

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

PRISCILA SARTOR SAVI MONDO

**ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA EM INCAPAZES: UM ESTUDO DE CASO DO
ACÓRDÃO DE N. 2010.073543-4, PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SANTA CATARINA, SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS
REPRODUTIVOS**

CRICIÚMA

2015

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

PRISCILA SARTOR SAVI MONDO

**ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA EM INCAPAZES: UM ESTUDO DE CASO DO
ACÓRDÃO DE N. 2010.073543-4, PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SANTA CATARINA, SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS
REPRODUTIVOS**

Monografia de Conclusão de Curso,
apresentada para obtenção do grau de
bacharel, no curso de Direito da Universidade
do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. MSc. Maurício da Cunha
Savino Filó.

CRICIÚMA

2015

PRISCILA SARTOR SAVI MONDO

**ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA EM INCAPAZES: UM ESTUDO DE CASO DO
ACÓRDÃO DE N. 2010.073543-4, PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DE SANTA CATARINA, SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS
REPRODUTIVOS**

Monografia de Conclusão de Curso aprovada
pela Banca Examinadora para obtenção do
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense,
UNESC.

Criciúma, 09 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Maurício da Cunha Savino Filó - Mestre - (Universidade do Extremo Sul
Catarinense - UNESC) - Orientador

Prof.^a. Rosângela Del Moro - Especialista - (Universidade do Extremo Sul
Catarinense - UNESC)

Prof. Marcus Vinicius Almada Fernandes - Especialista - (Universidade do Extremo
Sul Catarinense - UNESC)

**Dedico o presente trabalho aos meus pais,
que com muito amor mostraram-me como
superar todas as dificuldades que a vida
apresenta.**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me guiado e me iluminado, com saúde e determinação, não deixando que eu desistisse de ir ao encontro dos meus sonhos.

Agradeço aos meu pais, Leonor Savi Mondo e Fatima Assunta Sartor Savi Mondo, que com muito amor, ensinaram-me os verdadeiros valores da vida, servindo como incentivo diário para seguir em busca dos meus objetivos.

Agradeço, com muito amor, ao meu namorado, Júlio Pereira de Aguiar, melhor amigo e companheiro, que demonstrou ser paciente no decorrer de todos os anos desta graduação.

Agradeço ao meu orientador, Maurício da Cunha Savino Filó, que com muita paciência, me transferiu os ensinamentos necessários para a concretização deste trabalho.

As minhas colegas de faculdade, que durante os cinco anos desta graduação, pude desfrutar de uma amizade verdadeira.

Por fim, aos demais familiares e amigos que estiveram presentes e me auxiliaram, de maneira muito especial, para a concretização do presente curso.

“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.”

Arthur Schopenhauer

RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como objetivo pesquisar, por meio do método de pesquisa dedutivo, teórica qualitativa com a utilização de material bibliográfico e documental legal, a prática da esterilização compulsória em incapaz, bem como a sua repercussão no campo dos direitos fundamentais, direitos sexuais e direitos reprodutivos. Para tanto, tratou-se no primeiro capítulo sobre a pessoa natural, através da análise do momento em que o indivíduo passa a adquirir personalidade e capacidade para decidir sobre os atos da vida civil, bem como sobre as incapacidades, sendo elas relativas ou absolutas. Por sua vez, no segundo capítulo explanou-se o histórico dos direitos fundamentais, incluindo as suas dimensões, convenções, características e classificações, bem como dos direitos sexuais e direitos reprodutivos no âmbito do Planejamento Familiar e do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência. Por fim, no terceiro capítulo analisou-se o Acórdão de nº 2010.073543-4, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana, juntamente com os tipos de esterilização, os meios contraceptivos existentes e os requisitos necessários para o deferimento da esterilização compulsória. Concluiu-se, em síntese, que estando clara a impossibilidade de melhoria do quadro comportamental daquele que não possui o discernimento necessário para lidar com os seus atos, a esterilização mostra ser o meio mais adequado de proteção à vida.

Palavras-chave: Esterilização Compulsória. Incapacidade. Direitos Reprodutivos. Acórdão de nº 2010.073543-4, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

ABSTRACT

The objective of this monograph work is to research, by using the deductive method, with theoretical, qualitative and quantitative researches, with bibliographic material and legal documentation, the practice of the compulsory sterilization in incapable people, as well as its repercussion on the scope of fundamental, sexual and reproductive rights. To this end, in the first chapter was studied the natural person, through analysis of the moment when the individual acquires personality and capability to decide about the acts of its civil life, as well as about its incapability, which may be relative or absolute. In turn, in the second chapter it was expounded about the fundamental rights history, which is included its dimensions, conventions, characters and classifications, as also of the sexual and the reproductive rights in the scope of the Family Planning and the Statute for the Person with Disability. Finally, in the third chapter it was analyze the Judgment n. 2010.073543-4 of the Court of Justice of Santa Catarina, focusing on the principle of human dignity, within the sterilization types, the existent contraceptive means and the necessary requirements to the approval of the compulsory sterilization. It was concluded that being clear the impossibility of improvement of the behavior of who doesn't have the insight needed to deal with their acts, the sterilization proves to be the most appropriate mean to protect life.

Keywords: *Compulsory Sterilization. Incapability. Reproductive Rights. Case No. 2010.073543-4 , delivered by the Court of the State of Santa Catarina*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
APAE	Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais
CC	Código Civil
CID	Classificação Internacional de Doenças
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA PESSOA NATURAL	12
2.1 HISTÓRIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	13
2.1.1 Da aquisição da personalidade	17
2.1.2 Do conceito dos direitos da personalidade	19
2.1.3 Das características dos direitos da personalidade	21
2.1.4 Da classificação dos direitos da personalidade	22
2.2 DA CAPACIDADE JURÍDICA.....	25
2.3 DAS PESSOAS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES	28
2.4 DAS PESSOAS RELATIVAMENTE INCAPAZES.....	30
3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS	33
3.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
3.2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	40
3.3 DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR (LEI 9.263/96)	41
3.4 APONTAMENTOS ACERCA DA LEI Nº 13.146 DE 06 DE JULHO DE 2015.....	46
4 DA ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA EM INCAPAZES: ANÁLISE DO ACORDÃO Nº 2010.073543-4 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	49
4.1 DOS MÉTODOS CONTRACEPTIVOS	50
4.2 DOS PROCEDIMENTOS E REQUISITOS PARA REALIZAÇÃO DA ESTERILIZAÇÃO	55
4.3 ANÁLISE DO ACÓRDÃO DE Nº 2010.073543-4, PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA	58
5 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	65
ANEXO (S)	70
ANEXO A – APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010.073543-4, DO TJSC.....	71

1 INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade dizem respeito aos valores inerentes a pessoa. É através dela que o indivíduo passa a ser possuidor de direitos e deveres perante a sociedade em que vive, ou melhor, é quando passa a ser sujeito de direitos, sendo que estes passam a acompanhar o indivíduo, de forma permanente, no decorrer de sua vida, não podendo, contudo, serem renunciados em face de terceiros, serem objeto de comercialização, não carecem de prazo prescricional e nem de penhora. São inatos ao indivíduo e podem ser utilizados a qualquer tempo.

Adquirida a personalidade jurídica, o indivíduo passa a poder exercer sua capacidade de direitos e de gozo, podendo ser limitada para alguns e absoluta para outros. O indivíduo é capaz de fato quando está apto ao exercício dos atos da vida civil, sem que haja qualquer tipo de limitação.

A Constituição Federal brasileira preceitua, no decorrer de seus artigos, garantias fundamentais e constitucionais que servem para limitar, de certa forma, o poder do Estado a fim de garantir uma vida digna ao ser humano.

Todos são possuidores de direitos fundamentais, que são inatos ao ser humano, independe de raça, cor, cultura ou religião que escolha seguir.

O direito à vida, por exemplo, está inteiramente ligado aos demais bens jurídicos, isso porque, de nada adiantaria proteger a liberdade, a segurança, o bem-estar, a intimidade e até mesmo a propriedade, se não protegesse, primeiramente, o que diz respeito a vida humana.

Aquele que dispõe sobre direito à vida, pode também, com base nas legislações existentes, deixar claro a sua vontade de ter ou não filhos, a quantidade, bem como a diferença de idade entre eles.

Sendo assim, estudar-se-á no primeiro capítulo a pessoa natural desde o momento em que adquire personalidade até quando se torna capaz de decidir sobre os atos da vida civil. Ainda, pesquisar-se-á sobre aqueles que são intitulados legalmente como relativamente incapazes e absolutamente incapazes.

Na sequência, no segundo capítulo, estudar-se-á sobre os direitos fundamentais desde a sua origem, dimensões, bem como características e classificações. Ainda, abordar-se-á sobre os direitos sexuais e direitos reprodutivos no âmbito no planejamento familiar, bem como acerca do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15).

Por fim, no terceiro capítulo analisar-se-á o caso do Acórdão nº 2010.073543-4, proferido pelo Tribunal De Justiça Do Estado De Santa Catarina, o qual deferiu a realização de procedimento cirúrgico em incapaz, com base nos requisitos que admitem a prática da esterilização compulsória. Em sendo assim, juntamente com análise do acórdão, abordar-se-á sobre os tipos de esterilização, bem como sobre os demais métodos contraceptivos.

O método utilizado nesta monografia será o dedutivo, por meio de pesquisa teórica, qualitativa e quantitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal.

2 DA PESSOA NATURAL

O presente capítulo objetiva conceituar a pessoa natural, a aquisição de sua personalidade e capacidade, bem como a incapacidade, seja ela absoluta ou relativa, tendo em vista que o ser humano é o destinatário final de toda e qualquer norma jurídica.

O CC classifica pessoa em natural, também reconhecida como pessoa física (relacionado a pessoa humana), e pessoa jurídica, também conhecida como pessoal moral ou coletiva (relacionada a grupos que visam um fim comum) (MONTEIRO, 2007, p. 62).

Venosa (2013, p. 127-128) discorre acerca da pessoa natural:

A palavra *persona* no latim significa máscara de teatro, ou, em sentido figurado, o próprio papel atribuído ao autor, isto porque, na Antiguidade os atores adaptavam uma máscara ao rosto, com um dispositivo especial que permitia emitir a voz. Pela evolução de sentido, o termo pessoa passou a representar o próprio sujeito de direito nas relações jurídicas, como se todos nós fossemos atores a representar um papel dentro da sociedade.

Para Diniz (2005, p. 144) pessoa pode ser o sujeito ativo e passivo, caracterizando-se por pessoa natural, aquele que contém direitos e obrigações.

Elenca o CC (BRASIL, 2015b), no art. 1º que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem Civil”.

O termo “toda pessoa” está intimamente ligado com a ideia de não haja discriminação seja por raça, cor, religião, nacionalidade, saúde, bem como situação social. O reconhecimento de um ser como pessoa está limitado a uma série de direitos e obrigações que devem ser contraídas, para assim estabelecer a sua personalidade (MONTEIRO, 2007, p. 62).

De mesmo modo, Lôbo (2010, p. 105) aduz que o conceito de pessoa é denominado de cultural e histórico, sendo, portanto, todo ser humano que nascido com vida, é capaz de adquirir direitos e deveres extraídos de sua própria natureza.

Por sua vez, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 137) classificam “pessoa” como sujeito de direitos e obrigações, a qual passa a estar habilitada a exercer o seu direito ou dispor dele, somente depois de obter a sua personalidade jurídica.

Monteiro (2007, p. 62) atribui à palavra “pessoa” três concepções, quais sejam, vulgar (considerado sinônimo de ente humano, possuidor de direitos), filosófico (caracterizando pessoa como sendo quem aplica sua moral de modo consciente) e jurídica (classificando pessoa como ser apto a receber direitos e cumprir obrigações).

Cita-se do posicionamento de Miranda (2000, p. 209), o qual classifica a pessoa como mero conceito universal, asseverando que pessoa somente é quem pode ser sujeito de direito, ou seja, em suas palavras:

Sujeito de direito é a pessoa. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito. [...] Verdade é que, compondo-se o suporte fático de tais regras jurídicas e incluindo uma delas, não seria permitido excluir-se da aquisição de direito desse ente humano; portanto, já da incidência da regra jurídica, que dá entrada no mundo jurídico ao ente humano, resulta efeito, que é o direito de personalidade como tal, efeito mínimo do fato jurídico *stricto sensu* do nascimento de ente humano. Certamente, o ser sujeito de direito, em concreto, portanto, é diferente de ser pessoa, que é em plano acima, abstrato; mas não se há de levar muito a fundo a diferença porque já nasce com titularidade concreta, que é a do direito da personalidade como tal, o direito a ser sujeito de direito. Tal direito ressalta aos nossos olhos quando pensamos em terem existido, e ainda existirem em sistemas jurídicos destoantes da civilização contemporânea, seres humanos sem capacidade de direitos.

Rizzardo (2005, p. 138) esclarece que a concepção tradicional de pessoa é aquela que compreende o conjunto da razão, inteligência, capacidade de entender e saber se portar perante a sociedade. Já aquela referente à esfera jurídica, assevera que é o ente físico, sujeito de direitos e obrigações.

Sendo assim, o conjunto dos poderes da capacidade, quais sejam os de adquirir direitos e obrigações a fim de exercer os atos da vida civil, juntamente com a personalidade humana, consolidam um ser, neste caso, a pessoa.

2.1 HISTÓRIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são aqueles equivalentes aos valores que cada pessoa carrega consigo. Valores estes que são imprescindíveis para que haja o respeito para com a liberdade de pensamento, de expressão, a vontade, bem como ao desenvolvimento físico, psíquico e moral inerentes à pessoa humana.

Diante disso, “a fim de satisfazer as suas necessidades nas relações sociais, o homem adquire direitos e assume obrigações, sendo, portanto, sujeito ativo e passivo de relações jurídico-econômicas” (DINIZ, 2005, p. 119).

Ocorre que, de acordo com Diniz (2005, p. 120), o que se sabe, de fato, é que o reconhecimento destes direitos é relativamente recente. O que existia antigamente era denominado como tutela jurídica de direitos, a qual punia os indivíduos pelas ofensas físicas e morais através da *actio injuriarum* (Roma) e *dike categorias* (Grécia).

Na Grécia antiga, diversos eram os ordenamentos jurídicos existentes, de modo que cada cidade-estado possuía o seu próprio meio. O princípio da personalidade não estava disposto em todas as cidades-estados, mas, aqueles que já o conheciam, aplicavam-no nas relações entre os próprios cidadãos, bem como nas relações mantidas entre pessoas de cidades-estados diferentes (SZANIAWSKI, 2005, p. 24).

Três eram as ideias principais a serem mantidas:

A proteção a personalidade humana se assentava sobre três ideias centrais: A primeira formulava a noção de repúdio à injustiça; a segunda vedava toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra a outra e a última proibia a prática de atos de insolência contra a pessoa humana (SZANIAWSKI, 2005, p. 24-25)

Na sequência, muito embora tenha sido reconhecida na Grécia, foi em Roma¹ que, de fato, concretizou-se a elaboração da teoria referente a personalidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 25).

