A ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA DE JANAÍNA APARECIDA QUIRINO E A OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A DISCRICIONARIEDADE CONDUZINDO O JUDICIÁRIO EM MEADOS DE 2018¹

THE COMPULSORY STERILIZATION OF JANAÍNA APARECIDA QUIRINO AND THE OFFENSE TO THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION: THE DISCRETION LEADING THE JUDICIARY IN MID-2018

LA ESTERILIZACIÓN OBLIGATORIA DE JANAINA APARECIDA QUIRINO Y LA OFENSA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988: DISCRECIÓN QUE LIDERÓ EL PODER JUDICIAL A MEDIADOS DE 2018

Janaína Soares Schorr²

ÁREA(S) DO DIREITO: Hermenêutica; Direito Constitucional; Direitos Humanos.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar a autorização para esterilização compulsória de Janaína Aparecida Quirino, ocorrida em fevereiro de 2018, e a ofensa que o ato causa aos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Para tanto, utilizou do método fenomenológico-hermenêutico, com amparo em pesquisa bibliográfica na legislação brasileira, doutrinas, artigos e publicações pertinentes ao tema. Está, assim, dividido em três partes, a saber: inicialmente, a análise do caso concreto, após o estudo dos direitos fundamentais previstos da Constituição Federal e a necessidade da sua proteção e concretização, e, ao final, o uso da discricionariedade judicial pelos tribunais vista sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito. A pesquisa concluiu que os juízes e tribunais brasileiros se utilizam da discricionariedade e da filosofia da consciência, ainda em 2018, para definir a vida do cidadão brasileiro, ainda que este decidir vá de encontro à resposta constitucionalmente adequada.

Palavras-chave: Crítica Hermenêutica do Direito. Discricionariedade. Esterilização compulsória.

Abstract

This article aims to analyze the authorization for compulsory sterilization of Janaína Aparecida Quirino, which took place in February 2018, and the offense that the act causes to the fundamental rights contained in the 1988 Federal Constitution, in the light of the Hermeneutic Critique of Law. To this end, it used the phenomenological-hermeneutic method, based on bibliographic research in Brazilian legislation, doctrines, articles and

¹ Recebido em 17/outubro/2019. Aceito para publicação em 11/novembro/2019.

² Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professora na Faculdade de Direito de Santa Maria – FADISMA. Advogada OAB/RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Comparado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. E-mail: janinhaschorr@gmail.com.

publications relevant to the theme. It is thus divided into three parts, namely: the analysis of the specific case, the study of the fundamental rights provided for in the Federal Constitution and the need for its protection and concretization, and, finally, the use of judicial discretion by the courts viewed from the perspective of the Hermeneutic Critique of Law. The research concluded that Brazilian judges and courts use discretion and the philosophy of conscience, still in 2018, to define the life of the Brazilian citizen, even if the ruling goes against the constitutionally appropriate answer.

Keywords: *Hermeneutic Critique of Law. Discretion. Compulsory sterilization.*

Resumen

Este artículo tiene como objetivo analizar la autorización para la esterilización obligatoria de Janaína Aparecida Quirino, que tuvo lugar en febrero de 2018, y el delito que el acto causa a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Federal de 1988, a la luz de la crítica hermenéutica de la ley. Para ello, utilizó el método fenomenológico-hermenéutico, basado en la investigación bibliográfica en la legislación brasileña, doctrinas, artículos y publicaciones relevantes para el tema. Por lo tanto, se divide en tres partes, a saber: el análisis del caso específico, después del estudio de los derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal y la necesidad de su protección y realización, y, finalmente, el uso de la discreción judicial por parte de los tribunales vistos desde la perspectiva de la crítica hermenéutica del derecho. La investigación concluyó que los jueces y tribunales brasileños usan la discreción y la filosofía de la conciencia, incluso en 2018, para definir la vida del ciudadano brasileño, incluso si decide cumplir con la respuesta constitucionalmente adecuada.

Palabras clave: *Crítica hermenéutica del derecho. Discreción. Esterilización obligatoria.*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A necessária(?) proteção da sociedade Janaina através da esterilização compulsória de Janaina. 3 A esterilização compulsória e a ofensa aos direitos fundamentais constitucionais. 4 A discricionariedade e a filosofia da consciência que ainda permeia o judiciário e afronta os direitos constitucionais. 5 Conclusão. 6 Referências.

SUMMARY: 1 Introduction. 2 The necessary(?) protection of Janaina society through Janaina's compulsory sterilization. 3 Compulsory sterilization and the offense to constitutional fundamental rights. 4 The discretion and philosophy of conscience that still permeates the judiciary and affronts constitutional rights. 5 Conclusion. 6 References.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 La necesaria (?) protección de la sociedad Janaina a través de la esterilización obligatoria de la Janaina. 3 La esterilización obligatoria y la violación de los derechos constitucionales fundamentales. 4 La discreción y la filosofía de la conciencia que todavía impregna el poder judicial y atenta contra los derechos constitucionales. 5 Conclusión. 6 Referencias.

1 INTRODUÇÃO

Comarca de Mococa, Estado de São Paulo, 27 de junho de 2017. O dia que transformaria a vida de Janaína Aparecida Quirino para sempre. Em decisão exarada pelo Exm^o. Sr. Dr. Djalma Moreira Gomes Júnior, foi autorizada, em

antecipação de tutela, a realização de cirurgia de esterilização compulsória da requerida, a partir de pedido do Ministério Público em ação proposta em 31 de maio do mesmo ano.

A intervenção cirúrgica, realizada antes do julgamento da apelação, retirou, sem consentimento, não só a possibilidade de Janaína gerar outros filhos, mas também de ter plena capacidade sobre sua vida, sua saúde e suas escolhas. Além disso, a mulher, que é pobre, moradora de rua, negra e dependente química, ao dar à luz ao seu oitavo filho, em 14 de fevereiro de 2018, sofreu esterilização compulsória por não ter, conforme a petição inicial, capacidade de discernimento para avaliar as consequências de uma gestação, aumentando sua prole de maneira irresponsável e indesejável.

O que já seria estarrecedor, causa maior espanto por não configurar uma ação isolada, e sim, apenas mais um caso da lavra do mesmo julgador e tendo por autor a mesma instituição, através do mesmo Promotor de Justiça, ou seja, um *modus operandi* daqueles que deveriam agir na busca da Justiça.

Tendo em vista esta discricionariedade que ainda pauta os atos dos magistrados em *terrae brasilis*, o presente estudo busca analisar em que medida a discricião judicial afronta os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, e que, por via reflexa, prejudica a vida de um sem-número de cidadãos brasileiros que buscam ou almejam um Poder Judiciário que os auxilie, mas que encontram, em contrapartida, um Poder que, ultrapassando sua função precípua, cria/retira seus direitos.

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 uso da discricionariedade pelos tribunais vista sob à ótica da Crítica Hermenêutica do Direito.

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 Janaína Aparecido Quirino, que será neste estudo apreciada.

