

# **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CASO JANAÍNA**

## **CONVENTIONALITY CONTROL IN JANAÍNA'S CASE FUNDAMENTAL RIGHTS PERSPECTIVE**

### **RESUMO**

Este artigo pretende analisar o caso de Janaína Aparecida Quirino após ser submetida a um procedimento de esterilização involuntária a pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo. Considerada revel, sua sentença foi executada antes do recurso ser julgado. O Tribunal de Justiça votou a favor de Janaína, negando a prática da esterilização, mas o fato – de caráter irreversível, havia sido consumado. Diante desta aparente violação a seus direitos fundamentais o presente estudo busca averiguar se a denúncia do Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos acarreta a reparação que mais aproxime Janaína da Justiça. Desta forma, utiliza-se a metodologia hipotético-dedutiva, sob o auxílio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial baseada em casos concretos e na legislação interna e externa. A estrutura da pesquisa deu-se em dois tópicos sistemáticos. No primeiro, trata-se do controle de convencionalidade em que questiona se houve a negligência processual e material no processo em comento; e no segundo, examina-se mais profundamente o caso sob a perspectiva da Ação Inicial, da Sentença e da Apelação dentro do contexto socio jurídico transconstitucional e policontextualizado ao qual Janaina encontra-se inserida.

**Palavras-chave:** Controle de Convencionalidade. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Esterilização involuntária.

### **ABSTRACT**

This article intends to analyze Janaína Aparecida Quirino's case after being submitted to an involuntary sterilization surgical procedure at the São Paulo Public Prosecutor request. Without defense, Janaína was considered revel being submitted to the action execution while timely appeal proceeded. The court voted in favor of Janaína, but the irreversible fact had already been consummated. In face of this violation, this analysis seeks to demonstrate that the denunciation of Brazilian State to Inter-American Commission on Human Rights may be the reparation that approaches Janaína to Justice. In this way, this paper is divided into two systematic topics. First, its pointed that the control of conventionality seeks to demonstrate procedural and material negligence in this case; second, the case is examined deeply, evidencing clear violation of human rights from the perspective of the Initial Action, the Sentence and the Appeal within the transconstitutional and poly-contextual socio-judicial context.

**Keywords:** Conventionality Control. Human rights. Inter-American System of Human Rights. Involuntary sterilization. Constitutional rights.

## INTRODUÇÃO

No curso do ano de 2017 Janaína, brasileira, hipossuficiente e dependente química, teve seu direito de planejamento familiar compelido à uma esterilização tubária involuntária via sentença judicial. A esterilização involuntária em mulheres pobres e dependentes químicas configura uma medida de proteção por parte do Estado que zela e cuida da sua população ou apresenta-se como uma medida abusiva onde o caso concreto resulta em possível precedente? A problemática baseia-se em determinar se a decisão questionada atua como inibidora ou promotora das mudanças sociais desejadas como possível estratégia de política pública.

Diante de casos como este é relevante questionar o papel do direito; como as instituições jurídicas estão atuando e se está-se cumprindo com o dever do controle de convencionalidade na medida da Justiça. Em um país em desenvolvimento como o Brasil é fundamental a solidez dos direitos fundamentais para a concretização de seus objetivos. O método de controle de convencionalidade, age como instrumento garantidor da aplicação da norma jurídica internacional ao qual o Brasil se submete. Dentre as normas asseguradas juridicamente dilatam-se as consagradas pelos direitos humanos que, ao se nacionalizarem, tornam-se direitos fundamentais. Pedra de toque, núcleo jurídico, tais direitos direcionam as correntes do processo dinamogênico.

Neste contexto, objetiva-se com o presente estudo discutir a relevância do caso concreto segundo a legalidade do ordenamento jurídico brasileiro sob a luz do controle de convencionalidade. Por meio do método hipotético-dedutivo sob o auxílio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial baseada em casos concretos e na legislação interna e externa pretende proficuir-se com a harmonia das normas no plano nacional e estrangeiro. A pesquisa se divide em duas partes onde trata-se inicialmente do controle de convencionalidade para posterior análise do caso em tela.