Em Roma as Leis das XII Tábuas e o Corpus Juris Civilis já faziam menção à noção de pessoa. Assim, as relações sociais daquela civilização eram constituídas por pessoas e coisas, sendo que estas últimas afetavam o modo de ser das primeiras e conseqüentemente de toda a sociedade romana (LOPES, 2015).

Já na idade média, a determinação de pessoa estava intrinsecamente ligada à questão social e ao poder aquisitivo de cada indivíduo. Cita-se como

¹ Para o direito romano, a expressão *personalidade* restringia-se aos indivíduos que reunissem os três status, as saber: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae* (SZANIAWSKI, 2005, p. 25).

exemplo os escravos, que não eram atribuídos de personalidade, uma vez que apenas cuidavam do patrimônio de seu patrão (SÁ; NAVES, 2009).

Acrescenta-se ainda, que também na idade média foi onde a noção de pessoa, sob influência do Cristianismo, passou a auferir maior individualidade e *status* de sujeito possuidor de próprios direitos (LOPES, 2015).

Já o capitalismo abriu as portas para o pensamento da universalização de direitos jurídicos, observados o fim da escravidão e o início da liberdade aos trabalhadores.

A todo homem foi reconhecida à condição de sujeito de direitos, originariamente por vincular-se a capacidade de exercício do direito de propriedade. A pessoa era essencial na participação de relações jurídicas patrimoniais e, por isso, generalizou-se a atribuição de capacidade (SÁ; NAVES, 2009, p. 64).

Nas idades média e moderna, existiram movimentos e diplomas legislativos que destacaram, no decorrer de seu conteúdo, os direitos referentes à personalidade. Cita-se a Carta Magna de 1215 (Inglaterra); o Renascimento; o *Bill of Rights* de 1680, bem como a declaração dos direitos francesa (aceita em 20-26 de agosto de 1789) a qual resguardava a garantia do direito a vida e a liberdade (LEITE, 2001).

A Carta de São Francisco, de 1948, foi a primeira a demonstrar os direitos da personalidade, sendo, inclusive introduzida na Constituição de Bonn (1949) como o Direito Geral de Personalidade, fazendo referencia aos problemas que apareceram no decorrer da Segunda Guerra Mundial, relacionados a aversão da vida humana e da personalidade (SÁ; NAVES, 2009, p. 58-59).

Complementa-se com os ensinamentos de Reuters (2013, p. 280):

Após a II Guerra Mundial e dadas as atrocidades cometidas pelo regime nazista contra a pessoa humana e a humanidade em geral, identificou-se a necessidade de proteção de um conjunto básico de direitos da pessoa humana. Era imperativo que se garantisse uma tutela elementar e fundamental em prol da personalidade humana, afastando de ameaças à própria raça.

Depois da Segunda Guerra Mundial houve a conscientização da importância dos direitos da personalidade, uma vez que o governo totalitário² da

² Na Alemanha, os nazistas; nos Estados Unidos, o conservador Charles Davenport e a feminista Margareth Sanger; e, finalmente na Inglaterra, o social democrata Julian Huxley e o simpatizante do

época dirigiu um montante de agressões em desencontro com a dignidade humana (DINIZ, 2005, p. 120).

Dessa forma, verifica-se que “foi a Declaração dos Direitos de 1789 que impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão” (DINIZ, 2005, p. 120).

[...] deixou a Declaração de 1789 de prever os direitos sociais dos indivíduos, preocupando-se, apenas, com o aspecto individualista do ser humano, de acordo com os princípios iluministas que inspiraram a Revolução Francesa e a Assembleia Nacional que elaborou a Declaração dos Direitos do Homem, vindo as posteriores declarações preencher as lacunas deixadas por esta Declaração Universal do final do século XVIII (SZANIAWSKI, 2005, p. 40-41).

Diante do reconhecimento dos direitos da personalidade, pressupõe-se que existam duas dimensões, quais sejam: axiológica e objetiva. Enquanto a primeira se fundamenta nos valores relativos à pessoa, sejam os individuais ou sociais, a segunda se fundamenta nos direitos assegurados pela lei, a fim de proteger o indivíduo de qualquer abuso que possa sofrer pelos três poderes existentes (DINIZ, 2005, p. 121).

No que tange a Era Moderna, a personalidade está diretamente ligada com a capacidade do indivíduo de adquirir direitos e poder exercer os atos da vida civil, fazendo com que este conjunto constitua a personalidade (MALUF, 2010, p. 33).

Foi num contexto de pós-segunda guerra mundial que os direitos da personalidade tornaram-se eficazes³, isso porque passaram a ser amparados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual visa a proteção do

nazismo Karl Pearson; todos estiveram ligados à eugenia de modo diferente. Mais ou menos comprometidos, mais ou menos radicais, todos tinham em vista a substituição das leis de proteção social por outras que favorecessem a reprodução de bons elementos na sociedade, fossem da elite ou da classe operária. [...] A eugenia na Alemanha está diretamente ligada a ascensão de Hitler ao poder, em 1933. No entanto, não é verdade dizer que as ideias eugênicas pertencem exclusivamente à ideologia nazista. As raízes do pensamento eugênico na Alemanha datam do final do século XIX, especialmente após o lançamento do livro de Darwin. Foi na Alemanha que a eugenia adquiriu seu aspecto mais radical e talvez a maior atrocidade da história moderna tenha sido cometida sob o seu endosso. Durante o regime nazista implantado por Adolf Hitler, centenas de milhares de pessoas foram esterilizadas compulsoriamente e mais de seis milhões perderam suas vidas em nome da higiene da raça, não somente na Alemanha, mas em todos os territórios ocupados durante a Segunda Guerra Mundial. (DIWAN, 2013, p. 48-64).

³ Os princípios constitucionais, dispostos na Carta Magna, constituem o arcabouço da tutela da pessoa humana em nível constitucional, como um grande sistema de proteção do direito geral de personalidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 120).

indivíduo. Por disporem de critérios de valor, os direitos fundamentais sustentam o direito geral da personalidade, visando a constituição de maneiras as quais protejam, em qualquer dimensão, os atos atentatórios a personalidade do da pessoa (SZANIAWSKI, 2005, p. 120-121).

Sendo assim, os direitos da personalidade não estão mais relacionados com poder aquisitivo da pessoa, ou até mesmo à raça, à cor ou ao grupo a que pertence, mas sim, à capacidade ou não de exercê-los.

2.1.1 Da aquisição da personalidade

A personalidade é complemento da capacidade de tutelar acerca de seus direitos e obrigações, de acordo com o artigo 1º, do CC (BRASIL, 2015b).

O início da personalidade humana possui extrema relevância, uma vez que é através dela que se dá o início da tutela dos direitos e deveres de cada indivíduo, passando, portanto, a se tornar sujeito de direitos e deveres (VENOSA, 2013, p. 140).

Para entender de fato quando se dá o início da personalidade, deve-se conhecer não só dos conceitos jurídicos, mas também aqueles que são demonstrados pela ciência e pela medicina.

O CC (BRASIL, 2015b) traz em seu art. 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A teoria predominante no ordenamento jurídico vigente para que se dê início à personalidade, é aquela em que o nascimento com vida é comprovado com o ato de respirar. Contudo, quanto ao nascituro, há uma ressalva de que este possui os seus direitos devidamente resguardados (VENOSA, 2013, p. 142).

Colhe-se dos ensinamentos de Gomes (2002, p. 143):

Estas ficções atribuem personalidade porque reconhecem, nos beneficiados, a aptidão para ter direitos, mas é logicamente absurdo admitir a condição de pessoa natural em quem ainda não nasceu ou já morreu. Trata-se de construção técnica destinada a alcançar certos fins. Dilata-se arbitrariamente o termo inicial e final da vida humana, para que sejam protegidos certos interesses.

O nascimento com vida é comprovado pelo funcionamento do aparelho cardiorrespiratório através de um exame nominado como Docimasia Hidrostática de Galeno. Este exame é considerado como a prova inequívoca de que realmente operou-se o ato de respirar quando do nascimento, ficando, portanto, a encargo da medicina, através de perícia médico-legal, a constatação do ato. Portanto, considera-se sujeito de direitos àquele que nascer com vida e instantes depois vier a falecer. Explica-se no sentido de que ainda que veio a óbito, a respiração esteve presente por um pequeno espaço de tempo (VENOSA, 2013, p.129-142).

O momento exato em que se adquire a personalidade é diferenciado em três teorias, quais sejam: a) natalista; b) personalidade condicional e c) concepcionista (SÁ; NAVES, 2009, p. 65).

O direito civil clássico vem sustentando há muito tempo, que todo indivíduo adquire personalidade a partir de seu nascimento com vida, assegurando, porém, uma certa proteção aos direitos do nascituro. Esta concepção tem origem na opinião dos civilistas que cultuam a tradição romana, pois o direito romano considerava o embrião como parte das vísceras da mulher, não vislumbrando o feto como um ser vivo independente, um ser humano que está em desenvolvimento (SZANIAWSKI, 2005, p.63).

Breve se fazem os esclarecimentos acerca das teorias. No que tange à natalista, é aquela adotada pelo ordenamento jurídico vigente, a qual estabelece que a personalidade é adquirida através no nascimento com vida. Já a personalidade condicional revela que o início da personalidade se dá quando da concepção, desde que haja o nascimento com vida. E, por fim, a concepcionista visa o início da personalidade desde a concepção, porém, considera o nascituro como pessoa, ainda que não tenha nascido (SÁ; NAVES 2009, p. 65-67).

Observa-se que, em que pese existam divergências jurisprudências e doutrinárias acerca do momento em que há a concepção da personalidade, para o direito é imprescindível o aparecimento de sinais vitais, conforme demonstra Monteiro (2007, p. 65):

Não basta, contudo, o simples fato do nascimento. É necessário ainda que o recém nascido haja dado sinais inequívocos de vida, como vagidos e movimentos próprios. Também a respiração, evidenciada pela docimasia hidrostática de Galeno, constitui sinal concludente de que a criança nasceu com vida.

Sendo assim, ainda que o Ordenamento Jurídico vigente tome uma posição em relação ao início da personalidade, o que de fato se percebe é que os direitos da personalidade são elementos de direito que possuem a pessoa como titular.

2.1.2 Do conceito dos direitos da personalidade

O direito à personalidade é essencial para a proteção do indivíduo em sua integralidade, afastando-o de sofrer qualquer tipo de abuso.

A personalidade jurídica encontra-se diretamente ligada à própria⁴ pessoa em si, isso porque, segundo Gonçalves (2013, p. 94), todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade.

Reuters (2013, p.275) disciplina que “a personalidade faz parte da pessoa. Configurando-se como parte juridicamente intrínseca autorizando o titular que venha adquirir, exercitar, modificar, substituir, extinguir ou defender interesses”.

Nos ensinamentos de Leite (2001, p. 151):

Dentro de uma sociedade evolutiva e globalizada, assim, é inegável a importância desses direitos na medida em que andando ciência e tecnologia a passos largos deve o direito, amparado nos costumes, na jurisprudência e em princípios gerais de ordem moral e filosófica, acompanhar essas transformações não se esquecendo jamais de que o seu papel fundamental é o de proteger o ser humano, preservando sua identidade, integridade e dignidade.

Os direitos da personalidade, segundo Bittar e Bittar Filho (2003, p. 48):

São direitos essências da pessoa, que constituem componentes indissociáveis de sua personalidade. São, pois, direitos inatos – como a maioria dos escritores atesta -, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um outro plano do direito positivo (no plano constitucional ou em sede de legislação ordinária), dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte: contra o arbítrio do Poder Público ou as incursões de particulares (no primeiro, como liberdades públicas; no segundo, como direitos da personalidade).

A personalidade é considerada preceito básico dentro da ordem jurídica para adquirir direitos e deveres que se fazem necessários a inserção dentro de uma ordem jurídica (GONÇALVES, 2013, p. 94).

⁴ É considerada direito irrenunciável e intransmissível, uma vez que está diretamente relacionada à cada pessoa e sua dignidade (DINIZ, 2005, 122-123).

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 128) discorrem acerca da personalidade jurídica, “personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direitos”.

No tocante ao assunto, Lisboa (2002, p. 245) disserta:

Todo ser humano é dotado de personalidade, assim como a pessoa jurídica, desde o início de sua existência. Não se confunde, porém, a personalidade com a pessoa, uma vez que aquela é o atributo deste. Personalidade, na acepção clássica, é a capacidade de direito ou de gozo da pessoa de ser titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimentos, em razão de direitos que são inerentes à natureza humana e em sua projeção para o mundo exterior.

Desta maneira, os direitos da personalidade são formados pelos atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa, levando em consideração a sua importância social (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2013, p. 184).

Sobre o tema Lopes (2015) faz um breve comentário acerca dos direitos personalíssimos em meio a sociedade:

A personalidade prospera na intimidade do homem e se projeta na sociedade, como expressão ampliada e indelével dos valores que se lhe apresentam caros e que lhe dão a exata dimensão subjetiva na composição do patrimônio moral da pessoa. Os direitos da personalidade são os que se expressam na identidade, liberdade, honra, autoria, privacidade, sexualidade, que se encontram no patrimônio da personalidade de que cada homem é titular, os quais são intransmissíveis e irrenunciáveis. Tutela-se e preserva-se, pois, a pessoa da expropriação de seus atributos individuais, dimensionando as fronteiras entre o coletivo e o pessoal.

Nesse sentido, possuir aptidão para adquirir e exercer os seus direitos é dizer que é considerado pessoa e, portanto, possui personalidade. Por isso que a capacidade é essencial para a definição de personalidade, isso porque é “na capacidade de ser titular de direitos e obrigações que a personalidade se mede, influenciando na capacidade de agir, não só o estado do agente, mas também certas qualidades jurídicas” (GOMES, 2002, p. 141-142).

De mesmo modo, Reuters (2013, p. 275) acrescenta:

[...] a personalidade é um primeiro bem da pessoa, que lhe serve de primeira utilidade para que ela possa ser o que é, autorizando-lhe sobreviver e se adaptar as condições do ambiente em que se encontra, funcionando como critério para aferição, aquisição ou ordenação de outros bens.

Cupis (2008, p. 19) define personalidade “como sendo uma susceptibilidade de um ser titular de direitos e obrigações”.

Posto isso, os direitos da personalidade referem-se ao “o conjunto de traços morais distintivos de uma pessoa” (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2008, p. 574), bem como ao seu próprio ser, levando em consideração o início da personalidade conforme disciplinado no art. 2º do CC.

2.1.3 Das características dos direitos da personalidade

Por ser direito natural da pessoa física, ou em sua concepção mental e até mesmo moral, os direitos da personalidade são carregados de características capazes de definir posição no direito privado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 192). Desse modo, dispõe o art. 11 do CC, “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis⁵, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2015b).

