

O DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR DAS PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN SOB A ÓTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL

THE RIGHT TO FREE FAMILY PLANNING FOR PEOPLE WITH DOWN SYNDROME
THE PERSPECTIVE CIVIL-CONSTITUTIONAL

Ana Vlória Martins Feitosa
Juliana Iris de Oliveira Assunção

RESUMO

Analisar os aspectos jurídicos da autodeterminação das pessoas com Síndrome de Down para o exercício do direito ao planejamento familiar e para assunção dos consequentes deveres parentais, sob a perspectiva dos princípios constitucionais da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, constitui o objetivo central do presente trabalho. Destaca-se que, com o advento do pós-guerra e ascensão da doutrina dos direitos fundamentais, a pessoa em concreto passa a ocupar o centro das relações jurídicas. O ordenamento jurídico, compreendido em uma perspectiva sistemático-teleológica alberga o valor personalidade firmado, especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana. Em decorrência, às pessoas, em geral, se reconhece o direito de decisão sobre questões existenciais, na medida em que tenham o necessário discernimento. Perquire-se, nas questões existenciais, sobre a capacidade de agir (factual) e não sobre os pressupostos da capacidade jurídica. O sujeito com alguma deficiência físico-psíquica ou mesmo aquele que está em sofrimento psíquico é sujeito de direitos, igualmente. Dentro das possibilidades concretas, as decisões de vida que o sujeito com deficiência psíquica é capaz de exprimir. Nesse contexto, o enfoque da deficiência passa a ser mais amplo, englobando tanto os aspectos médicos ligados aos impedimentos do corpo, como a restrição de participação gerada pelas barreiras sociais. Por conseguinte, a capacidade jurídica para o exercício de situações especiais merece ser revista, não mais devendo ser pautada no regime categorizado pelo Código Civil (CC).

PALAVRAS-CHAVE: Autodeterminação; Planejamento Familiar; Síndrome de Down; Paternidade Responsável; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

Review the legal aspects of self-determination of people with Down syndrome to exercise the right to family planning and consequent assumption of parental duties, from the perspective of constitutional principles of responsible parenthood and the dignity of the human person is the central goal of this work. It is noteworthy that, with the advent of the post-war rise of the doctrine of fundamental rights, in particular the person occupies the center of legal relations. The legal system, understood in a teleological perspective sistemático-home value personality executed, especially the principle of human dignity. As a result, people generally recognize the right decision on existential issues, as they have the necessary insight. Perquire up in existential questions about the ability to act (factual) and not on assumptions of legal capacity. The individual with a disability physio-psychic or even one that is in psychological distress is a subject of rights, also. Within the concrete possibilities, decisions of life that the individual with mental handicaps is capable of expressing. In this context, the focus of disability becomes broader, encompassing both the medical aspects related to impairments of the body, such as the restriction of participation generated by social barriers. Therefore, the legal capacity to exercise special situations deserves to be reviewed, and should no longer be based on the scheme categorized by the Civil Code (CC).

KEYWORDS: Self-determination; Family Planning; Down Syndrome; Responsible Fatherhood; Dignity of the Human Person.

INTRODUÇÃO

O último Censo, realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2012, *on line*), revelou que 23,9% dos entrevistados possuem alguma deficiência, tendo 2.617.025 deles declarado possuir deficiência intelectual. As estatísticas levantadas pelo IBGE nesse sentido vêm demonstrando que o índice de brasileiros com algum tipo de deficiência está aumentando se comparados os dados obtidos em 1990, cujo percentual correspondia a apenas 1,41% da população, com os de 2000, que se elevou para 14,5%.

Nesse sentido, aumentam também os debates sobre deficiência nos mais variados campos, inclusive jurídico, por meio de documentos como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que em seu artigo 1º, traz uma nova concepção de deficiência, conjugando “a relação de desigualdade imposta por ambientes com barreiras a um corpo com impedimentos” (DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009, p. 65).¹

Dentre as pessoas com deficiência intelectual, incluem-se aquelas com Síndrome de Down, alteração genética mais frequente na espécie humana. Apesar das limitações biológicas decorrentes da síndrome, essas pessoas vêm ocupando cada vez mais espaços da vida cotidiana e se tornando, inclusive, economicamente produtivas. Com mais autonomia e liberdade para realizar suas próprias escolhas, uma nova questão é colocada em discussão: a quem cabe decidir se eles podem relacionar-se sexualmente ou se podem planejar ter ou não ter filhos?

