

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN

ANDRÉ LUIZ GALVÃO E SILVA

**ESTERILIZAÇÃO FEMININA VOLUNTÁRIA: análise da proibição legal da
laqueadura em parto cesariano**

NATAL/RN

2013

ANDRÉ LUIZ GALVÃO E SILVA

**ESTERILIZAÇÃO FEMININA VOLUNTÁRIA: análise da proibição legal da
laqueadura em parto cesariano**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito da
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Orientadora: Prof^ª. Ms. Aurélia Carla Queiroga da
Silva.

NATAL/RN

2013

ANDRÉ LUIZ GALVÃO E SILVA

**ESTERILIZAÇÃO FEMININA VOLUNTÁRIA: análise da proibição legal da
laqueadura em parto cesariano**

Monografia apresentada à Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte como um dos
pré-requisitos para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^(a) Ms. AURÉLIA CARLA QUEIROGA DA SILVA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Orientadora

Prof.^(a) Ms. Raquel Araújo Lima
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Membro 1

Prof. Esp. Marcelo Henrique de Sousa Torres
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Membro 2

Data da Aprovação: 22 de agosto de 2013.

À minha família, minha motivação maior.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria alcançado sua consumação sem a valiosa contribuição daqueles que, como atores no palco da vida, cumpriram seus irrevogáveis papéis. Assim, é em sinceridade que agradeço:

Ao meu Deus, Fonte única de todo Bem e de toda a Graça, o Meu Verdadeiro Pai. Sua Presença confortadora permite que eu continue, diuturnamente, a aprofundar minha consciência no Seu Evangelho.

À minha amada esposa Roberta Galvão, bela responsável pela minha incursão nas searas jurídicas, e aos meus filhos Arthur e Beatriz, em quem se cumprem minhas mais elevadas aspirações.

À minha doce mãe, Enedina, cujo histórico de vida e dedicação aos filhos somente realça e enaltece a força da mulher. Às minhas irmãs, Ana Emília e Rachel, sempre tão prestimosas e incentivadoras. Às minhas tias, Ana e Lourdes, pelos vínculos indeléveis.

À minha nobre orientadora, professora Aurélia Carla Queiroga da Silva, por todos os méritos possíveis. Sua indiscutível inteligência e sua competência diligente somam-se a uma imensurável generosidade. Fui agraciado pelo seu profissionalismo exemplar, que redundou nos frutos que hoje se vêem.

Aos meus colegas, pela honradez e apreço com os quais, imerecidamente, sempre me trataram.

Ao professor Sérgio Alexandre, na pessoa de quem agradeço a todos os professores e funcionários da UERN, pelo labor incansável e pelas propostas cumpridas, mesmo diante de tantas adversidades.

Filhos... Filhos? Melhor não tê-los!
Mas se não os temos, Como sabê-los?
Noites de insônia. Cãs prematuras.
Prantos convulsos. Meu Deus, salvai-o!
Melhor não tê-los...
Mas se não os temos, Como sabê-los?
Que macieza nos seus cabelos.
Que cheiro morno na sua carne.
Que gosto doce na sua boca!
Chupam gilete. Bebem xampu.
Ateiam fogo no quarteirão.
Porém que coisa. Que coisa louca.
Que coisa linda. Que os filhos são!

(Poema Enjoadinho)

Vinícius de Moraes

RESUMO

A Carta Magna pátria, enquanto eixo basilar das aspirações genuinamente democráticas e da consolidação dos preceitos de justiça, segurança e paz social, chama a si todo o fulcro interpretativo infraconstitucional. O legislador constituinte de 1988, ao erigir o direito ao planejamento familiar como condição inarredável dos postulados de liberdade e responsabilidade, talhou-o como um fanal orientador na construção jurídica de resguardo aos direitos reprodutivos no Brasil. Neste vasto contexto, emerge a salvaguarda ao direito à esterilização humana voluntária, apanágio do reconhecimento da constitucionalização dos direitos civis. O presente estudo aborda o mandamento infraconstitucional insculpido no art. 10, §2º, da Lei 9263/96, o qual veda à mulher hígida a realização de sua esterilização voluntária não-terapêutica, pela via da laqueadura tubária em parto cesariano do seu primeiro ou segundo filho. A legislação pátria daí decorrente exige desta mulher um segundo procedimento invasivo e cruento, a se realizar pelo menos 42 dias após o parto. Neste intento, promove uma pesquisa bibliográfica, empregando-se o método exegético-jurídico, firmando-se na análise sistemática dos ditames constitucionais, na doutrina abalizada e em decisões judiciais que gravitam em torno destes mandamentos tendentes a obstaculizar o procedimento laqueador justamente no momento em que ele é fisiológica e tecnicamente mais cabível e oportuno. É de depreender que a pesquisa exsurge da análise da constitucionalidade deste dispositivo regulamentador infraconstitucional, importando em minudenciar o *quantum* da função protetiva do Estado está presente na legislação em comento e o quanto de invasão é orquestrada pelo supracitado ditame.

PALAVRAS-CHAVE: Esterilização feminina. Direitos reprodutivos. Planejamento familiar.

ABSTRACT

The Brazilian Magna Charta is the fundamental axis of genuine democratic aspirations and consolidation of justice, safety, and social peace principles. It is the core to all infra-constitutional interpretation. The constitutional legislator of 1988 erected the right to family planning as an unwavering condition of the postulates of freedom and responsibility as well as a beacon light to protect the reproductive rights in Brazil. In this vast context, it emerges the safeguard to the right of voluntary human sterilization, as an attribute to the acknowledgement of the constitutionalization of civil rights. The present study examines the infra-constitutional command inscribed in article 10, paragraph 2, of law 9.263/96 which forbids voluntary, non-therapeutic tubal ligation of healthy women, right after giving birth to their first or second child. As a result, homeland legislation demands that women can only have the tubal ligation sterilization during a second invasive and cruel procedure, at least, 42 days after the delivery. This work aims to promote a bibliography research by using a legal and exegetical method, based on systematic analysis of constitutional dictates, works of respected doctrine, and judicial decisions which gravitate towards the legal command that hinder postpartum tubal sterilization following delivery, a moment considered to be physically and technically more reasonable and appropriate. Therefore, the research arises from the investigation of the constitutionality of that infra-constitutional regulatory provision in order to particularize the *quantum* of the protective function of the State is present in the abovementioned legislation, and how much of an intrusion is orchestrated by the aforementioned prescript.

Keywords: female sterilization. Reproductive rights. Family planning.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO E A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA NO ÂMBITO FAMILIAR.....	15
2.1 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A POSSIBILIDADE DO PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	19
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROTETIVOS À FAMÍLIA E A EFETIVIDADE DA PRERROGATIVA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	24
2.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	26
2.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar	30
2.2.3 Princípio da Paternidade Responsável	33
2.2.4 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	36
2.3 A INTERVENÇÃO ESTATAL NO PLANEJAMENTO FAMILIAR	38
3 A ESTERILIZAÇÃO HUMANA VOLUNTÁRIA E O DIREITO À NÃO PROcriação.....	42
3.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO À ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA	45
3.2 BASES PRINCIPOLÓGICAS DA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	49
3.3 A ESTERILIZAÇÃO HUMANA VOLUNTÁRIA E A LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR	53
4 A ESTERILIZAÇÃO FEMININA VOLUNTÁRIA DURANTE O PARTO CESARINO E A LEI Nº 9.263/1996	56
4.1 A VEDAÇÃO LEGAL À LAQUEADURA TUBÁRIADURANTE O PARTO CESARIANO	56
4.1.1 O desestímulo legal à esterilização precoce	60
4.1.2 A vedação normativa como prevenção ao arrependimento posterior	64
4.2 ASPECTOS MULTIDISCIPLINARES DA VEDAÇÃO À LAQUEADURA TUBÁRIA EM PARTO CESARIANO	68
4.2.1 Aspectos Médicos da vedação à laqueadura tubária em parto cesariano	68
4.2.2 Aspectos Psicológicos da vedação à laqueadura tubária em parto cesariano.....	72
4.3 A VEDAÇÃO À LAQUEADURA TUBÁRIA EM PARTO CESARIANO E SUAS IMPLICAÇÕES NA EFETIVIDADE DO DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR	76
4.3.1 A vedação legal e seu caráter classificador como consequência da atividade estatal regulatória e sancionadora	76
4.3.2 A vedação legal como critério objetivo destinado a um público heterogêneo e hipercomplexo.....	80

5 ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À LAQUEADURA TUBÁRIA EM PARTO CESARINO	87
5.1 A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO MÉDICO E A DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	89
5.2 O RESPEITO À LEGISLAÇÃO VIGENTE E AS VIAS DEMOCRÁTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL.....	94
5.3 PERSPECTIVAS DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR EM OPOSIÇÃO À NORMA INFRACONSTITUCIONAL	101
6 CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS	114
ANEXOS	121

1. INTRODUÇÃO

Ao perfilar um recorte histórico evolutivo da história pátria, denota-se que, o legislador constituinte de 1988 inscreveu, na Magna Carta, no seu Título VIII, atinente à Ordem Social, e em seu capítulo VII, mais precisamente no artigo 226, §7º, voltado para a Proteção dos valores familiares, a possibilidade do planejamento familiar, sendo referenciado pela primeira vez de forma explícita este importante instrumento de cidadania.