O Brasil, Estado aberto ao intercâmbio legal, dialoga com fontes internas e externas de direito. Embora o caso em comento tenha sido fundamentado em bases legais internas, indaga-se aqui o papel do Direito. Analisa-se a razão para os Estados abrirem suas Constituições e leis infraconstitucionais a uma busca de universalidade humana. Os tratados, pactos e convenções internacionais cujo Brasil é Estado Membro atua com legalidade em equivalência às leis produzidas em solo pátrio. Ignorá-las equivale a ignorar legislação vigente interna. Em um caso emblemático como o de Janaína questiona-se possível negligência com o direito internacional.

## **1 OMISSÃO AO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: LAQUEARAM O DIREITO**

O controle de convencionalidade é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que a repercussão em torno dos direitos humanos tenha tomado arpejo crescente após a Segunda Guerra Mundial encontra-se, ao fazer um levantamento nas Constituições brasileiras, particularidades assertivas que promovem a inserção do Brasil em tratados internacionais. Inquestionavelmente, os tratados, pactos e convenções internacionais fazem parte do constitucionalismo brasileiro desde o seu nascedouro.

Longe de tratar-se uma evolução histórica, a relevância deste levantamento se fundamenta em averiguar que tão antigo quanto a positivação das normas constitucionais é a celebração de acordos internacionais. Não há uma motivação legal razoável em se preterir ou negligenciar as normas celebradas entre Estados haja vista que em todas as Constituições promulgadas no Brasil trata formalmente do assunto. Consta, inclusive, a relevância do Poder Judiciário como garantidor do cumprimento das convencionalidades. A predileção cultural instaurada pelos aplicadores do direito às normatizações internas pueriza a razão de existir dos pactos internacionais. A Constituição não deve ser uma mera folha de papel<sup>1</sup>. A aplicação e efetividade das convencionalidades internacionais não deve ser laqueada.

### **1.1 O BRASIL SOB À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Como dito, há três blocos regionais que dialogam exogenamente: o africano, o europeu e o interamericano. Timidamente há o reconhecimento de um quarto bloco embrionário, o Mundo Árabe, haja vista dispor de uma Carta Árabe de Direitos Humanos. Os Estados asiáticos, contudo, mantêm-se sem comprometer-se a nenhum tratado-regente de proteção internacional<sup>2</sup>. Há uma Declaração de proteção aos direitos humanos fechada para as Nações do Sudeste Asiático – ASEAN, mas que não produzem efeitos vinculantes aos seus membros. Por consequência factual, não possui órgão fiscalizador ou tampouco punitivo.

Antagônica a esta realidade, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui mecanismos de consultoria, investigação, apaziguamento, conciliação e punição para os Estados responsáveis. Seu marco histórico data de 1948 com a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá) onde celebrou-se a Declaração

---

<sup>1</sup> LASSALE, 2000.

<sup>2</sup> PETERSEN, 2011, p.141-149.

Americana dos Direitos e Deveres do Homem<sup>3</sup>. Em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos entra em vigor tornando-se a principal base de fundamentação do SIDH. No ano de 1992, o Brasil a promulgou internamente sob o Decreto n. 678, de 06 de novembro do corrente ano.

Em seu rol protetivo destaca-se como alinhado ao recorte do estudo sobre o caso Janaína: o art. 1º - direito de ter seus direitos respeitados, 5º - direito à integridade pessoal, 7º - direito à liberdade pessoal, 14 – direito de resposta e 25 – direito à proteção judicial. Segundo Gros Espiell<sup>4</sup>, os dois primeiros artigos constituem toda a base da Convenção Americana, de modo a atuar como supraprincípios ante aos princípios. Para o caso a ser tratado em tela vale destacar o art. 1º, 1:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (grifo próprio).

Ao caso de Janaína aplica-se sobremaneira estes fundamentos, mas são diversos os tratados internacionais que compromete e responsabiliza o Brasil a mitigar a fragilidade da vítima; a exaurir a dor e o sofrimento do indivíduo fragilizado. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 09 de junho de 1994<sup>5</sup> subsume ao caso de Janaína nos artigos 1º, 2º - c, 3º, 4º - b, c, e, f, g, 6º - a, b, 7º - a, g, 8º - b, c, 12. Não obstante à omissão estatal pode “qualquer pessoa ou grupo de pessoas... apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte”<sup>6</sup>.

