

Responsabilidade por *error in procedendo*: Um estudo de caso sobre a autorização judicial para esterilização cirúrgica em Mococa

Responsibility for error in procedendo: A case study on judicial authorization for surgical sterilization in Mococa



Ana Beatriz de Mendonça Barroso¹

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

E-mail: beatrizmendoncca07@gmail.com



Mariana Dionísio de Andrade²

Universidade Federal de Pernambuco - PPGCP/UFPE

E-mail: mariana.dionisio@unifor.br

Resumo: O estudo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: a fundamentação inadequada de decisões judiciais pode ser considerada como *error in procedendo*, ensejando a responsabilidade do Estado? A pesquisa se baseia em um estudo de caso e utiliza dois eventos de esterilização compulsória por autorização judicial em Mococa, São Paulo, em 2017. O estudo aborda a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, princípio do livre convencimento do magistrado e fundamentação de decisão. A abordagem é qualitativa, baseia-se em revisão de literatura e a

1 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito (PROPED - Cnpq/UNIFOR). Professora visitante do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-graduanda em Direito Médico e Bioética pela PUC MINAS. Pesquisadora do grupo de estudos Dimensões do Conhecimento do Poder Judiciário da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), Linha de Pesquisa: Jurimetria e Poder Judiciário. Assessora Jurídica da Diretoria Legislativa da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará - ALECE (2021-2022). Advogada. Tesoureira IBDCONT/CE (Instituto Brasileiro de Direito Contratual). E-mail: beatrizmendoncca07@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6021-4903>. CV: <http://lattes.cnpq.br/6034363363531666>.

2 Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco - PPGCP/UFPE (Conceito 7) (Bolsista CAPES). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Bolsista FUNCAP). Especialista em Direito Processual Civil. Professora da Disciplina Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo no curso de Graduação em Direito e professora da pós-graduação lato sensu na UNIFOR e UNI7. Professora da Pós-Graduação em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Ceará - Esmec. 1ª Secretária IBDCONT/CE (Instituto Brasileiro de Direito Contratual Ceará). Pesquisadora líder do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito - PROPED (PROBIC/UNIFOR) (2019-2021). Pesquisadora líder do Projeto Pesquisa Empírica e Jurimetria PROPED (PROBIC/UNIFOR) (2021-2022). Auditora líder (Sistema ISO 9001:2008) pelo Sistema de Gestão de Qualidade da Universidade de Fortaleza. Vice-Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/CE (2009-2012). Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/CE (2013-2014). Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8698-9371>. CV: <http://lattes.cnpq.br/2375238086112583>. E-mail: mariana.dionisio@unifor.br.

periodização ocorre entre 2017 a 2019, considerando a data dos processos de esterilização e a reclamação disciplinar em face do magistrado responsável pelos casos analisados. Conclui-se que a fundamentação inadequada nos casos estudados não caracteriza descumprimento dos deveres funcionais e, portanto, não evidencia qualquer desvio do modelo legal traçado pela legislação processual pelo juiz do caso.

Palavras-chave: Autorização judicial para esterilização cirúrgica em Mococa. Direitos Humanos. Erro judiciário. Livre convencimento. Responsabilidade do Estado.

Abstract: The study intends to answer the following research problem: can the inadequate reasoning of judicial decisions be considered as an error in procedendo, giving rise to the State responsibility? The research is based on a case study and uses two events of compulsory sterilization by judicial authorization in Mococa, São Paulo, in 2017. The study addresses the State civil liability for judicial error, the principle of free conviction of the judge and reasoning for decision. The approach is qualitative, based on a literature review and the periodization takes place between 2017 and 2019, considering the date of the sterilization lawsuits and the disciplinary complaint against the judge responsible for the analyzed cases. It is concluded that the inadequate reasoning in the studied cases don't characterizes non-compliance with functional duties and, between this and that, it does not show any deviation from the legal model outlined by the procedural legislation by the judge in the case.

Keywords: Judicial authorization for surgical sterilization in Mococa. Human Rights. Judicial error. Free convincing. State responsibility.

Data de submissão do artigo: Dezembro de 2021

Data de aceite do artigo: Novembro de 2022

Introdução

Em 2017, foi proposta uma Ação Civil Pública objetivando a realização de laqueadura tubária em uma mulher dependente química que, à época do processo, já tinha 7 (sete) filhos, sem recursos financeiros para cuidar das crianças. O pedido envolvia tratamento e esterilização imprescindível, mesmo que sua realização fosse de forma involuntária. Em 2018, foi identificada outra Ação Civil Pública com o mesmo objetivo, mas dessa vez, contra uma mulher com deficiência intelectual, no entanto, sustenta-se que nessa ação a esterilização teria sido voluntária e com manifestação clara e motivada.

Com isso, objetiva-se verificar se a fundamentação inadequada de decisões judiciais pode ser considerada como *error in procedendo*, ensejando a responsabilidade do Estado por tais atos, tendo como parâmetro o estudo de caso sobre dois eventos de esterilização por realização de laqueadura tubária em mulheres: uma dependente química e uma deficiente intelectual.

Assim, o presente artigo pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: com base nos processos judiciais envolvendo esterilização de mulheres na cidade Mococa, em São Paulo, pode-se considerar a possibilidade de responsabilidade pela fundamentação jurídica inadequada? Para isso, é necessário tratar temas como responsabilidade civil do Estado no ordenamento brasileiro, a relação entre responsabilidade e responsabilização de magistrados por erro judiciário, apontar o que seria esterilização e qual o trâmite dos processos que foram alvo de discussão na mídia e no meio acadêmico.

Como hipótese, parte-se do pressuposto que há *error in procedendo*, que pode resultar em violação funcional e até responsabilidade pessoal do magistrado. A pesquisa se pauta em revisão de literatura, com base em artigos científicos indexados, nacionais e internacionais, e estudo de documentos específicos sobre o tema, como as decisões judiciais proferidas pelo juiz de direito da 2º Vara da Comarca de Mococa, interior do Estado de São Paulo,

bem como a reclamação disciplinar proposta em face do referido magistrado. A abordagem é qualitativa e analítico-descritiva, com o uso complementar de dados secundários advindos do estudo de caso, com periodização entre 2017 e 2019, bem como documentos como decisões e relatórios.

Em termos teóricos, a pesquisa é relevante por oferecer uma contribuição original e inédita para uma lacuna doutrinária de debates específicos sobre erros judiciários cíveis. Além disso, o estudo abre a oportunidade para tratar do equilíbrio entre poder e dever no Poder Judiciário, principalmente na atuação do magistrado quanto à produção e à fundamentação de decisões judiciais. Quanto à relevância prática, é útil para juízes, advogados e demais profissionais da área jurídica, porque estabelece a correlação entre as decisões judiciais de esterilização compulsória, ambas proferidas na comarca de Mococa (São Paulo), possibilitando uma discussão direcionada quanto ao uso do princípio do livre convencimento do juiz e erro judiciário cível.

