

AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS ATOS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO

Carolina Vasques Sampaio*
Joyceane Bezerra de Menezes**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 A pessoa com deficiência psíquica e intelectual como agente capaz: da condição de objeto de proteção a sujeito de direitos; 3 A autonomia para dispor do corpo; 4 Análise de casos envolvendo a violação da autonomia corporal da pessoa com deficiência; 5 Conclusão; Referências.*

RESUMO: Trata da autonomia da pessoa com deficiência para as decisões que impactam o próprio corpo. Considerando que tais pessoas são iguais em direito e dignidade, têm reconhecida a sua personalidade e possuem a capacidade civil para decidir sobre questões existenciais, dentre as quais, os atos de disposição sobre o corpo. Não é a deficiência que mitiga a capacidade para decidir e sim eventual ausência do discernimento necessário à prática da escolha. Em outras palavras, a deficiência deixa de ser o critério balizador para determinar a capacidade da pessoa com deficiência. Aborda a disciplina jurídica da deficiência e os seus impactos da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei nº13.146/2015) no Direito Civil. Por meio dessa plataforma de direitos, a pessoa com deficiência logra o reconhecimento de sua autodeterminação para realizar suas escolhas mais impactantes a sua pessoa, incluindo-se aquelas que interferem no corpo. Diante disso, observa-se a relevância da temática ao abordar a capacidade da pessoa com deficiência para a prática dos atos civis e ao reconhecê-la em igualdade com as demais pessoas, com isso, objetivando sua inclusão na sociedade através da adoção de mecanismos que assegurem sua autonomia.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com deficiência; Disposição do próprio corpo; Autodeterminação.

AUTONOMY OF THE DISABLED PERSON AND THE ATTACHMENTS OF THE SELF-BODY

ABSTRACT: This article deals with the autonomy of the person with disability for decisions that impact their own body. Considering that these people are equal in Law and dignity, their personalities have been recognized and they have the civil

* Advogada na área de Direito Civil. Mestre em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza- Unifor, Brasil. E-mail: carolinavasques@gmail.com

** Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Docente titular da Universidade de Fortaleza no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito; Docente adjunto da Universidade Federal do Ceará - Faculdade de Direito (Departamento de Direito Privado).

capacity to decide about existential questions, such as the acts of disposition of their body. It is not the disability that mitigates the capacity to decide, but the eventual absence of the necessary discernment to the practice of choice. In other words, disability ceases to be the defining criterion for determining the capacity of the disabled person. This paper addresses the legal discipline of the disability and its impacts of the Convention about the Rights of the Person with Disabilities and the Statute of the Disabled Person (Law number 13.146 / 2015) in Civil Law. Through this platform of rights, the person with disability achieves the recognition of their self-determination to make their most impactful choices, including those that interfere with their own body. In this context, the relevance of the issue is addressed by addressing the capacity of the disabled person to practice civil acts and recognizing them in equality with other people, aiming at their inclusion in society through the adoption of mechanisms that ensure their autonomy your choices most impacting your person, including those that interfere with the body.

KEY WORDS: Person with disability; Disposition of the own body; Self-determination.

AUTONOMÍA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO

RESUMEN: Se trata de la autonomía de la persona con discapacidad para las decisiones que afectan al propio cuerpo. Considerando que tales personas son iguales en derecho y dignidad, han reconocido su personalidad y poseen la capacidad civil para decidir sobre cuestiones existenciales, entre las cuales, los actos de disposición sobre el cuerpo. No es la deficiencia que mitiga la capacidad para decidir, sino la eventual ausencia del discernimiento necesario para la práctica de la elección. En otras palabras, la deficiencia deja de ser el criterio indicador para determinar la capacidad de la persona con discapacidad. Aborda la disciplina jurídica de la discapacidad y sus impactos de la Convención sobre los Derechos de la persona con discapacidad y el Estatuto de la persona con discapacidad (Ley no.13.146 / 2015) en el Derecho civil. A través de esta plataforma de derechos, la persona con discapacidad logra el reconocimiento de su autodeterminación para realizar sus elecciones más impactantes a su persona, incluyendo aquellas que interfieren en el cuerpo. Frente a ello, se observa la relevancia de la temática al abordar la capacidad de la persona con discapacidad para la práctica de los actos civiles y al reconocerla en igualdad con las demás personas, objetivando su inclusión en la sociedad a través de la adopción de mecanismos que aseguren su autonomía sus opciones más impactantes a su persona, incluyendo aquellas que interfieren en el cuerpo.

PALABRAS CLAVE: Persona con discapacidad; Disposición del propio cuerpo; Autodeterminación.

INTRODUÇÃO

Reconhecer a autonomia da pessoa com deficiência para assuntos relacionados ao corpo perpassa a mudança na abordagem da própria deficiência, ao longo da história. Até bem recentemente seria impensável atribuir esse poder de decisão às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. Durante muito tempo, a pessoa com deficiência foi excluída da sociedade e marginalizada porque a sua condição era motivo de repúdio, de discriminação ou de pena.

O Código Civil brasileiro de 1916 trazia a expressão “loucos de todo gênero”⁰³, abrangendo nessa expressão toda e qualquer modalidade de sofrimento psíquico. Não havia preocupação em catalogar a “doença” mental, porque todas seriam reduzidas à ideia de loucura e, conseqüentemente, de desatino, alheamento. Não se observava a pessoa, mas um diagnóstico qualquer que pudesse ser relacionado à loucura.

Após a Segunda Guerra Mundial e em razão das graves violações aos direitos humanos, sobretudo aquelas associadas ao regime nazifascistas, dedicou-se maior atenção à pessoa, fazendo emergir o princípio da dignidade da pessoa humana como um valor fundante das constituições que a partir de então se promulgavam e dos documentos internacionais sobre direitos humanos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 apôs o princípio da dignidade da pessoa humana logo no seu artigo 1º, III⁰⁴, como fundamento do Estado; como substrato dos direitos fundamentais (art.5º., caput) e como objetivo da ordem econômica (art.170). Por meio da Constituição da República, o constituinte afirmou a valorização da pessoa na ordem pública e privada bem como o predomínio das situações jurídicas existenciais frente às patrimoniais.

Para além da tutela do ser humano, o direito destaca uma proteção à pessoa, qualificada por sua singular subjetividade. Abandona a ideia abstrata do sujeito de direito, participa de uma relação jurídica, para observar e promover a pessoa humana *in concreto*, sujeito de carne, com todas as suas vicissitudes.⁰⁵

⁰³ Artigo 5º do Código Civil 1916: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da via civil: II- os loucos de todo o gênero.