Sendo assim, possuem caráter absoluto, ou seja, possuem efeito *erga omnes* ou até mesmo universal, deixando claro a todos a indisponibilidade desses direitos, uma vez que não podem simplesmente serem renunciados ou cedidos a terceiros, sendo, portanto, intransmissíveis e irrenunciáveis (AZEVEDO, 2009, p. 204-205).

No que tange a indisponibilidade, extrai-se dos ensinamentos de Cupis (2008, p. 58), o qual dispõe que: “os direitos da personalidade, enquanto intransmissíveis, são também indisponíveis, não podendo, pela natureza do próprio objeto, mudar de sujeito, nem mesmo pela vontade do seu titular”.

Também considerados inatos, porquanto, “não são suscetíveis de desapropriação, por se ligarem à pessoa humana de modo indestacável. Não podem dela ser retirados contra sua vontade, nem o seu exercício sofrer limitação voluntária” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 190).

Em relação aos extrapatrimoniais, estes são assim considerados uma vez que não são aptos a possuírem qualquer valoração econômica (DINIZ, 2005, p. 122)

⁵ A primeira dispõe que os direitos da personalidade não podem ser passados para qualquer outro indivíduo, seja em vida, ou por motivo derivado da morte. Já o segundo está intrinsecamente ligado ao seu titular, ou seja, não pode ser abdicado, conforme disposto no art. 11 do CC (AZEVEDO, 2009, p. 204-205).

Ademais, não dispõem de qualquer delimitação de tempo para que se exerça esse direito, bem como que este não se extingue pelo não uso, podendo, portanto, ser defendido a qualquer tempo, sendo imprescritíveis (LISBOA, 2002, p. 179).

São caracterizados como impenhoráveis, isso porque os “direitos morais do indivíduo jamais poderão ser penhorados, não havendo, porém, qualquer impedimento legal na penhora de crédito dos direitos patrimoniais correspondentes” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 196).

Os direitos da personalidade não apresentam tempo de duração, ou seja, acompanham o indivíduo enquanto este estiver vivo (AZEVEDO, 2009, p. 205).

Desse modo, os direitos da personalidade fundamentam-se em direcionar uma maior proteção ao indivíduo que esteja passível de sofrer qualquer risco.

2.1.4 Da classificação dos direitos da personalidade

Estando diretamente relacionados com a vida do indivíduo, os direitos da personalidade tendem a propiciar uma maior proteção a qualquer risco que possa ou venha sofrer.

O direito à vida está disposto no art. 5º da Constituição Federal⁶, considerado como direito que dá sentido aos demais direitos existentes. Subdivide-se para proteger não só à vida, mas também à saúde, à segurança, o trabalho, a integridade física e moral, dentre outros (RIZZARDO, 2005, p. 156).

É caracterizado como um direito que é pré-requisito para a existência e exercício dos demais. Sendo assim, é dever do Estado assegurar a todo cidadão o direito de vida digna (MORAES, 2010, p. 34).

O direito à vida é um direito essencial⁷, é um direito que se sobrepõe aos outros por ser inato, intransmissível, irrenunciável, bem como privativo do indivíduo, respeitando-o justamente por possuir personalidade (CUPIS, 2008, p. 72-74)

O direito à vida é considerado o primeiro e mais importante direito da personalidade, isso porque, não existindo vida, também não existe personalidade.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, 2015a).

⁷ São aqueles que têm por objeto os bens mais elevados (CUPIS, 2008, p. 72).

Ademais, “personalidade, vida, e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis”. Os outros direitos ou atributos da personalidade humana, que se constituem, segundo a teoria fracionária, em direitos especiais de personalidade, decorrem diretamente da vida (SZANIAWSKI, 2005, p. 146).

Nossa Constituição, embora não possua inserido em seu texto um dispositivo específico destinado a tutelar a personalidade humana, reconhece a tutela o direito geral da personalidade através do princípio da dignidade da pessoa, que consiste em uma cláusula geral de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo (SZANIAWSKI, 2005, p. 137).

O direito à vida também protege o direito à reprodução sem estabelecer limites a natalidade no território nacional. A proteção ao planejamento familiar está disposta na lei 9.263/96, a qual não impõe qualquer limite ao número de filhos que alguém deseja ter (RIZZARDO, 2005, p. 156).

Complementa-se através dos ensinamentos de Maluf (2010, p. 85-86):

A vida é o bem supremo da existência, seu valor mais precioso, disso ninguém duvida. Vem antes de qualquer outro direito, ou seja, prevalece sobre todos os demais – o princípio do primado do direito a vida prevalece então em face dos outros direitos nos casos de conflito. De sua proteção emanam todos os direitos e deveres dos homens. Seja oriundo das leis, dos códigos morais, dos costumes, da ética.

Ainda, possui relação forte com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que prioriza o valor da vida em suas diretrizes. De mesmo modo, engloba o direito à saúde, que, por sua vez, dispõe acerca da obrigação do Estado em preservar e proteger não só a vida, mas também a saúde de todo e qualquer indivíduo (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 368).

De encontro ao que preceitua o direito à vida, encontra-se a obrigação do Estado em manter um mínimo existencial, para que o cidadão possa dispor de condições mínimas para viver com dignidade. (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 370). Assim, a vida constitui direitos de todo humano desde o momento de seu nascimento, sendo, portanto, aquela que rege os demais direitos e princípios norteadores do direito da personalidade.

No que tange à integridade física, ressalta-se o que disserta José Afonso da Silva (2008, p.199): “agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois

esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital que se revela um direito fundamental do indivíduo”.

O direito à integridade física, nada mais é que “a higidez do ser humano no sentido mais amplo da expressão, mantendo-se, portanto, a incolumidade corpórea e intelectual, repelindo-se as lesões causadas ao funcionamento normal do corpo humano” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 202).

Diferente do direito à integridade física, que possui como função primordial proteger a inviolabilidade da pessoa contra qualquer intervenção que necessite de autorização do titular de direito, no direito a vida, todos passam a ser titulares de direito, independente de qualquer tipo de consentimento, sendo, portanto, direito personalíssimo, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 387-389).

Pressupõe-se como direitos que possuem total conexão com o direito à vida, aqueles elencados no art. 5º da CRFB, supracitado, visando uma vida digna, segura, igualitária, com a proteção de um mínimo de existência, garantindo, assim, um bem estar social.

Vale dizer que o direito a integridade física abrange o corpo humano e todas as suas partes integrantes.

O corpo, como projeção física da individualidade humana, também é inalienável, embora se admita a disposição de suas partes, seja em vida, seja para depois da morte, desde que, justificado o interesse público, isso não implique em mutilação, e não haja intuito lucrativo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2013, p. 205).

Portanto, a imagem, a voz e o corpo são características que individualizam e diferenciam um indivíduo do outro. Sendo assim, importa dizer que todo indivíduo possui o direito de permitir ou não a utilização de suas individualidades como meio de propaganda, ou por qualquer outro meio.

Há, ainda, uma segunda classificação, a qual define o direito à integridade psíquica, tomando-se a pessoa como um ser que de fato se relaciona com a sociedade, levando em conta os direitos intrínsecos do indivíduo, tais como os direitos à liberdade, inclusive de pensamento, à intimidade, à privacidade, ao segredo, bem como à criação intelectual, estabelecendo-os como características de sua inteligência ou sentimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 212).

Quanto ao direito à integridade psíquica, Lisboa (2002, p. 194) explica que é aquela que assegura ao indivíduo o desenvolvimento de suas habilidades e faculdades psíquicas, de modo assegurar um discernimento mental satisfatório.

A terceira e, portanto, a última das classificações é a integridade moral, que se encontra devidamente dividida em direito à honra, à imagem e à identidade.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 220-222) explicam que o direito à honra acompanha o indivíduo desde o seu nascimento, até passada a sua morte, podendo se manifestar de acordo com o seu modo de agir perante a sociedade, ou, ao sentimento e a consciência da sua própria dignidade. Já em relação ao direito à imagem, esta caracteriza a individualidade da pessoa humana, sendo também entendida como um direito fundamental. Por fim, o direito à identidade, nas palavras do autor, “traduz a ideia de proteção jurídica aos elementos distintivos da pessoa, natural ou jurídica, no seio da sociedade”.

Todos possuem o direito de manifestar a sua vontade, a qual tenha como prioridade, um bem. O direito à liberdade assim estabelece que ninguém pode ser limitado, a não ser por aquelas normas que já existem no ordenamento jurídico (CUPIS, 2008, p. 108).

Assim, todos os indivíduos possuem direito a vida e ninguém será submetido a intervenção cirúrgica sem que haja o seu consentimento (arts. 3º da CRFB e 5º do CC)

Completa-se com o direito da identidade pessoal, o qual o direito de dispor de nome, afirmando assim a sua individualidade como meio de distinção dos demais indivíduos (CUPIS, 2008, p. 179).

Sendo assim, percebe-se que os direitos da personalidade são inerentes a cada indivíduo, devendo, portanto, ser respeitados, a fim de não invocar o judiciário na finalidade de proteção dos mesmos.

2.2 DA CAPACIDADE JURÍDICA

Superada a questão natural da pessoa e sua personalidade, adentra-se no quesito da capacidade.

Enquanto que o conceito de personalidade envolve a pessoa como sendo capaz de exercer os seus direitos e cumprir com suas obrigações, a capacidade é a

pessoa possuir a aptidão necessária para adquirir direitos e obrigações. Vale frisar que aptidão significa poder realizar atos da vida civil (RIZZARDO, 2005, p. 193).

Sendo assim, depois de adquirida a personalidade jurídica, o indivíduo passa a ser capaz, sob o ponto de vista jurídico, de direitos e obrigações, ou seja, “possui, portanto, capacidade de direito ou de gozo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p.137).

Dessa forma, ressalta-se que o art. 1º do CC (BRASIL, 2015b) disciplina que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Gonçalves (2013, p. 95) disciplina que a capacidade pode ser limitada para uns e absoluta para outros, de modo que a capacidade de gozo é aquela que todos possuem desde o momento do nascimento, ou seja, nas palavras do autor:

Pode-se falar que a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada. A que todos têm, e adquirem ao nascer com vida, é a capacidade de direito ou de gozo, também denominada capacidade de aquisição de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo se humano, sem qualquer distinção. Entende-se aos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental. Podem estes, assim, herdar bens deixados por seus pais, receber doações, etc.

É possível dizer, portanto, que a personalidade e a capacidade andam juntas, uma vez que “todo indivíduo possui capacidade de direito, pelo fato de que a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 137).

Gonçalves (2013, p. 96) menciona que a capacidade de direito pode ser confundida com a personalidade e que não existe forma de se exercer um direito sem que exista a capacidade de adquiri-lo. Porém, o que de fato ocorre é que uma pessoa pode sim ter a capacidade de direito, sem, portanto, existir a sua capacidade de fato, ou seja, ela adquire o direito possuindo desde então uma restrição no que toca ao exercício do respectivo direito.

Ocorre que nem todas as pessoas são aptas ao exercício dos seus direitos, porque possuem limitações orgânicas ou psíquicas. A capacidade de fato é aquela que não dispõe de qualquer limitação, fazendo com que indivíduo esteja apto ao exercício dos atos que correspondam a sua vida civil (VENOSA, 2013, p. 144).

Dessa forma, Tartuce e Simão (2014, p. 127) explicam que a capacidade pode ser classificada em capacidade de direito ou de gozo, que é, nas palavras dos

autores, “aquela comum a toda pessoa humana, inerente à personalidade, e que só se perde com a morte prevista no texto legal, no sentido de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, e em capacidade de fato ou de exercício, que é “aquela que se relaciona com o próprio exercício dos atos da vida civil”.

No entanto, a capacidade e a legitimidade não devem ser igualadas, isso porque não é qualquer pessoa capaz que pode estar legitimada para praticar qualquer ato jurídico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 137).

Sobre o assunto, explana Venosa (2013, p. 139):

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimação. A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda pessoa tem capacidade para comprar ou vender. Contudo, o art. 1.132 do Código Civil estatui: “os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentam”. Deste modo, o pai, que tem capacidade genérica para praticar, em geral, todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem a um filho, tendo outros filhos, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos. Não estará ele, sem tal anuência, “legitimado” para tal alienação. Num conceito bem aproximado da ciência do processo, legitimação é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com relação a determinada relação jurídica. A legitimação é um *plus* que se agrega a capacidade em determinadas situações.

Sendo assim, compreende-se que as pessoas são divididas em dois grupos: capazes e incapazes. Aquelas denominadas pessoas físicas capazes, são caracterizadas por poderem praticar atos e negócios jurídicos sem que precisem da intervenção de uma terceira pessoa. O contrário acontece quando o indivíduo é possuidor de incapacidade, ou seja, é limitado quanto a prática dos atos da vida civil, bem como de negócios jurídicos sem que tenha a intervenção e o acompanhamento de um terceiro (COELHO, 2006, p. 157).

Assim, a incapacidade “é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio de que a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção” (DINIZ, 2005, p. 147).

O indivíduo que possui a capacidade de fato e a de direito, possui, portanto a capacidade plena. Já, aquele que fica limitado a capacidade de direito, tem, portanto, o que é chamado de limitação perante ao instituto da capacidade jurídica.

2.3 DAS PESSOAS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

A incapacidade somente é considerada absoluta quando existente uma restrição total ao exercício dos direitos da vida civil pelo incapaz. Ainda que possua direitos, este não poderá executá-los sem que esteja devidamente representado (DINIZ, 2005, P. 149).

Sendo assim, conforme os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 138), incapaz é aquele que possui aptidão reduzida para praticar pessoalmente atos da vida civil, e, ainda, que falte com a capacidade de fato ou de exercício, restando impossibilitada de manifestar sua pretensão de forma real e jurídica.

O CC de 2002 (BRASIL, 2015b) elenca em seu art. 3º os chamados absolutamente incapazes:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;
II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

No que tange àqueles que são incapazes em razão do fator idade, compreende-se que estarão nesta condição por um lapso temporal. Esta incapacidade afeta todos os indivíduos que não completarem determinado número de anos em sua vida. Para os efeitos civis, é considerada “maior” a pessoa física com 18 anos de idade completos, sendo os com menos de 16 anos considerados absolutamente incapazes, conforme elencado no inciso I, do artigo 3º do CC (COELHO, 2006, p. 178).

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 140-141) dissertam que é através do processo de interdição, disposto nos artigos 1.177 a 1.186 do Código de Processo Civil, que a incapacidade é oficialmente reconhecida.

Complementa-se com os ensinamentos de Coelho (2006, p. 184):

A incapacidade com interdição tem causas diversas da insuficiência de idade legal. Nos casos desse gênero de incapacidade, o direito a suprime ou limita porque considera que a pessoa, pelo estado físico ou psíquico em que se encontra, é merecedora de proteção semelhante à liberada em favor

do menor impúbere (no caso de incapacidade absoluta) ou púbere (no de relativa). As enfermidades, deficiências ou vícios da pessoa impedem-na de defender seus interesses diretamente, tal como ocorre com os menores.

Ainda, vale citar que “a velhice não é causa de restrição da capacidade, ressalvada a hipótese de ele gerar um estado patológico, a exemplo da arteriosclerose” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 141).

