honra, a dignidade, a consideração social, de difícil estimativa pecuniária.

2.5 OS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DO CONSENTIMENTO.

O consentimento, para ser válido, deve revestir-se de características ou pressupostos que lhe assegurem tal validade. José Henrique Pierangelli, em específica obra sobre a matéria, informa serem estes elementos em número de oito, a saber: manifestação exterior, tácita ou expressa, suficiente para que o médico tome conhecimento de sua existência; a própria pessoa, tutelar do bem, é quem deve prestar o consentimento, quando apta a tanto. A anterioridade leva à possibilidade de desistência, se necessária; o consentimento deve ser livre, já que o vício, o dolo, a violência e o erro excluiriam sua validade; consentimento putativo, levando o médico ao erro, supondo ser válido aquele, constitui um erro de proibição direto.

Além disso, o consentimento dado não justifica equívoco por parte do médico na utilização do meio para chegar a determinado fim. O paciente, como regra geral, não dispõe de dados técnico-científicos para escolher entre este ou aquele tratamento, ou entre esta e aquela técnica cirúrgica. É evidente que a atuação médica consentida deve estar diretamente ligada à necessidade do paciente. O que equivale dizer que apenas a necessidade de salvar o paciente de um perigo de dano real ou iminente à sua pessoa é o que pode estabelecer a tênue zona limítrofe entre a licitude e ilicitude da atividade do médico que realiza uma intervenção cirúrgica sem o consentimento do paciente.

Por último, a falta do consentimento em condições normais (não se está a falar de situações anômalas ou emergenciais que constituem estado de necessidade) representa um delito contra a liberdade individual, podendo inserir-se em um caso de lesão corporal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se inferir no contexto atual a esterilização voluntária feminina é um direito constitucional brasileiro, o qual é regulamentado pela Lei 9263/96 conhecida por Lei do Planejamento Familiar. Na esfera internacional, é tido como um direito humano de todos os cidadãos que buscam seu planejamento familiar. Inserida no rol dos direitos reprodutivos, possui todas as garantias legais para uma efetiva escolha consciente, dentre os demais métodos contraceptivos. Nesta concepção, é de competência do Estado a promoção de meios que possibilitem o exercício do planejamento familiar. Para tanto foi criada a inovadora Lei do Planejamento Familiar que acompanhou todo o atual entendimento sobre direitos reprodutivos.

Infere-se que não se pode ter o planejamento familiar controlado. Cada um tem o dever e o direito de gerar outro ser. Em suma, se deseja não mais procriar, deve ser orientado e informado das consequências de seu ato. A laqueadura compulsória é uma hipótese rara na qual a mulher é compelida a passar por esse procedimento, que é claro e evidente que fere alguns princípios com a omissão de alguns procedimentos, os quais são assegurados a quaisquer que sejam todos os meios de defesa. Diante da incontestável realidade é preciso também reafirmar que o conceito de dignidade humana não admite regalias nem desigualdades, porque é um a priori a ética pertence a todos os seres humanos.

Logo, a dignidade da pessoa humana como categoria moral demonstra certa primazia por aqueles cuja dignidade humana foi/é maltratada ou diminuída. Desse modo, afirma-se que a sociedade só pode auto denominar-se plena, quando conseguir representar os anseios de todos os seus cidadãos, respeitando os direitos fundamentais completamente, dentre eles, o direito de se ter uma vida digna. A dignidade da pessoa não é somente o fundamento dos direitos humanos, mas é em si mesma o direito mais importante de todos. A bioética como ponderação recente, ainda tem muito a crescer e, conseqüentemente, o biodireito tem muito a lhe fornecer, abarcando suas ideias e construindo, através das leis, um caminho concreto e aplicável para a sociedade.

É inaceitável concordar com o triunfo da sociedade sobre o indivíduo. O ordenamento jurídico brasileiro veda o procedimento de laqueadura tubária sem o consentimento da pessoa. A lei está acima de qualquer arbítrio humano, mesmo que seja cometido pelo Estado, através do Juiz de Direito e pelo Ministério Público. Afinal, não se pode admitir que um Magistrado trate um indivíduo, no caso em análise, J.A.Q, como um ser não sujeito de direito. Janaína, uma mulher pobre, com vários filhos, dependente química e discriminada pelo

próprio Estado acaba perdendo seus direitos com a sentença do Juiz singular Djalma. Sendo que este tem o dever de protegê-la, no Estado Democrático de Direito.