⁰⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

⁰⁵ Rodotá (2014, p. 143-144): “Se produce, pues, la transición del individuo a la persona, del sujeto de derecho al sujeto ‘de carne’ que permite dar progresiva relevancia al ‘destino de socialización’ de la persona y al ‘destino de naturaleza’ de su organismo.”

Nesse aspecto é que confere maior destaque às situações existenciais quando em confronto com as situações patrimoniais.⁰⁶ Estas, aliás, passam a ser funcionalizadas em face daquelas.⁰⁷

Qualificando a dignidade da pessoa humana enquanto um valor jurídico fundamental, a tutela de minorias, anteriormente ignoradas ou ofuscadas pelas limitações pertinentes à sua condição, se considerada no conjunto dos atores sociais, passou a ser promovida de um modo mais específico. No curso do século XX, negros, mulheres, crianças e indígenas lograram uma proteção específica por meio de documentos internacionais sobre direitos humanos. Em seguimento, o século XXI traz o destaque protetivo às pessoas com deficiência. Toda essa proteção especial, tendente a identificar a pessoa em sua diversidade vai provocar mudanças significativas na ordem jurídica interna brasileira.

Tocante as pessoas com deficiência, diversos documentos foram elaborados no intuito de protegê-las e lhes assegurar direitos. Contudo, o mais significativo para os fins da presente análise foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas. Com o objetivo de promover a inclusão e igualdade da pessoa com deficiência, propõe-se uma nova forma de abordagem da própria deficiência. Já não se conceitua a deficiência como uma característica de anormalidade intrínseca ao sujeito, mas como o produto da interação entre uma limitação natural da pessoa e as diversas barreiras impostas pela própria sociedade. Assim, impõe-se aos Estados signatários o dever de mitigar tais barreiras, acolher a pessoa com deficiência e procurar firmar pontes que favoreçam o exercício da sua capacidade e autonomia.

Tendo como referência a Convenção, foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei n° 13.146/2015, que alterou significativamente o Código Civil brasileiro. Uma dessas mudanças se deu no regime das incapacidades, pois eliminou qualquer referência à deficiência dos critérios de modulação da capacidade. Tal qual estabeleceu a CDPD, no art.12, o EPD (art.6°) reconhece a capacidade civil da pessoa com deficiência em igualdade com as demais. Destacou, no plano da capacidade, a

⁰⁶ De acordo com Perlingieri (2007, p. 106): “A situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais. No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário.”

⁰⁷ RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela e da curatela no sistema jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Direito das Famílias por juristas brasileiras. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 645-646.

importância das decisões pertinentes aos assuntos existenciais, na medida em que vetou a incidência da curatela sobre questões relacionadas ao casamento, à saúde, ao corpo etc (art.85).

É no tocante ao reconhecimento da pessoa com deficiência como um sujeito autônomo que se analisa a sua liberdade para decidir sobre assuntos relacionados ao próprio corpo. Sabe-se que o artigo 13º do Código Civil brasileiro determina restrições à disposição do corpo a toda e qualquer pessoa. Ao mesmo tempo, porém, o corpo pode ser reconhecido como uma matéria-prima a modelar, uma expressão da identidade.⁰⁸ Nesse contexto, o direito à autonomia, à identidade, corolários da dignidade da pessoa humana, passam a confrontar a lei civil. Mas o manejo sobre o próprio corpo é ilimitado até para os fins de construção da identidade? Ademais, não são raros os casos em que a disposição do próprio corpo está correlacionada aos aspectos pertinentes à saúde. Como se resolve o confronto entre as decisões relacionadas à saúde e os impactos no próprio corpo? E quando a disposição sobre o corpo afetar a saúde? Todas essas decisões, de cunho eminentemente existencial, tocam interesses igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico. Mas, se é para fazer prevalecer a autonomia do sujeito na escolha do que se entende ser melhor para si, exige-se que, na tomada dessa decisão, a pessoa tenha a capacidade de entender e querer os seus efeitos e consequências.

Os limites da autonomia corporal são discutidos em meio a “uma complexa relação entre as intervenções jurídicas protetivas e as restritivas”.⁰⁹ De um lado, reconhecendo a autonomia e, de outro, exaltando uma normatização paternalista que visa à proteção da pessoa em face dela mesma. Não raro, entende-se que uma alteração mais significativa do próprio corpo pode, em si, representar uma falta de bom juízo. Quando a decisão vier da parte de alguém que já possui uma deficiência intelectual ou psíquica, irrompe-se a pré- compreensão de que tal escolha não é madura e sensata.

Feitas essas considerações, visa o presente texto analisar a autonomia da pessoa com deficiência para os atos de disposição do próprio corpo por meio do reconhecimento da capacidade de autodeterminação para a prática de atos dessa natureza. Justifica-se a importância de tratar dessa temática pelo avanço no tratamento dado à pessoa com deficiência visando a sua inclusão na sociedade por meio da realização de mecanismos que possibilitem o exercício da sua autonomia e

⁰⁸ LE BRETON, David. *Adeus corpo. Antropologia e sociedade*. Campinas: Papyrus, 2003, p. 30.

⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamis. *Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo*. *Pensar, Fortaleza*, v.19, n.3, p. 779-818, set/dez. 2014, p.781.

assegurem seus direitos.

Para tanto, o texto se subdivide em três partes. Na primeira parte apresenta-se a pessoa com deficiência como um sujeito de direitos e não um mero objeto de proteção, seguindo a abordagem da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas e da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa, lei nº 13.146/15. Na segunda parte trata-se da autonomia existencial, com destaque para a capacidade de autodeterminação corporal da pessoa com deficiência intelectual e psíquica. Por último, analisam-se duas decisões judiciais, ambas originárias do Estado de São Paulo, nas comarcas de Cotia e Amparo, respectivamente, sobre esterilização compulsória da pessoa com deficiência psíquica e intelectual.

2 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA E INTELECTUAL COMO AGENTE CAPAZ – DA CONDIÇÃO DE OBJETO DE PROTEÇÃO A SUJEITO DE DIREITOS

A passagem da pessoa com deficiência da condição de mero objeto de proteção para sujeito de direitos perpassa vários estágios de abordagem das deficiências que, para os efeitos deste artigo, serão resumidos em apenas três. Em um primeiro estágio que coincide com o período da Antiguidade clássica e Idade Média, a deficiência era abordada pelo modelo de prescindência. Como o nome anuncia a deficiência era compreendida em total repúdio. Explicava-se a sua origem ou causa por meio de uma perspectiva mística ou religiosa, como uma espécie de castigo ou maldição. Tanto por isso, quanto pela imprestabilidade da pessoa com deficiência para as tarefas da vida social, justificava-se a sua prescindência. A consequência disso era rejeitar, dispensar, repudiar esse indivíduo, fosse pela prática da eugenia ou pela marginalização.¹⁰

Superado este primeiro estágio, surgiu o segundo, denominado “modelo reabilitador” ou modelo médico, segundo o qual a deficiência teria origem em razões de natureza científica. Já não se explicava como um resultado de uma maldição, mas como uma anomalia genética que mereceria a atenção da medicina. Assim, o objetivo principal da medicina seria o de buscar a normalização da pessoa por meio

¹⁰ PALACIOS, Agustina. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cermi, 2007, p.13-14.

da habilitação ou reabilitação à vida social.