A doutrina civilista pátria tradicional, tende ao enquadramento, apriorístico, dessas pessoas com SD como relativamente incapazes para os atos da vida civil (Código Civil, art. 4º, III), sujeitando-lhes aos institutos de proteção como a tutela ou a curatela. De outro lado, porém, o direito civil crítico propõe o respeito da autonomia da pessoa, em vista do valor personalidade. Procura romper com a tradicional classificação da capacidade jurídica, fulcrada em valores patrimonialistas, para reconhecer às pessoas que tenham algum nível de discernimento, o poder de decidir sobre questões existenciais, na medida de sua autonomia.

Na lição de Perlingieri (2007, p. 164-165):

O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado ou parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por

¹ Convenção aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, no dia 06 de dezembro de 2006, através da Resolução A/61/611 e ratificada, em 09 de julho de 2008, pelo Decreto Legislativo nº186/08, publicado no DOU de 20 de agosto de 2008.

representar camisa-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastante com a realização e pleno desenvolvimento da pessoa.

[...]

É preciso, ao contrário, privilegiar sempre que for possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina de interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil”. Quando concreta, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem se realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício de todas aquelas expressões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito – sob pena de ilegitimidade do remédio protetivo ou do seu uso – a rigidez das proibições nas quais se substancia a disciplina do instituto da interdição, tendente à exclusiva proteção do sujeito: excessiva proteção traduzir-se-ia em uma terrível tirania.

Em face da projeção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2007), personalizam-se as relações do direito civil. O sujeito de direito abstrato passa a ser compreendido como a pessoa, dotada de história própria, sustentada por sua própria subjetividade. Até mesmo a família se democratiza e passa a ser percebida como instrumento de promoção do desenvolvimento da pessoa e dos direitos de personalidade de seus membros (MORAES, 2010). A família passa a representar um ambiente de cuidado e emancipação. As relações são mais igualitárias e as decisões apuradas no processo de diálogo, no qual até os menores e demais hipossuficientes têm direito de serem ouvidos em suas manifestações. Por conseguinte, abre-se maior espaço para o exercício da liberdade individual, que pode ser entendido como o poder de decidir de forma autônoma como se deseja conduzir a vida nos seus mais variados aspectos, inclusive no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos.

Em alguns casos tem sido observado o ingresso de ações no Judiciário requerendo a realização de procedimentos cirúrgicos para esterilização dessas pessoas com deficiência intelectual pelas próprias famílias, tolhendo-lhes, assim, o direito exercício do planejamento familiar, pelo que a jurisprudência ainda se segmenta. Eis aqui um ponto que justifica a pesquisa: a necessidade de se reconhecer e respeitar eventual autonomia das pessoas com SD para o exercício do direito ao planejamento familiar, desde que também possam corresponder aos consequentes deveres parentais, sob a perspectiva do princípio constitucional da paternidade responsável, se manifestarem decisão pela concepção.

A pesquisa desenvolvida foi bibliográfica, incluindo não apenas obras jurídicas, mas também das Ciências Sociais e da Medicina que abordam o assunto em análise, assim como artigos de revistas especializadas nestas áreas, dissertações, relatórios e informações constantes em sítios eletrônicos oficiais; além de documental, abrangendo o estudo de normas nacionais e internacionais, bem como dados publicados por fontes oficiais. Ademais, visa a

identificar as razões que determinam os limites da autodeterminação das pessoas com Síndrome de Down e seus reflexos no exercício do direito ao planejamento familiar, sendo, portanto, meramente explicativa.

A despeito da relevância do tema, observou-se que as pesquisas empreendidas circunscrevem-se a áreas como o Serviço Social e a Psicologia, a Filosofia, a Medicina, não tendo sido ainda muito explorado no campo do Direito. Em virtude disso, se torna premente uma abordagem jurídica, com o fito de contribuir com a ampliação da produção acadêmica nesta seara, com especial foco nos direitos humanos das pessoas com Síndrome de Down.

1 A SÍNDROME DE DOWN E O MODELO SOCIAL DA DEFICIÊNCIA

A deficiência foi encarada durante muito tempo como uma desvantagem natural. Ao longo dos séculos, os deficientes foram rejeitados, satanizados e isolados do convívio social, por se entender que traziam consigo uma espécie de má sorte ou sinal de pecado. Por conseguinte, os estudos desenvolvidos acerca do tema tardaram a se realizar nas áreas sociais e humanas, circunscrevendo-se, basicamente, em torno da biomedicina, que tende a compreender a deficiência atrelada à catalogação de doenças e lesões de uma perícia biomédica do corpo (DINIZ; PEREIRA; SANTOS, 2009).