O parlamentar constituinte, contudo, ainda foi mais além ao demonstrar sua preocupação com a formação e constituição do cerne familiar, garantindo este livre planejar sob os auspícios dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade Responsável. Ademais, ainda neste fulcral dispositivo, desatrelou o planejamento familiar de qualquer nexos de subordinação que se mostre externo à esfera íntima das liberdades individuais do casal que deseja procriar. O texto constitucional é explícito ao afirmar que nenhum ditame ou nenhuma filosofia, quer estatal, quer social, poderia ingerir-se neste contexto, concedendo ao casal a autonomia necessária para que prevaleça sua vontade, livre e capaz, de decidir quando e como optar pela esterilização e quantos filhos desejam ter.

Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio, ao acolher o texto inserido no art. 10, §2º, da Lei n. 9.263/96, veda que a mulher hígida realize sua esterilização pela via da laqueadura tubária em parto cesariano do seu primeiro ou segundo filho. Exige desta mulher um segundo procedimento invasivo e cruento, a se realizar pelo menos 42 dias após o parto, segundo os ditames da portaria normativa regulamentadora n. 48/99 do Ministério da Saúde.

No propósito de examinar a constitucionalidade de tais mandamentos legais, a presente pesquisa detalhará a problemática da esterilização cirúrgica voluntária, perquirindo as consequências deste procedimento para a saúde da mulher e, sobretudo, enfocando as questões sócio-jurídicas correlatas ao exercício do seu direito de decisão quanto ao planejamento familiar. Também sopesa o quanto de colidência principiológica relaciona-se com esta temática e até que ponto o dirigismo estatal pode impor-se às liberdades individuais.

Depreender-se-á que, embora o sentido teleológico da Lei do Planejamento Familiar tenha sido o de evitar um possível arrependimento posterior por parte da mulher que opta pela esterilização cirúrgica imediatamente após o parto cesariano, este diploma também descoroça a mulher hígida de laquear-se, visto que também pode impedir o exercício de sua

vontade livre e consciente de não ter mais que um ou dois filhos. O Estado está, assim, definindo objetivamente uma conduta que se caracteriza, no plano fático, pela subjetividade, pela responsabilidade e pela liberdade, as quais, neste contexto, são garantidas constitucionalmente.

Para o desenvolvimento da temática, a metodologia a ser aplicada consubstanciar-se-á, predominantemente, na pesquisa bibliográfica, de cunho documental, sedimentada nos métodos dedutivo e exegético-jurídico, balizando-se na utilização dos instrumentos de consulta à análise da doutrina, da Constituição, bem como da legislação infraconstitucional e jurisprudência relacionada ao fenômeno da esterilização humana voluntária e seus desdobramentos históricos, éticos e jurídicos, especificadamente sobre o direito constitucional ao livre planejamento familiar.

Assim, a pesquisa bibliográfica, pautada no emprego do método exegético-jurídico, será realizada, precipuamente, a partir do exame de artigos científicos, leitura e fichamentos de textos, consulta a artigos *on-line*, periódicos especializados, etc. Também se fará o emprego da pesquisa documental, na medida em que a jurisprudência atinente à questão é consultada e comentada, principalmente, à luz da Constituição Federal de 1988.

Quanto às hipóteses de trabalho elaboradas em função da demonstração da problemática fundamental da pesquisa destacar-se-ão as seguintes: (a) o texto constitucional assegura explícita e principiologicamente que nenhuma imposição, de qualquer natureza, deverá inquinar o direito dado ao casal de optar pela esterilização cirúrgica que se volva ao planejamento familiar; (b) a proibição do procedimento cirúrgico esterilizador, para a mulher hígida e consciente, justamente no momento que se configura tecnicamente mais oportuno, parece constituir indireta invalidação do direito de laquear-se; (c) o poder estatal não se consolida forçosamente de *per si*, mas exsurge da missão protetiva aos interesses comuns da sociedade, razão pela qual harmoniza suas ações no seguimento pleno aos ditames constitucionais que enaltecem a liberdade, a licitude e o bem-estar sociais; (d) a atividade legiferante do Estado não deve conceber de forma simplista os mais heterogêneos tecidos sociais, classificando e imprimindo uma visão única e rígida para veios humanos tão plurais, de modo a classificar como precoce toda iniciativa de laqueadura tubária em mulher que não possua mais que dois filhos vivos; (e) o pleito à licitude da laqueadura intraparto ganha contornos de validade e afirmação cidadã, ainda que pareça subverter a ordem normativa posta.

Fica evidente que com a comprovação das hipóteses procurar-se-á esclarecer à comunidade acadêmica em geral à pertinência da temática no contexto do novel direito de família contemporâneo, sinalizando, à sociedade, alternativas para resolver o conflito de interesses entre a liberdade individual e o poder estatal regulamentador das condutas humanas, tendo em vista a preservação da dignidade humana, que restará seriamente comprometida, caso haja lesão aos direitos fundamentais do cidadão.

Nesta ordem de ideias a pesquisa tem alto relevo de consonância social e justifica-se em razão de Levantar questões incontornáveis acerca de como o § 2º do art. 10 da Lei n. 9.263/96 conseguiria harmonizar-se com o Princípio da Liberdade, posto que tão notoriamente fundamentador do direito à laqueadura tubária em mulher hígida consciente e decidida, maior e capaz, durante o parto cesariano. É uma questão premente, não somente pelo público multitudinário que contempla, mas principalmente porque diz respeito às raízes mais basilares de constituição dos modernos grupos familiares.

A temática abordada refere-se a uma área essencial e digna de aprofundada reflexão sócio-jurídica, posto buscar não somente a sistematicidade legal com os nortes constitucionais, mas principalmente por entender que estes ditames abarcam a possibilidade de concreção de ideais de vida e saúde, não somente do gênero feminino, mas da instituição familiar como um todo.

Num primeiro momento, a presente pesquisa científica se propõe a fazer uma exposição dos fundamentos constitucionais atinentes à questão das liberdades individuais, havendo mais de enfatizar o direito à liberdade da mulher e do casal de dispor sobre sua capacidade procriativa. Neste objetivo, serão enfocados os principais princípios constitucionais que embasam o tema deste trabalho, a saber: o da Dignidade da Pessoa Humana, o da Solidariedade Familiar, o da Paternidade Responsável e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Após, o presente trabalho apresentará um enfoque mais dissecado acerca do instituto da esterilização humana voluntária, enfatizando os direitos sexuais e reprodutivos num contexto de prerrogativas atinentes ao direito de não procriação.

Em seguida, abordar-se-á detalhadamente acerca da proibição legal à laqueadura tubária intraparto cesáreo. Erigem-se paralelos comparativos entre o preceito normativo constante da lei do Planejamento Familiar em seu artigo 10, §2º, e o do texto constitucional,

em seu artigo 226, §7º. Nesta oportunidade, serão investigados os argumentos propostos pela imposição infraconstitucional de proibir a realização da laqueadura tubária quando da ocasião do parto cesariano. Cotejam-se as justificativas propostas pelo legislador de 1996, neste desiderato impeditivo do procedimento cirúrgico, com a abrangência do ditame constitucional acerca da impossibilidade de qualquer cerceio legal sobre o direito ao planejamento familiar. Neste mesmo capítulo, tratar-se-á, em caráter multidisciplinar, uma explanação acerca dos aspectos médicos e psicológicos que importam à temática da vedação à laqueadura tubária pós-parto.

Por último, ventilar-se-á sobre o quanto de inconstitucionalidade está presente na normatização proibitiva à realização da laqueadura tubária em parto cesariano, bem como busca inferir a validade sócio-jurídica da realização do procedimento médico em mulher consciente de sua decisão de esterilizar-se, na perspectiva de ver concretizado seu direito constitucional ao planejamento livre de seu cerne familiar.

É imperativo que não se olvide de que a ordem jurídica vigente é a que se assenta no determinismo legal. Contudo, este normativismo não deve mostrar-se estanque e classificador. O Direito moderno está arrimado em bases principiológicas de efetividades sociais estruturantes, cujo escopo último visa garantir o binômio liberdade/responsabilidade, sob ótica jurídica justa. Reafirma-se que nem toda mulher que pleiteie a laqueadura antes da terceira cesariana esteja agindo irrefletidamente, ou sob forte emoção que lhe desnorteie sua sanidade. Assim, buscar-se-á elucidar ao longo do deslinde da pesquisa que seja reafirmado o direito ao planejamento familiar, conquanto alijado de barreiras regulatórias e sancionadoras que confundam o cartesiano determinismo normativista com a realidade hipercomplexa atual das aplicações jurídicas contemporâneas.

2. O ESTADO DEMOCRÁTICO E A TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA NO ÂMBITO FAMILIAR

O Estado democrático, tal como hoje se concebe, constitui-se como resultado de uma contínua e árdua progressão dos direitos sociais do homem. Para Júlio Marino de Carvalho, “Os direitos sociais do homem estão se tornando cada vez mais visíveis e impositivos, o que comprova, apesar dos pesares, uma real evolução da objetividade humana”.¹

Neste sentido, Norberto Bobbio sinaliza que os direitos naturais, enquanto imbricados entranhavelmente à própria historicidade humana, são “nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.²

O constitucionalismo democrático foi a ideologia afirmada e consolidada no século XX, máxime expressão das sólidas expectativas numa ordem constitucional estatal, em cujas bases assentam-se as convicções sociais e jurídicas emanadas do seio do povo.³ Sahid Maluf, de forma peculiarmente sintética, discorre sobre o necessário equilíbrio entre as potestades governamental e legal.⁴

A vontade nacional, resumida na vontade da maioria, manifesta-se através do poder constituinte. Este poder elabora o código fundamental do estado, traçando os limites ao poder do governo. Esse código fundamental, chamado *Constituição*, há de ser escrito, para que não seja modificado senão pela própria soberania nacional organizada em poder constituinte. Há de conter a divisão do poder e a declaração dos direitos fundamentais do homem. Qualquer ato de governo, de manifestação do poder de mando, só pode encontrar legitimidade dentro dos princípios traçados pela Constituição, o governo é mandatário da nação e deve atuar como foi determinado por esta.