Este modelo se consolidou entre o início do século XX e final da Primeira Guerra Mundial, especialmente para responder às necessidades das inúmeras pessoas mutiladas pelas guerras.¹¹ Porém, do mesmo modo que se reportavam a este contingente, também se buscava resolver o problema das pessoas com deficiência. Abordava-se a deficiência como se fosse uma doença, passível de tratamento e cura. Não se reportava à deficiência como um problema da sociedade, mas um infortúnio individual da pessoa que, em virtude dela, seria incapaz de enfrentar a sociedade.¹²

O terceiro modelo de abordagem nasce em consonância com os direitos humanos, trata-se do modelo social tal qual evocado pela Convenção supracitada. Seu grande diferencial está em expandir o conceito de deficiência para além das limitações que sofre a pessoa. Dispõe que a deficiência resulta da interação entre as limitações intrínsecas à pessoa e as diversas barreiras impostas pela sociedade. Por meio dessa nova compreensão, a sociedade é que precisa se reabilitar, pela eliminação das barreiras, a fim de acolher a pessoa com deficiência.

Esse modelo visa, sobretudo, o reconhecimento e o respeito à dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade da pessoa com deficiência, garantindo-lhe a inclusão na sociedade. Têm-se por base princípios essenciais como a independência, a não discriminação, a acessibilidade etc. Para romper com o modelo anterior que confinava o sujeito a uma condição de precariedade e incapacidade, destaca a importância da sua autonomia para decidir sobre a sua vida e da eliminação de barreiras, de modo a viabilizar a igualdade nas oportunidades.¹³ Sem negar o aspecto protetivo, quando assim for necessário, visa conjugar a proteção com a emancipação, de modo a expandir a pessoa como sujeito de direitos.

Para além do modelo social de abordagem da deficiência, há a proposta do modelo da diversidade proposto por Agustina Palácios (2007). Tal modelo se afirma na premissa de que os homens e mulheres com deficiência pertencem a um coletivo de pessoas diferentes que, em virtude dessa diversidade, contribuem para o enriquecimento da sociedade. A dignidade é o elemento fundamental e inerente à condição humana, não estando relacionada com a capacidade. A deficiência é apenas

¹¹ PALACIOS, Agustina. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cermi, 2007, p.15-16.

¹² MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2013, p.59.

¹³ PALACIOS, Agustina. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cermi, 2007, p. 19.

uma das possibilidades de alguém ser e estar na sociedade, pois se vive em um mundo diversificado. Todas essas pessoas detêm dignidade, suas vidas têm o mesmo valor que a vida das demais, possuem os mesmos direitos e, portanto, devem ter acesso aos instrumentos e condições materiais necessárias ao pleno desenvolvimento.¹⁴

A atualidade mostra que a abordagem da deficiência é uma “cuestión de dignidad humana y de derechos humanos”¹⁵. É nesse sentido que a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas ganha destaque no Brasil, documento ratificado com status de norma constitucional, nos termos do artigo 5º, §3º¹⁶ da Constituição Federal de 1988.

A Convenção tem como objetivo primordial proteger, promover e assegurar o gozo e a igualdade da pessoa com deficiência. Como referido, a deficiência passa a ser compreendida como uma restrição física, mental ou sensorial de longo prazo que limita o exercício dos direitos e pode ser agravada por barreiras como, por exemplo, o ambiente econômico ou social.¹⁷ Consolida o princípio da não discriminação, visando o estabelecimento de instrumentos que garantam o exercício dos direitos por parte da pessoa com deficiência com a mesma igualdade de oportunidades que as demais pessoas.¹⁸ Não se busca com a Convenção a criação de novos direitos, mas o reconhecimento e a efetividade daqueles até então existentes, mas antes negado à pessoa, em virtude da deficiência.¹⁹ Observa-se assim o viés inclusivo e igualitário do referido documento permitindo compreender a pessoa com deficiência como um ser autônomo e independente, capaz de realizar as suas próprias escolhas.

Introduzindo importantes modificações no ordenamento jurídico brasileiro por se tratar de norma constitucional, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência tem papel de destaque na medida em que não pode ser contrariada pelas

¹⁴ PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. El modelo de la diversidad: la Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Ediciones Diversitas, 2006, p. 206-207.

¹⁵ PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. El modelo de la diversidad: la Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Ediciones Diversitas, 2006, p. 207.

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

¹⁷ PIOVESAN, Flavia. Tema de Direitos Humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 423.

¹⁸ PALACIOS, Agustina. La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cermi, 2007, p. 55.

¹⁹ MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275.

demais legislações infraconstitucionais e serve como parâmetro interpretativo.

Ao reconhecer a autonomia e liberdade, esse documento estabelece que a sociedade e o Estado adotem medidas para superar os obstáculos que limitam a inclusão e participação dessas pessoas na sociedade. Para viabilizar melhor as mudanças suscitadas pela Convenção, foi promulgado o Estatuto da Pessoa com Deficiência no dia 7 de julho de 2015, cuja vigência se iniciou em janeiro de 2016, provocando diversas alterações no Código Civil Brasileiro, como já referido.

Importa a esse trabalho as alterações provocadas no regime das incapacidades. Antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os artigos 3º e 4º do Código Civil traziam o rol dos absolutamente e relativamente incapazes, porém após a vigência do diploma, esses artigos sofreram profundas alterações. Excluíram-se os incisos I, II e III do artigo 3º e os incisos I e IV do artigo 4º. Assim, serão considerados absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos e, como relativamente incapazes, apenas os ébrios habituais, viciados em tóxicos e aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade. Excluiu-se qualquer referência à deficiência como critério modulador da capacidade.