Responsabilidade por ato jurisdicional e a responsabilidade pessoal do magistrado

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) reconhece, no seu artigo 37, §6º, a responsabilidade objetiva dos Estados pelos danos resultantes de atos e comportamento de seus agentes (FEITOSA; ARAÚJO: 2008; p. 198). Entre esses atos, os jurisdicionais. A responsabilidade civil do Estado por fato do Poder Judiciário também está inclusa no artigo 37, §6º da Constituição Federal, além dos princípios referentes ao regime constitucional da atividade judiciária que podem ser classificados em diversos tipos de ato: sentenças, decisões interlocutórias, nomeações, contratações, regimentos internos e resoluções do Conselho Nacional de Justiça, ou seja, os atos do Judiciário vão além da função jurisdicional, há também as funções normativa e administrativa (CLÈVE; FRANZONI: 2012; PEREIRA: 2016).

Mesmo frente à consideração da responsabilidade por ato jurisdicional, quando se trata de responsabilização por ato não jurisdicional, o tema possui menos dificuldade, devido ao reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado. A falta de responsabilização é fortalecida pela ausência de lei específica e divergências de posicionamentos que abordam se devem ou não aplicar o texto do artigo 37 da Constituição Federal (DI PIETRO: 1994).

A ideia de irresponsabilidade veio do princípio *The king can do no wrong*, no qual ou excluía-se ou limitava-se a responsabilidade do Estado e seus representantes por atos danosos aos cidadãos, isto, pois a concepção de soberania era considerada como inconciliável com a responsabilidade do Estado (CAPPELLETTI: 1989). Essa concepção de irresponsabilidade decorre do fato de se intencionar aplicar aos atos jurisdicionais as mesmas condições para a responsabilidade dos atos administrativos, campos distintos e que não devem obter o mesmo tratamento.

A responsabilidade judicial pode ser descrita em três aspectos: 1) responsabilidade penal (crimes no exercício da jurisdição ou natureza comum); 2) responsabilidade disciplinar (desmandos e mau exercício da função jurisdicional); e 3) responsabilidade civil (caráter patrimonial). A responsabilidade penal é a forma mais comum, dada a participação do Ministério Público. Depois a disciplinar, que se reflete nas demais formas, devido às situações de descumprimento de deveres funcionais pelo magistrado, e, por último, mas não menos importante, a civil, na qual o juiz pode ser instado a ressarcir o particular por danos sofridos em razão do exercício da sua atividade (SOUZA: 2014).

Além do artigo 37 da CF/1988, deverá ser considerado o artigo 5º, LXXV da Constituição Federal, que aponta a responsabilidade do Estado por atos dos seus agentes e informa de maneira mais específica que o mesmo deve indenizar o condenado por erro judiciário.

Erro judiciário pode ser definido como equívoco do magistrado no uso da interpretação e aplicação do direito, originando dano injusto sofrido pela vítima no caso em questão. Normalmente,

erro judiciário é associado ao processo penal, como se decorre do texto do artigo 5º, LXXV da CF/1988 ao apontar caso de prisão além do tempo fixado na sentença (MIRAGEM: 2015).

Contudo, a previsão do artigo 5º apenas aponta que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, logo, não há especificação apenas para a esfera penal, possibilitando a extensão ao campo de responsabilidade do Estado para o âmbito civil e, nesse caso, o reconhecimento não se dará por revisão criminal e sim por ação rescisória e o direito da vítima receber a indenização correspondente aos danos sofridos (KNOERR; VERONESSE: 2016).

O erro cível, provocado pelas partes que prestam serviços jurisdicionais em geral e não pela sociedade, atinge valores de natureza patrimonial. E a responsabilidade neste ramo é reconhecida pela sentença rescisória, sendo cabível ação regressiva contra o agente causador quando houver dolo ou culpa. Portanto, cabe ao Estado arcar com os prejuízos das atividades penais e não penais (CLÈVE; FRANZONI: 2012).

Cappelletti (1989; p. 30) aponta que julga razoável limitar a responsabilidade judicial a erros muito graves, tanto de fato como de direito, dado ser a fórmula adotada por muitos ordenamentos jurídicos. Contudo, como seria delimitado o tal erro grave? Quais os critérios configuram erro grave? E seria apenas ao Estado ou/e magistrados, de forma pessoal?

O problema ainda se identifica em reconhecer a aplicabilidade efetiva de responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, principalmente quando este decorre de ato com erro grave, dolo ou culpa do magistrado. Mas as condições básicas para a caracterização do ato danoso e que seja passível de indenização é o esgotamento dos meios processuais de revisão do processo e na configuração da natureza e gravidade do erro, decorrendo destas condições a imputação de responsabilidade ao Estado e, ainda, ação regressiva contra o magistrado (CLÈVE; FRANZONI: 2012; p. 115).

De acordo com Di Pietro (1994; p. 86-90), cinco podem ser as teorias que balizam o entendimento da responsabilidade civil do

Estado por atos jurisdicionais. A primeira é a teoria da soberania do Poder Judiciário, na qual há irresponsabilidade total do Estado por seus atos, mesmo aqueles que resultem da função administrativa do Poder Executivo, havendo o único argumento da soberania Estatal. Na segunda teoria, incontestabilidade da coisa julgada, ainda se defende a irresponsabilidade, mas com fundamento na coisa julgada, principalmente em caso de presunção de verdade da sentença transitada em julgado e a segurança jurídica. Por conseguinte, teoria da falibilidade dos juízes, argumenta-se que quem litiga corre os riscos da falibilidade humana, incluindo a do juiz. Há, por fim, a teoria da independência da magistratura e do risco assumido pelo jurisdicionado, aquela aponta as garantias ao magistrado para assegurar sua livre convicção e autonomia aos demais poderes e esta aponta que quem provoca a atuação do Judiciário corre os riscos dos danos resultantes dessa atuação.

Essa *irresponsabilidade*, segundo Draiton Gonzaga de Souza (2014; p. 180-181), tem fundamento em razões de ordem política e prática. Quanto à ordem política, tem-se que o juiz não pode ser responsabilizado devido a garantia de imparcialidade e independência ao aplicar a lei ao caso concreto, devendo apenas fundamentar sua decisão, como prevê o ordenamento jurídico brasileiro. Por ordem prática, tem-se a responsabilidade do juiz que atua com dolo, fraude e culpa não é cobrada, pois afirma que nenhum representante da advocacia privada quer se indispor com uma autoridade da magistratura. Surge, então, o questionamento: mesmo que generalizada, será predominante a irresponsabilidade do Estado pelos atos dos magistrados? Esse magistrado também não será responsabilizado?

Com isso, bem aponta Knoerr e Veronesse (2016; p. 19), é inadmissível a irresponsabilidade do Estado em razão de erro judiciário que gera prejuízos aos jurisdicionados, bem como não se pode transformar o Estado em segurador universal, devendo-se identificar a configuração de dano e nexo causal.