Vê-se que o constitucionalismo implicou, basicamente, na formulação de um Estado de Direito, o qual propugna pela limitação do poder estatal, em respeito aos direitos

¹CARVALHO, Júlio Marino de. **Os Direitos Humanos no Tempo e no Espaço**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1998. p.21.

²BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5.

³“O indivíduo convertido em cidadão, sem abandonar sua natureza de homem, é possuidor de direitos essenciais e fundamentais que o poder público, dentro de seu aspecto de legitimidade, deve reconhecer e tutelar. Até o nosso século os Estados democráticos tendiam apenas a tutelar os direitos humanos. Hoje, porém, tendem igualmente a promovê-los, isto é, a criar o condicionamento necessário ao exercício de tais direitos”. CONCEIÇÃO, Selma Regina de Souza Aragão. **Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.5.

⁴MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 20ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p.193.

fundamentais. Os princípios constitucionais participam, portanto, da gênese dos direitos fundamentais, os quais açambarcam as esferas individuais, coletivas, políticas e sociais.⁵

As Constituições fazem no século XX o que os Códigos fizeram no século XIX: uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via racionalizadora da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio dos princípios gerais, incorporados na ordem jurídica constitucional, onde logram valoração normativa suprema, ou seja, adquirem a qualidade de instância juspublicista primária, sede de toda a legitimidade do poder. Isto, por ser tal instância a mais consensual de todas as intermediações doutrinárias entre o Estado e a Sociedade.

A evolução deste constitucionalismo conduziu, contemporaneamente, ao que se nominou de constitucionalização de toda ordem jurídica. O neoconstitucionalismo⁶, surgido no pós-guerra, implicou numa busca da maior eficácia ao texto constitucional, sobretudo dos direitos e garantias fundamentais.⁷

Sem que se pretenda aqui aprofundar a questão do neoconstitucionalismo em si mesma, importa, no entanto, enfatizar que um dos principais fenômenos operados no âmbito justamente dessa evolução constitucional referida é o da constitucionalização, por conta, em especial, da afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes, de toda ordem jurídica.

O Estado Brasileiro, conquanto almeje a concretudes modernas de aspiração por supedâneos de justiça, liberdade e paz social, jamais poderia negligenciar os paradigmas histórico-jurídicos vivenciados pela comunidade humana ocidental ao longo dos últimos três séculos. Neste labor atento e de inteligência aplicativa destas experiências externas, foi que

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.293.

⁶ A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação da ideia de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, Salvador, 2007, p. 03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>>. Acesso em: 04 de junho de 2013.

⁷ COUTINHO, Aldacy Rachid. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 3ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. pp.13-14.

emergiu o texto constitucional vigente no Brasil, principalmente no que toca aos parâmetros mais atinentes à proteção da dignidade e das liberdades humanas.⁸

Com fulcro nesta importância, Maria de Fátima Freire de Sá, ao tratar das diversas aplicabilidades do biodireito, enfoca que “(...) a dignidade humana tem aplicação tão somente em um contexto de liberdade e igualdade, isto é, em um procedimento garantidor de iguais liberdades fundamentais.”⁹

Uadi Lammêgo Bulos, traz-nos que um Estado Democrático de Direito implica, necessária e sistematicamente, na existência de uma ordenação estatal justa, e que o constituinte de 1988 trouxe para a atual Constituição federal este norte principiológico, cujas linhas mestras abrangem “os valores que informam a República Federativa do Brasil, dentre os quais a liberdade pessoal, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento em toda sua extensão(...)”.¹⁰

Neste sentido, as liberdades humanas podem ser visualizadas em vastos contextos. Entre eles, alcança altaneira posição o olhar sobre as liberdades civis que enfocam a organização e a composição da estrutura familiar. Neste aspecto, percebe-se que o último século promoveu notória solução de continuidade num processo que se caracterizava longo e lento quanto às transformações de ordem familiar, posto estarem, necessariamente, atreladas aos mais variados imperativos sociais, quer culturais, quer contingenciais.

Apoiados nestes novos alicerces, têm surgido novas concepções jurídicas de releitura acerca do caráter estatal protetivo aos valores familiares. De início, assumiam roupagem mais vanguardista, palmilhadas com cuidado pelos seus próprios intérpretes e legisladores. Hoje, já encontram robusta guarida sócio-jurídica pensamentos como o de Maria Berenice Dias, ao eleger como fundantes os valores de cunho mais intimista e sócio-afetivo¹¹:

A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No

⁸ “No Brasil, os princípios constitucionais sobre a ordem econômica e social foram institucionalizados, originariamente, na Constituição de 1934, fortemente preocupada com a justiça social (por exemplo, justiça do trabalho, sindicatos e previdência social), mas repetindo-se apenas formalmente nas constituições de 1937, 1945 e 1967. Na Constituição de 1988, a concepção de Estado, até então adstrita à teoria do Estado-nação, foi superada pela instituição do estado Democrático de Direito”. SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2008, p. 88.

⁹ SÁ, Maria de Fátima freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 56.

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 79.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ed. rev, atual e ampl. São Paulo: RT, 2010, p.55.

momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas.

Nesta mesma direção, volve-se Cristiano Chaves, ao por em xeque a estruturação familiar tradicional e toda carga jurídico-valorativa que dela advém, e aponta para o recrudescer do moderno entendimento da unidade familiar, percebida hoje em sua organização mais subjetiva, com vistas à construção individual da felicidade¹²:

É que a democratização política de nossa nação, sem qualquer dúvida, refletirá nas nas relações privadas, inclusive naquelas caracterizadas por um traço mais incisivo de intimidade – e conseqüente democratização do ambiente familiar – pode ser detectada através da nova tábua axiomática do Direito Civil, com a elevação dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Solidariedade Social e da Isonomia Substancial.

A sociedade hodierna, pelo menos a que se situa no palco ocidental e capitalista, vive uma contemporaneidade de opção pela objetividade. Pugna pelas escolhas mais solidamente conscientes, rompendo com vínculos mais subjetivos, os quais remetiam à natureza tradicionalista e em liames calcados em conjunturas de outrora.¹³ Tal é o pensamento de Maria Helena Diniz, segundo o qual, no atual estágio jurídico-evolutivo, é inafastável a regência do princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, “que constitui base da comunidade familiar (biológica ou sócio-afetiva), garantindo, tendo por parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.”¹⁴ Nesta sociedade, onde a consciência é valorizada como primaz e real definidora das ações humanas, emerge um recrudescente desatrear das imposições de caráter meramente tradicionalista e desprovido de um maior sentido íntimo e real.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008. p. 7.

¹³ “Nas organizações modernas de qualquer índole, é onde se constrói a base de um poder fundado nos afazeres, mas principalmente na forma como são cumpridos estes afazeres quotidianos, que em um prazo mais longo e de acordo com outros grupos que avançam na mesma direção, vão se transformando no Poder que decide qual é a sociedade em que queremos viver. Essa construção de um poder quotidiano é o exercício da democracia, que nos afasta da maldição weberiana da inevitabilidade da ditadura”. TESTA, Mario. **Pensar em saúde**. Trad. Walkiria Maria Franke Settineri. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, pp. 40-41.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 5: Direito de Família – 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.37.

2.1 A PROTEÇÃO DA LIBERDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A POSSIBILIDADE DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O ser humano, desde que se descobriu sujeito de direitos e obrigações, vem, ao longo de sua caminhada jurídico-evolutiva, prezando e primando pela realização fática dos interesses atinentes às suas liberdades. Neste afã, o Direito, enquanto fanal orientador das experiências sócio-político-culturais, tem encontrado maior respaldo e mais efetividade no seio social, tanto mais se aproxime destes ditames libertadores¹⁵. Para Júlio Marino de Carvalho¹⁶:

A liberdade é um consectário da igualdade dos homens perante o Direito. É de natureza fundamental, sagrada e intocável, não podendo ser objeto de nenhum pacto ou negócio. Esse direito que é ínsito a todo ser vivo, é dos mais primitivos. O indivíduo, já no albor da vida, é incitado por compulsão biológica a locomover-se e tomar o rumo que entender necessário à sua segurança e sobrevivência.

Em clássica lição, Sahid Maluf, ao considerar as relações de preeminência ou de equilíbrio entre liberdades individuais e a autoridade estatal, e ponderando acerca das temeridades inerentes à construção, tanto do Estado autoritário quanto do Estado anárquico, encontra solução teórica na realização plena do ideal democrático, o qual proporcionaria um desejável equilíbrio das forças sociais.¹⁷

A terceira solução é a do equilíbrio entre a liberdade e a autoridade. Compete à ciência política compor as fórmulas tendentes a estabelecer esse equilíbrio, de sorte que a autoridade, agindo na sua esfera própria de ação, não prejudique as manifestações legítimas da personalidade humana, e a liberdade, exercida também na sua esfera própria, não se oponha à ação do poder público, exercida em função do interesse social.