2 A NECESSÁRIA(?) PROTEÇÃO DA SOCIEDADE JANAÍNA ATRAVÉS DA ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA DE JANAÍNA

Em 31 de maio de 2017, o Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com Ação Civil Pública – Ação de Obrigação de Fazer, com pedido de tutela de urgência³, contra Janaína Aparecida Quirino e o Município de Mococa, tendo por base o artigo 127 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que atribui à instituição a função de defender os direitos individuais indisponíveis, além do artigo 129, IX, que, de forma ampla, concede a possibilidade de exercer outras funções que sejam compatíveis com a sua finalidade. A justificativa, presente na exordial, foi a defesa dos direitos individuais da requerida, que, no pensar da Promotoria, estariam em risco.

³ Processo digital nº 1001521-57.2017.8.26.0360, da 2ª Vara da Comarca de Mococa-SP. Disponível seu inteiro teor, atualizado até 30 de maio de 2018, em: <<https://www.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2018/06/caso-janaina-laqueadura.compressed.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2019

Janaína, conforme a petição inicial, é dependente química, usuária contumaz de álcool e outras substâncias entorpecentes, mãe de cinco filhos⁴ – à época da interposição da ação – e não possui condições de prover as necessidades básicas dos filhos, colocando-os em perigo devido ao uso de substâncias lícitas e ilícitas. Além disso, é acompanhada pelo CAPS AD, órgão integrante da rede protetiva, razão pela qual já foi internada compulsoriamente diversas vezes para tratamento do vício, sem sucesso.

Refere o Ministério Público que

[...] foi recomendada pelos equipamentos de saúde e de assistência social deste Município a realização de laqueadura tubária da requerida JANAÍNA como método contraceptivo.

Não obstante, conforme já afirmado e de acordo com os ofícios cujas cópias instruem a presente, a requerida constantemente é encontrada perambulando pelas ruas da cidade com claros sinais de uso abusivo de álcool e drogas. JANAÍNA, em determinados momentos, manifesta vontade em realizar o procedimento de esterilização; noutros, demonstra desinteresse ao não aderir aos tratamentos e ao descumprir as mais simples orientações dos equipamentos da rede protetiva.

Diante de tal quadro fático, *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.* [grifo da autora]

Assim, conforme o documento inicial do processo, em razão de levar uma vida desregrada, não possuir nem mesmo residência fixa e apresentar um comportamento de risco, há maior possibilidade da mesma contrair um doença venérea ou ter uma nova gravidez indesejada, e, entendendo o órgão ministerial que a única medida possível era a da esterilização, requereu que fosse realizada de forma compulsória, por não possuir a requerida o discernimento para avaliar as consequências de seus atos e de uma nova gestação.

Quanto aos fundamentos jurídicos do pedido, foram elencados o direito à saúde – presente no artigo 196 da Constituição Federal, direito de todos e dever do Estado –, além da inviolabilidade do direito à vida, do que decorre o direito à saúde (o artigo 5º em seu *caput*), e a responsabilidade dos entes federativos, de forma solidária, de promover os serviços públicos de saúde, a partir da leitura combinada dos artigos 23, II e 198 da Carta Magna.

⁴ Em verdade ela sofreu a esterilização compulsória no momento do nascimento do seu oitavo filho, o que denota erro e desconhecimento dos fatos por parte do Ministério Público, em razão dos termos da petição inicial.

Além destes, especificamente, a Lei nº 9.263/96 (BRASIL, 1996), responsável pela regulamentação do parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que prevê, em seu artigo 1º, que o “planejamento familiar é direito do cidadão”, e possui, como mecanismos para a sua concretização, o procedimento de esterilização como método contraceptivo.

Assim, não resta alternativa ao Ministério Público senão o ajuizamento da presente ação para compelir o MUNICÍPIO DE MOCOCA a realizar a laqueadura tubária em JANAÍNA, bem como para submetê-la a tal procedimento mesmo contra a sua vontade, tudo em conformidade com o disposto na Lei nº 9.263/96 e preceitos constitucionais que consagram a saúde como dever do Estado e direito de todos.

A decisão que julgou o pedido de tutela de urgência, datada de 27 de junho de 2017, determinou que o Município de Mococa realizasse a cirurgia de laqueadura tubária, não havendo necessidade de cumprir os procedimentos preparatórios constantes da Lei nº 9.263/96 – mínimo de sessenta (60) dias entre a manifestação de vontade e a cirurgia, expressa manifestação de vontade após a informação sobre os riscos e efeitos colaterais, a vedação da realização da cirurgia durante o período de parto e o necessário consentimento de ambos os cônjuges se houver existência de sociedade conjugal – e devendo ser realizada no prazo máximo de trinta (30) dias. (BRASIL, 1996)

Contudo, tendo sido notificada da decisão e, posteriormente, agendada consulta ginecológica, Janaína não compareceu na data aprazada, razão pela qual o Ministério Público, manifestando-se nos autos em 08 de agosto de 2017, argumentou que

Ora, em se tratando de ação que visa à realização de cirurgia de esterilização compulsória, a resistência da requerida era esperada, motivo pelo qual foi pleiteado pelo Ministério Público e determinada liminarmente a realização de cirurgia de laqueadura, a qual deve ser feita mesmo contra a vontade da requerida. Caso contrário, nem seria necessário o ajuizamento de ação judicial.

Assim, considerando que o Município foi citado e intimado no dia 30/06/2017 para cumprimento da liminar (fls. 39/41), em 30 dias, e tal prazo já escoou, requer-se seja o Município intimado, para que, no prazo de 48 horas, justifique o não cumprimento da ordem judicial e, no mesmo prazo, informe as medidas concretamente adotadas com tal finalidade. [grifo da autora]

A petição juntada aos autos pelo órgão ministerial, autor da ação, deixa claro não a tentativa de auxiliar a requerida, nem mesmo a busca por uma melhor qualidade de vida ou de saúde – como alegado na petição inicial –, e sim de ver

alcançado o objetivo, qual seja, a cirurgia de esterilização, a qualquer custo e de forma compulsória, desconsiderando por completo se tratar de um ser humano em vulnerabilidade social e que poderia ter dúvidas em relação ao pedido presente na exordial.

Ademais, em razão das consequências de uma cirurgia deste porte, e dos efeitos colaterais dela advinda, a própria legislação ordinária estabelece que a intervenção não pode ser feita antes de sessenta (60) dias da manifestação de vontade, justamente porque, sendo ela quase irreversível, pode demandar posterior arrependimento ou mesmo o desinteresse pela sua realização.

A esterilização feminina, historicamente relacionada à luta das mulheres para diminuir a posição desvantajosa na família e no mercado de trabalho, a cultura patriarcal, a política de mercantilização da saúde e a política demográfica, aumentou extraordinariamente no Brasil nas últimas décadas, e, muitas vezes, é solicitada pela própria mulher, de forma voluntária. Entretanto, inúmeros são os casos em que ela é procedida de forma compulsória, sem a autorização daquela que seria a maior atingida e sem qualquer cuidado em relação às consequências que dela podem advir. (BARROSO, 1984)

A cirurgia, aliás, é incentivada como política de saúde, pois os “médicos e as instituições de planejamento familiar tendem a pressupor que as mulheres, e especialmente as pobres e de baixo nível de instrução são incapazes de usar métodos anticoncepcionais que requeiram a sua participação ativa”. (BARROSO, 1984, s.p.)