Partindo dessa compreensão de que a deficiência consiste nas lesões ou doenças classificadas pela ordem médica, sendo indesejada, vez que destoa de um padrão de normalidade, comum se verificar a oferta ou imposição de tratamentos integrativos com escopo de reverter ou atenuar os sinais da anormalidade. Assim, quanto mais próximo do que se entende por “normal” as práticas de reabilitação ou curativas conseguirem chegar, maior êxito elas terão.

Todavia, nos últimos tempos, esse modelo médico de conceituar e tratar a deficiência vinha se mostrando insuficiente. Em contrapartida, surge no Reino Unido, por volta das décadas de 1960 e 1970, um movimento político que propõe a queda de paradigma do que até então se tinha estabelecido em termos de deficiência, uma vez que se passa a entender que a gênese das desigualdades não reside na pessoa deficiente, mas sim na sociedade, que não está, suficientemente, preparada para lidar com o diferente.

Inspirado no que passou a ser conhecido como modelo social da deficiência, surgiu na Inglaterra, uma organização de deficientes com objetivos, precipuamente, políticos – *The Union of the Physically Impaired Against Segregation* (UPIAS), que contribui com uma distinção entre lesão e deficiência, o que até então a biomedicina não havia feito, bem como

com uma demonstração de que a segregação vem a ser elemento integrante e diferenciador da deficiência. Nesse sentido, Medeiros e Diniz, (2004, p. 1):

Lesão: ausência parcial ou total de um membro, órgão ou existência de um mecanismo corporal defeituoso; Deficiência: desvantagem ou restrição de atividade provocada pela organização social contemporânea que pouco ou nada considera aqueles que possuem lesões físicas e os exclui das principais atividades da vida social.

A ideia era ressaltar que não existia, indispensavelmente, uma relação direta entre lesão e deficiência, e com isto transpor a discussão para além dos limites da biomedicina, inserindo-a também nos campos social e político:

Lesão seria uma característica corporal, como o sexo, a cor da pele, ao passo que deficiência seria o resultado da opressão e da discriminação sofrida pelas pessoas em função de uma sociedade que se organiza de maneira que não permite incluí-las na vida cotidiana. É possível uma pessoa ter lesão e não experimentar a deficiência, a depender do quanto à sociedade esteja ajustada para incorporar a diversidade humana (MEDEIROS; DINIZ, 2004, p. 2).

A partir daí, pôde-se começar a ampliar o entendimento de que deficiência abrange tantos os impedimentos de natureza física, mental ou sensorial, como as barreiras impostas pela sociedade, geradoras das desigualdades, permitindo a consolidação do combate à discriminação por meio de documentos internacionais, a exemplo da já mencionada Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que em seu art. 1º, define:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

Entre essas pessoas, estão incluídas as com Síndrome de Down (SD), síndrome genética mais comum da espécie humana, também conhecida como Trissomia do Cromossomo 21, cujos indivíduos afetados apresentam, dentre outras más-formações, uma face caracteristicamente redonda e achatada e retardo mental manifestado precocemente (MARCONDES, 2003).

Embora padeçam de limitações que afetam o processo cognitivo, referidas pessoas vêm ganhando destaque e apoio no meio social, fazendo com que se perceba cada vez mais sua presença nas escolas especiais ou regulares, nos ambientes de trabalho e acadêmico etc. Isto porque o nível de potencial intelectual não é estanque, o que decorreria das diferentes formas de manifestação da SD, associadas a estímulos ambientais e eliminação de obstáculos sociais, fatores aos quais a doutrina especializada (BISSOTO, 2005), atualmente, credita o desenvolvimento da capacidade de se autogerir e de se interagir coletivamente.

A Síndrome de Down, que é causada pela presença de 03 réplicas do cromossomo 21 no organismo humano, pode se manifestar de diferentes formas: a) Trissomia livre ou simples,

b) Translocação, e c) Mosaicismo, sendo esta, segundo a literatura referencial, uma manifestação clínica mais branda dos sintomas da deficiência, chegando a se ter registros de casos em que jovens com a trissomia 21 em mosaico e baixo percentual de células aneuplóides, com desenvolvimento cognitivo acima da média, tiveram acesso ao ensino superior (MOREIRA *apud* MOREIRA; GUSMÃO, 2002, p. 2).²

Entretanto, para além das diferentes formas de manifestação da Síndrome de Down, que podem proporcionar, do ponto de vista biológico, algum tipo de variação na forma de apreensão do conhecimento; certo é que a diversidade entre as pessoas com a trissomia 21 é resultado também dos fatores ambientais aos quais elas são submetidas, somados às limitações sociais que lhe são impostas, nos mais variados aspectos de sua vida, na construção de sua subjetividade.