Em virtude das mudanças operadas no âmbito do regime das incapacidades, a curatela também assumiu novas conformações. Uma vez que a pessoa com deficiência tem hígidos os seus direitos de personalidade e reconhecida a sua capacidade, os poderes do curador não poderão incidir sobre as questões existenciais que o legislador arrolou no art.85, §1º do Estatuto, quais sejam: o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Nesse sentido, a pessoa com deficiência intelectual ou psíquica tem capacidade civil em igualdade com as demais e, mesmo quando sujeita a curatela, não se transmitirão ao curador os poderes para decidir sobre suas questões existenciais e personalíssimas como aquelas que impactam o corpo.

Em consequência dessa nova plataforma normativa, terá a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual o poder de decidir sobre assuntos que impactam o corpo, tais como os casos envolvendo esterilização compulsória. A *título de exemplo*, cita-se o caso que se passa no Rio Grande do Sul, quando uma jovem com deficiência psíquica interpõe um recurso de apelação ao Tribunal de Justiça daquele Estado (Sétima Câmara Cível) em face da sentença proferida nos autos da ação de interdição promovida pela sua mãe que julgou procedente dentre os pedidos o de

esterilização.²⁰

3 A AUTONOMIA PARA DISPOR DO CORPO

A autodeterminação da pessoa com deficiência psíquica e intelectual se desenvolve no mundo jurídico a partir da Convenção e o Estatuto. Somente com esses documentos é que se reconheceu a tais pessoas a condição de sujeitos de direitos de personalidade com ampla capacidade! A própria capacidade civil plena. Por meio da CDPD tem-se o reconhecimento de direitos existenciais como o direito à vida independente, à liberdade de expressão, contrair matrimônio, casar-se e estabelecer família, dentre outros. Na mesma linha, o EPD arrola os direitos de casar-se, constituir união estável, exercer direito sexuais e reprodutivos, decidir sobre o número de filhos e ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, o direito de família e convivência familiar e comunitária, o direito à guarda, à tutela, à curatela, à adoção no art.6º.

Nos séculos XVIII e XIX, a autonomia da vontade era a base de todo o sistema jurídico, mas voltava-se ao sujeito plenamente capaz. A bem da verdade, o sujeito de direitos era o homem branco e proprietário. O direito civil tradicional e oitocentista, pautado no individualismo e no voluntarismo, associava a capacidade às relações patrimoniais e contratuais, basicamente. Somente seria reconhecido enquanto sujeito de direito na medida em que pudesse vender, comprar e contratar.^{21 22}

O Código Civil Brasileiro de 1916 foi influenciado fortemente pelo Código de Napoleão, mas ainda continha mais de 900 dispositivos copiados das Ordenações Filipinas, documento cujas origens históricas remontam o direito romano.²³ Mesmo

²⁰ TJRS Apelação nº 70061015814, Rel. Des: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em: 23/09/2014. Ementa: Apelação Cível. Laqueadura Tubária em jovem absolutamente incapaz, portadora de grave e irreversível doença psiquiátrica. Interditada. Autorização Judicial para realização do procedimento concedida, nos termos do §6º do art.10 da Lei nº 9.263/96.

²¹ MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamís. Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar, Fortaleza*, v.19, n.3, p. 779-818, set/dez. 2014, p.786-787.

²² De acordo com Gomes (2003, p.22): “[...] o Código Civil, sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial. Suas concepções a respeito dessas instituições transfundem-se tranquilamente no Código. Não obstante, desenvolveu-se, à larga, a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade.”

²³ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

assim, funcionava como uma constituição do direito privado, na medida em que se propunha suficiente para a solução e disciplina das relações privadas, sem a interferência do direito público. Dada a aplicação silogística dos dispositivos do Código às relações privadas, estimava-se garantir maior estabilidade e segurança.²⁴ Porém, tratava-se de um Código que privilegiava as relações jurídicas patrimoniais com destaque para a propriedade e a autonomia privada negocial. Seu principal destinatário, como já referido, era o homem proprietário que também se apresentava como contratante, *pater familia*, herdeiro, autor da sucessão e testador.

No desenrolar do século XX, os documentos internacionais de direitos humanos lograram maior força, irrompendo-se a segunda fase dos direitos humanos, caracterizada pela predominância de tratados voltados para grupos específicos que também provocaram alterações significativas na seara das relações privadas. O sujeito de direitos humanos é, na maioria das vezes, o sujeito de direitos fundamentais e de direitos civis. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais e, em seguida, aos direitos civis – seguiram-se as mudanças que consubstanciariam a passagem do sujeito abstrato ao sujeito de carne, uma pessoa em carne e osso.²⁵²⁶

As constituições, por seu turno, antes focadas nos assuntos materialmente constitucionais, passaram a incluir a disciplina de alguns institutos de direito privado. No Brasil, por exemplo, a família merece destaque específico a partir do art.226 da Constituição, assim como a propriedade. Por outro lado, o catálogo de direitos fundamentais e, sobretudo, o fôlego atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana promoveram um novo parâmetro para a interpretação das normas de direito privado, principalmente as de direito civil.²⁷

A dignidade da pessoa humana que tem sede em diversos documentos internacionais e na própria Constituição impõe plena proteção à pessoa²⁸. A Constituição Federal de 1988 faz alusão ao princípio ora como fundamento da República, ora como epicentro dos direitos fundamentais e ainda como objetivo primordial da ordem econômica (art.1º inciso III; art. 5º, caput e art.170),

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.

²⁵ RODOTÀ, Stefano. El derecho a tener derechos. Madrid: Trotta, 2014.

²⁶ “Se produce, pues, la transición del individuo a la persona, del sujeto de derecho al sujeto ‘de carne’ que permite dar progresiva relevancia al ‘destino de socialización’ de la persona y al ‘destino de naturaleza’ de su organismo.” (RODOTÀ, 2014, p. 143-144).

²⁷ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil, In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial. 2014, p. 572.

²⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e Solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, n.18, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadadenadisposicaoodeorgaosparadepoisdamorte.pdf>> Acesso em: 29.maio 2016, p.2.

justificando uma primazia das situações subjetivas existenciais quando em choque com aquelas de conotação exclusivamente patrimonial. Grosso modo, os institutos de direito civil passam a ser funcionalizados, sendo sempre possível a concretização daquele princípio.²⁹

Relações existenciais são manifestações da personalidade que, por esta razão não pode ser coisificada. Os direitos e interesses protegidos nesse tipo de relação devem ser exercidos pelo próprio titular, sem que se permita o recurso à representação (art.115 e seguintes, Código Civil). Somente o titular do direito poderá exercê-lo. Para a garantia do desenvolvimento da personalidade, é importante que a pessoa possa escolher como deseja conduzir a sua vida.³⁰

Toda autonomia vai ser construída no processo de relações intersubjetivas e nas reflexões introspectivas. Por meio dessa autonomia vai construindo e delineando a sua própria identidade. O sujeito escolhe a sua religião, afirma a sua ideologia política, constrói seus laços afetivos, manifesta as suas preferências, expressa suas opiniões. Por vezes usa o corpo como ambiente de expressão dessa identidade, seja pelo uso de tatuagens, piercings, transformações derivadas de intervenções cirúrgicas etc.