Neste sentido, em relatório preparado para o Fundo das Nações Unidas para a Infância (BARROSO et al, 1982, apud BARROSO, 1984, s.p.), uma série de recomendações, complementares e mutuamente dependentes, foram feitas focalizando a questão específica da mulher, do seu exercício de desejar ou não ter filhos e da liberdade de escolha de gerar ou não filhos:

Deve-se proporcionar às mulheres o acesso a meios anticoncepcionais seguros, com acompanhamento médico. Paralelamente, será necessário incentivar a participação masculina na responsabilidade pela concepção e pela anticoncepção, e coibir os abusos na esterilização praticada sem pleno consentimento e conhecimento da paciente, quanto à sua irreversibilidade. Deve-se a todo custo, evitar imposições no sentido de constranger a mulher a ter ou não ter filhos. Igualmente deve-se combater a idéia falaciosa de que a pobreza é causada pelo grande número de filhos. Propiciar às mulheres a informação e a oportunidade de debaterem livremente entre si os seus problemas será fundamental para que possam optar conscientemente e

usufruir do seu direito de dispor de seu próprio corpo, de sua sexualidade e de sua vida.

No caso de Janaína, contudo, nada foi proporcionado, nem a educação quanto a outros meios anticoncepcionais, nem a participação do seu companheiro na decisão da esterilização, nem a conscientização quanto a quase irreversibilidade da medida e os efeitos colaterais que poderiam decorrer da cirurgia.

Tudo isso porque, após a manifestação do Ministério Público, o Magistrado responsável pelo julgamento do processo, ordenou a intimação do Município de Mococa para que cumprisse a decisão de realizar a cirurgia, no prazo de quarenta e oito (48) horas, sob pena de pagamento de multa diária no montante de mil reais (R\$ 1.000,00). Mesmo o Município alegando que o prazo era impossível de ser cumprido através do Sistema Único de Saúde, o Magistrado indeferiu o pedido e ordenou o seu cumprimento.

Todavia, foi impossível, neste ínterim, cumprir a determinação judicial, em razão de que Janaína estava grávida e, portanto, não poderia ser realizada a cirurgia de esterilização – naquele momento. O órgão ministerial referiu, contudo, que “[...] inquestionavelmente, JANAÍNA APARECIDA QUIRINO necessita do tratamento ora solicitado e a ausência no seu fornecimento poderá acarretar sérios riscos à sua saúde”. Ainda, que “[...] a obrigação das pessoas políticas assegurarem a efetividade do direito à saúde do cidadão é inquestionável e encontra fundamento em diversos diplomas legais”.

É neste momento processual que o Município de Mococa, através de sua Assessoria Jurídica, tendo por base o relatório do Ministério Público que indica que Janaína não possui discernimento para decidir a respeito da sua vida, por ser incapaz, requer seja nomeado curador especial, consoante o disposto no artigo 72 do Código de Processo Civil, para que não haja ofensa à legalidade, ampla defesa e o contraditório – direitos constitucionais.

Tal pedido, contestado pelo Ministério Público por entender que já haviam avaliações suficientes juntadas aos autos, também não foi atendido pelo Juiz de Direito que, em sua sentença, prolatada em 05 de outubro de 2017, assim referiu:

O feito em questão comporta o julgamento antecipado, nos termos do art. 355, inciso I e II do CPC, sendo desnecessária a produção de outras provas.
[...]

E, desses documentos, inclusive, se denota que a requerida é pessoa capaz, muito embora não possua condições de fornecer os cuidados necessários à futura prole.

[...]

Com efeito, os documentos médicos carreados nos autos dão conta de que, inquestionavelmente, JANAÍNA APARECIDA QUIRINO necessita do tratamento ora solicitado e a ausência no seu fornecimento poderá acarretar sérios riscos à sua saúde.

Ademais, a obrigação das pessoas políticas assegurarem a efetividade do direito à saúde do cidadão é inquestionável e encontra fundamento em diversos diplomas legais.

[...]

Nesses termos é que acolho a pretensão autoral.

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação, extinguindo o feito com resolução do mérito e com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para condenar o Município a realizar a laqueadura, objeto dos autos, assim que ocorrer o parto da requerida Janaína, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1000,00 (mil reais), limitada ao valor total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

[...] [grifos da autora]

Na decisão judicial, com vários trechos compostos de cópias literais das manifestações do Ministério Público, se percebe claramente a discricionariedade do seu julgador, já que mesmo havendo sérias dúvidas atinentes à capacidade civil da requerida, julgou no sentido de lhe retirar a possibilidade de gerar filhos. Além disso, mesmo que alegado que Janaína já possuía sete filhos – e o oitavo estava nesta época em seu ventre – é sabido as inúmeras consequências psicológicas e físicas que podem advir de uma cirurgia dessa magnitude. Sem contar o fato de que a decisão, que afeta diretamente a mulher, foi tomada sem o seu consentimento.

A esterilização, conforme Aline Albuquerque (2013, p. 21), “[...] pode ser definida como uma intervenção médica que elimina a capacidade de reprodução ou como a ação de privar de forma permanente ou duradoura a capacidade de gerar uma pessoa”. Através dela se utilizará de “[...] procedimento não natural para sua consecução que impeça a união do espermatozoide com o óvulo”.

Ainda, 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 aborto, exceto em caso de necessidade comprovada. (BRASIL, 1996). Esta necessidade nunca foi efetivamente comprovada no caso concreto.

A cirurgia se caracteriza como um procedimento altamente complexo na

[...] medida em que assume peculiaridades por envolver maturidade no processo de decisão por se tratar de um método definitivo, ou de difícil reversão, porque pode trazer implicações para a vida do casal, presente ou futura, notadamente em caso de arrependimento. (YAMAMOTO, 2011, p. 176)

No caso de Janaína, todavia, mesmo não ocorrendo nenhum efetivo amparo, a decisão de procedência estava direcionando à realização da cirurgia de forma compulsória. Justamente por isso, o Município de Mococa, em data de 07 de novembro de 2017, interpôs recurso de apelação, alegando que a ação tinha finalidade de promover o controle demográfico – vedado pelo artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9263/96 –, e havia outra alternativa no caso concreto, qual seja, orientar a respeito de métodos contraceptivos (dentre eles a esterilização voluntária), além de que o pedido violava o direito de escolha da mulher e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Argumentou que “[...] a realização de esterilização tubária da mulher é medida excepcional, somente admissível quando esgotadas as demais vias de tratamento possíveis, dentre elas o tratamento ambulatorial, jamais se admitindo a esterilização involuntária”. E ainda que “*o argumento de que a representada não tem como cuidar da prole não pode servir como fundamento da esterilização involuntária, pois se assim o fosse estaríamos a admitir que a pobreza justificaria o controle demográfico, o que não é o caso*” [grifo da autora].