2 ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES: INSUFICIÊNCIA DA CATEGORIZAÇÃO DAS PESSOAS COM SÍNDROME DE DOWN PARA QUESTÕES EXISTENCIAIS

Com o advento da constituição federal de 1988, valores como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, solidariedade, dentre outros, revolucionaram a maneira de se enxergar o homem, dando ênfase ao *ser*. As alterações ocorridas “determinaram uma virada paradigmática no direito civil a favor da pessoa humana, devendo ser esta, que agora está no vértice do ordenamento jurídico, prioritariamente realizada na ordem civil.” (MACHADO, 2011, p. 5). Tais valores impactaram as relações privadas, influenciando a visão civilista do homem, dantes considerado apenas sob um viés patrimonialista, para integrar um rol de questões existenciais ao grupo de interesses mercedores de tutela legal.

Nesta seara, inserem-se também as relações do direito de família, abrindo-se novos espaços para a variedade de construções familiares, bem como para a relevância de cada membro desta entidade familiar. Modifica-se então a função da família, não sendo esta mais “um fim em si mesma, mas sim um instrumento para a realização da dignidade de cada um de seus membros” (MORAES; KONDER, 2012, p. 339).

Diante desta realidade, questiona-se acerca da possibilidade de planejamento familiar pelas pessoas consideradas incapazes. A lei de planejamento familiar (Lei nº 9.263/1996), em

² Célula que teve o seu material genético alterado, sendo portador de um número cromossômico diferente do normal da espécie, podendo ter uma diminuição ou aumento do número de pares de cromossomos, porém não de todos.

seu art. 1º, aduz que o planejamento familiar é direito de todo cidadão. Mas até onde o conceito de cidadania chega?

A concepção tradicional do direito civil, fortemente influenciada pelo liberalismo e pelo individualismo característicos do século XIX, conforma o regime jurídico geral da capacidade de agir de acordo com um *paradigma patrimonialista*. Desta forma, as categorias e conceitos estabelecidos desde o Código Civil de 1916, estendendo-se também ao de 2002, estão atados à propriedade privada, ao contrato e à noção de patrimônio (MACHADO, 2011).

A lei, então, sob a justificativa de proteger os que, por ausência de maturidade, tirocínio ou senso prático na defesa de seus interesses, são considerados incapazes, os submete a um regime *privilegiado* (RODRIGUES, 2002).

É nesta categoria que estão enquadradas as pessoas com Síndrome de Down, mais especificamente entre os relativamente incapazes, sujeitos aos institutos da tutela e da curatela, a fim de que possam ser *assistidos* em seus atos da vida jurídica. Os negócios praticados sem a presença/consentimento do assistente são passíveis de anulação.

Na visão de Pereira (2012, p. 236):

Entende o ordenamento jurídico que, em razão de circunstâncias pessoais, ou em função de uma impossibilidade de coordenação das faculdades psíquicas, deve-se colocar certas pessoas em um termo médio entre incapacidade e o livre exercício de direitos, que se efetiva por não lhe reconhecer a plenitude das atividades civis, nem privá-lo totalmente de interferir nos atos jurídicos.

Esta visão, essencialmente patrimonialista, acaba por desconsiderar a relevância das situações subjetivas existenciais, que, por sua vez, possuem ligação estrita com o desenvolvimento da pessoa. Diante da atual conjectura de valores, não se pode mais analisar as questões existenciais sob a mesma ótica das categorias erigidas no ordenamento jurídico vigente, tendo-se em vista que o objeto de tutela é a pessoa, que constitui ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A personalidade é um valor, o *valor fundamental do ordenamento*. (PERLINGIERI, 2008)

Partindo desta concepção unitária da pessoa, o ser humano passou a ser visto através de um perfil ético-axiológico, intrinsecamente ligado à realidade humana, ao invés de um ser neutro e geral (proprietário), fazendo-se necessária uma definição da capacidade de agir baseada na “realidade biopsicológica da pessoa humana, e não no etéreo elemento voluntarístico ou num fechado sistema de direito.” (MACHADO, 2011, p. 6)

Surge então um contraponto entre os paradigmas patrimoniais e existenciais da capacidade do homem. O primeiro estabelece uma separação entre titularidade e exercício de direito, delineando-se, por consequência, duas modalidades de capacidade: a *jurídica*, que é a

própria aptidão genérica para ser titular de direitos, e a *de agir*, que está relacionada ao exercício de tais direitos. Este viés adequa-se perfeitamente ao rol das situações subjetivas patrimoniais, que necessitam de certa certeza e segurança.