¹⁵ “Os direitos individuais tornam-se criações e concessões do Estado através de sua Constituição, que, por sua vez, representa a garantia das liberdades inatas do indivíduo. Grande parte das Constituições modernas dos países europeus, latinos e asiáticos segue esta integração ao texto constitucional, apresentando uma lista de direitos individuais, os quais têm do Estado a promessa de os respeitar e garantir. Esta prática teve um grande desenvolvimento e influenciou as Constituições estabelecidas entre as duas grandes guerras”. CONCEIÇÃO, Selma Regina de Souza Aragão. **Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 59.

¹⁶ CARVALHO, Júlio Marino de. **Os Direitos Humanos no Tempo e no Espaço**. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1998. p.231.

¹⁷ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 20ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 293.

Na seara civilista, mormente no Direito de Família, tem-se verificado uma escalada cultural bastante profícua. Desde as doutrinas mais tradicionais do casamento, as quais traziam consigo antigos valores de débitos de conjugalidade, passando pelas novas acepções conceituais de família e chegando às atuais visões alargadoras das fronteiras jurídico-relacionais entre os cônjuges, foram, paulatinamente, sendo observadas profundas transformações nos modernos ordenamentos jurídicos.¹⁸

Nesta esteira, tais alterações foram surtindo fortes reflexos nas noções de livre planejamento familiar e controles de natalidade. A concepção de procriação obrigatória, ataviada petreamente como dever próprio e intrínseco ao casamento, vai cedendo lugar a conceitos mais relacionados aos direitos concernentes ao princípio da autodeterminação, resguardando a possibilidade, mesmo que limitada, de dispor da higidez física em prol do planejamento familiar. A regulação da fecundidade passou a relacionar-se mais aos princípios da liberdade e da responsabilidade, e a estarem menos atrelados ao que se concebia como ordenanças atinentes a uma moral advinda irreversivelmente da natureza e da própria essência do casamento.

Em 13 de maio de 1968, na conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Teerã, foi pela primeira vez declarado o direito dos pais ao planejamento familiar. Foi então reconhecido o direito humano básico de ter livre e voluntário controle acerca do número de filhos que o casal deseje ter, bem como do intervalo entre as gestações, com base no princípio da paternidade e da maternidade responsáveis.¹⁹ Vinte e seis anos depois, na capital do Egito, realizou-se a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, (CIPD), cujo documento resultante foi o Programa de Ação do Cairo, assinado por 179 nações²⁰. A CIPD constituiu um marco para a política global referente à saúde reprodutiva.²¹

¹⁸ “não se pode olvidar que a família está sempre se reinventando, se reconstruindo. Transforma-se a cada momento e espaço, naturalmente renovando-se em face da sua própria estrutura cultural”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 9.

¹⁹ Tendo se reunido entre os dias 22 de abril a 13 de maio de 1968, para examinar os progressos alcançados nos vinte anos transcorridos desde a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos e preparar um programa para o futuro, a Proclamação de Teerã, entre outros enunciados, declarou no seu parágrafo 16: “A comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças. Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm>. Acesso em 11 de maio de 2013.

²⁰ “O Plano de Ação do Cairo, de 1994, recomenda às nações que adotem uma série de providências para o fim de buscarem obter certos objetivos, como, por exemplo, o crescimento econômico sustentado, a educação – particularmente das meninas-, a redução da mortalidade neo-natal, infantil e materna e o acesso universal e democrático aos serviços de saúde reprodutiva – especialmente de planejamento familiar e de saúde reprodutiva e sexual”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o**

A atual Constituição Federal brasileira, antes mesmo de sua promulgação, em 05 de outubro de 1988, já havia sido batizada de Constituição Cidadã. Era neste aguardo de amplas expectativas que as camadas mais conscientes do seio social brasileiro viam materializarem-se os anseios de concretude dos ideais de resguardo aos direitos e às garantias individuais.

Talvez em nenhum outro momento da história moderna brasileira, tanto se aspirou por verem-se inculpidos, num texto de magna soberania jurídica nacional, a salvaguarda dos princípios mais basilares da construção evolutivo-jurídica do homem. Entre estes, destaca-se altaneiro o Direito à Liberdade, jungido como está, do caráter da inviolabilidade, erigido segundo principiologia sistemática das mais avançadas. Propugnava-se pelo mais célere afastamento dos cerceios ditatoriais.

Neste esteio, o pensar constituinte moveu-se por inscrever, no Título VIII, atinente à Ordem Social, e em seu capítulo VII, mais precisamente no artigo 226, §7º²², voltado para a Proteção dos valores familiares, a possibilidade do planejamento familiar.

Até então, nenhuma das Constituições Federais brasileiras havia se referido explicitamente ao termo “planejamento familiar”. Contudo, já existiam pretéritos luminares normativos constitucionais pátrios que se voltavam à preocupação com o cerne da família e com sua formação e constituição.²³

estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro. Renovar 2003, p. 445.

²¹ “os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para assegurar, sobre a base da igualdade do homem e da mulher, o acesso universal aos serviços de saúde, compreendidos os relacionamentos à saúde em matéria de reprodução, integrados pelo planejamento familiar e a saúde em matéria de sexualidade. Os programas de saúde da reprodução devem oferecer a mais vasta gama possível de serviços, sem nenhum recurso à coerção. Todo casal e todo indivíduo têm o direito fundamental de decidir livre e responsabilmente acerca do número de seus filhos, do espaço de seu nascimento e de dispor da informação, da educação e dos meios desejados na matéria.” Princípio 8 do Programa de Ação do Cairo. Disponível em: <<http://www.apf.pt/?area=004&mid=002&sid=001>> Acesso em 11 de maio de 2013.

²² **Art.226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 05 de fevereiro de 2013.

²³ Na Constituição Federal de 1946, encontramos, no seu Título VI, Capítulo I, referente à família, o que segue: Art 163 – “A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”. Art 164 – “É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo de famílias de prole numerosa”; Na Constituição Federal de 1937, encontramos no art. 124: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”. No art.127, lemos: “Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e

Aqui, não há de confundir-se controle de natalidade com planejamento familiar. O controle de natalidade visa, através de métodos e técnicas de diminuição demográfica, minorar ou suplantar os efeitos da pobreza gerados pelas altas densidades populacionais. De sorte bem diversa, planejar a família implica em escolher, de forma consciente e voluntária, o número de filhos que se deseja gerar, bem como o momento certo para se exercer o direito de procriar e também o de não procriar.

Depreende-se, niveamente, que o texto constitucional de 1988 assegura, de forma minudenciosa, o direito, dado ao casal, de decidir sobre o número de filhos que deseja verem gerados. O Diploma Maior buscou expurgar da mecânica dogmática infraconstitucional qualquer iniciativa tendente a imprimir força coativa a qualquer ditame propenso a imiscuir-se nesta decisão. É este o pensamento de Paulo Lôbo quando assevera²⁴:

Na Constituição Brasileira e nas leis atuais, o Princípio da Liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade; e liberdade de cada membro diante dos outros membros e diante da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da autoridade familiar; no planejamento familiar, que é 'livre decisão do casal'(art. 226, §7º, da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária.

É bem assente no atual entendimento doutrinário pátrio esta ampla liberdade quanto à constituição e manutenção do núcleo familiar. A especial proteção estatal à família inicia-se, pois, exatamente na preservação destas liberdades. É este o pensar que emerge das luzes constitucionais e inunda o pensamento civilista. Tanto assim que se encontra em perfeita congruência axiológico-normativa com o mandamento constitucional insculpido no art. 226, §7º, supra-referido, o que se lê no art. 1.513 do Código Civil brasileiro²⁵ e o que institui o §2º

educação da sua prole". Disponível em:<<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em 23 de abril de 2013.

²⁴ LÔBO, Paulo, *In: Direito de Família e Sucessões. Temas Atuais*. Vários autores. (Coord.): Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Flávio Tartuce; José Fernandes Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p.11.

²⁵ **Art. 1513.** É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Código Civil Brasileiro – Lei n. 10.406, de 10/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 04 de abril de 2013.

do art. 1.565 do mesmo diploma legal.²⁶ Acerca desta autonomia de vida que é dada à família constituir, Arnaldo Rizzardo assim se pronuncia²⁷:

Realmente, desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credo religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado-, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros.

Em plena concordância, a posição de Paulo Lôbo²⁸:

O princípio da Liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restrinjam profundamente a liberdade, a intimidade, e a vida privada das pessoas quando não repercutem no interesse geral.

Quando do texto constitucional emerge que “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, está sendo assegurada de forma luzente a prerrogativa, dada ao casal, de planejar a sua família. Afastar-se-ia, com isso, qualquer tentativa infraconstitucional de exigir-se autorização ou adequação para qualquer ato do planejamento familiar, bem como quaisquer tentativas que busquem frenar tal desiderato.

²⁶ **Art. 1.565.** Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§2º O planejamento familiar é de livre disposição do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício deste direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. Código Civil Brasileiro – Lei n. 10.406, de 10/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 04 de abril de 2013.

²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 15.

²⁸ LÔBO, Paulo, *In: Direito de Família e Sucessões. Temas Atuais*. Vários autores. (Coord.): Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Flávio Tartuce; José Fernandes Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método, 2009. p.12.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROTETIVOS À FAMÍLIA E À EFETIVIDADE DA PRERROGATIVA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Diante do influxo principiológico imbuído da Constituição Federal de 1988, cujo lastro de interpretação evoca a sua força normativa perante o ordenamento pátrio, notadamente, até mesmo em face das relações de Direito Privado devido ao fenômeno da constitucionalização, faz-se oportuno perquirir a importância dos princípios protetivos da família à luz da contemporaneidade.