A proteção à autonomia existencial tem ganhado força na medida em que a sociedade se assume em sua diversidade, marcada pelas diferenças que identificam os seus membros. A Constituição de 1988 elenca o pluralismo como um princípio fundamental, o que ampara as diferentes formas de pensar e agir de cada um. Assim, garantir um projeto existencial da pessoa deve ser uma das prioridades do ordenamento jurídico, pois com essa possibilidade se pode afirmar que a sua dignidade está sendo respeitada. Portanto, “É defeso ao Estado, ao legislador, ou governo, a outras pessoas interferirem na edificação e na concretização desse projeto de vida individual, pois faz parte das escolhas mais íntimas que cada um faz para si. Esse núcleo está submetido apenas ao exercício da própria autonomia”.³¹

Com base nessa autonomia existencial, reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, a pessoa com deficiência possui autodeterminação que lhe permite o direito de conduzir a sua vida de modo independente, podendo realizar

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamis. Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar, Fortaleza*, v.19, n.3, p. 779-818, set/dez. 2014, p.792-793.

³⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e Solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n.18, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadadenadisposicaoodeorgaosparadepoisdamorte.pdf>> Acesso em: 29.mai.2016, p. 3-4.

³¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e Solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n.18, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadadenadisposicaoodeorgaosparadepoisdamorte.pdf>> Acesso em: 29.mai.2016, p. 7.

suas próprias escolhas, em igualdade de oportunidades com os demais. A propósito disso, rememora o *Movimento de Vida Independente*, importante movimento social que sustentava a possibilidade do reconhecimento das mesmas oportunidades às pessoas com deficiência de modo a lhes garantir acesso ao mercado e a uma vida autônoma.³²

Tocante à autonomia existencial para dispor do corpo, sabe-se que a medicina e a bioética já lhes dedica respeito, na medida em que todo paciente tem o direito de proteger sua integridade física e psíquica e o direito de decidir sobre o que é melhor para si e para seu próprio corpo, incluindo os atos de disposição para depois da morte.³³

Nessa esteira, vale a reflexão de Rodotà³⁴, quando indaga: “De quién es el cuerpo?”. Parte indissociável da personalidade, o corpo integra o patrimônio imaterial do próprio sujeito. No primeiro momento o corpo era compreendido como uma unidade física, depois foi se dividindo e se fragmentando em órgãos, tecidos, gametas etc. A sociedade hipertecnológica e conectada nos sítios de internet fez surgir, ainda, o corpo eletrônico que igualmente merece proteção.³⁵ Mas enquanto interesse protegido, o corpo físico e eletrônico deve ser tutelado na sua unidade. Até as partes separadas do corpo como os gametas, os órgãos, os tecidos, ainda recebem a mesma proteção como integrantes da mesma unidade. Violados qualquer um dos componentes do corpo deve ser entendido como uma violação enquanto unidade.³⁶ Consequentemente, violada a personalidade.

Antigamente, apenas o direito penal tratava do corpo. O Código Civil de 1916 não trazia um rol de direitos de personalidade e muito menos tratava do corpo, pois, o sujeito representado pelo Código era aquele homem em abstrato partícipe de relações jurídicas de natureza patrimonial.³⁷

O Código Civil de 2002 trouxe um rol de direitos de personalidade e passou

³² PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. El modelo de la diversidad: la Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Ediciones Diversitas, 2006.

³³ GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos da personalidade. Revista de Direito Sanitário. Ano 2000, v.1, n.1, páginas 107-127. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13078/14880>> Acesso em: 28.mai.2016, p. 107.

³⁴ RODOTÀ, Stefano. El cuerpo. In La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 93.

³⁵ RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. Revista trimestral de direito civil. v. 19, julho/setembro, 2004, p. 91.

³⁶ RODOTÀ, Stefano. El cuerpo. In La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 100.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamís. Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. Pensar, Fortaleza, v.19, n.3, p. 779-818, set/dez. 2014, p.797.

a prever a tutela do corpo no seu artigo 13^o³⁸. Por meio desse dispositivo, proíbe a disposição do próprio corpo que importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes. A exceção fica por conta da exigência médica. O legislador possibilita ao Judiciário a recriminação de qualquer forma de exercício da autonomia corporal que seja contrário aos padrões, ficando o conceito de padrão a critério do intérprete.³⁹ Seguindo essa disciplina civilista, o corpo passa a ser protegido contra atos da própria pessoa, estabelecendo uma postura paternalista que se sobrepõe à solução personalista fundada no reconhecimento da personalidade autônoma do sujeito.⁴⁰

Insiste-se, porém, que a autonomia corporal deve ser compreendida como uma manifestação da identidade do indivíduo e por isso deve ser protegida em virtude da cláusula geral da tutela da pessoa.⁴¹ O corpo não é objeto de propriedade, mas um elemento da personalidade que pode, inclusive, ser utilizado como forma de expressão cultural, política, como é o caso dos *bodyart*.⁴²

Dito isso, não há como negar à pessoa com deficiência o direito de dispor do seu próprio corpo. Primeiro, porque essa disposição pode representar manifestação da sua identidade, situação subjetiva existencial protegida pelo direito; segundo, porque a exemplo dos demais, a pessoa com deficiência psíquica e intelectual é um sujeito capaz e autônomo para realizar suas escolhas, principalmente no tocantes as questões de cunho existencial. Se o seu discernimento estiver comprometido e para o exercício da capacidade civil precisar do apoio do curador, nem este poderá tratar de matérias atinentes ao corpo.

Assim, interpretar o artigo 13^o do Código Civil de forma literal não é compatível com os valores constitucionais que conferem autonomia à pessoa. Ainda que existam práticas de atos que importem na diminuição permanente do corpo ou que contrariem os bons costumes devem ser permitidos a depender da situação da

³⁸ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

³⁹ KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo : convergências possíveis. Pensar : revista de ciências jurídicas. Universidade de Fortaleza, v. 18 , n. 2 , p. 354-400, mai/ago 2013 .pág. 361.

⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamís. Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. Pensar, Fortaleza, v.19, n.3, p. 779-818, set/dez. 2014, p.797.

⁴¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A Construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e7a0a-c723159df05> > Acesso em: 26.mai.2016, p. 18.