Porém, para tutelar situações subjetivas existenciais, que, como dito alhures, são de extrema relevância para a constituição do homem enquanto pessoa, esta categorização não se conforma, pois tais situações são extremamente dinâmicas, o que impossibilita uma classificação exaustiva, deixando de fora algumas questões inerentes à pessoa, cuja não realização acaba ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Perlingieri (2008, p.242-244):

Muito debatido, entre as questões de técnica legislativa, é o valor das definições. Quando uma lei dita definições para os termos utilizados na mesma lei, ou em outras fontes, pergunta-se se a definição é, como as outras normas, vinculante para o intérprete. O ensino tradicional contestava, com poucas exceções, que o legislador pudesse inserir definições em qualquer tipo nos textos de lei, admitindo que fosse subtraída à sua esfera de competência a atividade de interpretação e de sistematização do direito, reservada exclusivamente à doutrina. As definições, em tal perspectiva, são ou supérfluas ou podem levar a um engano, e, se em contraste com a disciplina estabelecida pelas normas propriamente ditas, não devem ser observadas porque não vinculantes para o intérprete. [...] A definição legislativa não tem, por natureza, uma força meramente indicativa ou explicativa, não vinculante para o intérprete. Embora com funções e fins diversos, é vinculante para o intérprete de acordo com o conteúdo e o valor que, cada vez, a interpretação sistemática e unitária do ordenamento lhe atribui. As definições legislativas, portanto, mesmo quando, diretamente, não exprimem normas, têm sempre uma relevância normativa, porque fazem parte de um contexto unitário com outros enunciados; eles também estão sujeitos a interpretações e isso constitui um limite intrínseco de ordem semântica.

Faz-se necessário o exercício de uma hermenêutica voltada para o *ser* enquanto *valor* pleno. Nesta conjectura de valores, insere-se uma nova teoria, que propõe a superação do binômio capacidade jurídica-capacidade de agir na esfera das situações existenciais, visto que titularidade e exercício coincidem com a existência mesma do valor. A capacidade de agir é a possibilidade de ação juridicamente assegurada a quem tem discernimento bastante para arcar com as implicações de seu próprio agir, com a finalidade de garantir o exercício da autonomia privada na medida do discernimento da pessoa (MACHADO, 2011).

Recusa-se a concepção apriorística do homem, que o qualifica de maneira geral, para se apresentar uma capacidade medida em consonância com a realidade de cada indivíduo e com seus interesses. “Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”. (PERLINGIERI, 2008, p. 764-765)

Trazendo essas considerações para as questões existenciais das pessoas com deficiência cognitiva, mais especificamente, para as pessoas com Síndrome de Down, é notória a diferenciação em graus de discernimento entre as pessoas acometidas com a

patologia em tela, e que esses níveis não decorrem apenas de aspectos biológicos, mas o componente social se mostra com essencial relevância. É patente a necessidade de se averiguar as condições pessoais do indivíduo caso a caso, antes de categorizá-los como incapazes e privá-los da capacidade de agir em questões de cunho essencialmente existencial.

Conforme pensamento de Abreu (2007), é questionável a ideia de que apenas uma visão parcial da pessoa, baseada apenas em sua saúde mental, possibilite a intervenção em seus direitos fundamentais, nas suas liberdades individuais e a desconsideração da sua vontade. Um indivíduo não é só integridade psíquica, mas também privacidade, intimidade, honra, imagem, entre tantos aspectos da sua personalidade:

Necessário considerar que, mesmo numa única patologia, muitas vezes existem diferentes graus em que ela pode se apresentar; sem falar que, a forma como uma pessoa reage ao comprometimento de sua saúde pode ser inteiramente distinta da de outra, em razões de questões referentes não só às diferenças inerentes a cada organismo, mas também ao histórico de cada um, à personalidade de cada pessoa, ao humor, à formação cultural, a aspectos de ordem social e econômica, entre tantos outros fatores que podem influir para que a situação de dois seres humanos com o mesmo problema de saúde seja inteiramente distinta. (ABREU, 2007, p.34)

Neste sentido, Menezes (2009, p. 372) aduz:

Importa compreender, na tutela da personalidade humana os seguintes pontos: *A personalidade humana é metamórfica*, embora possua unidade e continuidade transtemporais. Conhece o ciclo da gestação, do crescimento, da maturidade e da decomposição; *Cada homem é uma unidade físico-psíquico-ambiental*, com contradições internas e externas, potencialidades e carências, defeitos e virtudes, saúde e doença. Mesmo o indivíduo portador de anomalia psíquica não pode ter desconsiderado o direito de personalidade. (grifo original)

Portanto, o fato de um sujeito possuir a trissomia do 21 não o descaracteriza, antes de tudo, como pessoa, que, na medida de seu discernimento, tem a necessidade de se autoafirmar nas mais diversas áreas da subjetividade, dentre elas, a constituição de uma família.