Contudo, antes do julgamento da apelação, Janaína, conforme Ofício da Penitenciária Feminina de Mogi Guaçu, foi submetida ao procedimento de laqueadura tubária, em 14 de fevereiro de 2018, logo após dar à luz ao seu oitavo filho.

O recurso apenas foi julgado, após vários adiamentos, em data de 23 de maio de 2018. Assim dispôs a ementa:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão do Ministério Público voltada a compelir o Município a realizar cirurgia de laqueadura em dependente química – Legitimidade ativa “ad causam” delineada na espécie – Incidência do disposto nos arts. 127, parte final, e 129 da CF – Acolhimento pronunciado em primeiro grau que, todavia, não pode subsistir – Inadmissibilidade, diante do ordenamento jurídico pátrio, da realização compulsória de tal procedimento – Pleno e autônomo consentimento não manifestado pela requerida aos órgãos da rede protetiva – Interdição judicial, outrossim, que

não foi decretada a qualquer tempo – Lei nº 9.263/96 que limita até mesmo a esterilização voluntária (v. art. 10) – Apelo da Municipalidade provido.

O Relator, Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, em seu voto, expressou que:

Como se vê, Janaína Aparecida Quirino não mostra pleno e autônomo consentimento quanto ao procedimento cirúrgico aventado pelo Ministério Público.

Ora, a esterilização compulsória não se revela medida lícita sob o ponto de vista do ordenamento jurídico pátrio, devendo ser assegurado o livre exercício do planejamento familiar.

[...]

Logo, no nosso ordenamento jurídico não se pode admitir a chamada esterilização compulsória, ou seja, nenhuma pessoa poderá ser obrigada a se submeter a esterilização, uma vez que se trata de procedimento médico invasivo, que lesa a integridade física de forma irreversível.

Aliás, como se extrai do texto legal, ainda que houvesse manifestação de vontade nos autos da requerida, 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.

E caso se considere Janaina Aparecida Quirino absolutamente incapaz de reger seus atos, não se poderia impor no presente feito a realização do procedimento, pois inexistente notícia de interdição judicial, com submissão à curatela legal, tudo a indicar que a compulsoriedade da laqueadura representaria, aqui, grave afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O segundo Desembargador a exarar seu voto, Leonel Costa, manifestou no sentido de não haver legitimidade ativa e interesse processual para que o Ministério Público ingressasse com a ação, pois a ação foi interposta contra os interesses de Janaína e sem qualquer interesse jurídico do autor para requerer a realização do procedimento cirúrgico em caráter compulsório; o pedido era ilícito e vedado pela ordem jurídica brasileira e a petição inicial deveria ter sido indeferida por não ter condescendência constitucional, ferir a dignidade humana e o respeito à liberdade pessoal; ter ocorrido cerceamento da defesa; ser vedado o procedimento de esterilização para fins de controle demográfico e os critérios da lei ordinária não terem sido atendidos. Ao final, votou pelo encaminhamento de cópias dos autos à Corregedoria do Ministério Público e à Corregedoria Geral da Justiça para as providências que estas entendessem cabíveis⁵.

⁵ O Promotor que ajuizou a ação foi punido pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça do MP-SP, com uma pena que consiste na suspensão de quinze (15) dias, sem remuneração. O entendimento do colegiado foi o de que ele infringiu a Lei Orgânica do MP por não desempenhar com zelo e presteza suas atribuições.

O terceiro julgador, Desembargador Bandeira Lins, convergindo no sentido dos votos anteriormente proferidos, referiu que:

O pedido de que o Município fosse compelido a esterilizar pessoa “**mesmo contra a sua vontade**” (fls. 06) havia, a rigor, de ser indeferido de imediato; no entanto, havendo o feito atingido a fase em que se encontra, o desate de improcedência, preconizado pelo Eminent Relator em brilhante voto, efetivamente se impõe.

O que se pedia não era a recuperação da saúde de alguém; mas sim a imposição a terceiro da mutilação de uma capacidade corporal sua, e, subsidiariamente, a condenação de ente estatal resistente ao pleito a pagar multa caso não se desincumbisse de encontrar a *paciente* e coagi-la à cirurgia. [grifo no original]

A decisão de Segundo Grau veio quando já a esterilização compulsória tinha sido procedida e a discricionariedade do Juiz de Primeiro Grau já havia violado todos os direitos fundamentais da requerida, em clara afronta à Constituição Federal de 1988, e uso notório de uma ação civil pública para retirar direitos e não os preservar⁶.

Além disso, cumpre esclarecer que este não é o único caso em que se requer uma esterilização compulsória de mulher em vulnerabilidade social. O Processo Digital nº 1000495-24.2017.8.26.0360⁷, que tramitou na 2ª Vara do Foro de Mococa, julgou procedente o pedido de laqueadura tubária de Tatiane Monique Dias. Ele teve como autor o Ministério Público de São Paulo (e o Promotor Frederico Barruffini) e foi ajuizado diante da Comarca de Mococa (tendo como Juiz do caso Djalma Moreira Gomes Junior).

Assim, o caso concreto ora em comento traz consigo uma decisão pautada pela discricionariedade de seu julgador, pelo extrapolar de suas funções do seu autor – o Ministério Público – e a transformação da vida de um indivíduo que, além de já se encontrar exposta à vulnerabilidade social, viu seu corpo ser agredido sem possibilidade de defesa.

⁶ Quanto ao tema, o Professor Lenio Luiz Streck se manifestou em sua coluna *Senso Incomum*, “A laqueadura de Mococa e os filhos de chocadeira! Nada é por acaso!”, datada de 14 de junho de 2019, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/senso-incomum-laqueadura-mococa-filhos-chocadeira-nada-acaso>> Acesso em: 10 jul. 2018. Ainda, o caso foi objeto de várias manifestações e reportagens, como pode ser visto em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/06/12/a-dor-da-gente-nao-sai-no-jornal-o-caso-de-janaina/>> Acesso em: 10 jul. 2019, <https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/11/janaina-a-mulher-que-foi-submetida-a-uma-laqueadura-sem-consentimento_a_23456403/> Acesso em 10 jul. 2019.

⁷ O processo pode ser consultado em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=A00000O410000&processo.foro=360&uuiidCaptcha=sajcaptcha_0ed960d220d5458da1a150070eb87de6> Acesso em 20 jul. 2019.

3 A ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA E A OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

A esterilização eugênica realizada em Janaína, de forma compulsória, é vedada pela Constituição Federal, e pelas Convenções Internacionais aderidas pelo Brasil. Através dela, numa busca pela melhoria da raça humana, se visa impedir a transmissão de doenças hereditárias, tendo por finalidade evitar uma prole inválida ou inútil, já que, conforme os pressupostos eugênicos, a hereditariedade é que definiria o destino do indivíduo (MACIEL, 1999).

A Constituição Federal, ao dispor, em seu primeiro artigo, que um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana, traz consigo a proteção e necessidade de proteção efetiva dessa dignidade, a ser alcançada pelo Estado e não por ele suprimida, como no caso em análise. Além disso, dentre os direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Carta Magna, está a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, ambos feridos quando da decisão judicial de esterilização contra a vontade da paciente.