Explica Jean Michel Arrighi<sup>7</sup> que de acordo com a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de ser órgão da Organização dos Estados Americanos e assim, exerce função dicotômica. De se observar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é apenas um órgão da Convenção Americana. Logo, todos os Estados–partes da Convenção Interamericana são membros da OEA.

Pode-se afirmar que a função primordial da Comissão Interamericana é a defesa e observância dos direitos humanos no Continente Americano. Demais disso, citada Comissão tem como função o recebimento de queixas ou denúncias de violação de direitos humanos e

<sup>3</sup> CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 33-34.

<sup>4</sup> ESPIELLI, GROS. 1975, p.38-39.

<sup>5</sup> Conhecida como Convenção de Belém do Pará.

<sup>6</sup> Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 44. Cc Convenção de Belém do Pará, art. 12.

<sup>7</sup> ARRIGHI, 2008, p.52.

assume função quase judiciais. Desse modo, a má notícia é que nem sempre todas as queixas ou denúncias recebidas pela Comissão Interamericana são apreciadas pela Corte. A prioridade de julgamento é das ações com temas inusitados como os referente gêneros, anistia do período da ditadura militar, povos indígenas e outros<sup>8</sup>.

De qualquer sorte, podem apresentar tanto as entidades governamentais, quanto grupo de pessoas ou de forma individual<sup>9</sup>. De se ressaltar que no momento em que a Corte declara a ocorrência de violação de Direitos amparados pela Convenção impõe a reparação de danos e o pagamento de justa indenização à parte vulnerável. Ademais, a Corte Interamericana detém mecanismo de Supervisão de cumprimento da Sentença para averiguar se o Estado condenado está cumprindo às determinações do tribunal. Em caso de descumprimento da sentença, a Corte orienta o Estado acerca da decisão e caso seja descumprida, comunicará a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos para que se torne pauta de reunião.

## **2 ANÁLISE DE CASO: ESTERILIZANDO A MULHER**

O caso ocorrido com Janaína Aparecida Quirino no ano de 2017 ganhou repercussão nacional no ano de 2018 após a veiculação de um jornal contando sua história. A violação do direito configura atentado grave ao processo de busca da Justiça. Mas para que se possa recuperar, na medida do possível, à sombra do justo é necessário que se compreenda o caso sem valoração prévia para que de posse das ferramentas que capacitam e possibilitam a adequada utilização jurídica o caso seja sanado em sua fundamentalidade individual e coletiva atuando como precedente positivo.

### **2.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL**

O caso em análise repercute em prismas que permeiam o campo da ética, da moral, da filosofia, do direito e da sociologia. Janaína, mulher, brasileira, hipossuficiente, dependente química, moradora de rua, mãe de seis menores foi submetida a um procedimento de esterilização involuntária a pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo<sup>10</sup> de sua

<sup>8</sup> Tal como o Caso Damião Ximenes, julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela primeira vez, o Brasil foi condenado por este Órgão. Outro Caso foi a da Maria da Penha que não precisou ser julgado na Corte. Foi solucionado ainda na Comissão de forma pacífica.

<sup>9</sup> Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo órgão da Convenção Americana, é órgão jurisdicional do Sistema interamericano. Sua sede é na cidade de San José da Costa Rica

<sup>10</sup> Ação Civil Pública impetrada em 29 de maio de 2017. Pretensão do Ministério Público do Estado de São Paulo face o Município de Mococa a compelir Janaína Aparecida Quirino a realizar uma cirurgia de laqueadura tubária involuntária. Processo Digital n. 1001521-57.2017.8.26.0360 - Obrigação de fazer com pedido de tutela de urgência.

cidade. O juiz deferiu o pedido à revelia das partes<sup>11</sup>. O município de Mococa apelou<sup>12</sup> ganhando a causa com unanimidade. Contudo, o procedimento invasivo contra Janaína já havia sido realizado.

A ação do Ministério Público emerge com um pedido de tutela de urgência, haja vista a alegação apontar para um processo anterior análogo cujo deferimento foi provido<sup>13</sup>. O fato promove à sociedade a (re)pensar no papel do Estado e do Direito. Segundo os fatos e os fundamentos elencados na Ação Civil Pública a requerida Janaína trata-se de pessoa hipossuficiente, com grave quadro de dependência química, usuária de entorpecentes e álcool. Por esta razão, Janaína foi internada compulsoriamente algumas vezes e acompanhada pelo Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas – CAPS AD e, após a alta, recusa-se a dar continuidade nos tratamentos ambulatoriais disponíveis.