Além disso, também é absolutamente incapaz aquele que possui qualquer tipo de enfermidade que comprometa a sua integridade psíquica, podendo gerar retardo mental, de modo a limitar ou impossibilitar a expressa manifestação de vontade que possa ser considerada válida, como exposto no inciso II do artigo supracitado. E, ainda, ressalta-se que “a insanidade mental deve ser permanente ou duradoura, já que eventuais estados transitórios da doença somente podem viciar os atos praticados durante sua duração” (LISBOA, 2002, p. 216).

No que diz respeito àqueles que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade, estes serão considerados também absolutamente incapazes, isso porque, ainda que não possuam qualquer tipo de doença ou deficiência, mas que se encontrem em estado de paralisia mental total ou temporária, estarão dentro do que dispõe o inciso III do art. 3º do CC.

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 141) explicam que este “é o caso do dependente tóxico que, sem haver evoluído ainda para um quadro clínico, esteja sob o efeito do entorpecente, estará privado totalmente de discernimento”.

O que torna o indivíduo incapaz de fato é a impossibilidade de poder manifestar a sua vontade. Diferente dos incapazes por tempo determinado, que se ocorrer manifestação de vontade, será então considerado absolutamente incapaz⁸ (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 142).

Sendo assim, absolutamente incapaz é o indivíduo que está restrito total e legalmente para o exercício de seus direitos e atos civis e jurídicos, devendo, portanto, como regra, ser representado por um terceiro para que o ato não seja considerado nulo.

⁸ “É o caso da pessoa que sofre um acidente de carro e está em coma (se essa situação se prolonga indefinidamente, por óbvio, o reconhecimento da incapacidade ainda mais se justifica). Mas, note: se há doença ou enfermidade mental privativa do discernimento, estar-se-á diante da hipótese do inciso II. E, se, por outro lado, embora permanente a patologia, o discernimento é apenas reduzido, mas não suprimido, verificar-se-á a hipótese de incapacidade relativa prevista no art. 4º, II do CC-02. Enfim, tudo dependerá da cuidadosa análise do caso concreto” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 142).

2.4 DAS PESSOAS RELATIVAMENTE INCAPAZES

A incapacidade relativa é aquela que restringe parcialmente o indivíduo no que tange ao exercício dos seus direitos, devendo ser assistido, e não representado, sob pena de anulabilidade do ato que foi realizado.

O CC de 2002 (BRASIL, 2015b) dispõe em seu art. 4º que são incapazes, relativamente, a certos atos ou à maneira de exercê-los:

Art. 4º [...]

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos

Diniz (2005, p. 171) aduz que a incapacidade absoluta é aquela que restringe totalmente o exercício do direito pelo incapaz, sendo que em caso de violação do preceito, o ato por este praticado será considerado nulo. Sendo assim, aqueles que são absolutamente incapazes possuem direitos, mas não podem exercê-los de forma direta e pessoalmente, devendo, portanto, estarem devidamente representados.

Gonçalves (2013, p. 120-121) explica que, diferentemente dos absolutamente incapazes, os relativamente incapazes são aptos ao exercício dos atos da vida civil, desde que estejam assistidos e, dependendo do ato, podem praticar sem a assistência do seu representante legal.

Ainda, sobre o assunto, Gonçalves (2013, p. 121) explica:

A incapacidade relativa permite que o incapaz pratique atos da vida civil, desde que assistido por seu representante legal, sob pena de anulabilidade (CC, art. 171, I). Certos atos, porém, pode praticar sem a assistência de seu representante legal, como ser testemunha (art. 228, I), aceitar mandado (art. 666), fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único), exercer empregos públicos para os quais não for exigida a maioridade (art. 5º parágrafo único, III), casar (art. 1.517), ser eleitor, celebrar contrato de trabalho, etc.

Posto isso, intitula-se que a idade é, de fato, o marco principal de definição da capacidade ou incapacidade do indivíduo, sendo também “um fator que suprime ou limita a capacidade de todas as pessoas físicas durante algum tempo de suas vidas” (COELHO, 2006, p. 164).

Entre 16 e 18 anos, o menor é relativamente incapaz. Sua opinião acerca da conveniência dos negócios jurídicos tem já alguma relevância. Se o jovem entender que não lhe convém praticar determinado negócio, ele verá respeitada pelo direito de opinião. Isso porque, sem exteriorizar sua concordância, nenhum ato ou negócio jurídico se pode praticar em nome dele. Não se vinculará, desse modo, a direito ou obrigação contra a sua vontade, ou a despeito dela. Quer dizer, mesmo que o assistente (pais ou tutor) esteja convencido da utilidade do negócio para o menor, não compartilhando da mesma opinião, nada se realizará (COELHO, 2006, p. 166).

Significa dizer que o menor de 18 e maior de 16 é apto e capaz o suficiente de praticar atos da vida civil, não sendo mais desprezada a sua vontade, pelo contrário, sendo atribuído ao ato praticado todos os efeitos jurídicos, desde que esteja corretamente assistido por representante legal (GONÇALVES, 2013, p. 122).

Doutro norte, ao que diz respeito aos relativamente incapazes elencados no inciso II do artigo supracitado, identificam-se apenas aqueles em que possuem impulsão irresistível para beber, ou seja, os denominados de alcoólatras ou dipsômanos, e ainda aqueles que são dependentes de substâncias entorpecentes, como os toxicômanos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 144-145).

Em relação aos indivíduos que não possuem total discernimento e, portanto, são considerados deficientes mentais, existe uma gradação para a referida debilidade, ou seja, aqueles que estiverem diante da privação total do discernimento necessário para praticar os atos da vida civil, serão considerados como absolutamente incapazes. Já aqueles que possuem apenas a redução do referido discernimento, serão considerados como relativamente incapazes (GONÇALVES, 2013, p. 124).

No que tange aos relativamente incapazes previstos no inciso III do art. 4º do CC, Gonçalves (2013, p. 124) explica que é excepcional todo indivíduo que possui alguma deficiência mental que confira à pessoa um índice de inteligência abaixo do normal, bem como aqueles que possuem deficiência física ou sensorial e, desse modo, encontram-se incapacitados de exercer atividades normais da mesma forma que as outras pessoas. Assim, complementa-se que relativamente incapaz é aquele que não possui completo desenvolvimento mental.

Destaca-se dos ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 146) que:

A previsibilidade de sua relativa incapacidade tem apenas o precípuo escopo de protegê-los, já que deverão praticar os atos jurídicos devidamente assistidos, sem prejuízo de sua salutar inserção no meio social, circunstância que deve ser sempre incentivada, até mesmo para o combate e a superação dos lamentáveis preconceitos ainda perceptíveis em parcelas da comunidade.

Se houver a privação total do discernimento pela deficiência, enquadrar-se-ão aos absolutamente incapazes, como ocorre com os excepcionais que não possuem o desenvolvimento mental completo (GONÇALVES, 2013, p. 125).

Portanto, o que difere de fato os absolutamente incapazes dos relativamente incapazes é que enquanto aquele está impedido de realizar diretamente os atos da vida civil, devendo, portanto, estar representado e acompanhado, este é considerado apto a realizar os atos da vida civil, precisando apenas estar assistido. Ainda, enquanto os atos realizados sem a devida representação pelos absolutamente incapazes serão considerados nulos, os realizados pelos relativamente incapazes serão considerados passíveis de anulação.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS REPRODUTIVOS

No decorrer de sua história, os direitos fundamentais foram surgindo com o objetivo de limitar o poder de intervenção do Estado, de modo a garantir aos cidadãos uma vida mais digna.

Com o passar dos tempos, vários foram os termos utilizados para fazer referência aos direitos fundamentais, todavia, a Constituição Federal de 1988 foi a pioneira na utilização do termo Direitos e Garantias Fundamentais como gênero, e as classificações como espécies de direito, subdivididas em direitos e deveres individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, bem como aqueles referente aos partidos políticos (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 262).

Doutro norte, no âmbito da filosofia, bem como no plano internacional, utiliza-se o termo “direitos humanos⁹”. Diferenciam-se porque os direitos fundamentais são aplicados aos direitos reconhecidos e positivados constitucionalmente, que se referem à pessoa humana, enquanto que os “direitos humanos” possuem relação com os documentos de caráter internacional, as quais reconhecem o indivíduo como ser humano, independente de qualquer escolha ou característica (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 262-263).

Conceituam-se, portanto, como direitos reconhecidos e positivados no âmbito dos direitos constitucionais, possuindo também grande relação com os chamados documentos internacionais, os quais reconheceram independente de qualquer vinculação, os valores universais inerentes ao ser humano, buscando sempre uma vida digna (SCHÄFER, 2001, p.26).

É possível definir direitos fundamentais como todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes

⁹ “[...] importa deixar aqui devidamente consignado o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais), compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, e “direitos fundamentais”, concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional. Da mesma fora, registra-se que não se cuida de noções reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões cada mais vez relacionadas entre si, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esfera distintas de posituação, cujas consequências praticas não podem ser desconsideradas” (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 265).

constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 283).

Queiroz (2002, p. 221) explica que eles objetivam, portanto, limitar o poder do Estado, visando a sua própria efetividade.

São também conceituados como direitos constitucionais públicos e subjetivos inerentes a cada indivíduo, possuindo como finalidade a aplicação de limites ao exercício do poder do estado em relação a liberdade individual de cada pessoa (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 46-47).

A dignidade da pessoa humana (artigo 1º) como “princípio constitucional supremo” apresenta-se como “fundamento” da sociedade político-estadual, isto é, como “norma fundamental” e como “direito fundamental”. Numa palavra, como “compromisso fundamental do Estado” (QUEIROZ, 2002, p. 221).

São direitos que o homem livre possui em relação ao Estado (BONAVIDES, 2006, p. 561).

Portanto, os direitos fundamentais são aqueles que protegem o indivíduo do poder de atuar com abusividade para com os cidadãos, garantindo uma melhor efetividade na proteção a uma vida melhor e digna para todos.

3.1 HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais derivam de modificações e avanços históricos, sociais, religiosos, econômicos e até mesmo políticos, os quais surgiram para possibilitar o controle do poder do Estado, garantindo melhores condições de vida aos indivíduos de cada sociedade.

Num primeiro momento, a história dos direitos fundamentais vem de encontro ao surgimento do Estado Constitucional Moderno, razão pela qual era reconhecida em sua concepção a proteção a dignidade da pessoa humana, bem como a proteção e efetivação dos direitos fundamentais do homem (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 266).

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de

modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por toda (BOBBIO, 2004, p. 5).

Silva (2008, p. 149) acrescenta que os direitos fundamentais são recentes e “estão longe de esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos”.

Foi na antiguidade que se iniciou o surgimento de alguns ideais dos direitos humanos, e na sequência fundamentais, onde, principalmente de encontro aos pensamentos filosóficos greco-romanos, constituíam a democracia defendendo um modelo livre do homem (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 267).

Do antigo testamento herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito a imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus) (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 267).

Com o intuito de poder viver em uma sociedade justa, sentiu-se a necessidade de criar meios capazes de proteger os direitos inerentes a cada indivíduo. Dessa forma, na sociedade primitiva, os bens eram expostos a todos os indivíduos de que deles necessitassem, fazendo existir a comunhão democrática de interesses (SILVA, 2008, p. 150).

Sobretudo, em meados do século XIII é onde encontramos não o primeiro, mas o principal documento, denominado como *Magna Charta Libertatum*, que fora devidamente firmada em 1215, o qual desencadeou o estudo dos direitos do homem e dos direitos fundamentais (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 268).

Sarlet, Mirinoni e Mitidiero (2014, p. 268) explicam que foi a partir do século XVI que iniciou-se o avanço do pensamento filosófico no que tange ao respeito dos direitos da pessoa humana, bem como para que houvesse o reconhecimento dos direitos individuais, inalienáveis e naturais do homem, sendo-lhe atribuído a titularidade de determinados direitos que tinham validade apenas na concepção de natureza, ficando ainda limitado aos poderes do soberano.

Nos séculos XVII e XVIII, foi por meio das teorias contratualistas que se enfatizou a ideia de que o Estado deve servir ao indivíduo, com o intuito de protegê-lo e garanti-lo vida digna (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 232).

Tais ideais foram também enfatizados na Declaração de Direitos da Virgínia e na Declaração Francesa, de modo a se presumir que o ponto crucial do desenvolvimento dos direitos fundamentais se deu em meados do século XVIII, com o *Bill of Rihts*, isso porque, positivou os direitos inerentes ao indivíduo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 232).

Na sequência, e não menos importante, tem-se a Declaração de Direitos da Inglaterra, também conhecida como *Petition of Rights*, bem como a Declaração de Direitos já mencionada, as quais reconheciam, para todos os cidadãos ingleses, direitos e liberdades. (SARLET; MIRINONI; MITIDIERO, 2014, p. 270).

A Revolução Americana, por sua vez, discorreu acerca do processo de independência, com a criação da primeira constituição no mundo, nominada como norte-americana de 1787, defendendo a liberdade pública em desencontro com o absolutismo do rei (RAMOS, 2014, p. 42).

Assim, editou-se a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia em 1776, que surgiu no Estado da Virginia, zelando prioritariamente o direito à liberdade, à vida, à segurança, à autonomia, à liberdade de religião, à liberdade de imprensa, ao direito de defesa, deixando clara a preocupação com a existência de um Estado democrático, visando, principalmente, a limitação dos poderes públicos perante a sociedade (SILVA, 2008, p. 154).

Na sequência, a Declaração da França (1789), denominada como Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, também reconheceu os direitos declarados pela Virginia, quais sejam à liberdade, igualdade, segurança a opressão, liberdade de religião, dentre outros (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 23-24).

Consagrou como principais os direitos considerados inatos a todos os indivíduos, com base na premissa de que “todos os homens nascem livres e com direitos iguais” (RAMOS, 2014, p. 43).

No século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa, representaram o instrumento de luta política da burguesia contra o Estado absolutista centralizador e os resquícios do feudalismo. Conclamavam a democracia, a educação, a liberdade, a igualdade e a fraternidade (BULOS, 2008, p. 405).

Foi após a inversão da tradicional relação que existia entre Estado e indivíduo que os chamados Direitos Humanos assumiram uma maior posição, ou

seja, primeiramente o indivíduo possui direitos e somente depois deveres perante o Estado, de modo que os deveres que o Estado possui com relação a cada indivíduo constituem o cuidado perante a sociedade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 232-233).

Em 1803 a Suprema Corte Americana consagrou a Constituição Federal como uma norma acima das demais, reconhecendo assim, os direitos fundamentais constantes no decorrer do texto constitucional (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p. 24)

A partir deste momento, iniciou-se o processo de universalização das declarações de direitos que defendiam que os direitos fundamentais deveriam ser aplicados e reservados a todos os indivíduos, bem como em todos os países¹⁰ (SILVA, 2008, p. 162).