Quanto à responsabilização pessoal do magistrado, o artigo 954 e parágrafo único do Código Civil de 2002, que trata da inden-

zação por ofensa à liberdade pessoal, apenas a autoridade que ordenou a prisão ilegal deveria ressarcir o dano. Há também o artigo 143 do Código de Processo Civil de 2015, que aponta as condições de responsabilidade civil do juiz. Além destas, também devem ser consideradas outras legislações, como Código Processual Penal – CPP e Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, ressaltando que estas devem ser interpretadas nas condições da Constituição Federal, para que não seja tomado como inconstitucional, ou seja, revogado (CLÈVE; FRANZONI: 2012; p. 120).

Não se pode tornar questão de imunidade, pois, “não teria sentido que as pessoas, procurando o Judiciário, porque querem justiça, viessem a ser prejudicadas por decisão errada do magistrado” (DI PIETRO: 1994; p. 92-93). No entanto, de acordo com Knoerr e Veronesse (2016; p. 16), a eventual divergência na interpretação da lei, ou decisões diferentes proferidas entre instâncias, não são passíveis de caracterizar erro pelo magistrado, apenas será o erro grosseiro, evidente e crasso e a decisão deve se demonstrar claramente arbitrária, contra lei ou realidade fática. Considera-se ainda a hipótese de cabimento de embargos de declaração para sanar erro grosseiro na sentença.

Mas ainda é preciso ressaltar a validade da garantia do livre convencimento do juiz, bem como sua interpretação da lei, devendo, portanto, perceber o erro a partir da desconstituição da decisão que decorreu o dano e na qual a existência indica a presença do erro, bem como, nos casos manifestos de forma explícita na norma, como a prisão ilegal (MIRAGEM: 2015; p. 439-440). Diante disso, se a responsabilidade civil do Estado e do magistrado se aplicam apenas para situações patrimoniais, mediante ação rescisória, como devem ser moldados os casos de erro cível em atos jurisdicionais envolvendo direitos existenciais? Retoma-se aqui a ideia da irresponsabilidade ou das garantias institucionais dos juízes? Segundo Di Pietro (1994; p. 88-89), “o fato de o juiz ser falível, como todos os seres humanos não podem servir de escusa para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado [ou responsabilidade civil do magistrado], pelas mesmas razões que não serve de escusa a qualquer pessoa, na vida pública ou privada”.

Compreendidos os aspectos gerais sobre a responsabilidade do Estado por erro judiciário, considerando o erro judiciário cível, passa-se ao estudo do princípio do livre convencimento do magistrado, apontando aspectos de como o ordenamento jurídico trata deste princípio e da atuação de magistrados, correlacionando com a fundamentação das decisões judiciais.

Fundamentação das decisões judiciais, livre convencimento e decisionismo

Ainda se discute qual a demarcação da responsabilidade estatal, abrangida pelo artigo 37, §6º da CF/1988, e se esta afasta a responsabilização direta dos magistrados. A legislação prevê a responsabilidade objetiva do Estado, incluídos os casos envolvendo atos omissivos quando a lei estabelece o dever de agir. E a responsabilidade do magistrado é subjetiva quando agir com dolo ou culpa (CLÈVE; FRANZONI, 2012, p. 115-116). Sobre a responsabilidade pessoal do juiz, têm-se as disposições da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN, como outras legislações, o Código de Processo Civil (artigo 143 – responsabilidade pessoal do magistrado), Código de Ética da Magistratura Nacional e a Lei de abuso de autoridade.

A LOMAN é essencial para expressar o perfil ético do magistrado e quais atos devem ser considerados como forma de controle disciplinar, como exemplo, o artigo 35 da LOMAN que trata dos deveres dos magistrados, sendo estes, de forma resumida: a) cumprir e fazer cumprir as leis e atos de ofício; b) não ultrapassar os prazos processuais; c) tomar providenciais para o cumprimento dos atos processuais dentro dos prazos legais; d) tratar com urbanidade as partes e sujeitos do processo; e) residir na comarca atuante; f) ser pontual e não ausentar-se injustificadamente; g) exercer fiscalização quanto cobranças de custas e emolumentos e; h) manter conduta irrepreensível.

Esses são os deveres dos juízes, mas há certas espécies de conduta antiética pelos magistrados que devem ser discutidas,

por exemplo: truculência, excesso de linguagem com preconceito e negligência. A truculência consiste em abuso de autoridade do magistrado, que atua de forma grosseira e/ou constrangedora (SOUZA: 2014; p. 190-209). O excesso de linguagem com preconceito ou julgamento contaminado pelo preconceito é uma injustiça tanto pelo processo como pelo resultado, pois impede a uma das partes de se defender apropriadamente, pois a sentença ou decisão já está enviesada. E a negligência reflete o descaso do juiz ao tratar dos processos, dissociando-os da realidade e não vendo pessoas ou lesões graves inferidas às partes.

Necessária ressalva quanto à definição de truculência, pois apontar que estaria o juiz se igualando àquele que condena torna aparente que a truculência é exercida em processos penais e que já há uma garantia de quem está na posição de condenado, já tem uma posição de culpa comprovada. De acordo Koerner e Inatomi (2018; p. 26), essas condutas ressaltam a característica de ato político às ações dos juízes e suas responsabilidades, que, como funcionários do Estado, voltam-se ao cumprimento do Direito, ressaltando que sua imparcialidade deve ser alcançada pela aplicação neutra da lei. Logo, os magistrados possuem salvaguardas, prerrogativas como também vedações no exercício de suas atribuições. Mas por que também vedações?

Segundo Lucas Moriggi (2018; p. 35), na atuação do órgão julgador se deve evitar a atitude “decisionista-ativista-voluntarista”, comportamento prejudicial ao Estado Democrático de Direito advindo de respostas à judicialização, destacando que o problema do protagonismo judicial não é motivado pela judicialização, e sim pela citada conduta. Decisionismo é a expressão do justo pela decisão pessoal, autoritária e soberana, rechaçando as regras de formação de uma decisão e o seu uso pode decorrer no atraso do Direito e a predominância da linguagem. Assim, resulta-se em um mau protagonismo no qual juízes e tribunais atuam e não consideram as normativas, indo além ou ignorando as leis, agindo pela vontade de fazer justiça, tornando seu ato discricionário, afastando o princípio da inércia jurisdicional e ocasionando prejuízos à ordem democrática (ALMEIDA: 2017; MORIGGI: 2018).

Em qualquer decisão, mesmo na de um tribunal que julga um caso subsumindo-o à regra aplicável, existe um elemento irreduzível de tomada de decisão discricionária que não pode ser derivado do conteúdo da regra em questão. E a legitimidade da ação assim concebida baseia-se, também aqui, em sua eficácia. Nesse sentido, por trás desse decisionismo está a preocupação realista ou pragmatista daqueles para quem o que é válido coincide com o que é eficaz, e a verdade com o que funciona (LA TORRE: 2015).