Como resultados obtidos observou-se que a ação civil pública pleiteada pelo Ministério Público não comportava ao Poder Judiciário dar uma interpretação hermenêutica restritiva ou extensiva, vez que a legislação brasileira é clara, não cabendo uma discricionariedade no caso em tela. A decisão de primeiro grau, ao julgar procedente os pedidos do Ministério Público, para condenar o Município de Mococa a realizar a laqueadura tubária em Janaína assim que ocorresse o parto, ofendeu literalmente vários princípios, dentre eles os princípios da autonomia da vontade, da segurança jurídica e da dignidade humana.

Nesse contexto, a prefeitura municipal de Mococa agiu com acerto em apresentar recurso contra a decisão monocrática. Contudo, quando o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso, em votação unânime, para rejeitar os pedidos constantes na ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público, para a realização da cirurgia de laqueadura em J.A.Q, o procedimento da esterilização já havia se concretizado. É importante registrar que o livre exercício do planejamento familiar está inserto na legislação brasileira e em instrumentos internacionais. Sendo dever do Estado, no Estado Democrático, respeitar e garantir os direitos humanos e fundamentais dos indivíduos. Ao Poder Judiciário e ao órgão do Ministério Público não cabem restringir direitos e atingir a integridade física, psíquica e moral de uma mulher pobre, como é o caso de Janaína.

Além disso, observa-se que o princípio do consentimento informado faz-se presente também no novo Código Civil pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. A preocupação com o consentimento informado encontra-se, de igual maneira, no artigo 5º do Projeto da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, firmado pelo Comitê Internacional de Bioética da Unesco.

4. REFERÊNCIAS

ANIBAL, B. Direito penal: parte geral. 4a. edição. Rio de Janeiro: Forense; 1984.
Acesso em: 01 out. 2019.

BASTOS, C. F. Esterilização e planejamento familiar: uma análise à luz da disposição relativa sobre o corpo. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Faculdade Baiana de Direito. Acesso em: 01 out. 2019.

BOTTEGA, C. Liberdade de não procriar e esterilização humana. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, Cuiabá. v. 9. n. 2. p. 43/64. jul/dez. 2007. Disponível em:

<http://clarissabottega.com/Arquivos/Artigos/Revista_Jur_v_9_n_2_jul_dez_2007_p_43_64.pdf>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

CAVALLIERI, S. Programa de responsabilidade civil. 6a. edição. São Paulo: Malheiros; 2005. Acesso em: 15 jun. 2020.

COUTINHO, L. Código de ética médica comentado. 3a. edição. Florianópolis: Editora OAB/SC. 2003. Acesso em: 15 jun. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2019.

FERREIRA, A.B.H. Mini Aurélio séc. XXI - Minidicionário da Língua Portuguesa - 4ª Edição especial para o FNDE/PNLD-Editora Nova Fronteira-2002. Acesso em: 15 jun. 2020.

FONSECA SOBRINHO, D. Estado e população: uma história do planejamento familiar no Brasil. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 1993. Acesso em: 15 jun. 2020.

FOSTER, N. Erro médico. São Leopoldo: Editora Unisinos; 2002. Acesso em: 15 jun. 2020.

MIRABETE, J.F. Manual de direito penal. 20ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2003. Acesso em: 15 jun. 2020.

NEVES, L.B. Vocabulário prático de tecnologia jurídica e de brocados latinos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Edições Fase. 1988. Acesso em: 15 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres. Vigésima sessão, Recomendação geral nº 24: artigo 12.º (As mulheres e a saúde). 1999. Disponível em: <<http://unhrt.pdhj.tl/por/mulher-e-saude>>. Acesso em: 01 out. 2019.

TEIXEIRA, A. C. B. Saúde, corpo e autonomia privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Acesso em: 01 out. 2019.

TELES, M. A. A. O que são direitos humanos das mulheres. 1. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007. Acesso em: 01 out. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 8ª Câmara de Direito Público. Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360. Relator: Paulo Dimas Mascaretti. DJ: 25 mai. 2018. Tribunal de Justiça de São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-laqueadura-tj.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2019.

UDESMAAN, A. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. Rev Assoc Med Bras. 2002. Acesso em: 10 jun. 2020.

VIEIRA, E. M. A medicalização do corpo feminino. In: Giffin, Karen & Costa, Sarah Hawkes (orgs.). Questões da saúde reprodutiva. Rio de Janeiro: Fiocruz, p. 67- 78. 1999. Acesso em: 01 out. 2019.

VIEIRA, O. V. Justiça, ainda que tardia. F. de São Paulo, 09.jun.2018. Acesso em: 01 out. 2019.

Contatos: biancacandido62@gmail.com e erika.furlan@mackenzie.br