⁴² CICCO, Maria Cristina de. Ato de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/atos-de-disposicao-do-proprio-corpo/>>. Data de acesso: 27.mai.2016, pág. 4.

pessoa. Ressalta-se que a autonomia para dispor do próprio corpo não é um direito absoluto, existem limitações constitucionais a esse direito. Deve-se ponderar a liberdade e a integridade psicofísica e dar a solução de acordo com o caso concreto, pois ambos os princípios são manifestações da dignidade da pessoa humana.⁴³⁴⁴

Neste contexto, a pessoa com deficiência possui liberdade e capacidade para atos de disposição do próprio corpo e isso inclui o direito de manifestar o consentimento nos assuntos relativos à relação médico-paciente. O Código de Ética Médica, editado pela resolução CFM n° 1931/2009 que entrou em vigor em 2010, estabelece o dever do médico de informar e de respeitar a autonomia do paciente.⁴⁵ O paciente deve tomar conhecimento acerca de todo o processo ao qual estará submetido bem como as possibilidades de cura. Assim, “o consentimento informado do paciente é a legitimação e o limite do exercício da atividade médica”.⁴⁶

A autonomia para dispor ou não do próprio corpo por motivo de construção de identidade ou por outras escolhas existenciais em matéria de saúde é direito personalíssimo. A pessoa com deficiência psíquica e intelectual tem esse direito assegurado, haja vista que a deficiência não é critério modulador da capacidade. Assim, aquelas situações em que o curador no uso de seus poderes interferia nos aspectos existenciais e se via com poder de decidir sobre doação de órgãos ou esterilização, a título de exemplo, não são mais viáveis. Não se pode admitir a capacidade como uma barreira que leva a ampliar a desigualdade e impede os direitos humanos, fundamentais e de personalidade.⁴⁷

Importante ressaltar que no tocante à esterilização compulsória da pessoa com deficiência psíquica e intelectual existem limitações e vedações trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como pelo Estatuto

⁴³ O direito ao próprio corpo, expressão da dignidade humana como cláusula geral de tutela e promoção da pessoa, não define por si as fronteiras intransponíveis da autonomia corporal. A adequada interpretação do mencionado art. 13 implica a ponderação dos interesses contrapostos que são revelados no caso concreto, sendo certo que a verdadeira harmonia entre eles somente é alcançada através do princípio da dignidade humana, este sim o único limite que jamais pode ser superado na legalidade constitucional (MORAES; CASTRO, 2014, p.813).

⁴⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A Construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e7a0ac723159df05>>. Acesso em: 26.maio 2016, p. 18.

⁴⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento informado - limites e questões polêmicas. Revista de direito do consumidor. n. 102, p. 223-256, nov/dez. 2015, p. 230.

⁴⁶ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O Incapaz e o consentimento informado. Sequencia : revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC, v. 27, n. 55, p. 287-301, dez.2007. p. 297,

⁴⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/5619/pdf>>. Acesso: 10.maio. 2017.

da Pessoa com Deficiência. Enquanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência veda de forma expressa no artigo 6º, inciso IV, o mecanismo da esterilização ao assegurar o direito à conservação da fertilidade, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece no seu artigo 17 o direito à proteção à integridade física e mental nas mesmas condições que as demais pessoas, bem como no seu artigo 23 o direito conservar sobre sua fertilidade e decidir sobre o número de filhos.

4 ANÁLISE DE CASOS ENVOLVENDO A VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA CORPORAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Autonomia para realizar suas próprias escolhas no tocante à pessoa com deficiência é uma garantia estabelecida pela Convenção da Organização das Nações Unidas bem como pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, porém, ainda assim, é possível se observar casos em que a autodeterminação desses indivíduos não é sequer observada.

Feitas as incursões teóricas sobre o tema, passa-se a análise de dois casos que trazem o conflito entre autonomia da pessoa com deficiência para dispor do seu próprio corpo e a heteronomia do curador.

O primeiro caso ocorreu no interior de São Paulo na Comarca de Cotia⁴⁸. A curadora provisória da curatelada recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo para que a sentença de primeira instância fosse reformada. A sentença recorrida extinguiu o processo sem exame do mérito com base no artigo 267, inciso IV e 295, inciso I e parágrafo **único, inciso III** do Código de Processo Civil. Em outras palavras, extinguiu-se a ação por ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, bem como a petição foi indeferida por ser inapta, compreendendo-se que o pedido é juridicamente impossível. A petição inicial proposta pela curadora solicitava a autorização judicial para que fosse realizada uma laqueadura tubária na curatelada. Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento.

Conforme se observa, o relatório da sentença da apelação, o Ministério

⁴⁸ TJSP Apelação nº 0000991-66.2014.8.26.0654, Rel. Des: Alvaro Passos, Julgado em 22/12/2015. Ementa: Suprimento Judicial- Curador Provisório que pede a esterilização da interdita- Acolhimento- Possibilidade- Interpretação histórica e teleológica do decreto nº6.949, que promulga a Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo- Decisão reformada- Recurso provido.

Público deu parecer favorável em ambas as instâncias para o provimento do recurso. Em um dos motivos expostos por esse órgão, compreendeu-se que apesar de a Convenção ter status constitucional não pode ser interpretada de modo que negue uma legislação inteira também voltada à proteção da pessoa do incapaz. Argumentou que, na hipótese de pessoa com deficiência física, deve-se assegurar sua autonomia para decidir sobre o planejamento familiar, porém quando se tratar de “pessoas portadoras de necessidades do ponto de vista intelectual” tal autonomia deve ser conferida a pessoa do curador, pois ele quem irá acabar se responsabilizando pelos filhos desse incapaz.

A partir daí seguiu-se para o voto do relator. Alegou o relator que não existe hierarquia entre as normas constitucionais, todavia, prevalece o princípio da dignidade da pessoa humana sobre o direito que as pessoas com deficiência têm de decidir livremente sobre quantos filhos querem ter.

Além disso, entendeu que a Convenção foi ratificada em um período em que a preocupação era evitar que a pessoa responsável por um deficiente realizasse a sua esterilização para evitar nascimentos de outras pessoas com deficiência. Porém, o caso se trata especificamente de um deficiente psíquico, não havendo dúvidas sobre a possibilidade jurídica do pedido, pois não teria condições de cuidar de si mesmo. Este foi o voto do relator que acabou sendo seguido pelos demais desembargadores sendo o acórdão proferido no dia 22 de dezembro de 2015.