Parte-se do suposto que o positivismo jurídico geralmente se apresenta em duas formas: o *decisionismo*, segundo o qual qualquer decisão é melhor do que nenhuma decisão (pois dessa forma é possível, pelo menos, superar a discordância); e *funcionalismo*, que vê no direito positivo um dispositivo apropriado para coordenar o comportamento de muitos, onde o desacordo é a expressão semântica ou discursiva de sua interação. Motivo pelo qual é preciso haver uma norma capaz de reger os limites e as responsabilidades da magistratura, justamente para que o decisionismo e o funcionalismo encontrem um equilíbrio diante de cada caso.

Com isso, a Constituição regula, no artigo 93, os princípios que devem reger o Estatuto da Magistratura, que deverá ser formulada como Lei complementar por iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Quanto às decisões dos órgãos do Poder Judiciário, estas serão produzidas segundo o inciso IX do citado artigo, devendo ser públicas e fundamentadas sob pena de nulidade. O Código de Processo Civil de 2015 também dispõe quais devem ser os elementos essenciais da sentença e o que se considera fundamentação de qualquer decisão judicial.

Segundo o §1º do artigo 489, do CPC/2015, a decisão não será considerada fundamentada quando: I) não explicar a relação do ato normativo com a causa ou questão decidida; II) não explicar os conceitos jurídicos e o motivo da sua relação com o caso; III) utilizar de justificativas que se remetem a qualquer outra decisão que não há correlação; IV) não enfrentar todos os argumentos trazidos no processo que possam interferir na conclusão da decisão; V) invocar precedente ou enunciado de súmula sem apontar os

fundamentos que dão conexão com o julgamento e; VI) não seguir súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a ausência de conexão ou superação de entendimento. Ainda no referente artigo do CPC/15, nos seus parágrafos segundo e terceiro, complementa o legislador: havendo colisão de normas, deve ser justificado o objeto e critérios de ponderação e a interpretação dada a decisão judicial deve ser a partir de conjugação de todos os elementos e respeitando o princípio da boa-fé.

Essas disposições são essenciais para evitar a perda da racionalidade e legitimidade das decisões judiciais, pois na produção destas, o juiz deve se apoiar no bom senso ou sentimento pessoal de justiça, para afastar a condição de donos do direito e/ou julgarem de forma solipsista, egoísta (PEDRON: 2018). Ressalta-se, portanto, ao fundamentar não significa que se pode livremente convencer. Contudo, o princípio do livre convencimento adquiriu paradigma epistemológico da filosofia da consciência, no qual o intérprete utiliza o voluntarismo sob a perspectiva da subjetividade (MORIGGI: 2018; p. 52).

O posicionamento do magistrado deve ser contrário a essa fundamentação livre ilimitada na qual impera o subjetivismo. Este deve ser prudente e adotar comportamentos que resultem em uma decisão justificada racionalmente, com medida e valoração dos argumentos e contra-argumentos disponíveis no processo, amparando no Direito aplicável. Logo, espera-se cautela e atenção às possíveis consequências que podem decorrer da interpretação ou atuação do magistrado no exercício de sua função, conforme expõe os artigos 24 e 25, do Código de Ética da Magistratura Nacional. Assim, a atuação do magistrado que venha exceder os parâmetros previstos em lei, pode resultar em responsabilização. O artigo 49 da LOMAN dispõe que resultará em responsabilidade por perdas e danos ao magistrado quando proceder com dolo ou fraude no exercício de sua função e recusar, omitir ou retardar providência sem justo motivo.

É notória a essencialidade da LOMAN, pois esta aponta a importância da atuação imparcial e independente dos magistrados

e essa concepção da atuação jurisdicional deve ser alinhada com a Lei de Abuso de Autoridade, pois denota-se o descumprimento de preceitos pelos magistrados que podem resultar em abuso de autoridade. A Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) define como crimes de abuso de autoridade aqueles cometidos por agente público, que no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, e que possuem a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si ou terceiros e/ou por mero capricho ou satisfação pessoal.

Não se pode confundir autoridade com abuso, pois a condução ética e sem se deixar intimidar diante de pressões, mantendo sua imparcialidade, cumprindo com os instrumentos legais e mantendo a ordem, não seria abuso de autoridade (SOUZA: 2014). Focando no erro judiciário, para considerar como ato danoso e resulte na responsabilização, algumas condições devem ser consideradas, na perspectiva da natureza do ato, este pode resultar de vícios (dolo e culpa), gerando o erro do magistrado e a falha ou demora injustificável da prestação do serviço jurisdicional.

Assim, como visto, havendo dolo, culpa ou desídia, o Estado responderá pelo dano, mas podendo acionar de forma regressiva o agente condutor do dano, só não há possibilidade de ação regressiva quando é caso de erro ou falha do serviço. Quanto o erro é por negligência ou imprudência, considerando o dever de perícia do juiz no tratamento do processo, caracterizará culpa, exceto quando o erro for tomado como excludente por causa da própria parte ou terceiro (CLÈVE; FRANZONI: 2012; 116).

Tais disposições tornam os erros judiciários muito raros, pois, mesmo que haja dano no ato judicial, não implicará diretamente na mudança da decisão judicial, mesmo que o Estado permaneça com a obrigação de indenizar (DI PIETRO: 1994; p. 87). Por conseguinte, vem o questionamento se isso não poderia resultar em um paradigma no qual o princípio do livre convencimento é ilimitado e as decisões mesmo trazendo desrespeito, inclusive a direitos existenciais, seriam mantidas, sem alterações na sua escrita?

Além disso, resgata-se o pensamento sobre as teorias que embasam a responsabilidade decorrente por erro judiciário, ainda estaria vigendo a ideia da independência da magistratura (isen-tando o Estado e os magistrados de responsabilidade), do risco assumido pelo jurisdicionado, falibilidade do juiz ou complexidade da atuação exercida pelo Poder Judiciário?

Ainda, sobre a responsabilização civil do Estado por erro Judiciário, no âmbito cível, nos casos em que a sentença é desconstituída em ação rescisória é inegável o direito à indenização quando a rescisão decorre de hipóteses de prevaricação, concussão, corrupção do juiz ou proferido por juiz impedido ou absolutamente incompetente. Situação diversa se coloca quando a sentença é maculada por erro inerente à sentença, ou seja, erro de direito. Nestes casos, encontram-se maiores dificuldades na configuração da responsabilidade civil do Estado, sendo necessária inicialmente a desconstituição da sentença por meio de ação rescisória, em observância aos princípios da verdade legal da coisa julgada e da segurança jurídica (DI PIETRO: 1994; p. 92-93).

Principalmente se for considerado o artigo 41 da LOMAN, um dos dispositivos que trata das penalidades aplicadas quanto à disciplina judiciária. O artigo expõe: “salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”. Observa-se então que se forem colocados lado a lado o artigo 41 e a amplitude do princípio do livre convencimento, mesmo com as regras de fundamentação das decisões judiciais já apontadas neste trabalho, há mais considerações para excludentes de responsabilidade pelo erro judiciário do que possibilidades de penalização na ocorrência de danos.