Todavia, a carta da ONU nada mencionou acerca dos direitos que seriam considerados fundamentais, sendo, portanto, aprovada em 1948 a Declaração Universal de Direitos Humanos (Declaração de Paris), contendo em seu teor os direitos humanos que deveriam ser aceitos no plano internacional. Discorreu sobre os direitos como sendo políticos e liberdades civis, os quais agregavam o direito à vida, integridade física, igualdade, propriedade, liberdade de pensamento e religião, bem como liberdade de opinião; e os econômicos sociais e culturais englobavam os direitos a segurança social, ao trabalho, a liberdade de escolha da profissão, bem como a educação (RAMOS, 2014, p. 47).

Apesar da existência dos avanços históricos referentes aos direitos fundamentais constantes na Declaração Universal de Direitos Humanos, o que de fato chamou atenção foi a dificuldade de execução, bem como a ineficácia, isso porque, “não dispõe de um aparato próprio que a faça valer, tanto que o desrespeito acintoso e cruel de suas normas, nesse mais de meio século de sua existência, tem constituído uma regra trágica” (SILVA, 2008, p. 164-165).

¹⁰ “Um passo concreto foi dado quando os vinte e um países da América se reuniram em Chapultepec (México) no início do ano de 1945, firmando a tese de que um dos primeiros objetivos das Nações Unidas deveria ser a redação de uma carta dos direitos do homem. Daí que a Carta das Nações Unidas (26.6.45) ficaria impregnada da ideia do respeito aos *direitos fundamentais do homem* [...] Delineada na Carta das Nações Unidas, assim, a preocupação com os direitos fundamentais do homem, cumpria dar-lhe consequência sistemática, mediante a redação de uma *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Com esse propósito, criou-se, na ONU, uma Comissão dos Direitos do Homem, [...], várias questões teóricas se configuraram, como, por exemplo, se deveria ser uma Declaração ou uma Convenção, o que tinha importância para a sua maior ou menor efetividade, pois a primeira forma não dotava os instrumentos, segundo alguns, de força obrigatória. Foi, no entanto, a que prevaleceu.” (SILVA, 2008, p. 162-163).

Adotou-se, então, a utilização de pactos e convenções com o objetivo de suprir a não eficácia mencionada, garantindo, assim, a devida aplicação dos direitos fundamentais (SILVA, 2008, p. 165).

Dessa forma, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, quanto as demais Conferências demonstram a importância de serem assegurados os direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo por todos os países, efetuando o cumprimento das normas existentes e, portanto, a proteção dos direitos inerentes ao homem.

Importante discorrer acerca dos direitos fundamentais da primeira, segunda, terceira e quarta dimensões, os quais sofreram e ainda sofrem mutações, principalmente no que tange a titularidade, eficácia e aos meios de efetivação, visto que acompanharam os vários estágios da evolução do homem (SARLET, 1998, p. 46-47).

Os direitos de primeira dimensão são aqueles referentes à liberdade, tendo por titular o indivíduo, sendo também considerados direitos de resistência, ou ainda, de oposição ao Estado (BONAVIDES, 2006, p. 563-564).

Sarlet (1998, p. 49) complementa a ideia expondo que os direitos de primeira dimensão foram os primeiros a estarem dispostos legalmente, correspondendo aos direitos políticos e civis.

Ainda, extrai-se dos ensinamentos de Ramos (2014, p. 55) que os direitos de primeira dimensão podem ser chamados de direitos de defesa, isso porque, protegem o indivíduo em sua total autonomia.

A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos às prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera da autonomia do indivíduo. São denominadas também “direitos de defesa”, pois protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado, possuindo caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano (RAMOS, 2014, p. 55).

Estes direitos possuem uma relação de exclusão, justamente porque o Estado está impossibilitado de interferir em qualquer situação da vida pessoal do indivíduo, sendo, ainda caracterizado como direitos negativos por privilegiarem a omissão do Estado (SCHÄFER, 2001, p. 32).

No que tange aos direitos de segunda dimensão, são os direitos sociais, culturais econômicos, bem como os coletivos que nasceram interligados ao direito da liberdade (BONAVIDES, 2006, p. 564).

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado (SARLET, 1998, p. 49).

São denominados de direitos à igualdade, uma vez que o Estado deve proteger o cidadão, prestando os devidos serviços, com a finalidade de atingir a justiça social (SCHÄFER, 2001, p. 33).

Já os direitos de terceira dimensão, fazem referência àqueles que possuem como seus titulares a própria sociedade. Ramos (2014, p. 56) os classifica como “direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e em especial, direito ao meio ambiente equilibrado. São chamados de direitos de solidariedade”. Visa dar à coletividade os direitos a solidariedade e fraternidade não os direcionando apenas para um indivíduo.

Bonavides (2006, p. 569) acrescenta que os direitos de terceira dimensão referem-se a proteção não de apenas um indivíduo, mas sim da coletividade, ou de determinados grupos e, ainda, disserta:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto os direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinação o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.[...] Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Portanto, os direitos de terceira dimensão são aqueles que expõem a solidariedade humana, uma vez que são destinados a grupos de pessoas, melhor dizendo, a coletividade (SCHÄFER, 2001, p. 33).

No que toca a mencionada quarta dimensão, qual seja aquela referente aos direitos futuros advindos da globalização dos direitos fundamentais, cita-se os que se referem à democracia, informação e pluralismo, bem como à cidadania (SARLET, 1998, p. 571-572).

3.2 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais¹¹ são caracterizados como sendo universais e absolutos, históricos, inalienáveis e indisponíveis, concorrentes, imprescritíveis, irrenunciáveis e, ainda, possuem aplicação imediata, vinculação com os três poderes e estão devidamente expressos na constituição.

São ditos universais absolutos porque todo cidadão é titular de direito fundamental. Todavia, ressalta-se que existem direitos que são dispostos para apenas uma classe em específico, como por exemplo, os trabalhadores (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 240).

Possuem característica de historicidade, porque com o passar do tempo foram sendo transformados (SILVA, 2008, p. 181).

No mesmo sentido, extrai-se dos ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 241) que “o caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo”.

Caracterizam-se quanto a sua inalienabilidade e indisponibilidade, justamente por não serem passíveis de negociação, visto que não se tratam de patrimônio-econômico, sendo, portanto, inatos aos indivíduos (SILVA, 2008, p. 181).

E, ainda, porque por privilegiarem a coletividade, o indivíduo não pode fazer com eles aquilo que achar melhor ou certo (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 242).

São concorrentes porque uma mesma pessoa pode exercer mais de um direito fundamental concomitantemente, e imprescritíveis, porque não se perdem

¹¹ Tendo como base a Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais são classificados e definidos em 5 grupos, quais sejam: os direitos Individuais e coletivos dispostos no art. 5º; na sequência os direitos sociais nos arts. 6º e 193; os direitos à nacionalidade e direitos políticos nos arts 12, e. 14 a 17 e por fim, os direitos solidários elencados nos arts. 3º e 225. “A classificação que decorre do nosso Direito Constitucional é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela” (SILVA, 2008, p. 182).

com o passar do tempo, podendo serem exigidos no momento em que forem violados (SILVA, 2008, p. 181).

Silva (2008, p. 180) ainda acrescenta que o instituto da prescrição somente atinge os direitos patrimoniais, e não os personalíssimos, como é o caso dos direitos fundamentais, que por poderem ser exercidos a qualquer tempo, não recebem qualquer intercorrência temporal.

A irrenunciabilidade, como o próprio nome já diz, ainda que o direito fundamental não seja exercido pelo indivíduo, o mesmo não pode renunciar dele, uma vez que se trata de direito constitucional (SILVA, 2008, p. 181).

Ainda, possuem característica constitucional porque estão elencados no ordenamento jurídico vigente, construindo, então, padrões de limitação dos poderes constituídos. Sendo assim, a realização dos atos dos poderes pública está intrinsecamente ligada a efetivação dos direitos fundamentais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 244-245).

Portanto, por estarem os direitos fundamentais devidamente contidos na Constituição Federal, são direitos inerentes ao indivíduo, que não desaparecem com o tempo, e estão disponíveis a todos de que deles necessitarem.

3.3 DOS DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS REPRODUTIVOS E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR (LEI 9.263/96)

A religião cristã e católica é definida como empecilho ao desenvolvimento dos direitos reprodutivos no Brasil, que, desde os primórdios, entendia que a mulher tinha que servir ao marido, não podendo negar qualquer gravidez, independente do tempo que tivesse passado do nascimento do último filho (VENTURA, 2009, p. 28).

Segundo Ventura (2009, p. 28-29), no século XX houve o reconhecimento da mulher no rol dos possibilitados a exercerem profissão, bem como direito à maternidade. Contudo, no Código Penal de 1940, não se permitiu a interrupção da gravidez a não ser em casos extremos e devidamente comprovados. Todavia, no CC de 1916, a mulher foi colocada em uma situação de desigualdade referente o homem, considerando-o como o “chefe” da casa, ressaltando mais uma vez o papel de cuidadora do lar para a mulher, considerada relativamente incapaz, e de administrador da casa para o homem.

Os direitos sexuais e os direitos reprodutivos surgiram através de movimentos feministas que trouxeram como meio de conquista a discussão acerca da saúde sexual, bem como a reprodução humana, possuindo como objetivo a definição dos direitos reprodutivos não só como meio de funcionamento do sistema reprodutivo, mas reconhecer como sendo um direito ligado a satisfação sexual de cada indivíduo, levando ainda em consideração a segurança a autonomia sobre a decisão de reprodução (BRAUNER, 2003, p. 8-9).

Foram discutidos e declarados como direitos humanos pela ONU desde o ano de 1948 sendo, portanto, considerados direitos universais, porque estão ligados com os seres humanos desde o nascimento, interdependentes, porque são conectados com os demais direitos que norteiam os seres humanos e, por fim, indivisíveis já que são vividos conjuntamente e integralmente (VENTURA, 2009, p. 19).

O que se tem, é que de fato, foi em 1968, na Conferência Internacional dos Direitos Humanos, que a reprodução humana foi discutida como um meio de preocupação (BERCUÓ, 2003, p. 154).

Brauner (2003, p. 12) acrescenta que foi na Conferência do Cairo em 1994, onde foram abandonados os índices demográficos, dando mais atenção ao que, de fato, protegia a saúde sexual e os direitos reprodutivos dos indivíduos.

Foram, também, incorporados na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo e na VI Conferência Mundial sobre a Mulher em Pequim¹² onde foram devidamente reconhecidos como direitos reprodutivos que devem ser devidamente protegidos como bens jurídicos (VENTURA, 2009, p. 37).

O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, em 1994, no Cairo, enfatizou que “os programas de planejamento familiar devem ter como meta dar condições aos casais e indivíduos para decidirem livre e responsabilmente quantos filhos terão e

¹² “O documento de Pequim, da IV Conferência Mundial da Mulher, enfatiza a importância de garantir os direitos de autonomia e autodeterminação, igualdade e segurança sexual e reprodutiva das mulheres - que afetam diretamente sua saúde sexual e reprodutiva - como determinantes para a efetivação dos Direitos Reprodutivos para o segmento feminino. [...] A importância dos documentos resultantes das Conferências Internacionais realizadas no Cairo e em Pequim, para a agenda dos direitos humanos, foi o reconhecimento da sexualidade e da reprodução como bens jurídicos merecedores de proteção e promoção específicas, em prol da dignidade e do livre desenvolvimento humano. Os documentos do Cairo e de Pequim, ao reafirmarem o dever dos Estados na promoção, inclusive, da saúde sexual, independentemente da saúde reprodutiva, como integrante não só do direito à saúde, mas de outros direitos individuais e sociais fundamentais para o exercício da sexualidade e reprodução, vêm favorecendo à ampliação gradativa do conteúdo desses direitos, inclusive, dos direitos sexuais” (VENTURA, 2009, p. 37-39).

qual será o intervalo entre cada um, tendo as informações e os meios para tanto, e assegurar escolhas instruídas e disponibilizar uma variação ampla de métodos seguros e eficazes” (COOK; DICKENS; FATHALLA, 2004, p. 322).

O que se emprega com ambas as conferências é a proteção da saúde reprodutiva. Discorrem acerca de meios que o governo pode utilizar para o cumprimento da política pública com a devida adequação dos direitos à igualdade de gênero, liberdade e, ainda, a segurança da pessoa, sem que haja qualquer diferenciação no tratamento de saúde (BUGLIONE, 2002, p. 19).

Ao reconhecer a importância da autodeterminação reprodutiva individual e o direito de acesso a serviços de saúde reprodutiva que são essenciais para a autodeterminação, as Conferências reconhecer que o respeito pela consciência e pelas convicções religiosas individuais contribui para o bem estar do indivíduo (BUGLIONE, 2002, p. 21).

Estes são direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, assim como o direito à vida, liberdade, igualdade (SÃO PAULO, 2003, p. 4).

Os direitos reprodutivos não são somente aqueles que dizem respeito a proteção da reprodução, mas, sim, aqueles que cercam os direitos humanos, que priorizam o poder de escolha do indivíduo, a satisfação da vontade (VENTURA, 2009, p. 19).

Compreendem ainda como direito reprodutivos, o direito de poder escolher se quer ou não ter filhos, quantos e até mesmo o intervalo entre eles, direito aos meios capazes de prevenir uma gravidez indesejada, e até mesmo o poder manifestar sua sexualidade sem qualquer repreensão ou discriminação (SÃO PAULO, 2003, p. 5).

O principal aspecto que define os direitos reprodutivos é que eles são, de fato, direitos humanos, os quais correspondem a garantias fundamentais para todos os indivíduos sem que haja qualquer tipo de discriminação (VENTURA, 2009, p. 35).

Englobam os direitos sexuais, o livre direito de poder manifestar a sexualidade sem sofrer com qualquer tipo de discriminação, o direito de escolher o companheiro sexual, o direito de decidir sobre sua vontade de manter ativa a vida sexual, ou ainda, ter acesso as informações referentes a saúde sexual, bem como aos meios contraceptivos (SÃO PAULO, 2003, p.4)

Segundo Brauner (2003, p. 13), A CRFB, em seus arts. 1º e 3º, protege também o que engloba os direitos sexuais e direitos reprodutivos, isso porque, referem-se ao princípio da dignidade da pessoa humana o qual engloba o dever do Estado em garantir vida digna a todos os indivíduos, bem como promover o bem sem qualquer meio de distinção.

Ainda, incorpora-se ao direito a igualdade entre homens e mulheres, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como os demais artigos que direta ou indiretamente fazem referência ao direito à saúde, à família, à criança e ao adolescente e estão, ao mesmo tempo, ligados aos direitos sexuais e direitos reprodutivos (BRAUNER, 2003, p. 13-14).

Estão enquadrados nos direitos humanos de terceira dimensão, sucedendo aqueles que se referem à liberdade e a igualdade do indivíduo (BERCUÓ, 2003 p. 136).