Segundo preleciona Uadi Lammêgo Bulos, “Os princípios valorizados pelo constituinte funcionam como vetores para soluções interpretativas das normas constitucionais.”²⁹

Com efeito, para Paulo Bonavides, de há muito o processo de elaboração constitucional busca desarraigar-se das suas origens oriundas do modelo clássico do positivismo.³⁰

A normatividade dos princípios, afirmada categórica e precursoramente, nós vamos encontrá-la já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli: ‘Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que a contém’.

Para Gomes Canotilho, “A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em *subprincípios e regras constitucionais* concretizadores destes mesmos princípios”.³¹

Os princípios constitucionais são primazes sob qualquer ótica em que se enxergue o processo de hermenêutica jurídica. Para Maria Berenice Dias, estes princípios não possuem

²⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.73.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.257.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ed. Coimbra: edições Almedina, 2003. p.1173.

função meramente explicativa, ou apta tão somente a sugerir interpretações. Antes, pelo contrário, formam os inícios e os fins últimos de qualquer construção normativa sistemática.³²

Os princípios constitucionais dispõem de primazia diante da lei, sendo a primeira regra a ser invocada em qualquer processo hermenêutico. É equivocada a idéia de que os princípios vem por último no **ato integrativo**. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira inversão hermenêutica. Os princípios vêm em primeiro lugar e são as portas de entrada para qualquer leitura interpretativa do Direito.

A instituição familiar, alçada como está, no âmbito constitucional, em sobranceira posição de base de toda a sociedade, irá encontrar ampla principiologia de apoio e guarida à sua sã salvaguarda. Por extensão, o planejamento que é realizado em seus âmbitos mais íntimos, com vistas a bem manter e mover esta estrutura pilar, está igualmente assentado em sólida estruturação principiológica. Assim, o pensamento de Pietro Perlingieri, ao entender que os princípios constitucionais posicionam em sobranceira vanguarda determinativa.³³

Os princípios e regras constantes da Constituição Federal de 1988 são normas jurídicas como quaisquer outras, com a nuance de se localizarem no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico positivo, tendo a Constituição unificado o sistema com a devida hierarquização das normas, a prevalência e superioridade dos princípios e valores constitucionais, com funções de interpretação, de integração e de construção das demais normas jurídicas do ordenamento.

Pela análise literal do texto constitucional de 1988, referente ao planejamento familiar, constante no §7º do art. 226, tem-se explicitada a força principiológica dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade Responsável. Contudo, atrelados a estes, seguem em inafastável aderência, outros supedâneos de força principiológica, os quais, embora não insculpidos diretamente no enunciado em comento, comportam força primaz de estrutura e caracterização normativo-axiológica. Para Maria Celina Bodin de Moraes, os valores assumem imprescindível função sistemática e organizadora.³⁴

³² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 59-60.

³³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.331.

³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Aldacy Rachid Coutinho...[et. al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 112.

(...) se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de Direito Privado. Não se sustenta tal perspectiva metodológica, contudo, tão somente em virtude da construção hierarquicamente rígida dos ordenamentos assim constituídos; vai-se além, reconhecendo, ou pressupondo, que são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem *informar* o sistema como um todo.

Os princípios, assim como as regras, compõem a Constituição. As regras definem condutas. Os princípios carregam valores e fins a serem perseguidos. Contudo, na sua raiz fundamental, os princípios contêm regras, e são essas regras, assim principiologicamente emanadas, que irão proteger a família e a efetividade da prerrogativa do planejamento familiar.

2.2.1. Princípio da dignidade da Pessoa Humana

A República Federativa do Brasil elegeu, como um dos seus fundamentos, a Dignidade da Pessoa Humana.³⁵ Portanto, depreende-se que o não provimento do mínimo existencial à pessoa humana deveria repercutir em abalos à própria estrutura republicana brasileira.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana sublima o valor intrínseco de cada pessoa, conferindo a cada ser humano, individualmente, uma valoração consistente. Por ele, o ser é individuado, destacado e diferenciado. Assim, pode, de fato, constituir-se alguém na ordem civil, estando guarnecido seu mínimo existencial, o qual consiste de parâmetros minimamente basilares à salvaguarda de uma existência tida por digna, como afirma Sarlet:³⁶

Assim sendo, tem-se por Dignidade da Pessoa Humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as

³⁵ **Art. 1º:** “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 23 de abril de 2013.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia no Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A dignidade da pessoa humana não se aufere pecuniariamente. Para José Afonso da Silva “*Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida*”.³⁷ Paulo Bonavides chega a desprover de todo sentido qualquer tentativa de construção de um Estado Constitucional de Direito que não enalteça e salvasguarde o caráter ontológico primordial da dignidade da pessoa humana.³⁸

A marcha civilizatória constrói-se do labor pelo alcance universal dos direitos fundamentais e os direitos humanos constituem-se na face jurídica da dignidade do homem. Nesse sentir, as pessoas devem ser tratadas como o cerne finalístico das construções sociais, e não como mera instrumentalidade, não como um meio para a consecução de projetos alheios ou para a realização das metas coletivas. “O princípio da Dignidade da Pessoa Humana manifesta-se como instrumento abalizador dos demais princípios e direitos compreendidos como superiores”.³⁹ Assim, a dignidade humana somente encontraria real aplicação em um contexto de liberdade e igualdade, isto é, em um procedimento garantidor de iguais liberdades fundamentais.⁴⁰ Portanto, há de se concluir que o indivíduo pode fazer suas valorações morais e suas escolhas existenciais sem privações.

O direito ao livre planejamento familiar está alicerçado por densa carga principiológica constitucional, fortalecidamente literal.⁴¹ É de se deprender, portanto, que toda legislação infraconstitucional que busque legitimidade atinente a esta temática, deva carrear, necessariamente, harmoniosa concordância com estas premissas dignificantes.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 30ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p.105.

³⁸ “O admirável Estado de Direito construído por um constitucionalismo que protege e consagra na raiz de todos os seus princípios a dignidade da pessoa humana, sem a qual a liberdade é abstração – constitucionalismo de valores, por conseguinte- cobra, para sua sobrevivência, no cotidiano exercício de suas funções, uma justificativa final, um título de legitimidade, cuja carência há de conduzir, como já advertimos, ao governo de juízes, à ditadura constitucional da toga, o que seria um desastre e uma fatalidade para a democracia”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 630-631.

³⁹ FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 276.

⁴⁰ SÁ, Maria de Fátima Faria de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 56.

⁴¹ **Art. 226** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 05 de fevereiro de 2013.

Por outro lado, o direito não se aplica a uma massa humana de ideias estanques. O tecido social tende a diversificar-se em suas construções axiológicas, impregnado pelo dinamismo de sua caminhada sócio-evolutiva⁴². Tal tendência parece ampliar-se na contemporaneidade ocidental, quando múltiplos fatores, das mais diversas sortes, tem influenciado grandemente, e em profusão, o ideário das gentes. Assim, a cada novo construto sócio-jurídico, conseqüência natural das novas forças sociais vigentes numa sociedade em constante mutação, novas e imprescindíveis aplicações são demandadas à hermenêutica jurídica, no afã garantidor das exigências dignificantes à pessoa humana.⁴³

Desta forma, Maria Paula Dallari Bucci enfatiza o caráter conformador do Princípio da Dignidade Humana aos vislumbres evolutivos que perpassam as sociedades humanas, à medida que adquirem visões mais resilientes frente aos imperativos de busca por uma ordem social mais equânime e justa.⁴⁴

O conteúdo jurídico da dignidade humana vai, dessa forma, se ampliando na medida em que novos direitos vão sendo reconhecidos e agregados ao rol dos direitos fundamentais. A percepção dessa evolução nos faz perceber que a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, a qual vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando formas que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana.

Inserido entranhavelmente neste contexto, a entidade familiar tem experimentado, mormente nas décadas que se seguiram aos meados do século XX, transformações significativas em seus cernes estruturais.⁴⁵ A estrutura patriarcal e necessariamente prolífera

⁴² “O sistema jurídico possui um código de funcionamento: legal/ilegal (*Recht/Unrecht*). Em cada momento histórico esses valores são atribuídos a determinadas situações e isso pode mudar no tempo. A sociedade pode caracterizar uma situação segundo códigos jurídicos, mas também morais, políticos, econômicos, artísticos, científicos etc”. SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 3ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 246.

⁴³ “O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, neste contexto, portanto, deve ser encarado como uma construção que, no Estado Democrático de Direito, aponta para uma interpretação jurídica que busca efetivar seu caráter deontológico e compatibilizá-lo com o requisito de manter íntegro o sistema de direito. Ele deve se adaptar aos diferentes contextos plurais em que se aplica, mas, para tanto, deve reafirmar sua força em cada novo contexto”. PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009. p.33.

⁴⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari, *et al.* **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001, p.8. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos%20Humanos%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2013.

⁴⁵ “Ao modelo da família formal, tutelada pelo Direito em todo o mundo, acrescenta-se a concepção jurídica remodelada de uma nova família, célula essencial da civilização humana, com maior ênfase nas pessoas das

cede cada vez mais lugar a pósteras perspectivas de constituições parentais menos fecundas e mais concentradas em projetos familiares com foco mais proponente à construção de ambiências menos povoadas e mais potencializadas.