Não é possível descartar a fala de Koerner e Inatomi (2018; p. 26), “o *ethos* do juiz valoriza a sua capacidade intelectual, a qualidade técnica da sua atuação, e a objetividade e coerência dos seus julgamentos. A prática judicial é a de que a imparcialidade do juízo é alcançada pela neutralidade na aplicação da lei”. Contudo, considerando tais apontamentos, e por mais que os juízes sejam consi-

derados como *lawmakers* (BARBOSA; ANDREASSA JUNIOR: 2017; p. 268), se relacionado com o texto do artigo 41 da LOMAN, qual deve ser a extensão da interpretação a lhe ser dada? Ao final, os erros judiciais decorrentes de decisões conduzidas pelo uso do livre convencimento devem permanecer sem responsabilidade?

Autorização judicial de realização de esterilização cirúrgica e o livre convencimento do magistrado em mococa: Estudo de caso

A Lei nº 9263/1996 regula a prática de esterilização e o artigo 10 dispõe sobre as formas de realização, sendo estas voluntária, involuntária e compulsória. A esterilização voluntária é admitida quando presentes os seguintes requisitos: capacidade civil plena, idade superior a 25 anos ou já tenha tido 2 filhos vivos, devendo se aplicar o prazo de pelo menos 60 dias entre a manifestação de vontade e a esterilização.

Também será voluntária quando for caso de risco à vida ou à saúde da mulher e/ou do futuro concepto, demandando-se relatório escrito e assinado por dois médicos como testemunhas. Quanto à esterilização involuntária, esta ocorre quando não há a presença dos requisitos acima, conforme artigo 10. Conforme o texto de lei, a esterilização compulsória, prevista no §6º do artigo 10, da Lei de Planejamento, identifica a possibilidade de esterilização quando envolve pessoas consideradas absolutamente incapazes, com a presença de autorização judicial. Assim, esterilização em si pode ser definida como ato médico que pode eliminar ou privar de forma permanente ou duradoura a capacidade de reproduzir ou gerar de uma pessoa (ALBUQUERQUE: 2013).

Dois casos de esterilização compulsória ganharam notoriedade na mídia e no meio jurídico em 2017, envolvendo o mesmo magistrado e procurador que propôs Ação Civil Pública. Em ambos os casos, o objeto era a realização de laqueadura tubária em duas mulheres, uma dependente química e outra com deficiência intelectual (MARTINS-COSTA: 2017).

O primeiro caso se refere a J. A. Q.³, com 36 anos de idade na época, dependente química e alcoólatra, acompanhada por órgãos da rede protetiva e internada compulsoriamente diversas vezes em instituições próprias ao tratamento de drogadição. O Ministério Público propôs ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela de urgência, utilizando como fundamento o artigo 127 da CF/1988 e a defesa dos interesses individuais indisponíveis, pois, de acordo com o Procurador do caso, os interesses de J. A. Q. estariam em risco. J. A. Q., no momento do processo, era mãe de 5 filhos, todos menores e que tinham passado por casas de acolhimento, pois ela não teria condições de sustentar e cuidar de todos.

Na leitura do processo é possível identificar que, em determinados momentos, a parte manifestava vontade em realizar o procedimento de esterilização, no entanto, em outros ela apenas demonstrava desinteresse ao não aderir aos tratamentos, descumprindo orientações da rede protetiva pela qual havia passado. Indicava-se no processo que, em razão de sua condição, a requerida não demonstrava discernimento para avaliar as consequências de uma gestação e, considerando a Lei de Planejamento Familiar, a esterilização seria o procedimento mais eficaz para a situação.

Manifestou-se o Ministério Público (TJSP: 2017; p. 06) no sentido de que não haveria alternativa viável senão ajuizar ação para instar o município de Mococa a realizar: “laqueadura tubária em [...], bem como para submetê-la a tal procedimento mesmo contra a sua vontade, tudo em conformidade com o disposto na Lei nº 9.263/96 e preceitos constitucionais que consagram a saúde como dever do Estado e direitos de todos.”.

Pela leitura do processo, de público acesso, disponível *online*, nº 1001521-57.2017.8.26.0360, foi possível analisar o laudo psicológico utilizado como prova. Segundo consta nos autos, a avaliação psicológica realizada era voltada para verificação da volição em realizar cirurgia de laqueadura na requerida e que tal avaliação é realizada considerando aspectos históricos, sociais, econômicos

³ Com o fim de evitar identificação excessiva ou exposição dos envolvidos, opta-se pela utilização de siglas ao invés da descrição dos nomes dos participantes dos casos descritos no presente trabalho, possibilitando a concentração na análise jurídica e teórica dos casos expostos.

e políticos das questões psicológicas. Não são questões definitivas ou cristalizadas, a natureza desses aspectos é dinâmica e não estática. Segundo a decisão do perito, sugeria-se a realização do ato cirúrgico, apontando inclusive a presença de assinatura de J. A. Q. concordando com o procedimento ainda em 2015. Com isso, praticamente dois anos depois, em 05 de outubro de 2017, foi proferida sentença pelo juízo da Comarca de Mococa (São Paulo), determinando a realização de laqueadura tubária na requerida após o parto do seu 8º filho.

No entanto, não se denota de forma concreta como o consentimento da J. A. Q. foi verificado ou até respeitado. Apenas apontou-se a assinatura como forma de concordância ao ato cirúrgico. Segundo Vivas-Tesón (2016; p. 537-538), para obter o consentimento informado de pessoas incapazes em casos envolvendo tratamento de saúde, deve-se considerar o direito de autodeterminação do paciente, demonstração da vontade e não apenas a de terceiros, como família e representantes legais (MORAES; CASTRO: 2015).

Após cumprimento da sentença, foi proferida decisão de 2º grau, e apontada contraposição à decisão de 1ª grau, dada a ausência de pleno e autônomo consentimento quanto ao procedimento de esterilização, ressaltando-se que, segundo o texto legal da Lei de Planejamento Familiar, mesmo que houvesse manifestação de vontade nos autos pela requerida, a sua validade e eficácia estariam condicionadas à verificação da sua incapacidade de discernimento, que, como se denota no processo, estava comprometida por influência de álcool e demais drogas.

Aqui, deve-se fazer uma ressalva, pois com a Lei Brasileira de Inclusão, o regime das capacidades civis sofreu alteração, de modo que todas as pessoas com deficiência, logo, com impedimentos, são consideradas capazes para a lei. O que se percebe é que para o próprio Judiciário ainda não há clareza definitiva quanto às terminologias e quando precisa ser discutida a capacidade civil ou capacidade de discernimento, por exemplo.

No segundo caso, a leitura da sentença demonstra que também consta pedido pelo Ministério Público para realização de laquea-

dura tubária de T. M. D., com fundamento na Lei de Planejamento Familiar, também pelo artigo 10, §6º. À época, a requerida tinha 23 anos de idade e diagnóstico de retardo mental moderado, sendo a mesma interdita por ser considerada absolutamente incapaz. As alegações eram que a requerida não possuía condições de reger sua própria vida e seu primeiro filho estaria sob os cuidados dos avôs e o mesmo aconteceria com o segundo, já que acabara de ter um recém-nascido. Com isso, apontou-se que por viver um relacionamento afetivo, estaria suscetível a outra gravidez, logo, por tais razões, deveria ser deferida a liminar da laqueadura. A sentença confirmou o pedido e apontou a presença de manifestação de vontade por T. M. D. na realização do procedimento.