Janaína, no momento da ação, é mãe de cinco menores e está grávida do sexto sem que ninguém, nem ela mesma, saiba. Todos os cinco, em algum momento, foram encaminhados à Casa de Acolhimento Bethânia, situado na cidade de Mococa. Apesar do(s) infortúnio(s), os filhos retornaram à convivência familiar materna. A petição inicial alerta que a condição de Janaína coloca seus filhos em risco iminente por ser pobre, moradora de rua, desempregada e dependente química. Segundo o pedido, a realização da laqueadura tubária é o método contraceptivo mais indicado sob a ótica do melhor interesse da (futura) criança que Janaína poderá vir a ter novamente e de sua própria vida e integridade física.

A Ação aponta, também, que a conduta de Janaína eleva sua chance de contrair doenças venéreas e ter nova(s) gestação(ões) indesejada(s), o que configura, assim, a maternidade irresponsável. O Promotor da causa, Frederico Liserre Barruffini atenta que a falta de discernimento da requerida a impossibilita de responder pelas consequências de uma gestação. O fundamento jurídico ao que o promotor assenta é na Lei n. 9.263/96, Lei do Planejamento Familiar. Ressalta que entre as possibilidades para a realização do planejamento familiar inclui-se o procedimento de esterilização como método eficaz, célere e legal.

Aduzindo o direito à saúde, à vida, à dignidade da pessoa humana e à igualdade protegidos pela Constituição Federal o pedido invoca os artigos constitucionais 196; 23, II, combinado com o art. 198; bem como o art. 5, *caput*<sup>14</sup>. Ressalta o Ministério Público não

---

<sup>11</sup> Sentença proferida em 05 de outubro de 2017. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Mococa. 2ª Vara.

<sup>12</sup> Apelação n. 1001521-57.2017.8.26.0360. Apelante: Prefeitura Municipal de Mococa. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Interessado: Janaína Aparecida Quirino. Comarca: Mococa. Voto n. 23.073

<sup>13</sup> Apelação n. 0000283-60.214.8.26.0025, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 27.01.2015, v.u.

<sup>14</sup> Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988 – CF/88. Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à

restar-lhe outra alternativa para a promoção dos direitos fundamentados a não ser a efetivação e o cumprimento da laqueadura, ainda que o procedimento reparador seja realizado contra a vontade de Janaína. Pontua que além destes dispositivos é indispensável que o juiz garanta os direitos pertinentes à saúde elencados no art. 6º e o 196 e seguintes<sup>15</sup> da Constituição; e os artigos 2º, 6º e 7º<sup>16</sup>, da Lei n. 8.088/90. A ação, baseada no direito ao mínimo existencial<sup>17</sup>, responsabiliza o Estado a cumprir a meta do artigo 1, III<sup>18</sup>, da CF/88 por tratar-se de um direito subjetivo de Janaína e dever o Estado.

Por tais razões, o Ministério Público entende que a não realização do procedimento de esterilização, ainda que involuntária, por parte do Estado caracteriza uma omissão e inércia gravosa. Assim, em face dos possíveis danos atrelados à demora no reparo estatal, compele ao Município de Mococa multa diária em valor não inferior a quinhentos reais. Diante das alegações, o juiz de primeiro grau, Djalma Moreira Gomes Júnior defere a pretensão da Ação inicial com tutela de urgência salientando que os requeridos Janaína Aparecida Quirino e o Município de Mococa não apresentaram defesa.

O Município é informado que deve cumprir a sentença em um prazo de quarenta e oito horas sob pena de multa diária de um mil reais. Só então, manifesta-se contra argumentando a existência de dois impeditivos: o Sistema Único de Saúde – SUS não possui condições de

---

redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

CF/88. Art. 23, II: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

CF/88. Art. 198 (*caput* para fins de compreensão): As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes;

CF/88. Art. 5º, *caput*: 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:

<sup>15</sup> CF/88. Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015). Os artigos 196 a 200 da CF/88 formam o bloco da Seção II – Da saúde.