Entretanto, as ofensas proferidas não terminam aí. Ainda, a sua intimidade foi violada, uma tortura foi realizada e não houve qualquer tipo de possibilidade de defesa da mesma, violando as garantias constitucionais do devido processo legal, do direito à ampla defesa e o contraditório⁸. Ou seja, como bem abordado pelo Desembargador Leonel Costa, em seu voto, deveria ter ocorrido nulidade do procedimento, em razão da ausência de defesa efetiva por parte da ré Janaína. E, se esta ampla defesa tivesse ocorrido, em primeiro grau, Janaína não teria sido submetida a procedimento cirúrgico que não era necessário para a garantia da sua saúde.

A noção de dignidade (*dignitas*) da pessoa humana, na tradição filosófica e política do período clássico, era vinculada ao status e posição social do indivíduo e o reconhecimento em relação aos demais membros da comunidade. Gradativamente, contudo, ela passou a ser reconhecida e tutelada pelo direito positivo, sendo considerada condição de legitimidade do Estado Constitucional (SARLET, 2013)

⁸ A Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com ação de indenização, neste ano, em prol de Janaína, em razão de ter sido submetida a laqueadura por determinação judicial. (ASSUNÇÃO, 2019)

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa. (SARLET, 2013, p. 124)

A dignidade é, neste sentido, o valor que orienta e guia não apenas os direitos fundamentais, mas toda a ordem jurídica, constitucional ou infraconstitucional. Conforme Ingo Wolfrang Sarlet, ela “[...] atua como uma espécie de mandado de otimização, ordenando a proteção e promoção da dignidade da pessoa, a ser realizada na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (2013, p. 126).⁹

É através dela que se impõe ou veda determinados comportamentos, dentre eles, a vedação da tortura ou de qualquer tratamento desumano ou degradante, consoante disposição expressa do artigo 5º, III da Constituição Federal. Outrossim, mesmo que não houvesse regra expressa, a grande maioria dos doutrinadores¹⁰ defende que a vedação ainda sim existiria, justamente como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Se a autonomia da pessoa, por qualquer motivo, está reduzida – o que, quanto a Janaína, poderia ser dito se ela fosse declarada incapaz –, deve a ela ser alcançado um responsável, cumprindo, inclusive, a legislação ordinária brasileira, que impõe a presença de um curador na vida do indivíduo que não possua pleno discernimento ou um tutor, quando ainda não tiver, pela idade, plena capacidade. Tudo isso, justamente, para proteger e fazer alcançar a este indivíduo todos os direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

⁹ O Professor Lenio Streck, a respeito dos princípios como mandados de otimização, assim refere: “Nesse sentido – e aqui me permito insistir –, confunde-se a “era dos princípios” com a “abertura hermenêutica” e a conseqüente necessidade da construção de racionalidades de cariz epistemometodológicas. A todo tempo é necessário referir: regras não estão ligadas/limitadas à subsunção; princípios não são ínsitos às teorias argumentativas. Em outras palavras, princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da “insuficiência” das regras. Não são, pois, “mandados de otimização” ou postulados interpretativos. Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a era pós-positivista ou não positivista?)” (2017b, p. 330)

¹⁰ Dentre eles o próprio Professor Ingo Wolfrang Sarlet, na obra mencionada.

Em suma, mesmo em situações nas quais as pessoas não são capazes de exercer sua autonomia parcial ou plenamente, devem-se aplicar modelos como meio de respeitá-la, afastando-se inexoravelmente qualquer forma de decisão substituta que não considere o nível de capacidade e as decisões previamente tomadas pela pessoa anteriormente capaz (ALBUQUERQUE, 2013, p. 20).

Quanto a vedação à tortura¹¹ e qualquer tratamento desumano ou degradante, inclusive, o Brasil tem, desde 1988, se tornado signatário de vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos que visam reduzir e erradicar toda e qualquer tortura ou tratamento degradante que possa ocorrer. Isto tudo como decorrência do processo de democratização do país e do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Ademais, mesmo que a proteção relativa à proibição de tortura já pudesse estar contida dentro da proteção decorrente do direito à vida, a presença do inciso III no artigo 5º da Constituição auxilia especialmente na criminalização do comportamento, presente no inciso XLIII, que o prevê como crime inafiançável. (ARAUJO, 2013) No caso de Janaína, ao submeter a mesma a um procedimento cirúrgico, não requerido, contra a sua vontade, e que tantas consequências físicas e psicológicas traz consigo, praticaram os agentes uma tortura contra o ser humano, desnecessária e cruel.

O direito à intimidade, ou a proteção quanto à sua inviolabilidade, está previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal, e se “[...] apresenta como direito à liberdade, marcado por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugado a um complexo de princípios constitucionais, que nada mais são do que suas manifestações concretas”. (SAMPAIO, 2013, p. 281)

A proteção do direito à intimidade está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana e o direito à vida privada, além do que, ao defender-se que o indivíduo é livre, se quer dizer que ele possui discernimento para decidir sobre sua vida e suas escolhas, não podendo, o Estado, neste caso, realizar a sua defesa, em razão do seu pleno discernimento.

Alude Sampaio (2013, p. 282):

¹¹ Escrevendo a respeito da tortura e das garantias processuais presentes no Estado de Direito, o professor espanhol Enrique Cesar Pérez-Luño Robledo (2015, p. 224), assim refere: “Es necesaria una toma de consciencia de la cultura jurídica de nuestro tiempo que someta a un tajante juicio crítico a las prácticas y a las doctrinas que pretenden legitimar la tortura. Es necesario también que exista un compromiso jurídico y político activo con los esfuerzos por erradicar definitivamente cualquier modalidad de violencia física o psíquica en el sistema probatorio de los Estados de Derecho.”

A vontade é definidora daquilo que deve ser considerado como pessoal e, conseqüentemente, excluído do conhecimento alheio, desde, evidentemente, que conte com o apoio de um consenso social sobre o que é reservado à esfera de cada um. Embora aparentemente difícil identificar os conteúdos desse consenso, na rotina da vida, as manifestações da esfera íntima acabam sendo reconhecidas por todos.

Ainda, sobre o direito à saúde, defendido pelo Ministério Público na petição inicial, é necessário apontar que a Constituição Federal, ao elenca-lo, o faz em razão da construção democrática percorrida pela Carta Magna, vez que viver e morrer de forma digna – e, consoante a Organização Mundial de Saúde, a saúde é o estado de mais completo bem-estar, em questões físicas, mentais e sociais – são direitos de todo o cidadão, mas “[...] não basta apenas medicamentos ou hospitais bem equipados, é preciso uma prevenção adequada, reabilitação, segurança alimentar, tutela do ambiente, água e ar limpos, entre outros” (VIAL, 2010, p. 190)

Trata-se, fundamentalmente, de entender que a Constituição é norma. E que vincula. Mais do que sustentáculo do Estado Democrático, a preservação do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito é a sua própria condição de possibilidade e por isso é erigido, aqui, à condição de princípio basilar, unindo, conteudisticamente, a visão interna e a visão externa do direito trata-se, também, de uma “garantia contra o poder contra-majoritário”, abarcando a garantia da legalidade na jurisdição (STRECK, 2011, p. 175).

As garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, previstas no artigo 5º, V, da Carta Magna, foram igualmente violadas neste processo judicial, uma vez que em momento algum foi permitido que Janaína se manifestasse no processo, pois, ainda que devidamente citada, presente a situação de extrema vulnerabilidade social, deveria a Defensoria Pública ser chamada para ampará-la, como prevê o ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, nada disso foi feito no caso concreto¹² e Janaína permaneceu à mercê do Judiciário e da discricionariedade do seu julgador.

Não mais se admite, assim, em um Estado que se diz e que quer ser Democrático de Direito, que a subjetividade do juiz – e a sua discricionariedade – prepondere em relação ao texto da Constituição Federal. Não fosse assim, todas as lutas pela implantação desse modelo de Estado perderiam o seu sentido.

¹² Sobre o tema, ver: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-09/diario-classe-contraditorio-formei-convencimento-mesmo>> Acesso em: 25 jul. 2019.

4 A DISCRICIONARIEDADE E A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA QUE AINDA PERMEIA O JUDICIÁRIO E AFRONTA OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

O Professor Lenio Luiz Streck esboça, com clareza, a diferença que existe entre decisão e escolha:

[...] existe uma diferença entre Decisão e Escolha. Quero dizer que a decisão – no caso, a decisão jurídica – não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais adequada. Com efeito, decidir não é sinônimo de escolher. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante destes dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância.

Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. [...]

Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito). (STRECK, 2013, p. 107-108)

Há, assim, uma diferença, que nem sempre se revela claramente, entre discricionariedade e arbitrariedade. Ou seja, em ambas há um descolamento entre lei e realidade, e um agir conforme a consciência do seu julgador, que, ao acreditar-se portador da possibilidade de decidir, escolhe qual a que parece mais adequada, parecendo olvidar que existem respostas constitucionalmente adequadas a serem aplicadas ao caso concreto.

A discricionariedade judicial pode ser conceituada “[...] como sendo o poder arbitrário “delegado” em favor do juiz para “preencher” os espaços da “zona de penumbra” do modelo de regras” (STRECK, 2017c, p. 70-71). Contudo, a vontade ou o conhecimento que ele possua nunca poderá servir para que arbitrariamente atribua o sentido que quiser ao texto, cabendo ao julgador não “decidir” os casos postos de acordo com a sua consciência.

Nas palavras de Lenio Streck,

[...] *é preciso superar a filosofia da consciência e aquele que é sua criação: o sujeito solipsista (Selbstsüchtiger)*. O conhecimento, mais do que uma relação que se dá entre um sujeito e um objeto, é um encontro. Um encontro que acontece a partir de um entorno, de uma história, enfim, de uma tradição. É da explicitação desse encontro que resultará a efetiva superação do artificialismo epistemológico da filosofia da consciência, que sempre leva a soluções despistadoras, que, por sua vez, conduzem à persistência do núcleo do problema [...] (STRECK, 2011, p. 171). [grifo no original]

A discricionariade¹³ está diretamente vinculada ao paradigma da subjetividade, ou seja, ao esquema sujeito-objeto. Neste paradigma, ao sujeito cabe assujeitar o objeto, sendo o senhor dos sentidos¹⁴, caracterizando-se, dessa maneira, o solipsismo. Além disso, ele veio a substituir as correntes objetivistas, no sentido de que não há mais que se falar no sujeito assujeitado à lei, já que foi substituído, teoricamente, pela virada hermenêutica, mais especificamente pelo círculo hermenêutico (STRECK, 2013).

Streck explica que a utilização da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica “[...] dá-se na exata medida da ruptura paradigmática introduzida principalmente por Heidegger (e também por Wittgenstein) nos anos 20-30 do século XX, a partir da introdução do mundo prático na filosofia” (2017c, p. 500)

E, aponta algo extremamente importante:

Essa alteração radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas metafísicos clássico e moderno”. Demarcando as alterações nas configurações de método e racionalidade no campo da filosofia, ele também assevera: “o método não é, nem de longe, o fator determinante para a preparação e formação de conhecimento válido. Há estruturas que se situam antes de qualquer aporte metodológico que já constituem conhecimento (STRECK, 2017c, p. 500-501)

Para tanto, ele se alia à ideia de Dworkin que propõe uma interpretação construtiva, no sentido de que a justificação tem por função atender aos princípios

¹³ “A discricionariade tem relação direta com a ‘morte do método’. Isto é: o fato de não existir um método que possa dar garantia à ‘correção’ do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen, não naquilo que ele entende como ato de vontade que o juiz pratica quando decide. A ‘vontade’ o ‘conhecimento’ do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária, que é consequência inexorável da discricionariade” (STRECK, 2017a, p. 54).

¹⁴ O Professor Lenio Streck escreve sobre o tema na Coluna Senso Incomum, E o professor me disse: “Isso é assim mesmo!”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/senso-incomum-professor-me-disse-isso-assim-mesmo>> Acesso em: 11 jul. 2019.

da moralidade política, o que proíbe, por si só, que os juízes incorram em decisionismo. Diz ele:

O direito é um conceito interpretativo. Juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente com os outros (DWORKIN, 2010, p. 488-489).

Dworkin apresenta, nesse íterim, a teoria em que o direito é entendido como uma prática social, interpretativa, que é voltada para a solução de casos concretos. Esta teoria, o direito como integridade, defende que “[...] os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo [...]” e que, ao aplicar o direito, cada pessoa seja julgada de forma justa e equitativa, valendo as mesmas normas para todos¹⁵. (DWORKIN, 2010, p. 291).

Assim, a Crítica Hermenêutica do Direito, é apresentada pelo seu fundador, o Prof. Lenio Streck, desde a terceira edição da obra ‘Verdade e Consenso’, “[...] como uma Teoria da Decisão, construída a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin”. A proposta inclui-se no contexto do constitucionalismo contemporâneo que reconstruiu todo o fenômeno jurídico e redefiniu o Direito Público, a partir do Direito Constitucional. Desta forma, a busca é por estabelecer o horizonte teórico adequado, a fim de propiciar decisões judiciais que tragam em si mesmas respostas constitucionalmente adequadas, direito fundamental do cidadão, uma vez que a própria Constituição, traz expressamente em artigo 93, IX, o dever de fundamentação. (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 322)

Ela se caracteriza “[...] pela exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerne do fenômeno jurídico colocando enfoque, como objeto privilegiado de análise, nos problemas relativos à decisão jurídica” (STRECK, 2017c, p. 33). E combate, fortemente, a discricionariedade judicial ainda presente no Judiciário Brasileiro, e que muito se aproxima da arbitrariedade, num chamado pós-