Neste caso, seria necessário o acesso ao processo completo para verificar se houve a indicação de uso de outros métodos contraceptivos, já que um dos argumentos para realização da esterilização é a possibilidade de gravidez posterior, o que não seria algo benéfico a essa mulher, pois não possui condições de reger sua própria vida e de seus filhos, dado o seu impedimento. Não se pode alegar que a esterilização é método contraceptivo que, em todos os casos, seja prejudicial ou viole direitos, conforme Insogna e Fiester (2015); em alguns casos, a esterilização pode e deve ser equiparada aos demais métodos contraceptivos, inclusive se tratando de mulheres com deficiência intelectual, no qual o ato cirúrgico normalmente é considerado como última opção.

De modo geral, identificou-se no estudo realizado pelo Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), em 2019, que houve o avanço de 4,8 milhões de exames de atendimento à saúde da mulher para 5 milhões, em 2018, ou seja, aumento de 5,1%. E, quanto aos métodos contraceptivos, também houve o aumento na quantidade de laqueaduras tubárias e DIU. Porém, não se observou o avanço da qualidade do atendimento, o que pode ser causa para resultados negativos, como mortalidade materna (MATTAR: 2008; BARROSO; PINTO; ANDRADE: 2020). Assim, no caso concreto, tem-se que discutir também a possibilidade de interferência de fatores externos e internos na efetivação de direitos reprodutivos.

Essa visão torna real a omissão das pessoas, não apenas de juízes, de protegerem os direitos existenciais das pessoas, no caso direito reprodutivo e disposição sob o próprio corpo. Além de não buscar meios de garantir que a vontade, autodeterminação e o consentimento da pessoa sejam considerados, reflete em uma construção social formada de estereótipos que vêm de anos atrás. Segundo Stefámsdóttir e Traustadóttir (2015; p. 369), o movimento eugenista influenciou diretamente a visão social negativa e com estereótipos quanto a pessoas com deficiência intelectual, situação que se reflete nos dois casos apontados acima. Assim, construiu-se a ideia de “anormalidade” para se referir a pessoas com deficiência.

Alcança-se a dualidade entre equilíbrio no fortalecimento da atividade judicial e garantia do jurisdicionado de ter seu direito protegido. É neste ponto que se faz a ponderação entre responsabilidade e responsabilização. Quer-se uma atuação de juízes inteiramente livres na formação de suas convicções, mas sem resultar em independência ilimitada, pois competência implica responsabilidade, mesmo que essa não possa afrontar a garantia da independência funcional do magistrado.

No entanto, a tese que a responsabilidade não pode ir além da independência dos magistrados não se sustenta, pois a Constituição prevê a responsabilidade do Estado, o que poderia vir a ser afastada seria a responsabilidade pessoal do magistrado, mas não do Estado, pois se há *poder*, deve haver *responsabilidade* (CLÈVE; FRANZONI: 2012).

Deve-se ressaltar que mesmo havendo as previsões legislativas quanto à responsabilidade por atos jurisdicionais, o essencial seria a presença de legislação específica, para determinar a responsabilidade pelos atos jurisdicionais propriamente ditos e suas especificidades (DI PIETRO: 1994; p. 90). O que não significa que a responsabilidade e responsabilização devem se anular, caso haja discordâncias que aparentem que há independência e autonomia do magistrado ao julgar acima dos entendimentos já previstos,

deve-se apresentar a fundamentação de forma devida, caso haja recurso, por exemplo (SOUZA: 2014; p. 75).

Ressalta-se a necessidade de fundamentação, pois não há uma distinção clara entre ato de motivar e ato de fundamentar, estes ainda são tratados como sinônimos, o que deve ser evitado. Assim, nem todo motivo apresentado pelo juiz é suficiente para cumprir a disposição prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, não alcançando assim a fundamentação substancial devida, podendo até resultar na perda de normatividade do Direito frente à sociedade, como abrir espaços para corrupção do ordenamento e fragilizando direitos (PEDRON: 2018).

Então, deve ser atribuído aos magistrados o poder-dever de decidir de forma adequada e segundo a Constituição, buscando a validade da decisão no exercício da atividade de intérprete, pois assumir postura na qual se iguala fundamentação com motivação é mesmo que afirmar que o juiz escolhe com total liberdade e após, motiva tal escolha, tornando a decisão refém da boa ou má vontade do julgador (MORIGGI: 2018).

A simples redução da fundamentação sem motivação reforça a ideia do livre convencimento, no qual se argumenta que o juiz deve decidir de acordo com sua consciência, colocando em risco a validade, eficiência e legitimidade da decisão (PEDRON: 2018). No entanto, deve-se ressaltar que isto não pode ser considerado como uma afirmação 100% correta ou coerente. Como visto, deve haver equilíbrio entre responsabilidade e responsabilização, a existência do princípio do livre convencimento do magistrado é válida, o que se deve refutar é o seu exercício de forma ilimitada e sem regramentos. Tendo como exemplo as decisões de esterilização de J. A. Q. e T. M. D., é possível exemplificar essa separação entre motivação e fundamentação, e como deve ser responsável o magistrado ao julgar.

No caso da T. M. D., houve deferimento de medida liminar que requeria a autorização da laqueadura tubária e o fundamento foi prova de ausência de condições de cuidar e educar seus filhos e

a presença de interesse na realização da cirurgia (TJSP: 2017; p. 32). A sentença corroborou a fundamentação presente na decisão interlocutória e acrescentou que se trata de direito de saúde, considerando os artigos 6º, 196 e 223 da CF/1988 e que no caso, “inegavelmente a solução que melhor se apresenta ao impetrante, por indicação médica, é a realização de cirurgia, tanto que a autoridade coautora sequer fez verdadeira oposição à alegada imprescindibilidade do pleito” (TJSP: 2018; p. 69).

Quanto à decisão de esterilização de J. A. Q., também foi deferido o pedido liminar de realização do procedimento, não realizado devido à gravidez da requerida. Com isso, a sentença decorreu em julgamento antecipado, nos quais os fundamentos utilizados foram: presença de documentos que constatarem que as saúdes físicas e psíquicas da requerida são seguros e satisfatórios; que a requerida é pessoa capaz, mesmo que não possua condição de fornecer cuidados necessários à futura prole; que não há pedidos de curatela; que há documentos médicos que apontam a necessidade do tratamento (laqueadura tubária), caso contrário poderia acarretar sérios riscos à sua saúde; e inquestionável dever de assegurar o direito à saúde do cidadão (TJSP: 2017; p. 92-95). Esses argumentos refletem a discussão trazida por Bourdieu (2002), que discorre sobre a dispensa de justificação quando se trata da ordem masculina, de modo que a ordem social legitima essa dominação de gênero, principalmente quando se trata de corpos.