<sup>16</sup> Lei n. 8.080 promulgada em 19 de setembro de 1990 – Lei sobre ações e serviços de saúde. Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício;

Art. 6º (*caput* para fins de compreensão): Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS);

Art. 7º (*caput* para fins de compreensão): As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios.

<sup>17</sup> Cf., sobretudo, com a decisão emblemática, relatada pelo Ministro Celso de Mello, proferida pelo Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental no RE nº 271.286-8/RS, publicada no DJU em 24.11.2000), bem como a decisão monocrática do STF proferida na ADPF nº 45, do Ministro Celso de Mello, sendo reiterado o entendimento do referido Ministro (RE nº 436996/SP).

<sup>18</sup> Art. 1, III, CF/88: 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.

realizar uma cirurgia em tão curto prazo e; apesar da impossibilidade temporal exames atestam que Janaína encontra-se novamente grávida, o que a inibi de sofrer o procedimento solicitado. Reconhecida a impossibilidade de realização do pedido com urgência, o Município de Mococa solicita a impugnação de um curador especial dativo<sup>19</sup> à interessada.

Segundo a sentença, o juiz afirma reconhecer que Janaína é uma mulher capaz, ainda que não apresente condições favoráveis aos cuidados com seus filhos. Por esta razão, não cabe curatela para ela, uma vez a eventual incapacidade ser desconsiderada. Ademais, a revelia aliada à “obrigação das pessoas políticas assegurarem a efetividade do direito à saúde do cidadão é inquestionável e encontra fundamento em diversos diplomas legais”<sup>20</sup> fomenta que o julgado seja dado como procedente.

A Prefeitura Municipal de Mococa entrou com o pedido de Apelação tendo como parte interessada Janaína face ao apelado Ministério Público do Estado de São Paulo. Reconhecida a situação precária de Janaína e que a mesma ora apresenta concordar com a laqueadura ora discorda, a decisão monocrática proferida pelo Desembargador Paulo Dimas Mascaretti entendeu rejeitar o pedido da Ação inicial e acolher o recurso. A apelação, proposta dentro do prazo processual cabível, alega a ilegitimidade ativa do Ministério Público de propor a ação, conforme fundamenta-se no art. 1º, III concomitante com o 5º, *caput* e inciso II, da CF/88, e art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.263/96<sup>21</sup>, acatada pelo desembargador.

Destarte, o papel do SUS como propagador do serviço de atendimento à mulher sobre a orientação de métodos contraceptivos engloba o conhecimento sobre a laqueadura e ao planejamento familiar, de modo que a esterilização tubária apresenta-se como medida excepcional haja vista a sua irreversibilidade. A esterilização involuntária se torna inadmissível por o Estado fornecer os tratamentos básicos e indispensáveis ao caso de

---

<sup>19</sup> Segundo o Código de Processo Civil, art. 72: O juiz nomeará curador especial ao: I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade; II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado. Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei.

<sup>20</sup> Sentença. Processo digital n. 1001521-57.2017.8.26.0360. Classe – Assunto: Procedimento Comum – Serviços Hospitalares. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerida: Janaína Aparecida Quirino e outro. Fl. 94.

<sup>21</sup> Art. 1º, III, CF/88: 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.

Art. 5º (*caput*): 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: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Lei n. 9.263/96, Lei do Planejamento Familiar. Art. 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. Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.



Janaína. Afinal, ela dispõe do acesso à informação e dos tratamentos de dependência química gratuitos. Segundo a decisão do magistrado, aceitar o pedido inicial proposto e manter a decisão jurídica de primeira instância é violar a independência dos três Poderes vez que deliberar a favor seria transformar o Poder Judiciário em co-gestor dos recursos destinados à saúde pública e assistência social.

É fundamental a concordância de Janaína para a feitura de um procedimento invasivo e irreversível como o pretendido e, segundo consta nos autos do processo, Janaína estava ciente da proposta de esterilização, mas não aderiu à ideia com precisão. Entendendo os fundamentos do art. 1º, 2º, 5º e 9º da Lei n. 9.263/96<sup>22</sup> como protetivos da prática em larga escala de contraceptivos irreversíveis, o juiz em segunda instância entende que a decisão da laqueadura deva ser voluntária e responsável. E, ainda que Janaína houvesse concordado sem subterfúgios, atesta o art. 10, parágrafos 3º e 6º da referida lei:

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

§ 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.