Tratando-se também acerca de procedimento de esterilização, o segundo caso aconteceu em Amparo, no interior de São Paulo. Nessa situação, uma decisão judicial determinou a laqueadura de uma mulher de 27 anos e sem filhos. O Ministério Público Estadual que propôs essa ação “protetiva”, levando em consideração as condições financeiras e o fato de esta mulher sofrer um retardo mental. No decorrer do processo, a mulher em questão sempre manifestou desejo por ter filhos, além de demonstrar o medo de não querer passar pela esterilização. A juíza de primeira Instância decidiu conforme o pedido do Ministério Público. Essa decisão é do ano de 2004.

Desde que foi proferida a decisão, utilizou-se de outros métodos conceptivos, no caso o DIU (dispositivo intrauterino) para evitar que a cirurgia fosse realizada. **Não cumpriu, portanto, a decisão já transitada em julgado, sem recurso.** Porém, o dispositivo venceu e ela não quer realizar o procedimento

para a sua reimplantação, temendo o cumprimento da sentença pela cirurgia de esterilização.

Atualmente, a titularidade da vara mudou e a nova juíza, ao conhecer o pedido de cumprimento da sentença, determinou que assim se fizesse cumprir a decisão datada de 2004. Conforme a notícia extraída do *Estadão*⁴⁹, a Defensoria Pública considerou a decisão violadora da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da Organização das Nações Unidas e pretende ingressar com nova ação tendente a restabelecer o respeito à autonomia e integridade do corpo e das funções biológicas e físicas da pessoa. O caso corre em segredo de justiça.

Ainda de acordo com a coordenadora assistente do Núcleo de Direitos Humanos, a mulher em questão é capaz para esse tipo de negócio existencial e, ainda que não fosse, as pessoas incapazes têm direito as escolhas existenciais de suas vidas. Além disso, a esterilização por motivo de pobreza ou limitação mental fere a lei de planejamento familiar.⁵⁰

Observa-se que ambos os casos abordam a esterilização de pessoas com deficiência, no caso, mulheres com deficiência intelectual e as decisões foram favoráveis para o procedimento à revelia da CDPD e do EPD. E aí surge o questionamento sobre o respeito à autonomia da pessoa com deficiência para dispor do seu próprio corpo.

Em primeiro lugar deve-se levar em consideração que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência elenca no seu artigo 3º⁵¹ o princípio da autonomia individual, garantido à pessoa com deficiência liberdade para realizar suas escolhas. Por sua vez, o Estatuto da pessoa com deficiência no seu artigo 6º⁵², inciso IV veda a esterilização compulsória.

Além disso, a lei 9.263 de 1996 que trata sobre o planejamento familiar visa regulamentar o §7 do artigo 226 da Constituição Federal. Referida lei promove **ações de regulação da fecundidade, visando direitos iguais na constituição, limitação e aumento de prole pelo homem, mulher ou casal**, conforme se

⁴⁹ “A defensora pretende acionar a Justiça em Amparo formalmente, por meio de uma petição, na tentativa de reverter a decisão que, na prática, condenou a mulher à esterilidade” (CARDOSO, 2013).

⁵⁰ CARDOSO, William. Defensoria tenta reverter decisão de esterilizar mulher com deficiência. Estadão. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,defensoria-tenta-reverter-decisao-de-esterilizar-mulher-com-deficiencia-imp-,982080>> Acesso em: 26.mai 2016.

⁵¹ Artigo 3º “a” da Convenção sobre direito das pessoas com deficiência: O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;

⁵² Artigo 6º da Lei 13.146/2015: A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: IV- conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória

compreende do artigo 2^o⁵³. Oferece também no seu artigo 9^o⁵⁴ todos os meios para concepção e contracepção que são aceitos cientificamente e não coloque em risco a vida das pessoas, sendo dessa forma assegurada a liberdade de opção. Em seu artigo 10^o⁵⁵ elenca as situações em que é cabível a esterilização e no seu artigo 12^o⁵⁶ traz a vedação ao induzimento ou instigação à prática de esterilização.⁵⁷

Em outras palavras, a prática da esterilização compulsória no tocante à pessoa com deficiência revela-se incompatível com a unidade do ordenamento jurídico brasileiro, mormente em face da norma cogente da CDPD que defende o direito à conservação da fertilidade (art.23, alínea c) e do EPD que veda a esterilização (art.6^o, IV). Atenta contra os valores estabelecidos pela Constituição Federal, principalmente, por violar a dignidade da pessoa humana, manifestada nesses casos pela liberdade da pessoa de dispor como bem entende do seu próprio corpo.

Importante salientar que o médico, para realizar determinada prática, não pode desconsiderar o consentimento informado do paciente⁵⁸. Faz-se necessário este consentimento, pois se fundamenta no respeito à autonomia e o seu direito à autodeterminação em todos os aspectos de sua vida, principalmente, quando envolve sua saúde.⁵⁹

Nas situações em que é declarada a ausência de discernimento para decidir

⁵³ Artigo 2º Para fins desta Lei entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

⁵⁴ Artigo 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

⁵⁵ Artigo 10 Lei 9.263/1996: Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

^l 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;

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

⁵⁶ Artigo 12 Lei 9.263/1996: É vedada a indução ou instigamento individual ou coletivo à prática da esterilização cirúrgica.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5606-6/cfi/0!4/4@0.00:42.6>> Acesso em: 28.mai.2016, pág. 304.

⁵⁸ É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte (Código de Ética Médica- CFM).

⁵⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento informado - limites e questões polêmicas. Revista de direito do consumidor. n. 102, p. 223-256, nov/dez. 2015, p. 233.

sobre a intervenção médica desse jaez, o médico deve pedir uma autorização judicial. Porém em muitos casos, até o próprio juiz entende que a esterilização deve ser decidida para melhor proteger a pessoa. Finda por comungar a mesma ideia socialmente difundida de que a pessoa é anormal e que, por isso, não pode ter e cuidar dos seus filhos, por si.