Nesse sentido, Ventura (2009, p. 29) ensina:

A efetivação dos Direitos Reprodutivos envolve assegurar direitos relativos à autonomia e autodeterminação das funções reprodutivas, que correspondem às liberdades e aos direitos individuais reconhecidos nos Pactos e Convenções de Direitos Humanos e na lei constitucional brasileira. E direitos de dimensão social, como aqueles relativos à saúde, educação, segurança, que têm como finalidade proporcionar as condições e os meios necessários para a prática livre, saudável e segura das funções reprodutivas e da sexualidade. Nesse sentido, a atual concepção dos Direitos Reprodutivos não se limita à simples proteção da procriação humana, como preservação da espécie, mas envolve a realização conjunta dos direitos individuais e sociais referidos, por meios de leis e políticas públicas que estabeleçam a equidade nas relações pessoas e sociais neste âmbito.

A tomada de decisão sobre reprodução cabe ao indivíduo maior e capaz¹³, que pode decidir sobre si mesmo (PARREIRA, 1986, p. 100).

Todavia, o direito ao planejamento familiar somente foi devidamente incorporado e, portanto, reconhecido no sistema jurídico brasileiro, com o advento da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 226, §7º¹⁴ (BRAUNER, 2003, p. 14).

¹³ “[...] o interessado deve ter acesso à informação fidedigna sobre o uso de todos os métodos anticoncepcionais, com suas vantagens e desvantagens e, no caso de esterilização voluntária, ter conhecimento da irreversibilidade e riscos da intervenção cirúrgica” (PARREIRA, 1986, p. 100).

¹⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o

Explica-se planejamento familiar como sendo a autonomia do casal em decidir quantos e qual o momento em que quer ter filhos (MARINO, 2008, p. 105).

O Planejamento Familiar foi regulamentado pela Lei nº 9.263, de 12/01/96, que regulamenta o parágrafo 7º do artigo 226 da CRFB/88, constituiu políticas capazes de possibilitar aos homens e mulheres a faculdade de escolher se querem ou não ter filhos, quando querem e quantos querem, não podendo o Estado interferir ou estabelecer qualquer tipo de limite dentro da autonomia de cada indivíduo. Ainda, disponibilizou os métodos contraceptivos com a finalidade de diminuir os índices de doenças bem como de gestações indesejadas (BRAUNER, 2003, p. 15).

A Conferência de Cairo disciplinou acerca do direito de decidir sobre o número de filhos que se deseja ter, qual o momento certo, e sobre como obter informações para poder decidir sem qualquer possibilidade de sofrer discriminações (VENTURA, 2009, p. 36).

O planejamento familiar também é amparado pelo CC (BRASIL, 2015b), em seu art. 1.565, §2, o qual dispõe que “[...] é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

A lei nº 9.263/96 é composta por três capítulos. O primeiro disciplina acerca do planejamento familiar, o segundo sobre os crimes e as penalidades aplicáveis e o terceiro sobre disposições gerais.

No que toca ao Planejamento Familiar¹⁵, entende-se que é direito de todo e qualquer cidadão, vale dizer que é o direito do casal, decidir se desejam ou não ter filhos, quantos, quando, e até mesmo a diferença de idade entre eles. Deste modo, o Estado é quem detém o poder de criar políticas públicas de reprodução humana capazes de gerir a saúde sexual e reprodutiva dos indivíduos que compõem uma sociedade, disponibilizando o acesso a meios contraceptivos, preservando os direitos fundamentais (BRAUNER, 2003, p. 16).

exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 2015a).

¹⁵ Sob a designação de planejamento familiar está implícita a ideia de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização e de todos os outros meios que agem diretamente sobre as funções reprodutoras do homem e da mulher e, especialmente, sobre a saúde de ambos (BRAUNER, 2003, p. 15).

Moraes (2010, p. 35) considera fundamental o direito à vida, já que precede a existência, bem como o exercício dos demais direitos.

Assim, devidamente disposto na CRFB/88, bem como na Lei nº 9.263/96, o planejamento familiar mostra ser uma maneira de controle de natalidade, bem como um meio de planejamento e decisão, não só dos casais, mas também do indivíduo, acerca da quantidade de filhos que se quer ter e até mesmo o seu intervalo de tempo.

3.4 APONTAMENTOS ACERCA DA LEI Nº 13.146 DE 06 DE JULHO DE 2015

Sancionada em 06 de julho de 2015, a Lei nº 13.146 instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência visando proteger dignamente esses indivíduos e, mais do que tudo, incluí-los socialmente. O que de fato se nota, é que com a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ocorreram algumas alterações relacionadas ao atual ordenamento jurídico, principalmente no que tange à conceituação e classificação de pessoa com deficiência.

O CC consagra em seus arts. 3º e 4º os indivíduos considerados absolutamente e relativamente incapazes¹⁶.

Todavia, extrai-se do art. 2º da Lei nº 13.146/15 (BRASIL, 2015d), a definição de “pessoa com deficiência”:

Art.2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

¹⁶ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (BRASIL, 2015b)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo

IV - os pródigos (BRASIL, 2015b).

Diante disso, observa-se que o Estatuto, não mais classifica a pessoa com deficiência como sendo incapaz. Explica-se que quando entrar vigor, apenas o indivíduo que possui impedimento de longo prazo será considerado civilmente incapaz, conforme acima demonstrado (art. 2º da Lei 13.146/15).

No mesmo norte, observa-se que os arts. 6º e 84 deixam claro que a deficiência não mais afetará a capacidade do indivíduo para dispor acerca dos atos da vida civil¹⁷.

No que tange as disposições que vão em desencontro ao que consta no CC de 2002, o estatuto passa a não incluir instantaneamente no rol dos incapazes aqueles que possuem algum tipo de transtorno mental, visando prioritariamente a inclusão desses indivíduos, bem como um tratamento igualitários aos demais perante a sociedade.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015d) traz em seu capítulo II o Direito à Igualdade e à Não Discriminação, de modo que todos os deficientes sejam tratados da mesma maneira que qualquer outro indivíduo, bem como que não lhe seja negado qualquer tipo de oportunidade.

Extrai-se dos arts. 84, §1º e 85, §1º, da referida lei (BRASIL, 2015d), que a pessoa com deficiência passa a ter o direito de exercer a sua capacidade legal de maneira igual às demais pessoas. No que se refere a curatela, esta passa a ser utilizada de modo extraordinário, ou seja, somente no que diz respeito aos aspectos patrimoniais e não mais a certas determinações dos atos da vida civil do deficiente, mantendo sob seu próprio controle atos que implicam diretamente, ou indiretamente, em sua existência, tais como o direito ao seu corpo, à saúde, ao voto, ao casamento, dentre outros.

¹⁷ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

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

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2015d).

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015d).

Assim, conforme disposto no art. 84, § 2º do Estatuto e art. 1.783-A, do CC a pessoa com deficiência é considerada legalmente capaz, ainda que para atuar na vida social necessite de institutos protetivos como o da curatela e da tomada de decisão apoiada.

Ainda, consagra no capítulo IV, os Direitos Fundamentais inerentes à pessoa com deficiência, sendo eles: o direito à vida, à habitação, à saúde, à educação e à moradia, os quais vão de encontro com o que já é constitucionalmente protegido (BRASIL, 2015d).

O Estatuto também tornou o deficiente capaz de atuar como testemunha sem distinção das demais pessoas (art. 114, §2º), bem como de decidir se quer casar ou não, de modo a deixar claro que a deficiência não pode ser considerada causa que afete a plena capacidade civil do indivíduo (art. 6º) (BRASIL, 2015d).

Por fim, em seus demais capítulos, e de encontro ao disciplinado no texto constitucional, o Estatuto defende aos deficientes o direito ao trabalho, à assistência social, à previdência social, à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer, ao transporte e a mobilidade, à acessibilidade, à informação, à comunicação, à tecnologia, à participação na vida pública e política, bem como à justiça (BRASIL, 2015d).

4 DA ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA EM INCAPAZES: ANÁLISE DO ACORDÃO Nº 2010.073543-4 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

A legalização da esterilização no Brasil foi possível após o advento da Constituição Federal de 1988, onde considerou prioritariamente a família como sendo a formadora da estrutura da sociedade¹⁸, de modo que a liberdade levantada pelos princípios da dignidade da pessoa humana e o da paternidade responsável seja protegida pelo próprio Estado responsável (MALUF, 2010, p. 152).

Tal prática encontra-se cada vez mais presente em nosso dia a dia, sendo caracterizada pela utilização de técnica, cirúrgica ou não, pelo qual um indivíduo (homem ou mulher) se torna infértil definitivamente e irreversivelmente¹⁹ (MALUF, 2010, p. 147).

Esta técnica é utilizada, principalmente, como meio de controle de natalidade, onde o médico responsável pela realização da prática cirúrgica, com intuito de evitar futura gestação, fecha as trompas de modo que espermatozóide não alcance ao óvulo, deixando, portanto, de ocorrer a fecundação. No homem é realizada a esterilização por meio da vasectomia (MALUF, 2010, p. 147).

Dispõe o art. 10, §4º da Lei do Planejamento Familiar que “A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia” (BRASIL, 2015d).

Papaleo (2000, p. 227) preleciona, ainda, que “[...] há de ver a saúde sob a ótica, não apenas da consideração do indivíduo e seu bem-estar, mas ainda da

¹⁸ Vale lembrar que a gravidez de alto risco se destaca entre os mais significativos estímulos dos programas de planejamento familiar e de saúde materno-infantil. É impossível apartar, em sentido amplo, a ideia do planejamento familiar correspondente à sanidade da própria família, com respeito a seus direitos e deveres, não apenas intrínsecos, mas ainda relativos ao equilíbrio social, inseparáveis e higidez da familiar e a sanidade social, pois a família interessa vivamente a saúde pública. Não há de ser a esterilização medida isolada, mas criteriosamente incluída em planos mais vastos, menos de asseguramento do status quo que de retificação de suas viciosas contradições. A família se afirma no resguardo de seus direitos. O problema da esterilização é de trato delicado (PAPALEO, 2000, p. 227).

¹⁹ Diante do exposto, pode-se concluir que, com o passar dos anos, a esterilização humana teve seu enfoque mudado. Não se fala mais, hoje em dia, em esterilização com objetivos eugênicos ou punitivos, mas sim em esterilização com fins terapêuticos e contraceptivos. É de conhecimento geral que a esterilização voluntária é o método de contracepção mais utilizado no mundo, sendo certo que muitos países já adaptaram suas legislações nesse sentido, tendo em vista considerá-la como um direito do indivíduo ao próprio corpo (MALUF, 2010, p.152)

família no contexto social e econômico, aspectos indissociáveis de correta conceituação”.

Nesse sentido, extrai-se dos ensinamentos de Parreira (1986, p. 100):

A decisão sobre ter ou não filhos é do âmbito de pessoa maior e capaz sobre si mesma e como tal, está fundada no Direito da Personalidade [...] o interessado deve ter acesso à informação fidedigna sobre o uso de todos os métodos anticoncepcionais, com suas vantagens e desvantagens e, no caso de esterilização voluntária, ter conhecimento da irreversibilidade e riscos da intervenção cirúrgica.

Portanto, a prática da esterilização poder servir para o controle de natalidade, bem como para gerar um conforto para aquele que não deseja ter filhos. A esterilização cirúrgica pode ser substituída pela utilização de métodos contraceptivos que podem gerar o mesmo conforto.

4.1 DOS MÉTODOS CONTRACEPTIVOS

A escolha do método contraceptivo deve variar com o estágio da vida em que encontram, do padrão sexual, da fertilidade de ambos, do conhecimento do método e, até mesmo, de princípios religiosos (FREITAS *et al*, 2001, p. 239).

Em relação aos métodos anticoncepcionais, estes podem ser divididos em hormonal (hormonal injetável ou hormonal injetável trimestral) e métodos de barreira.

Primeiramente, menciona-se que é muito utilizado o método de abstinência periódica ou comportamental, mais conhecido como natural ou tabelinha. É a abstinência periódica pelo período compreendido em quatro a cinco dias de menstruação e mais cinco a dez dias considerados de período fértil, não sendo tal método considerado tão eficaz visto que depende de um mero controle do período fértil da mulher (FREITAS *et al*, 2001, p. 239).

O mecanismo contraceptivo hormonal oral é conhecido como a pílula anticonceptiva que deve ser ingerida inicialmente no quinto dia do ciclo menstrual, podendo ser ingerida pelo período de 21 a 28 dias. Sua função é exercida por meio do impedimento da ovulação, atuando também em outros sítios do sistema reprodutor (OLIVEIRA, 2001, p. 415).

Sobre o assunto, Marino (2008, p. 106) acrescenta que as pílulas anticoncepcionais “dividem-se em monofásicas (todos os comprimidos tem a mesma dosagem de medicamento), bifásicas (duas dosagens diferentes na cartela) e trifásicas (três dosagens)”.

A utilização do contraceptivo oral tem se tornado muito eficaz, visto que exerce função primordial de proteção para evitar uma gravidez indesejada (BEREK, 2008, p. 210).

Ainda, com a utilização do hormônio oral os ciclos menstruais se tornam mais regulares, com o conseqüente alívio da tensão pré-menstrual, menor risco de aparecimento de doenças inflamatórias pélvicas nas mulheres, diminui, ainda, o risco de gravidez ectópica, a proporção de realização de cirurgias para retirada de cistos ovarianos, bem como o risco de câncer endometrial. Há, também, uma considerável melhora na pele e cabelos da mulher, como controle da acne e seborreia (OLIVEIRA, 2001, p. 410-415).

Figura 1 – Pílula anticoncepcional



Fonte: <http://vidadejovem.com.br/bem-estar/tire-duvida-emendar-cartelas-d-pilula-anticoncepcional-prejudica-saude/> Acesso em: 13 out. 2015.

No que tange aos hormônios injetáveis, que podem ser classificados em injetáveis mensais e trimestrais, vale frisar que este método contraceptivo está intimamente ligado ao bloqueio da ovulação, atuando na modificação do muco cervical de modo a impedir a passagem dos espermatozoides. Desse modo,

contrário à pílula, os hormônios injetáveis deixam o ciclo menstrual bastante irregular, além de causar consecutivos sangramentos (OLIVEIRA, 2001, p. 422-423).

Outro método contraceptivo bastante utilizado são os chamados métodos de barreira, que se subdividem em preservativo, diafragma, geleias espermicidas e coito interrompido.

Berek (2008, p. 196-197) explica que o preservativo é um dos métodos mais antigos capaz de prevenir as doenças sexualmente transmissíveis. Antigamente eram feitos de intestino de animais, sendo que hoje o material mais utilizado para a produção dos mesmos é o látex, e existe tanto na versão masculina (figura 2), quanto na feminina (figura 3), sendo que este último consiste numa bolsa vaginal de material poliuretano, capaz de prevenir, assim como o masculino, tanto uma gravidez indesejada quanto as doenças sexualmente transmissíveis, incluindo o HIV.