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

Por tais fundamentos legais, interpreta o desembargador que a esterilização compulsória a pessoa capaz é ilegal. Ademais, ainda que Janaína houvesse concordado com o procedimento, o ato seria nulo em razão dela estar com o seu discernimento influenciado por álcool e drogas. A subsunção dos fatos à norma é inquestionável. E, querendo torna-la juridicamente incapaz para que a interessada não tenha controle sobre a sua vontade, que ela seja submetida ao devido processo de interdição judicial com submissão à curatela. Para o julgador, concordar com a laqueadura neste caso é concordar com grave afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A apelação, julgada tempestivamente, não obteve a mesma sorte se analisada sob o aspecto factual. Janaína, quando teve seu direito de autonomia da vontade resgatado em sede de recurso já havia sido submetida, involuntariamente, ao procedimento irreversível da

<sup>22</sup> Lei n. 9.263/96, Lei do Planejamento Familiar. Art.1º: O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º (vide acima).

Art. 5º: É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 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.

esterilização tubária. A análise jurídica crítica, após a explanação dos fatos descritos, direciona ao questionamento que se mostra extremamente relevante: a fundamentação jurídica nas três peças analisadas (Ação Civil Pública, Sentença em primeiro grau e Decisão em segundo grau) não arraigaram-se das fontes jurídicas em sua integralidade. Ainda assim, a violação aos tratados internacionais permite que o Brasil seja denunciado à CIDH?

## **2.2 POLICONTEXTURALIDADE: COM QUANTAS “JANAÍNAS” SE FAZ UMA CANOA?**

Em linhas gerais, a pergunta é: quantos casos precisarão acontecer para que o Estado brasileiro não cometa mais este tipo de violação? O caso Janaína e suas particularidades deflagra a teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann (2016) culminando na policontexturalidade de Gunther Teubner (2005) e Boaventura de Sousa Santos (2002). Se a sociedade é hipercomplexa de sistemas autônomos e interdependentes onde cada sistema impõe suas barreiras quase xenofóbicas uns dos outros visualiza-se melhor o que (talvez) explique as diferentes percepções de mundo entre o promotor do Ministério Público Frederico Liserre Barruffini e a interessada Janaína Aparecida Quirino.

Incoa-se aplicando o princípio da boa-fé. Há um padrão de conduta ético na ação interposta pelo Ministério Público que busca reparar um dano aparentemente irrefreável na vida de Janaína. O sentido provável é de direito protetivo onde ela é vítima e algoz de si. O ciclo nefasto e prejudicial ao qual Janaína se submete tange multifronte a vida de seus filhos. A tríade dependência química, alcoolismo e miséria expõe Janaína à pirâmide da violência de Johan Galtung (1998) em todos os seus vértices. Janaína vive meio à violência cultural: mulher, hipossuficiente, mãe monoparental de seis crianças; à violência estrutural: desempregada, faminta, dependente química, alcoólatra, moradora de rua; e a violência física: marginalizada, invisibilizada social econômica e politicamente.

A análise jurisprudencial do caso inicia-se com a incompreensão da interpretação e aplicação da Lei n. 9.263/1996 - Lei do Planejamento Familiar. Em seus artigos 1º e 5º expressa o direito de cada um exercer livremente o seu planejamento familiar sem interferência de um terceiro. O art 9º é ainda mais preciso ao afirmar que: “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”. Incontestemente, não foi oferecida à Janaína a possibilidade de dispor do seu direito materno/planejamento familiar livremente.

Ainda que Janaína consentisse a cirurgia caberia ao Ministério Público (como fiscal da lei) impedi-la conforme disposto no § 3º, do art. 10: “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”. Em concomitância, o art. 17 reza que: “Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica. Pena - reclusão, de um a dois anos”. A laqueadura das trompas de Falópio, uma das possibilidades de método contraceptivo, disserta um procedimento cirúrgico que gera interrupção definitiva da função reprodutiva feminina<sup>23</sup>.