Então, se a pessoa com SD decide pela concepção, faz-se necessário reconhecer e respeitar esta manifestação de sua autonomia, desde que não se percam de vista os consequentes deveres parentais.

3 DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA À CONSTITUIÇÃO DA PRÓPRIA FAMÍLIA SOB O ENFOQUE LEGAL E JURISPRUDENCIAL

A tutela das pessoas com deficiência ganha espaço nos documentos internacionais, a exemplo da Declaração de Direitos do Deficiente Mental, da Convenção de Guatemala e da já referida Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo governo brasileiro como matéria constitucional, cujo artigo 23, que trata do respeito ao lar e à família, prevê:

Os Estados Partes deverão tomar medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que:

- a. Seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes;
- b. Sejam reconhecidos os direitos das pessoas com deficiência de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento entre eles e de ter acesso a informações adequadas à idade e a orientações sobre planejamento reprodutivo e familiar, bem como os meios necessários para exercer estes direitos; e
- c. As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Inobstante o reconhecimento do direito ao planejamento familiar, inclusive em sede de matéria constitucional, para algumas pessoas com deficiência intelectual tem sido negado o seu exercício. Em muitos casos, suas próprias famílias ingressam com ações no Judiciário requerendo a realização de procedimentos cirúrgicos para esterilizá-las. Com saldo, tem-se uma jurisprudência dividida, como se denota das decisões a seguir colacionadas:

Suprimento de consentimento. Interdita. Alienada mental que, resistindo à ingestão regular de anticoncepcionais, ou à prática eficaz de outros métodos contraceptivos, foge ao controle da curadora, afasta-se do lar, em pelo menos três vezes, tornou grávida ao lar. Nascimento conseqüente de filhos, que a própria interdita não reconhece como tais, muito menos os pais diferentes os assume, para lhes prover criação e sustento, encargos que terminam por conta de parente da apelada. Espécie em que, ademais, a requerida se aproxima dos quarenta anos de idade, fator acrescido para agravar a situação, em caso de eventual gravidez futura, de evidente alto risco, inclusive por força da medicação que lhe é submetida, como terapia da esquizofrenia paranóide. Consentimento suprido – Apelação provida.

“Em contraposição àquele argumento fulcral da r. sentença, as razões de apelo bem souberam aduzir que “ser mulher é mais que gerar filhos, é poder criá-los, fomentar seu desenvolvimento, acompanhar seu desenvolvimento. É educá-los, prepará-los para a vida, coisa que a apelada, como se demonstrou, não tem condição de fazer, já que sequer os reconhece como filhos.” (...); ponderações a que se acrescem, em abono, os fundamentos do bem elaborado parecer, de fls. ..., da lavra do digno Procurador de Justiça, Dr. Antônio Celso Pares Vita, dando, em especial, do descontrolo da apelada, de se lhe administrarem fortes medicamentos, de já contar com quase quarenta anos, o que faz antever, no futuro, gravidez eventual de alto risco, de sua resistência em aceitar medicamentos contraceptivos e de não haver como inseri-la em programa de planejamento familiar, até mesmo em virtude de sua própria incapacidade mental (...)”. . As pessoas com deficiência, inclusive crianças, conservem sua fertilidade, em igualdade de condições com as demais pessoas. (TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Ap. Civ. 262.64 6-4/4-00, Rel. Des. Hélio Quaglia Barbosa, Jug. 17.06.2003)

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE LAQUEADURA TUBÁRIA E MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ, PORTADORA DE ENFERMIDADE MENTAL SEVERA E IRREVERSÍVEL. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL CONCEDIDA NOS TERMOS DO §6º DO ART. 10 DA LEI 9263/96. LAUDOS MÉDICOS APONTANDO A PROVIDÊNCIA RECLAMADA COMO ÚNICA ALTERNATIVA VIÁVEL DE MÉTODO CONTRACEPTIVO. DEFERIMENTO. Não pode o Judiciário permitir que essa jovem, doente mental, inserida num contexto familiar completamente comprometido e vulnerável, esteja sujeita e repetidas gestações, trazendo ao mundo crianças fadadas ao abandono, sem falar nos riscos à própria saúde da gestante, que por todas as suas limitações, sequer adere ao pré-natal. A família desta menina veio ao Judiciário pedir socorro, para que

algo seja feito em seu benefício e esse reclamo não pode ser ignorado sob o argumento falacioso (com a devida vênia) de se estar resguardando a dignidade da incapaz ! Ora, que dignidade há na procriação involuntária e irracional que despeja crianças indesejadas no mundo (cujo destino é antecipadamente sabido), sem envolvimento por parte dos genitores e sem condições para o exercício da parentalidade responsável? É uma medida extrema, sem dúvida, mas que visa evitar um mal maior, qual seja, o nascimento de bebês fadados ao abandono e à negligência. Nada mais triste. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70047036728, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22.03.2012)

AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA CIRURGIA DE ESTERILIZAÇÃO (LAQUEADURA TUBÁRIA). DESCABIMENTO. 1. Considerando-se que a realização da cirurgia de laqueadura tubária constitui procedimento cirúrgico dotado de irreversibilidade, não constitui meio adequado para a proteção da mulher incapaz, não contribuindo em nada para a sua preservação moral ou para a sua saúde. 2. A laqueadura constitui providência contraceptiva agressiva e degradante, ensejando sua esterilização, o que viola não apenas a integridade física, como também a intimidade da pessoa, causando-lhe danos permanentes. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022682439, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 14.05.2008)

ESTERILIZAÇÃO DE INCAPAZ. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES DOS PODERES CONFERIDOS AOS CURADORES. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA PRETENDIDA. INEXISTÊNCIA DE NORMA JURÍDICA COM DENSIDADE NORMATIVA SUFICIENTE PARA REGULAR CASO CONCRETO. Há limitações de ordem legal e moral ao exercício da curatela. Dentre os poderes conferidos pelo ordenamento jurídico não se encontra a disposição sobre a integridade física e moral da interdita, pelo que inviável a postulação de esterilização de incapaz pelos curadores. O procedimento cirúrgico de esterilização da curatelada mostra-se desproporcional no caso concreto, eis que há medidas que alcançam resultado igual ou semelhante e que consubstanciam restrição menos gravosa ao direito à liberdade, direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana. Inexiste norma jurídica com densidade normativa suficiente que autorize a esterilização de absolutamente incapazes, vez que o art. 10, § 6º, da Lei nº 9.263/96 ainda carece de regulamentação. Negaram provimento. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70010573723, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 30.03.2005)

APELAÇÃO CIVIL. PEDIDO PARA LAQUEADURA TUBÁRIA DE MAIOR INCAPAZ. IMPOSSIBILIDADE. A deficiente mental não tem culpa de sua doença. Nasceu assim porque a natureza a protegeu da loucura dos homens, ou a castigou, fazendo com que pagasse pela sua deficiência. Para que haja esterilização com a impossibilidade de procriação, deve haver o consentimento expresso da pessoa, e a curatelada não dispõe desse consentimento, uma vez que a sua curadora que pretende esterilizá-la, para que nunca mais possa ter filhos. Estes, se um dia concebidos, poderão ser sadios, e não insanos como a mãe. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70008448276, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Carlos Pereira, Julgado em 28.10.2004)

Infere-se que nos casos em apreço constante é a tensão entre os direitos fundamentais, ora pendendo para a preponderância do respeito à autonomia da vontade da pessoa deficiente, ora para o melhor interesse da prole. Assim, não se pode olvidar, no exercício do planejamento familiar, da importância da paternidade responsável. Não se defende aqui a abertura do direito de procriar entre pessoas com SD de forma deliberada, mas

se apoia a investigação da existência, ou não, do discernimento no tocante às responsabilidades e obrigações decorrentes da paternidade antes de se decidir pela possibilidade de constituição de família por pessoas nessas condições. Afinal, a pessoa se desenvolve plenamente na relação com o outro, interferindo e recebendo interferências dos demais em um processo contínuo, dinâmico e dialético. O particular possui dever um para com o outro. (MENEZES, 2009) E esta relação intersubjetiva se intensifica ainda mais quando se fala em pais e filhos.

CONCLUSÃO

Espera-se que os resultados alcançados na pesquisa possam contribuir com a ampliação da produção acadêmica nesta seara, com especial foco nos direitos humanos e nos de personalidade das pessoas com Síndrome de Down, que justificam o respeito à autonomia dessas pessoas quanto às decisões de natureza existencial, dentro das quais se acha o planejamento familiar. Portanto, em face desse valor personalidade espraído no ordenamento jurídico, conclui-se que o esquema tradicional da capacidade civil não é suficiente para fazer respeitar a autodeterminação da pessoa, considerando a presunção por ele estabelecida de que se um indivíduo é incapaz de gerir seus bens, é tão incapaz quanto para tomar decisões como votar, se casar e até mesmo ter filhos.