Essa dominação que desnivela a igualdade não se fundamenta adequadamente. A invenção dos direitos humanos, que, se os direitos não são iguais, é preciso expor o porquê. No entanto, não é esta a realidade, pois mesmo com a noção generalista de direitos humanos, as contradições foram superiores, realçando o sexismo e o racismo (HUNT: 2007; BEAUVOIR: 2016; STEFÁNSDÓTTIR; TRAUSTADÓTTIR: 2015).

Reforça-se a ideia de dominação e legitimação: o porquê da desqualificação da mulher perante o social não foi justificado, mas foi o necessário para garantir o desequilíbrio. “Lugar de ambiguidades e espaço por excelência da loucura, o corpo e a sexualidade

femininos inspirariam grande temor aos médicos e aos alienistas, constituindo-se em alvo prioritário das intervenções normalizadas da medicina e da psiquiatria” (DEL PRIORE: 2004; p. 278).

Quando magistrados atuam sem um profundo conhecimento sobre a estrutura de dominação, é possível a incidência de violência simbólica e institucional pelo Poder Judiciário, sobretudo quando direitos humanos de mulheres estão em risco (SILVA E SILVA; PASSOS: 2017).

Mesmo com a realização da esterilização, o Município de Mococa apelou da sentença alegando (TJSP: 2018; p. 143-144): ilegitimidade ativa do MP para propor ação por violação ao artigo 2º, parágrafo único da Lei de Planejamento Familiar, além de dispositivos da Constituição Federal; apresentação de métodos anticoncepcionais pelo SUS e esterilização, para evitar violação do direito de liberdade de escolha da mulher; esterilização como medida excepcional, utilizada após esgotamento das demais vias de tratamentos possíveis, não sendo admitida a esterilização voluntária; requerida já faz tratamento para dependência química; o Poder Judiciário não pode se transformar em co-gestor dos recursos de saúde pública e assistência social, por violar a independência entre os Poderes.

No acórdão proferido pelo TJSP, apontou-se (TJSP: 2018; p. 160-168): resistência de J. A. Q. na realização da laqueadura tubária em diversos momentos; ausência de pleno e autônomo consentimento quanto ao procedimento cirúrgico; esterilização compulsória é medida ilícita ao ver do ordenamento jurídico pátrio, em razão da defesa do exercício livre do direito de planejamento familiar; o próprio artigo 10, da Lei nº 9.236/96, apresenta limites à realização de esterilização; mesmo com a manifestação de vontade presente em autos, não há validade e eficácia na verificação da capacidade de discernimento da parte, em razão do álcool e demais drogas; mesmo que J. A. Q. fosse considerada absolutamente incapaz, não poderia ser realizado o procedimento por ausência de interdição judicial.

Frente ao desrespeito ao ordenamento jurídico, a OAB de São Paulo ingressou com representação disciplinar perante o Conselho Nacional do Ministério Público e Conselho Nacional de Justiça para que fosse apurada a atuação da promotoria e magistratura daquele juízo referente a estes casos de esterilização. Com isso, considerando apenas a atuação do magistrado, foi possível encontrar a Reclamação disciplinar nº 0004837-64.2019.2.00.0000 requerida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pelo Núcleo especializado de promoção e defesa dos direitos das mulheres.

Aponta-se que houve violação pelo magistrado aos artigos 3º do Código de Ética da Magistratura e 35 da LOMAN, ausência de prudência pelo magistrado ao apreciar o pedido que não possui respaldo legal, ferindo direitos das mulheres e a dignidade da pessoa humana, falta de atuação dentro da institucionalidade e da função de julgador ao realizar procedimento invasivo fora dos moldes da Lei de Planejamento Familiar e que se encontrava custodiada pelo Estado.

Abordou-se também a ocorrência de condução forçada de J. A. Q. para o ato cirúrgico, vídeo de J. A. Q. expressando que assinou a autorização do ato sem ter a ciência do que estava assinando e que o promotor do caso havia recebido pena de suspensão de 15 dias pela sua atuação no processo. Mesmo com tais alegações e demais reclamações disciplinares de n. 0004454-23.2018.2.00.0000 e n. 0004807-63.2018.2.00.0000 (arquivadas), o recurso não prosperou e foi arquivado, pois a mesmas considerações foram da ausência de prova de desídia, omissão ou irregularidade, que a representação possui caráter jurisdicional, fugindo da atuação correcional e que a suspensão do promotor não interferiria na reclamação, devido a não vinculação entre as conclusões do promotor e juiz.

Vê-se então que, ao menos nas reclamações apontadas não houve decisões correcionais que corroborassem as alegações apontadas por ausência de prudência e atuação devida pelo magistrado no caso de esterilização. Afirmar e defender a discricionariedade são o mesmo que aceitar que os juízes decidam baseados no que comeram no café da manhã, no entanto, também não se

pode considerar uma única resposta correta e sim um universo de possíveis decisões, desde que sejam racionais e sigam uma moldura de decisões para serem legítimas, ao menos é o que os positivistas considerariam (PEDRON: 2018).

Assim, denota-se nas decisões proferidas pelo juiz atuante nos processos de T. M. D. e J. A. Q. a ausência de consideração de questões como autodeterminação existencial, esterilização como medida de exceção, liberdade existencial e autonomia corporal. Interferindo inclusive em disposições normativas internacionais, como Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; Pacto de São José da Costa Rica e Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

A DUDH dispõe, no seu artigo 8º, que os tribunais nacionais devem garantir os remédios efetivos para os que violem direitos fundamentais previstos constitucionalmente. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos presentes no artigo 5º e 11º abordam a inadmissibilidade de restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais e isto não pode resultar em ingerência arbitrária ou abusiva às pessoas. O Pacto de São José da Costa Rica, no seu artigo 25, trata do direito das pessoas a um recurso efetivo perante o Judiciário para ter seus direitos fundamentais resguardados. Quanto a CEDAW, do qual o Brasil é signatário, o artigo 12 determina que Estados-parte devem adotar toda medida apropriada para eliminar a discriminação contra a mulher nas questões médicas e acesso à saúde para garantia de igualdade entre as pessoas.

Em síntese, utilizou-se do fundamento que, se considerados os apontamentos acima, destaca-se a motivação pela ausência de condições de gerir a própria vida, ausência de capacidade (que não foi demonstrada ou comprovada de forma correta, não havendo correspondência com a Lei de Planejamento Familiar ou o Código Civil que dispõem quanto à capacidade, bem como direitos de personalidade) e, que a esterilização seria a medida mais apropriada (mesmo não sendo apresentada outras formas de contracepção)

e um respaldo ao direito de saúde de T. M. D. e J. A. Q. Mas, se considerada a decisão referenciada acima perante a reclamação disciplinar manifestada perante o Conselho Nacional de Justiça, a decisão e a fundamentação conduzida não teriam resultado em descumprimento do ordenamento jurídico ou ferido dignidade da pessoa humana, direito de liberdade de escolha, imprudência, abuso de autoridade. Sendo, portanto, legítima a decisão.