O planejamento familiar é uma prática de fundamental importância para a população e o Estado, com relevante impacto socioeconômico em que deve ser considerada crenças e valores do indivíduo, história de vida, bem como seu papel sexual na tomada de consciência da responsabilidade social da procriação. Especificamente no que concerne indivíduos com menor poder intelectual, a discussão ética sobre a possibilidade de geração e criação de filhos gera inúmeras polêmicas. A esterilização em mulheres em idade fértil deve ser analisada com extrema cautela.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo, em 1994, propiciou a análise da justaposição entre saúde reprodutiva e comportamento pessoal. Discutiui-se sobre o planejamento familiar e a metodologia para disseminar o conhecimento e o acesso aos métodos contraceptivos, com a devida orientação. Desta maneira, entende-se que o indivíduo seja detentor do livre arbítrio nas decisões sobre controle de natalidade<sup>24</sup>.

Em tempo de empoderamento feminino, as mulheres tornam-se pautas de referência para a construção e efetivação de políticas de saúde<sup>25</sup>. No Brasil estima-se que a população seja de 208.967.208 habitantes, onde 48,52% da população é composta por homens e 51,48% composta por mulheres (BRASIL, 2018). O direito à saúde é indisponível e está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria vida. Mas a saúde é dever de quem? Segundo a CF/88, art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

---

<sup>23</sup> MOREIRA, 2011, p. 125-137.

<sup>24</sup> UN MILLENNIUM PROJECT 2006.

<sup>25</sup> No plano internacional cooperaram para a discussão sobre o planejamento familiar dentro da perspectiva de direitos humanos: as Conferências 14 de Cairo (1994) e de Beijing (1995). No plano nacional tem-se a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM) (Ministério da Saúde, 2004), a Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos (PNDSDR) (Ministério da Saúde, 2005), o Pacto pela Saúde (Ministério da Saúde, 2006) e o Programa Mais Saúde (Ministério da Saúde, 2007). A Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde 2006 (PNDS 2006).

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Em que teoria sistêmica de Luhmann, Janaína se encontra que a faz desejar o filho com o mesmo amor de uma mãe que margeia a pirâmide de Galtung? Ela desfaz o argumento do requerente de que a laqueadura impediria uma gestação indesejada. A Policontexturalidade alimenta-se desta colcha de retalhos ativa; deste encontro de sistemas autônomos que leva “à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes”<sup>26</sup>. O transconstitucionalismo é a ferramenta que possibilita o diálogo das fontes em um mundo jurídico cada vez mais complexo.

Diante desta abertura socio jurídica e sob posse dos mecanismos ofertados Janaína teve violada sua liberdade e sua capacidade como sujeito de direito capaz de satisfazer suas necessidades apesar das dificuldades violada. Segundo Sen (2000) a liberdade é ambivalente: equivale às liberdades substantivas (liberdade de ser) e instrumentais (liberdade de agir). O processo de desenvolvimento caminha entre o equilíbrio destas liberdades. O neoconstitucionalismo que traça o caminho dentro da jurisdição axiológica-normativa tem como fonte a dignidade da pessoa humana, cujo centro é a proteção dos hipossuficientes<sup>27</sup>.

No caso em análise, trata-se de um denominador comum de vulnerabilidades: mulher, pobre, dependente química. O Ministério Público, que deveria zelar pela correta aplicação e fiscalização da lei foi quem provocou a (in)justiça. O interprete e aplicador da lei deferiu sem parecer observar a materialidade do caso e as consequências irreversíveis. Janaína não teve direito à resposta. Ter a Apelação a seu favor não lhe recobra o prejuízo. Infelizmente, Janaína não é a única; não foi a primeira; e se não for usada as ferramentas cabíveis de freio, não será a última. Quantas “Janaínas” precisarão vir à tona para que seja aplicada corretamente a lei? Uma Janaína pode ser suficiente para deter isto, basta a utilização do controle de convencionalidade.

## CONCLUSÃO

A função do controle de convencionalidade é garantir a compatibilidade das normas nacionais e estrangeiras. Nos países membros há, portanto, o controle aplicado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos - SIDH e em paralelo o controle de convencionalidade aplicado pelos operadores do Direito interno. Neste caso, compete ao STF a competência do controle concentrado e aos juízes e tribunais de instâncias inferiores a competência do

---

<sup>26</sup> NEVES, 2009, p.21.