É obvio que ao médico não é dado o direito a decidir se aquela pessoa com deficiência deve se submeter ou não a esta cirurgia, pois uma decisão assim tomada violaria não só a dignidade da pessoa por meio da violação da sua autodeterminação, bem como seria ilegal, gerando responsabilidade civil, criminal e ética por parte do médico.⁶⁰

Diante de tudo isso, o que se pode aferir é que quando se tratar de decisões que envolvam o pleno desenvolvimento da personalidade e o bem-estar da pessoa com deficiência este deve ser ouvido e respeitado acerca dos seus interesses.⁶¹ Todo indivíduo é titular de situações existenciais, representadas no status personae, e algumas como o direito à vida, saúde, manifestação do pensamento, não necessitam do intelecto. É necessário, na medida do possível, valorizar as escolhas de vida feita pela pessoa com deficiência intelectual capaz, concretamente de expressar ou as quais possui notável vontade. Ainda que sejam escolhas residuais, mas concretas e possíveis, contribuem para o desenvolvimento da personalidade.⁶²

Assim, a pessoa com deficiência tem autonomia para decidir e mesmo havendo heteronomia por parte até mesmo da família, em situações jurídicas existenciais, notadamente, nos atos de disposição do próprio corpo, os valores constitucionais encaminham para a preservação da vontade da pessoa, desde que esta decisão seja responsável e respeite a autonomia.⁶³

Compreende-se que a disposição do próprio corpo pela pessoa com deficiência é uma manifestação da sua personalidade. Não há como se permitir que terceiros, seja a família ou o próprio Estado determinem como agir nos

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5606-6/cfi/0!4/4@0.00:42.6>> Acesso em: 28.maio 2016, p. 302.

⁶¹ NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O Incapaz e o consentimento informado. Sequência : revista do curso de pós-graduação em direito da UFSC . v. 27 , n. 55, p. 287-301, dez. 2007, p. 288.

⁶² PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 164.

⁶³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e Solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Rio de Janeiro, n.18, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadadenadisposicaoodeorgaosparadepoisdamorte.pdf>> Acesso em: 29 maio 2016, p. 17-18.

tocantes a esta questão, pois se está violando a autonomia para decidir livremente. “No momento em que o comportamento do indivíduo resultar de uma vontade independente e orientada, sua conduta deve ser respeitada” .⁶⁴

Dito isto, no tocante à esterilização compulsória para evitar que a pessoa com deficiência possa vir a ter filhos se observa uma clara violação não só a autodeterminação, mas aos valores constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

Conforme observado, o tratamento dispensado à pessoa com deficiência passou por diversos estágios até chegarmos ao momento atual que visa a sua inclusão social. Nesta seara, diversos documentos foram elaborados com o intuito de proteger e efetivar o direito desses indivíduos. Dentre estes documentos, a Convenção das Nações Unidas e o Estatuto da pessoa com Deficiência provocaram inúmeras alterações no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, ao reconhecer a pessoa com deficiência como um indivíduo livre para realizar suas escolhas e dotado de capacidade.

Ao colocá-la no mesmo patamar de igualdade que as demais, garantem-se-lhes muitos direitos e deveres, principalmente aqueles que tocam à esfera existencial.

Partindo do entendimento que a pessoa com deficiência é capaz e possui autonomia para decidir, entende-se que, nos assuntos relacionados ao corpo, sua vontade deve ser indispensável. Autonomia para dispor do próprio corpo significa dizer liberdade para construir a sua personalidade, pois o corpo é um elemento que compõe a identidade da pessoa. Dessa forma, não há como interpretar o artigo 13º do Código Civil brasileiro de forma literal.

O que se deve buscar não é a restrição *in abstracto* da autonomia da pessoa com deficiência, mas o reconhecimento dos atos que pode ou não praticar de acordo com o seu discernimento. A regra geral é a presunção da capacidade civil. No tocante aos atos existenciais, a regra é a intransmissibilidade do direito de decisão. Só haverá

⁶⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o código civil, In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. Direito Civil Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial. 2014, p. 67.

restrições à autonomia desses indivíduos a partir da análise dos casos concretos, por meio do devido processo legal.

Cumpre destacar, que a própria medicina e a psicologia já vem compreendendo que as causas psicofísicas que afetam o discernimento da pessoa não influenciam de forma total e nem em todos os seus diferentes aspectos. Não pode o direito, diante disso, com intuito de proteger o indivíduo, oprimir e discriminar.⁶⁵

Diante dos casos apresentados, percebe-se clara violação à autonomia da pessoa com deficiência com a imposição da esterilização compulsória que visa apenas extirpar a sua fertilidade e capacidade de reprodução. Decisões desse jaez trazem subjacente à ideologia da eugenia que não reconhece a diferença e apenas vê a limitação. Acima de tudo, ferem direitos fundamentais e normas objetivas do EPD.

Não se pode admitir que familiares ou o Estado intervenha em questões de cunho existencial da pessoa com deficiência, nos termos assinalados. Aniquila a autonomia, a personalidade e a identidade do sujeito, interferindo nos seus próprios corpos para roubar-lhes a possibilidade de constituição de uma família.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, William. Defensoria tenta reverter decisão de esterilizar mulher com deficiência. **Estadão**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,defensoria-tenta-reverter-decisao-de-esterilizar-mulher-com-deficiencia-imp-982080>> Acesso em: 26.mai.2016.

CICCO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/atos-de-disposicao-do-proprio-corpo/>>. Data de acesso: 27 maio 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento informado: limites e questões polêmicas. **Revista de direito do consumidor**. n. 102, nov./dez. 2015. p. 223-256.

⁶⁵ RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela e da curatela no sistema jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *Direito das Famílias por juristas brasileiras*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 647.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos da personalidade. **Revista de Direito Sanitário**. v.1, n.1, p. 107-127, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13078/14880>>. Acesso em: 28 maio 2016.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar: revista de ciências jurídicas**. Universidade de Fortaleza, v. 18 , n. 2 , p. 354-400, maio/ago, 2013.

LE BRETON, David. **Adeus corpo: antropologia e sociedade**. Campinas: Papirus, 2003.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5606-6/cfi/0!/4/4@0.00:42.6>>. Acesso em: 28 maio 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. **A Construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e7a0ac723159df05>>. Acesso em: 26 maio 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o código civil, In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil Constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas conseqüências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Pensar**,

Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 568-599, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/5619/pdf>>. Acesso: 10.maio. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamis. Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set/dez. 2014.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. O Incapaz e o consentimento informado. **Sequencia: revista do curso de pos-graduacao em direito da UFSC**, v. 27, n. 55, dez, p. 287-301, 2007.

PALACIOS, Agustina. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid: Cermi, 2007.

PALACIOS, Agustina; ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad: la Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidade en la diversidad funcional**. Ediciones Diversitas, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flavia. **Tema de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODOTÀ, Stèfano. **El corpo. In La vida y las reglas: Entre el derecho y el no derecho**. Madrid: Trotta, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014.

RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes. **Revista trimestral de direito civil**. v. 19, jul./set. 2004.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis:

Conceito Editorial. 2014.

RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela e da curatela no sistema jurídico brasileiro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Direito das Famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e Solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. Rio de Janeiro, n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Autonomiaesolidariedadenedisposicaoodeorgaosparade poisdamorte.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Recebido em: 07/08/2017

Aceito em: 21/03/2018