¹⁵ “[...] para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual a todos os membros da comunidade jurídica. [...] A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é tarefa da aplicação, lócus onde se manifestam os sentidos jurídicos. O intérprete não constrói o texto a coisa; mas também não será um mero reproduzidor. A *applicatio* é esse espaço que o intérprete terá para atribuir o sentido. É o espaço de manifestação do sentido” (STRECK, 2017a, p. 22).

positivismo à brasileira. Streck explica a relação existente entre discricionariedade e arbitrariedade dizendo que:

Ora, toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes. Tem sido muito comum aproximar – embora de forma equivocada – aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de ato administrativo discricionário. Nota-se, de plano, que há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo “discricionariedade” refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por esse motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se estiver de acordo com a estrutura de legalidade vigente (aliás, o contexto atual do Direito administrativo aponta para uma circunstância em que o próprio conceito de ato discricionário vem perdendo terreno, mormente em países que possuem, em sua estrutura judicial, um tribunal especificamente administrativo). (2017c, p. 71)

E faz um alerta:

[...] possuímos uma Constituição compromissória que também impõe obrigações ao administrador. Se no ato administrativo discricionário é certo que o administrador está livre de uma aderência absoluta à lei, nem por isso seu poder de escolha pode desconsiderar o conteúdo principiológico da Constituição. Portanto, o ato administrativo escapa de um controle de legalidade, porém permanece indispensável que ele seja controlado em sua constitucionalidade. De qualquer forma, no poder discricionário da administração sempre está em jogo uma deferência do legislador em favor do administrador. Vale dizer, o ato discricionário é autorizado legislativamente. (STRECK, 2017c, p. 73)

Em *terrae brasilis*, infelizmente, a discricionariedade ultrapassa aquela permitida por Hart¹⁶ ou criticada por Dworkin. O jurista, ao se utilizar das vagezas, ambiguidades ou mesmo das cláusulas abertas, deixa criar asas à imaginação e cria direitos não previstos no ordenamento jurídico ou retira direitos a partir de supostas autorizações legislativas, gerando um claro protagonismo judicial que mais prejudica do que auxilia porque extrapola todo o possível.

¹⁶ “Hart vai dizer que o poder discricionário é o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentações desses litígios (casos difíceis), por exemplo, o reenvio ao legislativo. Embora as correntes positivistas possam não concordar com a afirmação, Hart representa, na verdade, uma espécie de pensamento médio. Aliás, há uma coisa em comum entre o positivismo e as diversas teorias da argumentação: a distinção/divisão ‘casos simples - casos complexos’ (fáceis e difíceis), o que demonstra a presença (e permanência) do paradigma representacional, emergente do dualismo metafísico e do esquema sujeito-objeto” (STRECK, s.d, p. 16)

Quando ocorre um julgamento como o que foi proferido no caso Janaína, há uma aproximação clara da filosofia da consciência¹⁷⁻¹⁸, que já deveria estar superada, já que, extrapola-se inclusive a discricionariedade para apresentar na decisão judicial toda a arbitrariedade de que o Magistrado se utiliza para embasar o seu pensar e não proferir o que seria a resposta constitucionalmente adequada. Neste sentido, explica Streck:

Hoje, se se fala em “filosofia da consciência”, não se faz porque esta seria um “fantasma do passado”, mas porque ela está constantemente as nossas voltas. Nesse sentido, Eduardo Luft é contundente para denunciar as aporias de uma pretensa facilidade de se transpor da filosofia da consciência para a intersubjetividade, como se pudesse conciliar “o melhor dos dois mundos”. E isso se vê claramente naquilo que na doutrina jurídica se chama “livre convencimento motivado”: uma postura que no seu discurso quer ser intersubjetiva, mas, na prática, apenas apresenta um adorno para tentar camuflar a arbitrariedade anterior que verdadeiramente decidiu o caso. Ou então aceitar a subjetividade dos conteúdos e apostar numa objetividade das formas, como pretendem as teorias do discurso, que, por isso, não conseguem romper (totalmente) com o positivismo. (2017c, p. 60-61)

É neste momento que surge a importância da hermenêutica, uma vez que ela não impede ou proíbe que se aja a partir de um modo lógico ou argumentativo, entretanto, ela sabe que “[...] há uma dimensão interpretativa ou existencial (se quisermos chamar assim) que antecede e que é condição de possibilidade de qualquer discurso” (STRECK, 2017b, p. 26).

Como afirma Streck, em seu Dicionário de Hermenêutica, quando da explicação a respeito da resposta adequada à constituição, a resposta adequada deverá sempre ser confirmada na própria Carta Magna, não podendo ela depender da consciência do juiz, do seu livre convencimento ou da busca da verdade real, num combate pleno à discricionariedade, o ativismo e o positivismo fático. Ou seja,

¹⁷ Streck aborda o tema em duas colunas do *Senso Incomum* que merecem destaque: “O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém?”, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>> Acesso em: 25 jul. 2019; e em “Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal?”, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/senso-incomum-tal-exigir-evidencias-cientificas-decisoes-tribunal>> Acesso em: 25 jul. 2019.

¹⁸ “Ora, dizer que o juiz decide conforme sua consciência retira o caráter institucional e político que reveste as decisões do Poder Judiciário. Desse modo, o atrelamento da concepção de Direito (ainda dominante na dogmática jurídica) à vulgata da filosofia da consciência acaba por permitir que, por exemplo, juízes ainda acreditem na possibilidade de tomarem para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir da sua consciência. Portanto, no Direito, quando alguém diz que o juiz decide por livre convencimento ou coisas do gênero, é possível afirmar que ali ainda está presente o sujeito autoritário da modernidade” (STRECK, 2017a, p. 75-76).

ela é um compromisso com a Constituição e com a legislação que foi democraticamente construída (STRECK, 2017a)

Tudo isto porque, ao se buscar uma resposta correta, constitucionalmente adequada, e não uma resposta discricionária e arbitrária, se terá uma criteriologia, já que esta – a resposta constitucionalmente adequada – é, por assim dizer, um direito fundamental, a partir da necessidade constitucional de fundamentação e de cumprimento e busca dos fins propostos pela Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

O caso de Janaína Aparecido Quirino, e a violação aos seus direitos enquanto indivíduo, parecem, a um primeiro olhar, ter ocorrido séculos atrás. Porém, quando se analisa o processo judicial contra ela interposto, verifica-se que a inicial foi protocolada no mês de maio de 2017 e o processo, de forma célere – uma característica estranha ao Judiciário brasileiro –, foi julgado cinco meses após o seu protocolo, confirmando a liminar anteriormente concedida.

Além disso, no momento em que confirmada a decisão liminar anterior, foi retirado de Janaína, não apenas a plena capacidade sobre seu corpo e sua intimidade, mas igualmente sua liberdade e sua vida. Igualmente, feriu-se a sua dignidade e contra ela foram praticados atos que equivalem aos de tortura.

Ainda, olvidou-se que Janaína possui um companheiro, com quem já possui uma família constituída há vários anos. Não a família de comercial de margarina, mas aquela que caracteriza hoje uma parcela considerável de núcleos familiares que, por inúmeros motivos e circunstâncias, têm problemas de relacionamento, vícios e dificuldades financeiras.