Sob o prisma social, a demonstração de que o conceito de deficiência engloba tanto os aspectos médicos ligados aos impedimentos do corpo como a restrição de participação gerada pelas barreiras sociais poderá servir de subsídio para posterior realização de projetos junto a instituições que trabalham com pessoas com Síndrome de Down, a exemplo da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), bem como para elaboração de políticas públicas que colaborem com o movimento em defesa dos direitos humanos e de vida independente desses indivíduos, visando a uma sociedade inclusiva.

Assim, deseja-se por meio da pesquisa colaborar com a difusão e defesa dos direitos humanos e de personalidade das pessoas com deficiência, especialmente no tocante ao exercício do planejamento familiar, assegurado na esfera interna e internacional, a fim de evitar violações de qualquer natureza. Com isso, estar-se-á lançando as bases teóricas para promoção de um diálogo entre juristas e demais profissionais das áreas afins acerca das questões envolvendo a deficiência, que vem ganhando contornos mais complexos, e passa a ser um dos pontos de partida para proposição de uma nova plataforma de capacidades, distinta daquela gravada no CC e mais condizente com as situações existenciais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Celia Barbosa. Um critério contemporâneo para a pronúncia da incapacidade civil. **Dissertar**, Rio de Janeiro, v.12, p. 30-35, 2007.

BISSOTO, Luísa Maria. Desenvolvimento cognitivo e o processo de aprendizagem do portador de Síndrome de Down: revendo concepções e perspectivas educacionais. **Ciências & Cognição**, São Paulo, v. 04, p.80-88, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 02 abr. 2012.

DINIZ, Debora; BARBORA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino e. **Deficiência, direitos humanos e justiça. SUR** – Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 65-77, dez. 2009.

DINIZ, Debora; PEREIRA, Natália; SANTOS, Wederson. 2009. Deficiência e perícia médica: os contornos do corpo. *Reciis*, v. 3, n. 2, p. 16-23.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo**, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=438&id_pagina=1>. Acesso em: 10 mar. 2012.

MACHADO, Diego Carvalho. Capacidade de agir e situações subjetivas existenciais: o exercício de situações existenciais pela pessoa adolescente a partir de um regime jurídico não codificado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 46, abr./jun. 2011.

MARCONDES, Eduardo. Anormalidades cromossômicas. In: **Pediatria básica**. 9. ed. São Paulo: Sarvier, 2003. p. 737-739. t. I.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora. Envelhecimento e Deficiência. *SérieAnis* 36, Brasília, LetrasLivres; 2004. Available from: [http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa36\(medeirosdiniz\)idososdeficiencia.pdf](http://www.anis.org.br/serie/artigos/sa36(medeirosdiniz)idososdeficiencia.pdf)

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A tutela geral da personalidade e a defesa do patrimônio mínimo indispensável ao desenvolvimento. In: Carla Sofia Pereira e Gabrielle Bezerra Sales. (Org.). **Entre o ter e o ser**: atualização jurídico-conceitual do direito de propriedade. Fortaleza: Faculdade Christus, 2009. V. 1. p. 361-390.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES. Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de Direito Civil-Constitucional**. Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MOREIRA, Lília M. A.; GUSMÃO, Fábio A. F. Aspectos genéticos e sociais da sexualidade em pessoas com síndrome de Down. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, Bahia, v.24, n.2, p.94-9, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado**. 8. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração de Direitos do Deficiente Mental**. 1971. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção de Guatemala** - Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. 1999. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-65.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil. 25. ed. Revista e Atualizada por Maria Celina Bodin Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012. V.I.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva. **A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** – Versão comentada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª C.C., Ap. Civ. 70008448276, Rel. Des. Antônio Carlos Pereira, Jug. 28.10.2004. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de Direito Civil-Constitucional**. Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 342.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª C.C., Ap. Civ. 70047036728, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Jug. 22.03.2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70047036728&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 30 ago. 2012

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª C.C., Ap. Civ. 70010573723, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, Jug. 30.03.2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=incapaz+e+estereliza%E7%E3o&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecis>>

ao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>. Acesso em: 31 ago. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª C.C., Ap. Civ. 70022682439, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Jug. 14.05.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70022682439&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte Geral. 32. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002. V.I.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara de Direito Privado, Ap. Civ. 262.64 6-4/4-00, Rel. Des. Hélio Quaglia Barbosa, Jug. 17.06.2003. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de Direito Civil-Constitucional**. Casos e decisões sobre os novos desafios para a tutela da pessoa humana nas relações existenciais. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 342-343.