Neste diapasão, emerge nova construção principiológica atinente a um novo sentido que a aplicação do princípio da dignidade humana parece empregar: o de salvaguardar novos interesses, tidos por basilares e imprescindíveis. Estes novos projetos de vida incluem, necessariamente, o guarnecimento jurídico de decisões que se tornaram inarredáveis dos núcleos decisórios familiares, como, por exemplo, decisões fundamentais sobre o número de filhos pretendido pelo casal, bem como sobre o momento oportuno para a decisão de procriar e de não mais procriar. Da tomada destas decisões dependerá a consecução de projetos de felicidade familiar e social.

Tais decisões não mais se adjetivam, hodiernamente, como de somenos importância. São, pelo contrário, consentâneas e relevantes para as novas dinâmicas sociais. Um casal pode ver-se tolhido de melhores perspectivas futuras caso venha a menosprezar os novos imperativos socioeconômicos vigentes, e profligar as novas regras de constituição familiar. Muitos são os fatores atrelados a estas novas contingências, como alude o pensamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama.⁴⁶

Há de se considerar que a progressiva emancipação econômica, social e jurídica da mulher, a significativa redução do número médio de filhos nas entidades familiares, a maior complexidade da vida contemporânea decorrente dos problemas atinentes à inserção profissional da pessoa humana, à massificação das relações econômicas (inclusive as de consumo), à urbanização desenfreada, aos avanços científicos no campo da sexualidade, entre outros fatores, impuseram mudanças na função e na concepção das novas famílias.

O texto constitucional imprime, normativa e principiologicamente, a prerrogativa do livre planejamento familiar inserto na ordem jurídica como consectário do princípio da dignidade humana, na medida em que é concebido como consagração dos direitos à saúde, liberdade e autonomia do casal.

famílias do que na instituição familiar. Há, indubitavelmente, uma função social – e que se mostra primordial e permanente - da nova família: a de viabilizar a constituição e o desenvolvimento das melhores potencialidades humanas; a de atuar em prol do aperfeiçoamento das instituições sociais com aspecto marcadamente funcional e instrumental". GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008. p. xvii.

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008. p. xviii.

2.2.2. Princípio da Solidariedade Familiar

Dentre as inovações legislativas mais significativas inauguradas pelo novel Código Civil encontra-se o princípio da solidariedade familiar de matiz constitucional, que implica na interação e colaboração recíproca entre os membros da família. Assim, denota-se que: “A liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho”.⁴⁷

Maria Helena Diniz, prestigiando e reforçando a solidez familiar, mesmo em meio a tantas mudanças e inovações sociais, afasta-lhe a alcunha de “instituição em decadência”.⁴⁸ A autora refere-se a fenômenos de constatação histórico-política, profícuos na contemporaneidade, entre eles o da constitucionalização do Direito Civil, como elementos de suporte para a manutenção de um olhar mais garantidor das autonomias inerentes às constituições mais modernas do cerne familiar.⁴⁹

Diante das transformações sociais, juristas e juízes passaram a interpretar extensivamente normas de ordem pública e até mesmo a própria Constituição Federal, dando azo a um fenômeno eficaz no qual há incidência normativa, geradora de efeitos, privilegiando a pessoa e a realização no seio da comunidade familiar de seus interesses afetivos, transformando a ordem jurídico-positivo-formal numa ordem jurídica personalista. Tais fenômenos são conducentes a uma releitura de todo ordenamento jurídico-positivo, baseada na prudência objetiva, levando em consideração os valores positivados na Constituição Federal, a exaltação de uma reformado Direito Civil e o respeito à dignidade da pessoa humana.

A família cumpre, inequivocamente, uma fastigiosa função bio-psicossocial. Entre seus pares, assomam-se as funções de cunho natural e cultural, imprescindíveis para a saúde

⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.

⁴⁸ “Juristas há que, ante a nova concepção de família, falam em ‘crise da família’, proclamando sua desagregação e desprestígio devido: (a) ao desaparecimento da organização patriarcal que vigorou no Brasil por todo o século passado; (b) à substituição da autoridade parental pela estatal, que intervém, cada vez mais, na família, protegendo-a, na medida em que os poderes privados declinam. Tal ocorre porque a força do Estado depende da solidez do núcleo familiar. O Estado não pode, por isso, entregar a sorte da família à própria pessoa”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 5: Direito de Família. 26ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.38.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 5: Direito de Família – 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.40.

organizacional da sociedade onde é inserta.⁵⁰ O conceito novo de família eudemonista⁵¹ expressa de forma acentuada esta tendência enaltecadora dos valores mais pessoais de cada um dos membros que a compõe. Para Boscaro, o cerne familiar concentra esforços no propósito maior de perseguir ideais de felicidade e realização existencial de cada componente, vistos individualmente.⁵²

(...) a entidade familiar não mais se constitui para a proteção do próprio grupo que representa, ou do instituto do casamento, e, sim, para procurar defender os interesses individuais de cada um de seus membros, unidos por opção pessoal e não mais por imposição social e na busca de um ideal comum de felicidade e de realização própria, ao lado de pessoas que lhe são caras.

O princípio da Solidariedade Familiar encontra pleno respaldo nos objetivos hodiernos de dignificação dos seus membros, bem como do dever recíproco de construir estruturas dotadas de mútua proteção e harmoniosa convivência. Na Constituição Federal de 1988, o constituinte originário trouxe como mandamento normativo a premissa que confere a perspectiva solidária nos núcleos familiares.⁵³

A Constituição Federal confere, portanto, lineamentos de matizes solidárias e azimutes garantistas no que tange à função social da família.⁵⁴ É matéria bem sedimentada no entendimento jurisprudencial pátrio.⁵⁵

⁵⁰ “No mundo contemporâneo (pós-moderno), a família abandona um caráter natural, assumindo nova feição, forjada, agora, em fenômenos culturais, motivo pelo qual RODRIGO DA CUNHA PEREIRA assevera, com total razão, se tratar de ‘uma estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na *polis*’”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 2.

⁵¹ “O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do §8º do art.226 da CF: *o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram*”. DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ed. rev.e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.

⁵² BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.78.

⁵³ **Art.229**. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 05 de fevereiro de 2013.

⁵⁴ “Ora, na Constituição de 1988, a integração familiar é concebida como um direito originário das crianças e dos adolescentes (art.227,CF), mulheres gestantes e idosos, entendida não somente como a originada do casamento, como, também, da uniao estável e da comunidade formada por um dos cônjuges ou companheiro(a), com os seus filhos. Dizemos mesmo que, estando estas pessoas excluídas da vida familiar, a assistência deve tornar-se emulativa, visando reconstituir relações que a reponham. O Estado somente lhes deve atribuir outras soluções quando a reintegração familiar natural se mostre temporária ou definitivamente impossível. A criança,o adolescente e o idoso, embora sob regulamentação específica, devem integrar-se na ordem familiar e sob seus

O livre planejamento familiar insere-se basilarmente no contexto da solidariedade familiar. Densidades demográficas incompatíveis com o potencial provedor de recursos mínimos para a manutenção dos núcleos familiares têm sido contabilizadas entre as causas primeiras de desajustes internos nos seios familiares, bem como geradoras de instabilidade social. Pululam as estatísticas que corroboram tais constatações. Para Cristiano Chaves, “o propósito do planejamento familiar é, sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção”.⁵⁶

O solidarismo parental hodierno encontra atuais apoios de ordem intrínseca cada vez mais compatíveis com sistemas de planejamento familiar mais calcados em critérios mais intimistas e objetivamente protetivos aos seus membros.⁵⁷ Nesse sentido “não se tutela mais a família como ente *transpessoal*, vinculada à relação de produção e procriação, mas sim como garantidora de realização pessoal, de caráter íntimo e afetivo dos indivíduos”.⁵⁸ Maria Helena Diniz, neste contexto, enaltece o bom senso e a responsabilidade consciente.⁵⁹

O controle da fertilidade não deve ter por escopo a extirpação da pobreza, mas estar no cálculo da escolha consciente, ou seja, num planejamento familiar caracterizado pelo posicionamento do “sim” à vida a dois, assumida com senso de responsabilidade, abrangendo a saúde reprodutiva do casal, o controle da fecundidade e o atendimento das necessidades da família, inclusive moradia, alimentação, lazer, educação, etc.

pressupostos”. SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2008, pp. 192-193.

⁵⁵ “Aos pais compete ajudar, vigilantes e atuantes na educação doméstica, nos cuidados às lições e ao cumprimento dos deveres. São felizes os pais que podem fazer isso. E porque são poucos, o talento de Anísio Teixeira fez introduzir no Brasil os conceitos modernos de educação integral dos adolescentes, implantando a Escola Parque, hoje disseminada pelo Estado Democrático Brasileiro, onde vicejam a liberdade, a igualdade e a fraternidade embaladas na educação livre do seu povo”. (STJ, MS 7.407/DF (2001/0022843-7), rel. Min. Francisco Peçanha Martins”. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1427.

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 42.

⁵⁷ “Atualmente, (...)deve-se reconhecer que o Direito de Família, que sempre foi calcado em normas consideradas de ordem pública (já que visavam a regulamentar a constituição da família, tida como base do Estado e calcada no matrimônio), passou a considerar os interesses pessoais dos membros desta família, numa crescente privatização do tema, pois a felicidade e o bem-estar destes passaram a superar o interesse estatal na preservação da família calcada exclusivamente no matrimônio”. BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.76.