Contudo, nenhum desses fatores é suficiente para tamanha agressão imposta contra ela! A esterilização eugênica, realizada de forma compulsória, que, muitas vezes, no decorrer da história, foi feita para suposto melhoramento da raça humana, neste caso, foi devidamente autorizada por um juiz brasileiro, após iniciativa processual de uma das instituições que tem como finalidade precípua proteger os interesses da sociedade.

Quando o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, numa decisão que, aí sim, respeitou os ditames da Constituição Federal, trazendo ao caso concreto uma

resposta constitucionalmente adequada, e proibiu a realização do procedimento cirúrgico, Janaína já havia sido esterilizada, contra a sua vontade.

Como defende o Prof. Lenio Streck, no Livro-Carta n. 1, “juiz não gosta ou desgosta da lei”, juiz deve aplicar a lei, independentemente da sua concordância ou não com aquele ordenamento, independentemente dos seus “achismos” ou da sua opinião pessoal. A filosofia da consciência e a discricionariedade, e, com elas, a arbitrariedade, não podem estar presentes nas decisões dos tribunais, onde, cada vez mais, acontecem juízos de valor e ponderações à brasileira.

O fato de o jurista entender que há necessidade de controle demográfico não lhe autoriza, jamais, a prolatar uma decisão ou fazer um pedido no sentido de afrontar a dignidade desta pessoa. Além do que, a tão sonhada e almejada segurança jurídica, nunca será alcançada enquanto se perpetuarem decisões com vinculações morais ou opiniões pessoais.

Ainda, ao se decidir da forma como no caso concreto analisado, de maneira discricionária, foram deixados de lado todos os critérios jurídicos, para se aplicar elementos morais e econômicos. Isto pode ser percebido na justificativa do juiz ao sentenciar, pois, conforme ele, a requerida, mesmo capaz – em sua opinião pessoal – não era capaz de fornecer cuidados necessários à futura prole. Neste ponto, questiona-se: como ele poderia supor que existiriam mais filhos? Ou, como ele pode negar a alguém gerar mais filhos?

Ademais, alegou que os documentos denotavam que Janaína precisava do tratamento solicitado – a esterilização – e que a sua ausência acarretaria sérios riscos à saúde. Novamente, questiona-se: quais os riscos à sua saúde que necessitavam de uma esterilização realizada de forma compulsória? Uma vez que o procedimento não foi solicitado para, por exemplo, preservar a sua vida, e sim para evitar que ela gerasse novos filhos.

Assim, percebe-se claramente a presença, ainda nos dias atuais, de juízes que, decidindo conforme a sua consciência, afastam-se dos critérios jurídicos e da legislação constitucional e ordinária, para retirar direitos do cidadão que deveria ser pelo Poder Judiciário protegido.

REFERÊNCIAS

- 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. In: **Revista Bioethikos** - Centro Universitário São Camilo - 2013;7(1):18-26. Disponível em: <<http://www.saocamilosp.br/pdf/bioethikos/99/a2.pdf>> Acesso em 20 jul. 2019.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. Comentário ao art. 5º, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 249-251. [Minha Biblioteca]
- ASSUNÇÃO, Clara. Defensoria pede indenização por laqueadura sem consentimento. 'Ressarcir minimamente a Janaína'. In: **Rede Brasil Atual**, 06 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2019/08/defensoria-indenizacao-laqueadura-forcada/>> Acesso em: 15 ago. 2019.
- BARROSO, Carmen. Esterilização feminina: liberdade e opressão. In: **Rev. Saúde Pública** [online]. 1984, vol.18, n.2, pp.170-180. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101984000200009>> Acesso em: 02 jul. 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 jul. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 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/l8069.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- MACIEL, Maria Eunice de S. A eugenia no Brasil. In: **Anos 90**, Porto Alegre, nº 11, julho de 1999. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/31532/000297021.pdf?sequence=1>> Acesso em: 25 jul. 2019.
- MARTINELLI, Andréa; ANTUNES, Leda. Janaína, a mulher que foi submetida a uma laqueadura sem consentimento. In: **Huffpost Brasil**, 11 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/06/11/janaina-a-mulher-que-foi-submetida-a-uma-laqueadura-sem-consentimento_a_23456403/> Acesso em 10 jul. 2019.
- MOREIRA, Rômulo. A dor da gente não sai no jornal... – o caso de Janaína. In: **Justificando**, 12 de junho de 2018. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2018/06/12/a-dor-da-gente-nao-sai-no-jornal-o-caso-de-janaina/>> Acesso em: 10 jul. 2019.
- ROBLEDO, Enrique Cesar Pérez-Luño Robledo. Garantías procesales del estado de derecho: la abolición de la tortura. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, setembro-dezembro 2015, Unisinos. p. 217-225. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.73.01/5019>> Acesso em 25 jul. 2019.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao art. 5º, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 276-285. [Minha Biblioteca]

SÃO PAULO. **Processo digital nº 1001521-57.2017.8.26.0360**, da 2ª Vara da Comarca de Mococa-SP. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2018/06/caso-janaina-laqueadura.compressed.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2019.

SÃO PAULO. **Processo digital nº 1000495-24.2017.8.26.0360**, da 2ª Vara da Comarca de Mococa-SP. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=A00000O410000&processo.foro=360&uuidCaptcha=sajcaptcha_0ed960d220d5458da1a150070eb87de6> Acesso em 15 jul. 2019.

SARLET, Ingo W. Comentário ao art. 3º, III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 121-128. [Minha Biblioteca]

STRECK, Lenio Luiz. A laqueadura de Mococa e os filhos de chocadeira! Nada é por acaso! In: **Consultor Jurídico**, 14 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/senso-incomum-laqueadura-mococa-filhos-chocadeira-nada-acaso>> Acesso em: 10 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Crítica hermenêutica às recepções teóricas inadequadas feitas pelo constitucionalismo brasileiro pós-1988, In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuticas**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 8. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2011. p. 153-181.

STRECK, Lenio Luiz. E o professor me disse: "Isso é assim mesmo!" In: **Consultor Jurídico**, 30 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-30/senso-incomum-professor-me-disse-isso-assim-mesmo>> Acesso em: 11 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica**. Coleção Livro-carta n. 1. 1. ed. São Leopoldo: Edição do Autor, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o problema da discricionariedade dos juízes**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em 14 mai 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém? In: **Consultor Jurídico**, 15 mai. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>> Acesso em: 25 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal? In: **Consultor Jurídico**, 07 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/senso-incomum-tal-exigir-evidencias-cientificas-decisoes-tribunal>> Acesso em: 25 jul. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017c.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o

Direito. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, setembro-dezembro 2017, Unisinos. p. 311-326. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.93.09/6434>> Acesso em 25 jul. 2019.

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuticas**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 187-216.

YAMAMOTO, Sergio Toshio. **A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263**. 2011. 201 f. Dissertação. (Mestrado em Saúde Pública) – Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-29112011-134801/en.php>> Acesso em: 25 jul. 2019.