Figura 2 – Preservativo masculino



Fonte: <<http://vidadejovem.com.br/bem-estar/tire-duvida-emendar-cartelas-d-pilula-anticoncepcional-prejudica-saude/>> Acesso em: 13 out. 2015

Figura 3 – Preservativo Feminino



Fonte: http://www.bonde.com.br/?id_bonde=1-34--36-20120618> Acesso em: 13 out 2015

Em relação ao diafragma, Berek (2008, p. 197) explica que consiste em uma “mola circular recoberta por borracha de látex fina” e, além disso, ressalta-se que existem vários modelos de diafragmas no mercado, contudo, a sua utilização deve ser recomendada e acompanhada por um médico especialista.

Figura 4 - Diafragma



Fonte: <http://www.adolescencia.org.br/site-pt-br/diafragma>> Acesso em: 13 out 2015

Freitas *et al* (2001, p. 240) discorrem acerca dos meios de utilização do diafragma, bem como alertam para a baixa eficácia na prevenção de futuras gestações:

Quando bem colocado não é percebido e nem atrapalha o ato sexual. Não pode ser utilizado em casais que têm relação sexual imprevista. O diafragma deve ser colocado algumas horas antes da cópula. Algumas mulheres usam o diafragma todas as noites. A remoção deve acontecer 6 a 8 horas após o coito. Se acontecer uma segunda relação em pouco tempo, deve ser colocada uma dose adicional de geléia espermicida, sem remover o diafragma. Tradicionalmente, é aparelho de baixa eficácia e utilizado por casais que tem intenções de ter mais filhos, apenas querem espaçar as gestações.

A geleia espermicida, por sua vez, não é muito utilizada, promovendo apenas uma maior lubrificação para as mulheres que possuem pouca, porém não fornece proteção contra as doenças sexualmente transmissíveis. De mesmo modo é o que se tem a respeito do coito interrompido, pois depende de um controle de ambos os parceiros no momento do ato sexual (FREITAS *et al*, 2001, p. 240).

Outro método contraceptivo de barreira que possui alta eficácia na prevenção da gravidez é o dispositivo intrauterino, que pode ser encontrado em vários modelos. No Brasil, o mais encontrado é aquele feito em cobre e em formato de “T”, também chamado “DIU”. Ele age de modo a interferir no processo reprodutivo da mulher (OLIVEIRA, 2001, p. 444).

Figura 5 – Dispositivo Intrauterino



Fonte: <http://www.meuanticonepcional.com/tag/dispositivo-intra-uterino-hormonal/>
Acesso em: 13 out 2015.

O DIU pode ser utilizado por qualquer mulher que, devidamente informada por um médico, tenha o desejo de utilizar de algum método contraceptivo. O referido dispositivo pode ser retirado a qualquer momento. Pode ser inserido somente em mulheres que tenham plena certeza de que não estão grávidas (OLIVEIRA, 2001, p. 444-445).

Ele age por meio do desenvolvimento de uma “espuma biológica”, liberando determinada quantidade de metal no organismo da mulher, de modo a causar uma reação inflamatória que impedirá a fecundação, possuindo, assim, um benefício primordial e uma excelente contracepção, diminuindo os índices de gravidez (BEREK, 2008, p. 199-200).

Menciona-se, ainda, como métodos contraceptivos, a ligadura de trompas e a vasectomia, ambos realizados por meio cirúrgico e devem ser devidamente indicados por médico, bem como devidamente regulamentados pela Lei nº 9.263/96 que discorre acerca do Planejamento Familiar (FREITAS *et al*, 2001, p. 241).

Seja como forma de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, ou para evitar uma gravidez indesejada, vários são os métodos contraceptivos que podem ser utilizados antes mesmo de alguma intervenção cirúrgica no indivíduo.

4.2 DOS PROCEDIMENTOS E REQUISITOS PARA REALIZAÇÃO DA ESTERILIZAÇÃO

A esterilização possui como objetivo o emprego de técnicas, cirúrgicas ou não, capazes de impedir uma futura gravidez (CHAVES, 1994, p. 100).

No século III, a esterilização (também chamada de castração) era utilizada para fins religiosos, evitando a perpetuação da espécie, de modo a não cometerem o pecado da carne mantendo intacta a castidade, ou seja, nas palavras de Diniz (2002, p. 142):

Na era Medieval, até o século XVIII, castravam-se os adolescentes da Capela Sistina para manter o tom contralto de suas vozes. O mais célebre desses cantores mutilados foi Carlo Broschi, cujo canto mavioso chegou a curar melancolia de Felipe V. da Espanha. Voltaire insurgiu-se contra essa prática para evitar a degeneração da espécie.

No ano de 1779 utilizou-se da esterilização não só para fins terapêuticos, mas também para não deixar que algum tipo de doença mental se propagasse,

tentando, assim, degenerar o que era chamado de raça. Também fora utilizada como meio de diminuir o instinto sexual de criminosos sexuais (DINIZ, 2002, p. 142-143).

Em 1885, utilizou-se de tal método para coibir a procriação de pessoas que, naquela época, eram consideradas perversas e embrutecidas. Na sequência, em 1889, realizou-se a primeira cirurgia de vasectomia, caracterizando-o como marco inicial das permissões para a esterilização (CHAVES, 1994, p. 100-101).

A esterilização pode ser classificada em eugênica, cosmetológica, terapêutica e de controle da natalidade. A eugênica é definida como aquela que foi utilizada em vasta escala no século XX para dar fim à expansão de doenças hereditárias e transmissíveis. Foi também utilizada para combater o trabalhador que era considerado inválido ou inútil e, ainda, como meio de prevenção do cometimento de crimes sexuais de maneira recorrente (CHAVES, 1994, p. 100-108).

Complementa com este entendimento os ensinamentos de Maluf (2010, p. 148):

A esterilização eugênica tem por finalidade impedir a transmissão de doenças hereditárias indesejáveis, a fim de evitar prole inválida ou inútil, bem como para prevenir a reincidência de pessoas que cometerem crimes sexuais. Ela foi utilizada em larga escala no século XX, sendo que alguns países lançam mão de tal procedimento até hoje.

No que se refere à esterilização cosmetológica, esta é aquela destinada a satisfazer algumas necessidades de aparência ligadas a mulher. Possui o condão de evitar uma futura gravidez, não sendo precedida de qualquer argumento médico fazendo menção ao estado de saúde do indivíduo. Já a esterilização terapêutica é uma forma de esterilização que necessita de dois atestados médicos distintos, autorizando realizar a esterilização no indivíduo com base em um estado de necessidade ou legítima defesa (MALUF, 2010, p. 149).

Por outro lado, a esterilização para fins de controle da natalidade é aquela que visa limitar a reprodução, tendo em vista a condição socioeconômica da pessoa. Importante frisar que nem todos os países utilizam este tipo de esterilização (CHAVES, 1994, p. 106).

Quanto à diferença de ambos os tipos de esterilização, Maluf (2010, p. 150) discorre:

Distingue-se neste sentido a esterilização necessária da esterilização voluntária. No primeiro caso, há indicação para sua prática como salvaguarda da mãe ou do neonato; nos casos em que há risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto (situação esta que deve estar previamente testemunhada em relatório escrito e assinado por dois médicos), é permitida a esterilização independentemente da idade da mulher ou do número de filhos do casal. A lei não contempla a hipótese de esterilização necessária para homens. A esterilização voluntária somente é permitida a homens e mulheres capazes, maiores de 25 anos de idade ou que, pelo menos, já tenham dois filhos vivos.

No que tange às situações em que é permitida a esterilização, estes se encontram dispostos no artigo 10, da Lei nº 9.263/96 (BRASIL, 2015c), a qual rege o §7º, do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil/1988, e que segue na íntegra:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei. (BRASIL, 2015c).

Assim, no que tange aos requisitos para deferimento jurídico de realização de esterilização compulsória, estes se encontram amparados no §6º do art. 10 supracitado, dispondo que somente poderá ocorrer mediante autorização

judicial, regulamentada na forma da Lei. Além disso, para que seja possível a realização de esterilização cirúrgica em incapaz, necessário se faz um pedido de autorização judicial devidamente fundamentado, conforme disposto no referido §6º do artigo 10.

Infere-se do mesmo dispositivo que para que não seja elencando como crime de lesão corporal, e para que se possa realizar a esterilização, é necessário o consentimento do paciente, de acordo com o § 1º, do referido artigo.

Entretanto, a expressão de vontade só pode ser conferida por aquele que seja considerado plenamente capaz de exercer os atos da vida civil (VENOSA, 2013, p. 144).

Extrai-se do §1º, do artigo 10, da Lei de Planejamento Familiar (BRASIL, 2015c), que é condição para o deferimento ou não da realização da esterilização, a expressão de vontade devidamente registrada e firmada, bem como a indicação da referida prática por dois médicos, os quais já tenham alertado o responsável dos riscos e da impossibilidade de reverter o ato.

Sendo assim, para se possa realizar a esterilização compulsória em incapaz, necessário se faz um pedido de autorização judicial, por parte de familiar ou representante legal do incapaz, sendo tal pedido analisado pelo Magistrado competente, autorizando ou não, mediante o cumprimento dos requisitos constantes na Lei do Planejamento Familiar.

4.3 ANÁLISE DO ACÓRDÃO DE Nº 2010.073543-4, PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

No presente tópico, analisar-se-á o acórdão de nº 2010.073543-4²⁰, o qual refere-se a uma Apelação Cível, julgada pela Segunda Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, tendo como presidente e relator o Desembargador Nelson Schaefer Martins, e possuindo como objetivo dirimir acerca do deferimento de esterilização compulsória na interdita J.S.P., conforme ementa:

PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ESTERILIZAÇÃO DE INCAPAZ AJUIZADO POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO A PEDIDO DE CURADORA. INTERDITA QUE SOFRE DE RETARDO MENTAL MODERADO E QUE APRESENTA LIBIDO ACENTUADA.

²⁰ O referido acórdão segue na íntegra em anexo (Anexo A).

DIFICULDADE DE ADMINISTRAÇÃO DE MÉTODOS CONTRACEPTIVOS. PROCEDIMENTO DE LAQUEADURA QUE SE MOSTRA RECOMENDÁVEL AO CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.073543-4, de Garopaba, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 26-05-2011) (SANTA CATARINA, 2015).

Em primeiro grau, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina pleiteou autorização judicial para realização de intervenção cirúrgica para esterilizar a interdita J.S.P. devidamente representada por sua mãe e curadora, sob o fundamento de que J.S.P. corria o risco de sofrer com uma gravidez indesejada, em razão de seu comportamento e do pouco discernimento para cuidar de si.

Todavia, o pleito deixou de ser acolhido sob o fundamento de que existem outros métodos contraceptivos capazes de controlarem a situação da interdita, sendo negado, portanto, o pedido de intervenção cirúrgica (SANTA CATARINA, 2015). Vejamos:

[...] acredito que uma medida mais salutar e menos gravosa seria fornecer à incapaz anticoncepcionais, seja aqueles em forma de comprimido, ou outros como DIU ou injeções. Até mesmo os comprimidos poderiam ser ministrados pela própria curadora, como faz com outros medicamentos, conforme informado pela incapaz durante seu interrogatório. (SANTA CATARINA, 2015).

Observa-se que, no que se refere ao pleito de intervenção cirúrgica na incapaz J.S.P., a Magistrada de primeiro grau adotou como razão de decidir a utilização dos mais variados métodos contraceptivos que existem, conforme abordado no segundo capítulo do presente trabalho, bem como levou em consideração os direitos da personalidade da pessoa humana, ou seja, o direito de dispor à vida, ao próprio corpo, decidindo sobre a sua integridade física, valendo-se do princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, ao decidir apenas pela utilização de tais métodos, deixou de levar em consideração o risco à vida da incapaz, uma vez que já tenha sofrido atos libidinosos por parte do motorista que a levava para a APAE, bem como os riscos de uma futura gestação indesejada, conforme elucida o art. 10 da Lei do Planejamento Familiar.

Inconformado com a decisão de primeiro grau, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação cível, em desfavor de sentença prolatada pela Juíza de Direito Dra. Claudia Margarida Ribas Marinho, visando o bem de J.S.P., devidamente representada por sua mãe e também

curadora, sob o fundamento de que a interdita corria o risco de sofrer com uma gravidez indesejada, em razão de seu comportamento e do pouco discernimento para cuidar de si (SANTA CATARINA, 2015).

Observou-se que, J.S.P. nasceu em 13 de agosto de 1935, tendo sido declarada absolutamente incapaz no ano de 2008, conforme declarações médicas, as quais atestaram que a mesma possui retardo mental moderado (CID 10 F71²¹) (SANTA CATARINA, 2015).

Verificou-se, ainda, que a interdita frequenta a APAE – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais, tendo sido observado alguns comportamentos concernentes a falta de discernimento necessário para as questões relacionadas a vida sexual e reprodutiva, tendo sido realizado um estudo pela própria psicopedagoga da APAE, tendo esta discorrido acerca do comportamento teimoso da interdita, bem como agressivo para com os seus colegas, sendo que muitas vezes, quando repreendida por algum ato errôneo, se auto agredia, chegando muitas vezes a sangrar (SANTA CATARINA, 2015).

Extrai-se do acórdão alguns pontos acentuados pela psicopedagoga quando da confecção do relatório supra mencionado:

[...] é teimosa e tem muita dificuldade de controlar seus impulsos. Assim que começou a frequentar a escola, agredia os colegas com chutes, tapas e beliscões, quando repreendida se auto-agredia até sangrar sua pele.

[...]

Além de não controlar sua fala, [...] também apresenta libido acentuada, sendo necessária supervisão/vigilância constante, pois quando tem oportunidade ela assedia rapazes com gestos e toques. [...]

Diante destes fatos, já foram realizadas várias orientações à família quanto à conduta da aluna, no entanto estamos encontrando dificuldade considerável quanto ao cumprimento da mesma. (SANTA CATARINA, 2015)

Consta no corpo do acórdão que a mãe da interdita declarou²² para o Ministério Público que muitas vezes a interdita foge de casa, motivo pelo qual fica preocupada, pois a incapaz possui corpo esbelto e pode chamar a atenção de pessoas mal intencionadas (SANTA CATARINA, 2015).

²¹ CID 10 F71 é uma das Classificações Internacionais de Doenças para doenças mentais (BRASIL, 2015e).

²² A genitora e curadora, por sua vez, afirmou em declaração prestada ao representante do Ministério Público da comarca de Garopaba que "ela não mantém relacionamento sexual, pelo que a declarante tem conhecimento, mas às vezes foge de casa e vem para o centro da cidade, causando tal fato receio à declarante, já que ela tem um corpo bonito e pode chamar a atenção de homens mal intencionados" (SANTA CATARINA, 2015)

Ressalta-se, ainda, que de acordo com o disposto no acórdão (SANTA CATARINA, 2015), o motorista que levava J.S.P. para a APAE, foi denunciado criminalmente pela prática de atos libidinosos²³ contra a mesma.

Consignou o relator presidente do acórdão em análise que, por não poder ser revertida a incapacidade de J.S.P., a mãe ficaria incumbida de cuidar e administrar por tempo indeterminado do meio contraceptivo escolhido. Frisou, ainda, que conforme demonstrado pela psicopedagoga, a incapaz possui personalidade infantil, sendo que muito vezes, quando não quer algo, apresenta também, comportamento agressivo (SANTA CATARINA, 2015).