⁵⁸ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Aspectos sociais e jurídicos relativos relativos à família brasileira- de 1916 a 1988**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/publicacoes/critica/17/R.pdf>>. Acesso em 14 de maio de 2013.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 132.

Há, portanto, à luz do que se depreende do intento constitucional de valorização e de priorização da pessoa humana, uma clara tendência, no campo das transformações verificadas nos seios familiares, de dirigir esforços em favor das pessoas mais frágeis e, por isso mesmo, merecedoras de maior proteção: crianças, adolescentes, enfermos e idosos. Desta forma, pensa-se estar salvaguardando os elos familiares em seus ciclos constitutivos, compondo harmonicamente as recíprocas relações entre liberdade e solidariedade.⁶⁰ A construção de núcleos familiares melhor planejados trariam consigo perspectivas de futuro mais aprazíveis e solidárias, o que redundaria num construto social mais justo e mais próximo aos ideais de convivência almejados.

2.2.3. Princípio da Paternidade Responsável

A paternidade responsável,⁶¹ erigida literalmente, pela Carta Magna de 1988, à condição de princípio fundante, representa fortemente a constitucionalização das normas jurídicas do Direito Civil sobre a paternidade. A redação do parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal vigente traz-nos que a responsabilidade pela paternidade ou maternidade é do casal, e não do Estado.⁶² Essa responsabilidade é de ambos os genitores, sejam cônjuges, sejam companheiros. O ente estatal tem, constitucionalmente, a responsabilidade de subsidiar, através do provimento de recursos educacionais e científicos, os meios para que esta paternidade responsável seja exercida.

⁶⁰ “Desse modo, urge considerar que, no bojo da constitucionalização do Direito Civil, as relações familiares não são tuteladas e protegidas em si mesmas, mas se e enquanto instrumentos voltados ao cumprimento do projeto constitucional de sociedade civil – de liberdade, de justiça e de solidariedade (art. 3º, inciso III, da Constituição Federal) – além de servirem para a redução das desigualdades sociais e a erradicação da miséria e da pobreza. Há, assim, de serem equilibrados e coordenados os princípios da liberdade, da igualdade material e da solidariedade social no universo das famílias, fazendo com que haja sabedoria de conciliar as relações familiares, de modo a impedir que a excessiva liberdade seja obstáculo à concretização da solidariedade, bem como de que a excessiva solidariedade seja impedimento à liberdade individual”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008. p.xviii.

⁶¹ “A *paternidade responsável*, ou seja, a paternidade consciente, não é animalésca, é sugerida. Nela e na dignidade da pessoa humana é que se fundamenta o *planejamento familiar* que a constituição admite como um direito de livre decisão do casal, de modo que ao Estado só compete, como dever, propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 852.

⁶² §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 14 de maio de 2013.

A paternidade responsável implica na atitude autônoma e consciente acerca da decisão de procriar ou não, bem como quanto ao número de filhos que se quer gerar. Ademais, para Donizetti, esta responsabilidade também pode ser visualizada quanto aos inamovíveis deveres parentais daí decorrentes.⁶³

Ter um filho, na atualidade, portanto, implica passar por uma decisão deliberada que surge da elaboração de um projeto voluntarista devidamente controlado, no qual fatores como colocação no mercado de trabalho, estabilidade (do casal ou da mulher solteira), desejo de concluir os estudos e preocupação com os meios disponíveis para proporcionar uma boa educação aos filhos são sopesados na hora de optar em ser pai e/ou mãe.

Os fundamentos da paternidade responsável acham-se rijamente atrelados à própria noção de direitos reprodutivos e sexuais, posto que o exercício autônomo, livre e consciente destes repercutirão positivamente naqueles. Com a Conferência Internacional do Cairo, em 1994, firmou-se e recrudescer-se o raciocínio que concede cada vez mais importância aos direitos reprodutivos.⁶⁴

Os direitos reprodutivos baseiam-se no reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos decidirem livre e responsavelmente sobre o número, espaçamento e quando devem ter os filhos e de terem acesso à informação sobre a forma como fazê-lo, bem como o direito de se beneficiarem da saúde sexual e reprodutiva do mais alto nível. Também incluem o direito de todos tomarem decisões sobre a reprodução sem discriminação, coerção nem violência.

Diante destas novas percepções, surgem questões relevantes quanto às liberdades atinentes ao direito de procriação. O planejamento familiar, para que seja livre, consciente e responsável, precisa, portanto, estar bem alicerçado em tomadas decisórias que considerem os direitos às liberdades positiva e negativa de procriação, bem como às suas plúrimas consequências, não somente no seio da família, como também para todo o corpo social. O exercício da paternidade e da maternidade responsáveis apegam-se, assim, de forma entranhável, à adequada consumação do binômio liberdade/responsabilidade.⁶⁵

⁶³ DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.85.

⁶⁴ Nações Unidas. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento; 5-13 set 1994; Cairo. In: **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**. Vol. 29- n.5-RJ maio/2007 “O arrependimento após a esterilização cirúrgica e o uso das tecnologias reprodutivas”. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/50100-720320070005000001>>. Acesso em 18 de dezembro de 2012.

⁶⁵ “Importante conclusão da Conferência do Cairo se vincula mais proximamente às esferas pessoais do homem e da mulher: às mulheres deve ser reconhecido o direito de liberdade de opção e a responsabilidade social sobre a decisão pertinente ao exercício da maternidade – com direito à informação e direito a ter acesso aos serviços

Celso Ribeiro Bastos imprime visão equilibrada quanto ao sentido constitucional da concessão de maiores liberdades aos atores sociais envolvidos diretamente no planejamento familiar, ao vincular estas liberdades ao concomitante senso de responsabilidade que daí advem, oriundo da necessária percepção afetivo-racional que precisa vigorar na comunhão familiar.⁶⁶

O § 7º do artigo 226 da nossa Lei Maior deixa claro que é um dever de todos, inclusive do Estado, garantir ao casal a liberdade de decidir responsabilmente, sem nenhum tipo de coação social ou legal, quantos filhos querem ter e como querem espaçar os nascimentos. Não se trata de procriação ilimitada ou falta de consciência do que implica educar os filhos, mas a faculdade de os cônjuges terem de usar a sua liberdade inviolável de modo sábio e responsável, tendo em conta tanto as realidades sociais e demográficas, quanto a sua própria situação e desejos legítimos.

O princípio da Paternidade Responsável, hoje, comporta um sentido cada vez mais apegado à separação entre sexualidade e procriação. No que pese os direitos tanto à sexualidade quanto à procriação constituírem-se expressas manifestações do direito fundamental à liberdade pessoal, a responsabilidade consequente que emerge de seus exercícios suscitam também discussões acerca dos seus limites e de suas irreversíveis repercussões.⁶⁷

Ademais, não se pode deixar de considerar o fato de que o mencionado direito à procriação também encontra limites no princípio constitucional da Paternidade Responsável, o qual, embora decorrente da liberdade do planejamento familiar, que se confere ao livre arbítrio do casal, não permite que seja exercido aquele direito, indiscriminadamente, de modo a que sejam geradas crianças que não tenham condições mínimas de ser mantidas dentro de uma família estruturada, na qual seja exercida esta paternidade responsável.

Os pais, pois, em nome da plêiade de deveres socioculturais, afetivos e jurídicos que necessariamente lhes sobrevém com a paternidade, devem empreender os máximos esforços no desempenho em prol da efetivação dos direitos do filho. Do efetivo cumprimento do dever

públicos para o exercício de tais direitos e responsabilidades reprodutivas – ao passo que aos homens devem ser reconhecidas responsabilidades pessoal e social pelos comportamentos de índole sexual que repercutam na saúde e bem-estar das mulheres e dos filhos que gerarem com elas. Assim, ambos –homem e mulher- podem conscientemente exercer seus direitos de liberdade sexual, o que implica a assunção de responsabilidades – deveres- resultantes das consequências do exercício de tais direitos, notadamente no campo da reprodução humana”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.445.

⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p.495.

⁶⁷ BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 188.

de cuidá-los e provê-los em suas necessidades, advém as melhores perspectivas de construção de uma sociedade mais desentranhada das suas múltiplas e graves instabilidades.

2.2.4. Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente carrega uma transformação e uma inversão do que estava posto, outrora, como prioridade nas relações familiares. A estrutura hierárquica familiar atual passou a consagrar os interesses da criança e do adolescente como primeiros e mais relevantes.⁶⁸ Como pessoas em desenvolvimento, e dotadas de plena dignidade, as crianças e os adolescentes passaram agora à condição de seres prioritários.⁶⁹

Em lugar da construção piramidal e hierárquica, na qual o menor ocupava a escala mais baixa, tem-se a imagem de círculo, em cujo centro foi colocado o filho, e cuja circunferência é desenhada pelas recíprocas relações com seus genitores, que giram em torno daquele centro. Nos anos mais recentes, parece que uma outra configuração de família relacional está se delineando, em forma estelar, que tem ao centro o menor, sobre o qual convergem relações tanto de tipo biológico quanto de tipo social, com os seus dois genitores em conjunto ou separadamente, inclusive nas crises e separações conjugais.