<sup>27</sup> ARAUJO; MELLO, 2015, p.12.

controle difuso. Dito isto, não assombram dúvidas de que os tratados internacionais do qual o Brasil é Estado Membro deve ser efetivado nas aplicações, interpretações e fiscalizações do direito.

Conforme visto, todas as Constituições brasileiras mostraram-se expressamente abertas ao diálogo entre chefes do executivo ou seus representantes constituindo uma prática formal secular. A globalização veio, talvez, como a melhor propagadora da importância na efetivação das normas internacionais posto que os diálogos entre Estados tornou-se essencial. Tem-se agora, não apenas direitos fundamentais; tem-se também garantias de cumprimento dos deveres.

O indivíduo tornou-se cidadão cosmopolita e, com isto, ganhou proteção internacional. Ao ter um direito violado é juridicamente legal e legítimo que as fontes de fundamentação da reivindicação sejam originariamente internas e/ou internacionais. Não há obrigatoriedade na aplicação por serem equivalentes. Há, contudo, a proibição de aplicação de norma incompatível entre os planos que convencionaram. No caso analisado, foram utilizadas apenas fundamentos brasileiros.

O grande ganho do controle de convencionalidade é horizontalizar o Estado e o indivíduo como partes litigantes. Logo, quando o Estado comete um ato infrator aos direitos internacionais ele pode ser denunciado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e ter seu processo instaurado. O cidadão globalizado é amparado dentro e fora de seu país.

O caso de Janaína deflagrou a violação não apenas do direito, mas da justiça. A celeridade da ação, neste caso, foi fator fundamental para fazer de Janaína vítima do sistema. Uma ação julgada sem que a parte tenha constituído defesa e com execução sumária sem respeitar o trânsito em julgado viola a materialidade e o devido processo legal. A irreversibilidade do procedimento efetivado em Janaína apenas transborda o distanciamento provocado nesta ação do direito e da justiça.

Quando o fato consumado não há como ser restituído busca-se, como reparação, indenização. Por todas as razões cabe à Janaína o direito de denunciar o Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH para que se apure os fatos e se proponha medidas eficazes de combate a novos afrontes como este. A cultura do controle de convencionalidade em âmbito difuso necessita ser difundido para que se preserve o Estado brasileiro diante da comunidade internacional e, principalmente, que se enraíze a cultura da observância dos direitos fundamentais como um direito humano, real, concreto e interno.

## REFERENCIAS

ARAUJO, L. C. de; MELLO, C. de M. (Coord). **Curso do Novo Processo Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 12.

ARRIGHI, Jean Michel. OEA: **Organização dos Estados Americanos**. Trad. Sérgio Bath. Barueri: Manole, 2004, p. 52.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 2018. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/população/projeção/>>. Acesso em 05 de jul de 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. I, p. 401-402. p. 33-34.

CARBONELL, M (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARBONELL, M. Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CARBONELL, M. Neoconstitucionalismo: elementos para una definición. In: Eduardo Ribeiro Moreira; Mauricio Pugliesi. 20 anos da Constituição brasileira. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 197-208.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 7º ed. revisitada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Constituição e tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIM, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2014.

GALTUNG, Johan. Tras la violència, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución: afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerray la violència. Bilbao: Gernika Gogoratuz, 1998.

GROS ESPIELL, Héctor. Le système interaméricain comme régime regional de protection internationale des droits de l’homme. Recueil des Cours, v. 145 (1975 – II), p. 38 – 39.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung). Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. ed. 8ª. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 17-18.

LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manoele, 2005, p. 16 – 18.

LUHMANN, NIKLAS. Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral. São Paulo: Vozes.2016

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Constituição e relações internacionais. In: DOLINGER, Jacob. A nova Constituição e o direito internacional. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1987.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. 2. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. cit., p. 21.

PETERSEN, Carole J. Bridging the gape? The role of regional and nationl human rights institutions in the Asia Pacific. Asian-Pacific Law & Policy Journal, v. 13, n. 1, p. 174-209, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.104. p. 131 – 132

SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da de experiencia. 4.ed. São PAULO: Cortez, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”, in: Revista Interesse Público, v. 32, 2005, p. 213

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos - Conceito, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, in: Revista de Direito Administrativo, n. 177, 1989, p. 20-49

TORRES, Ricardo Lobo. “A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial”, in: I. W. Sarlet (Org.), Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 200, p. 1-46