Considerações finais

Em resposta ao problema de pesquisa, constata-se que, nas decisões judiciais que envolvem os casos objeto de estudo, no período analisado, a fundamentação inadequada não evidencia o descumprimento dos deveres funcionais e, portanto, não caracteriza o desvio do modelo legal traçado pela legislação processual por parte da autoridade julgadora. Portanto, não há incidência de *error in procedendo*, refutando a hipótese de pesquisa formulada.

Verifica-se que ainda não há uma legislação específica e exauriente sobre o tema *erro judiciário cível* e que mesmo o princípio do livre convencimento do magistrado não sendo ilimitado, pode interferir na responsabilização do mesmo em razão de fundamentação de decisões desprovida de substância. Tal constatação demanda análise pontual do caso concreto, inadmitindo-se generalizações, na medida em que o livre convencimento é uma garantia do magistrado e não pode ser utilizado como fator univariado para a caracterização de violação funcional, exceto quando ultrapassadas as previsões normativas que dispõem quanto aos deveres dos magistrados e condução ética das atividades.

A fundamentação inadequada pode caracterizar descumprimento dos deveres funcionais e resultar em violação funcional e até responsabilidade pessoal do magistrado. O requisito para a comprovação de fundamentação inadequada é a investigação iniciada pelas partes, pelo Ministério Público ou órgãos de controle, por configurar *error in procedendo*. As decisões emitidas em sede

de 1º Grau, objeto do presente estudo, não foram inadequadamente fundamentadas, não havendo situação de responsabilidade ao magistrado.

Assim, não há dispositivos que regulem uma isenção ou exclusão da responsabilidade do magistrado em razão do princípio, mas, ao se ponderar suas garantias, considerando o livre convencimento, deve-se percorrer todo um procedimento para analisar a existência de situação de responsabilização pessoal do magistrado.

Como visto, por mais que haja a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, principalmente os artigos referentes a penalidades, a possibilidade de responsabilização do magistrado incide apenas sobre questões extremamente específicas, não cabendo análise generalista, apenas sobre o caso concreto em si. Mas, mesmo assim, deve-se considerar que fundamentação e motivação não são sinônimas, e que na ocorrência de alegação de violação de direitos por “fundamentação” de decisões, este aspecto deve ser levado em consideração.

Ressalta-se também que responsabilidade e responsabilização, ao serem postas em análise, não devem se anular, caso haja discordâncias que aparentem independência e autonomia do magistrado ao julgar acima dos entendimentos já previstos, também não significa automaticamente a existência de conduta lesiva por parte da autoridade julgadora, mas devem estar presentes o respeito às normas e demais fontes do direito.

Quanto ao caso específico do Juiz da Comarca de Mococa, responsável pelas decisões que determinam a realização de esterilização, demonstrou-se mais atos de motivação em vez de fundamentação, houve notório descumprimento de normas como Lei de Planejamento Familiar, Constituição Federal e Código Civil, além de direitos reprodutivos e de personalidade.

No entanto, houve julgamento das alegações quanto aos atos em face do citado magistrado e, como visto, não se encontraram, com base nos fatos e direitos apontados, causa para responsabilização do magistrado reclamado. Resta questionar se, na cons-

trução de reclamações disciplinares, há a presença de critérios objetivos e subjetivos para tornar a averiguação mais legítima.

Referências

ALBUQUERQUE, A. A. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. **Bioethikos**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 18-26, 2013.

ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. A atividade legiferante como fórmula de compromisso dilatatório: a crise da representatividade democrática e o problema do decisionismo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 201-225, 2017.

BARBOSA, Claudia Maria; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. Lei de Abuso de Autoridade (PLS 85/2017-PL 7.596/2017) frente ao direito à independência judicial. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 1, n. 37, p. 264-277, 2017.

BARROSO, Ana Beatriz de Mendonça; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro; ANDRADE, Mariana Dionísio. A eficácia das recomendações da CEDAW e as políticas públicas de proteção à maternidade e à saúde da mulher no Brasil. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, p. 01-34, 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis E Políticos**. Distrito Federal: Senado, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 223-240, jan.-mar. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Reclamação Disciplinar – 0004837-64.2019.2.00.000. Recurso Administrativo. Reclamação Disciplinar. Reiteração de Pedido. Arquivamento. Precedentes. Requerente: Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres. Requerido: Djalma Moreira Gomes Júnior. Ministro Relator: Humberto Martins (Corregedor Nacional de Justiça). Brasília. Data de julgamento: 29 nov. **DOU**: 02 dez. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudencialdJuris=51202&indiceListaJurisprudencia=17&firstResult=7850&tipoPesquisa=BANCO>. Acesso em: 25 mar. 2020.

DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto/Unesp, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 198, p. 85-96, 1994.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; ARAÚJO, Deborah Borges. Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 13, n. 2, p. 196-204, 2010.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

INSOGNA, Iris; FIESTER, Autumn. Sterilization as last resort in women with intellectual disabilities: protection or disservice? **American journal of obstetrics and gynecology**, v. 212, n. 1, p. 34-36, 2015.

KNOERRR, Viviane Sellos; VERONESSE, Eduardo Felipe. O erro judiciário e a Responsabilidade Civil do Estado. **PrismaJurídico**, v. 15, n. 2, p. 78-90, 2016.

LA TORRE, Massimo. Who's Afraid of the Constitutional Judge? Decisionism and Legal Positivism. *In*: **Rechtphilosophie**, n. 3, p. 235-251, 2015.

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. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, p. 299-346, 2017.

MATTAR, Laura Davis *et al.* Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 5, n. 8, p. 60-83, 2008.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil- Responsabilidade Civil**. Editora Saraiva, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 19, n. 3, p. 779-818, 2015.

MORIGGI, Lucas Ribeiro. A incompatibilidade entre o novo código de processo civil e os fundamentos que sustentam o decisionismo, o ativismo e o voluntarismo judicial. **Direito Público**, v. 14, n. 79, p. 59-71, 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 abr. 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud. Que críticas da teoria do direito como integridade de dworkin pode fazer contra a tese do livre convencimento motivado do magistrado?. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 754-774, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense, 2016.

SILVA E SILVA, Artenira da; PASSOS, Kennya Mesquita. A violência simbólica no Poder Judiciário: desafios à efetividade da proteção aos direitos humanos das mulheres. **Revista do Direito (UNISC)**, v. 1, n. 51, p. 68-86, 2017.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STEFÁNSDÓTTIR, Guðrún V.; TRAUSTADÓTTIR, Rannveig. Life histories as counter-narratives against dominant and negative stereotypes about people with intellectual disabilities. **Disability & Society**, v. 30, n. 3, p. 368-380, 2015.

VIVAS-TESON, Inmaculada. Discapacidad y consentimiento informado en el ámbito sanitario y bioinvestigador. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 21, n. 2, p. 534-567, 2016.