Por fim, ressaltou a importância de prevenir J.S.P. de uma gravidez indesejada, a qual seria reconhecida como ato criminoso contra incapaz, conhecendo e provendo o recurso, com a finalidade de autorizar a intervenção cirúrgica em J.S.P. por meio de laqueadura, sob o argumento de que mostra ser o método mais adequado para o caso em questão (SANTA CATARINA, 2015)

Verifica-se que no decorrer do acórdão, o Vogal posicionou-se de acordo com a situação familiar, social e econômica que rodeiam a incapaz, levando em consideração não só os possíveis riscos à sua vida, mas também aqueles provenientes de uma possível gestação indesejada, visando a proteção da sua saúde.

Além do mais, verificou pelo comportamento da incapaz ser o método mais indicado, isso porque, conforme relatado, muitas vezes J.S.P. saiu de casa sem avisar sua genitora, fazendo com que esta não tivesse controle sobre os seus atos. Dessa maneira, decidindo sob esse aspecto, o Relator priorizou a proteção à vida e a saúde da incapaz.

Como bem abordado no segundo capítulo do presente trabalho, a lei do planejamento familiar, elucida, em seu art. 10º, §6º, já citado, que a esterilização em pessoa incapaz poderá ser deferida somente judicialmente, desde que devidamente comprovado risco à vida da incapaz, bem como deve estar devidamente atestada por dois médicos que, de fato, a intervenção cirúrgica é o meio mais adequado de proteção e garantia de vida digna ao indivíduo.

Dessa forma, verifica-se, conforme abordado no presente trabalho, que existem vários métodos contraceptivos que poderiam ter sido utilizados pela incapaz,

²³ Frisa-se, portanto, que uma eventual gravidez de J.S.P. seria caracterizada como ato criminoso contra incapaz, sendo-lhe autorizada a realização de procedimento pra abortar o feto.

J.S.P. Todavia, constatou-se que o Vogal decidiu no sentido de não restar dúvidas quanto ao devido controle, prezando pela proteção à vida e à saúde da incapaz.

Sendo assim, proferindo decisão autorizando judicialmente a esterilização de J.S.P. com base nos dados e fundamentos apresentados, o desembargador, deixou de levar em consideração os direitos da personalidade abordados no primeiro capítulo do presente trabalho.

5 CONCLUSÃO

Os direitos da personalidade e os direitos fundamentais possuem alta relevância porque tendem a sempre proteger o indivíduo em sua integralidade, seja por algum dano que possa sofrer, ou ainda, por qualquer limitação que possa sofrer.

O que se verifica é um aumento de pedidos judiciais para realização da esterilização compulsória, por parte do curador enquanto responsável por todos os atos da vida civil daquele que possui absoluta ou relativa incapacidade, sob a alegação de proteção à vida e à saúde do incapaz.

Isso porque, por confiarem mais facilmente nas pessoas que lhes dão atenção, por não possuírem a educação sexual necessária, ou ainda, por não aceitarem este tipo de educação, os absolutamente/relativamente incapazes tornam-se mais propensos ao abuso sexual, podendo ser coagidas ao silêncio, ou estarem a par de uma gravidez indesejada.

O Planejamento Familiar é considerado um direito constitucional que busca auxiliar aqueles que desejam constituir uma família, pré-determinando a quantidade de filhos que querem ter, bem como o espaço de tempo entre eles, e o momento adequado. Ademais, ainda dentro do âmbito do planejamento familiar, o Estado – por disposição legal – é quem deve disponibilizar o método contraceptivo ideal para cada pessoa.

O ato de esterilizar possui como finalidade tornar alguém infértil, seja por meio de intervenções cirúrgicas, ou não, impedindo assim, a fecundação e uma futura gravidez.

Assim, embora seja discutível dentro do ordenamento jurídico, a esterilização compulsória de incapaz é tratada como algo violador dos direitos da personalidade, dos direitos fundamentais, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, talvez como um receio de que se retornem certas políticas públicas ocorridas, por exemplo, na Alemanha Nazista, já é possível encontrar diversos posicionamentos jurisprudenciais que versam sobre a aceitação e a possibilidade de realização da esterilização em incapaz.

Posto isso, conclui-se que a esterilização mostrou ser, no presente caso, o meio mais adequado de proteção da vida daquele que não possui o discernimento necessário para governar a sua vida, quem dirá a de um possível filho, estando clara

a impossibilidade de melhora do seu quadro comportamental, estando, ainda, de acordo com o que preceitua a Lei do Planejamento Familiar.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. **Direito Civil: Introdução e Teoria Geral**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BERCUÓ, Elza. **Sexo E Vida: Panorama da saúde reprodutiva no Brasil**. São Paulo: Unicamp, 2003.

BEREK, Jonathan S.; NOVAK, Edmund R. **Berek & Novak tratado de ginecologia**. 14. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 19 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 set. 2015a.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 out. 2015b.

_____. 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/l9263.htm>. Acesso em: 01 set. 2015c.

_____, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 06 out. 2015d.

_____. Ministério da Saúde. Portal da Saúde: DATASUS. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID 10**. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>> Acesso em: 20 out. 2015e.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUGLIONE, Samantha (Org). **Reprodução e Sexualidade: Uma questão de direito**. Porto Alegre: Themis, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COOK, Rebecca J.; DICKENS, Bernard M.; FATHALLA, Mahmoud F. **Saúde Reprodutiva e Direitos Humanos, integrando medicina, ética e direito**. Rio de Janeiro: Cepia, 2004.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIWAN, Pietra. **Raça Pura: Uma história da eugenia no Brasil e no mundo**. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2013.

FREITAS, Fernando; MENKE, Carlos Henrique; RIVOIRE, Waldemar; PASSOS, Eduardo Pandolfi. **Rotinas em Ginecologia**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil parte**. Parte Geral. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. Os direitos da personalidade. *In*: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, Bráulio Lisboa. **Direitos de personalidade: Inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8073-8072-1-PB.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINO, Flávia Fairbanks Lima de Oliveira. **Principais Temas em Ginecologia para Concursos Médicos**. São Paulo: Medcel, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Hildoberto Carneiro; LEMGRUBER, Ivan. **Tratado de Ginecologia da Febrasg**. Rio de Janeiro: Revinter, 2001.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PARREIRA, Jandira Grandisoli. Aspectos Legais da Esterilização Voluntária. *In: Revista de Direito Civil*. vol. 44, São Paulo, 1986.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

REUTERS, Thomson. Direitos de Personalidade. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 83, p.263-284, abr. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

SÁ, Maria de Fátima Pereira de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 2010.073543-4. Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Nelson Schaefer Martins. Julgado em: 26 mai. 2011. Garopaba/SC. **Jurisprudência Catarinense**. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAOTZuAAE&categoria=acordao> Acesso em: 16 set 2015.

SÃO PAULO. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Direitos Sexuais e Reprodutivos**. 1 ed. jun. 2003. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/Direitos%20Sexuais%20e%20Reprodutivos.pdf>> Acesso em: 01 ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2014.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. Brasília: DUO Design, 2009. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2014.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos Fundamentais: Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ANEXO (S)

ANEXO A – APELAÇÃO CÍVEL Nº 2010.073543-4, DO TJSC

Apelação Cível n. 2010.073543-4, de Garopaba

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ESTERILIZAÇÃO DE INCAPAZ AJUIZADO POR REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO A PEDIDO DE CURADORA. INTERDITA QUE SOFRE DE RETARDO MENTAL MODERADO E QUE APRESENTA LIBIDO ACENTUADA. DIFICULDADE DE ADMINISTRAÇÃO DE MÉTODOS CONTRACEPTIVOS. PROCEDIMENTO DE LAQUEADURA QUE SE MOSTRA RECOMENDÁVEL AO CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.073543-4, da comarca de Garopaba (Vara Única), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e interessada J. S. P., representada por sua curadora V. S. P.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da Lei.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs apelação cível contra a sentença da lavra da Juíza de Direito Dr^a. Cláudia Margarida Ribas Marinho, da comarca de Garopaba que, ao analisar pedido de autorização judicial para esterilização de incapaz, indeferiu-o.

O apelante asseverou, em síntese, que: a) a interdita J. S. P. é absolutamente incapaz por sofrer de retardo mental moderado, conforme está comprovado por decisão em ação de interdição n. 167.05.003226-2, em que fora nomeada sua mãe como curadora; b) a favorecida teria libido acentuada e necessitaria de supervisão constante; c) a laqueadura seria a medida mais indicada para o caso pois os demais métodos contraceptivos disponíveis seriam de difícil administração à incapaz pela curadora; d) a eventual gravidez, resultante de ato criminoso, causaria maiores

danos à incapaz enquanto que o procedimento pleiteado está previsto na Lei n. 9.263/1996, que trata do planejamento familiar; e) a legislação autorizaria a realização de aborto em caso de gravidez resultante do crime estupro mas a cirurgia de esterilização seria menos gravosa.

O Ministério Público, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti, opinou pelo provimento do apelo para que se defira o pedido (fls. 52/57).

VOTO

Trata-se de pedido de autorização judicial para esterilização de incapaz formulado pelo representante do Ministério Público na comarca de Garopaba em favor de J. S. P., representada por sua mãe e curadora V. S. P., sob o argumento de que a interdita corre o risco de uma gravidez indesejada em razão do seu comportamento e da sua falta de discernimento relacionada à sua sexualidade.

A sentença indeferiu o pedido por entender que existem outros métodos contraceptivos mais adequados a controlar a situação que não submeteriam a incapaz a procedimento cirúrgico.

A Constituição da República prevê:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Lei n. 9.263/1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição da República, por sua vez, determina:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

[...]

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da

Lei.

No caso concreto, J. S. P. nasceu em 13.08.1985 (fl. 09) e teve sua incapacidade declarada por sentença datada de 22.01.2008 (fl. 12) diante de comprovado retardo mental moderado – CID 10 F71 (fl. 16).

A interdita frequenta a sede da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE da comarca de Garopaba, local em que foram identificadas atitudes que revelam sua ausência de discernimento no tocante a ações relacionadas com a sexualidade.

O relatório escolar confeccionado pela Psicóloga e pela Pedagoga da instituição mencionou:

[...] é teimosa e tem muita dificuldade de controlar seus impulsos. Assim que começou a frequentar a escola, agredia os colegas com chutes, tapas e beliscões, quando repreendida se auto-agredia até sangrar sua pele.

[...]

Além de não controlar sua fala, [...] também apresenta libido acentuada, sendo necessária supervisão/vigilância constante, pois quando tem oportunidade ela assedia rapazes com gestos e toques. [...]

Diante destes fatos, já foram realizadas várias orientações à família quanto à conduta da aluna, no entanto estamos encontrando dificuldade considerável quanto ao cumprimento da mesma. (fl. 07).

A genitora e curadora, por sua vez, afirmou em declaração prestada ao representante do Ministério Público da comarca de Garopaba que *"ela não mantém relacionamento sexual, pelo que a declarante tem conhecimento, mas às vezes foge de casa e vem para o centro da cidade, causando tal fato receio à declarante, já que ela tem um corpo bonito e pode chamar a atenção de homens mal intencionados"* (fl. 06).

Em 01.09.2010 o Ministério Público ofereceu denúncia criminal contra antigo motorista que transportava J. S. P. até a instituição de ensino que frequenta, acusado da prática de atos libidinosos com a jovem (fls. 42/45).

Verifica-se pelos elementos dos autos que os temores de uma gravidez indesejada, caso J. S. P. seja vítima de violência sexual, são presumíveis.

A sentença consignou:

[...] acredito que uma medida mais salutar e menos gravosa seria fornecer à incapaz anticoncepcionais, seja aqueles em forma de comprimido, ou outros como DIU ou injeções. Até mesmo os comprimidos poderiam ser ministrados pela própria curadora, como faz com outros medicamentos, conforme informado pela incapaz durante seu interrogatório. (fl. 30)

Ocorre que a utilização dos métodos contraceptivos disponíveis atualmente requer uma forma de disciplina e de compreensão que estão além da realidade da interdita, que inclusive apresenta *"comportamento infantilizado, quando contrariada ou propriamente quando solicitada alguma atividade que não deseja efetuar"*, conforme relatório elaborado por pedagoga e psicóloga da Escola Especial Renascer mantida pela APAE de Garopaba, em 13.06.2005 (fl. 07).

Não é possível crer que sua curadora poderá zelar pelos interesses da incapaz por prazo de tempo indefinido. Ademais, a incapacidade de J. S. P. não é passível de reversão, de forma que perdurará por toda sua vida adulta, submetendo-a à possibilidade de vir a apresentar uma gravidez indesejada.

Acerca do tema, colhe-se precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo em Apelação Cível n. 267.501.4/0, de Vargem Grande do Sul, rel. Des. Ruitter Oliva, Nona Câmara de Direito Privado, j. 10.06.2003:

MENOR – PORTADORA DE "SÍNDROME DE DOWN" -
LIBIDO EXACERBADA – AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA DE
ESTERILIZAÇÃO NEGADA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE
RECOMENDAM A MEDIDA - RECURSO PROVIDO.

A conjunção carnal com alienada mental configura em tese, o crime de estupro e, se nesse caso, a lei autoriza o mais, ou seja, a interrupção da gravidez, não há razão para se negar o menos, ou seja, a cirurgia para esterilização.

Colhe-se trecho do r. acórdão:

[...] A apelante insiste na concessão de alvará autorizando sua filha menor a submeter-se a cirurgia de esterilização.

A menor é portadora de "Síndrome de Down" (fls. 9) e a prova pericial constatou que "apresenta um quadro de retardo mental" (...) "associado a aumento da libido, tendo um maior risco de ser explorada ou sofrer abuso sexual, havendo indicação para esterilização definitiva" (fls. 18).

A literatura médica aponta que é comum em pessoas portadoras de distúrbios dessa espécie ter a libido exacerbada.

É evidente que a mãe, que trabalha, não pode exercer vigilância contínua, e por isso mesmo a menor pode se ver exposta a relacionamento sexual, inclusive com pessoas que mal conhece, e que pode resultar em gravidez de homem que não pode ser identificado.

Examinando caso parelho, este Colendo Tribunal assentou que a conjunção carnal com alienada mental configura, em tese, o crime de estupro e, se nesse caso, a lei autoriza o mais, ou seja, a interrupção da gravidez, não há razão para se negar o menos, ou seja, a cirurgia para esterilização. [...]

Ressalta-se que uma eventual gravidez de J. S. P. seria caracterizada como

ato criminoso contra incapaz, sendo-lhe autorizada a realização de procedimento pra abortar o feto.

Logo, diante da comprovação de que a realização de cirurgia de laqueadura apresenta-se como o método contraceptivo mais indicado ao caso concreto, acolhe-se a pretensão ministerial.

DECISÃO

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Izidoro Heil e Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 26 de maio de 2011.

Nelson Schaefer Martins
PRESIDENTE E RELATOR