Na marcha civilizatória humana, o reconhecimento da relevância da criança e do adolescente deu-se de forma lenta e gradual. De mero objeto de propriedade do poder patriarcal⁷⁰ a sujeito detentor de direitos constitucionalmente protegidos e elevados à categoria de princípios jurídicos, passaram-se séculos de um desdobramento intelectual

⁶⁸ “É certo que esse princípio já estava consagrado no Código de Menores, em seu artigo 5º, portanto, desde 1979, assim como no decreto n. 99.710/90, que atribuiu vigência à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada em 1989 pela ONU; no entanto, desde outubro de 1988, tornou-se um princípio constitucional, o **princípio do melhor interesse da criança**”. FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Teoria e prática do direito de família**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003, p. 125.

⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.54.

⁷⁰ “O patriarcado indica o predomínio de valores masculinos, fundamentados em relações de poder. O poder se exerce através de complexos mecanismos de controle social que oprimem e marginalizam as mulheres. A dominação do gênero feminino pelo masculino costuma ser marcada (e garantida) pela violência física e/ou psíquica em uma situação na qual as mulheres (e as crianças) encontram-se na posição mais fraca, sendo desprovidas de meios de reação efetivos”. SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia Jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 3ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 233.

conducente ao que hoje se concebe como prioritário e imperioso. A ação estatal excludente e meramente assistencialista cede lugar à visão integral de cuidado e apoio ao menor.⁷¹

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família em que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana, em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

A Constituição Federal de 1988, no seu afã valorizador do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, primou por sua proeminente e incontestada aplicação em todos os institutos jurídicos. Desta aspiração fundamental, surgiu a sua indubitável aplicação nos núcleos familiares.⁷² “Podemos observar, pois, que à criança e ao adolescente o legislador constituinte concedeu tais prerrogativas visando ao seu pleno desenvolvimento dentro de um contexto apropriado e que, sem dúvida, os orienta a uma vida melhor e para uma perfeita convivência social”.⁷³ Deste modo, vê-se irretorquível a necessária apreensão destes cernes mandamentais para o seio da família, com o escopo máximo de resguardar e garantir amparo aos infantes, combatendo a ignominiosa afronta àqueles que estão nos alvares da vida.⁷⁴

O planejamento familiar desempenha importante papel no cumprimento destes direcionamentos principiológicos. À família não se granjeiam apenas os direitos de proteção estatal, mas também, e principalmente, é-lhe imposta a obrigação constitucional de fazer-se valer, com centrada, exigível e máxima prioridade os direitos fundamentais da criança e do

⁷¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008. p.80.

⁷² **Art. 227**. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16 de maio de 2013.

⁷³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p.496.

⁷⁴ “A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Família**. São Paulo: Atlas, 2008. p. xv.

adolescente que estão listados no artigo 227 da Carta Magna.⁷⁵ Portanto, tem-se como consectário irreversível o dever, imposto aos pais, de pensar um planejamento familiar alicerçado nas melhores perspectivas de construção de um ambiente que seja tão prolífero de filhos quanto lhes for possível a harmoniosa proporção com suas reais capacidades de assegurar os direitos enumerados no ditame constitucional em comento.

2.3.A INTERVENÇÃO ESTATAL NO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, *caput*, enfatiza a importância da família para a existência do Estado, posto tê-la como base da estrutura social. A Carta Constitucional fê-la merecedora de atenção especial, sendo-lhe garantida ampla proteção. O ente estatal, portanto, em nenhum momento pode escusar-se do olhar protetor e do manto garantidor de sua salvaguarda, como bem assevera Carlos Simões.⁷⁶

Sob tais pressupostos é que a matricialidade sociofamiliar adquire papel de destaque, no âmbito da política nacional de assistência social. A centralidade da família repousa no pressuposto de que, para prevenir, proteger, promover e incluir seus membros, é necessário, em primeiro lugar, que a política assistencial garanta-lhe condições de sustentabilidade, tendo como referência categorial as suas necessidades básicas. A proteção social tem caráter preventivo, buscando sua inclusão social, com o objetivo de assegurar direitos e propiciar-lhe a autonomia de convivência”.

Carlos Roberto Gonçalves chega a afirmar que “Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado.⁷⁷” Contudo, toda esta atenção concentrada em nada pode confundir-se com intromissão indevida e que extrapole as funções estatais atinentes à garantia de suas prerrogativas de liberdade e autonomia. Sílvio Venosa esboça uma equilibrada relação

⁷⁵ “A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças e adolescentes, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores, especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes (art. 227, §3º). Postula punição severa ao abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.851.

⁷⁶ SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2008, p.193.

⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. VI: Direito de Família**. 6ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

entre a responsabilidade protetiva do Estado e o respeito e salvaguarda, por parte deste, aos direitos básicos de autonomia que competem aos cidadãos.⁷⁸

O organismo familiar passa por constantes mutações e é evidente que o legislador deve estar atento às necessidades de alterações legislativas que devem ser feitas no curso deste século. Não pode também o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula *mater*, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí porque a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos da autonomia. Essa intervenção deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada.

Com efeito, no que pese todo o ideário protetor estatal, há de se assegurar, fundamentalmente, que todos os aspectos que digam respeito às decisões que somente convém à família, sejam somente por ela tomadas.⁷⁹ Neste sentido, Cristiano Chaves expressa que “(...) forçoso é reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente à vontade do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade”.⁸⁰ Em idêntica inteligência, o dizer de Paulo Lôbo⁸¹:

O princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas quando não repercutem no interesse geral.

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10.

⁷⁹ “A família constitui a instância básica, na qual o sentimento de pertencimento e identidade social é desenvolvido e mantido e, também, são transmitidos os valores e condutas pessoais. Segundo a Resolução n.145/04(PNAS), é uma instituição central, no âmbito das ações da política de assistência social (art.203 CF), por se constituir em um complexo de relações privilegiadas e insubstituíveis de proteção e socialização primárias dos cidadãos, provedora de cuidados aos seus membros, mas igualmente a ser cuidada e protegida pelo Poder Público. A intervenção deste, em suas relações primárias, no entanto, somente é aceitável, pela Constituição, quando constatada a sua desagregação social, total ou parcial; mas, mesmo assim, com a finalidade prioritária de recompor sua funcionalidade, mesmo que por meio de família substituta”. SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2008, p. 190.

⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 21.

⁸¹ LÔBO, Paulo. *In: Direito de Família e das Sucessões*. Temas atuais (vários autores). Coordenação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernandes Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p.12.

Maria Helena Diniz traz-nos que, no âmbito familiar, o moderno direito de família encontra sólido núcleo basilar no princípio da liberdade, não encontrando o Ente Estatal espaços para imiscuir-se numa competência que não é sua, restringindo sua atuação tão somente em atividades que venham proporcionar meios apropriados para proteção e auxílio ao exercício do planejamento familiar⁸²:

(...)fundado, como observa Paulo Luiz Netto Lôbo, no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado (...); na decisão livre do casal, unido pelo casamento ou pela união estável, no planejamento familiar (...) intervindo o Estado apenas em sua competência de propiciar recursos educacionais e científicos no exercício deste direito.

A própria noção do ente estatal como um Estado subsidiário ou Estado suplente, lança luzes bem contemporâneas sobre os limites do alcance das intervenções estatais. Para Baracho, as atividades do ente estatal tendem, hodiernamente, a assimilar conceitos e funções que dizem respeito ao equilíbrio funcional e sistêmico de suas ações de promoção à liberdade com segurança social.⁸³

O Estado subsidiário, perseguindo os seus fins, harmoniza a liberdade autônoma com a ordem social justa, com a finalidade de manter o desenvolvimento de uma sociedade, formada de autoridades plurais e diversificadas, recusando o individualismo filosófico. A idéia de subsidiariedade aparece como solução intermediária entre o Estado-providência e o Estado-liberal.

Ademais, é *mister* considerar que o texto constitucional buscou incontestável amplidão semântica quando referiu-se à vedação de qualquer forma coercitiva sobre a decisão livre do casal quanto ao número de filhos que desejam ter. Aqui, percebe-se claramente que se está a afastar todo e qualquer enquadramento ao que se busque construir como padrão ou estandarização. O sentido da norma constitucional está bem assegurado com a construção linguística adotada. Gomes canotilho de há muito já enfatizava a importância que o elemento

⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol.5: direito de família. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

⁸³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p.514.

textual comporta, no labor de expressar, objetivamente e seu dubiedades, o que se espera alcançar com o mandamento jurídico.⁸⁴

O recurso ao **texto** constitucional, não obstante as dificuldades das operações de determinação dos enunciados lingüísticos das normas constitucionais, tem este sentido básico no processo metódico de concretização: (1) o conteúdo vinculante da norma constitucional deve ser o conteúdo semântico dos seus enunciados lingüísticos, tal como eles são mediatizados pelas convenções lingüísticas relevantes; (2) a formulação lingüística da norma constitui o *limite externo* para quaisquer variações de sentido jurídico-constitucionalmente possíveis (função negativa do texto).

A Constituição Federal encontra-se no centro do sistema jurídico brasileiro. Desta verdade, emanam consequências jurídicas essenciais, como, por exemplo, a de que todo o direito deve ser lido, compreendido e interpretado à luz da Carta Magna. Daí, infere-se que este lume constitucional possui aplicabilidade direta e imediata sobre as hipóteses nas quais ela incide.

Portanto, pelo texto constitucional insculpido no §7º do artigo 226 da Lei Maior, o sentido de estar proibida qualquer forma coercitiva sobre este direito significa que verdadeiramente está vedada toda forma de intromissão estatal na decisão do casal quanto ao número de filhos que deseja procriar. O casal está livre para proceder o seu planejamento familiar, pensando sua família segundo parâmetros de concorde intimidade.⁸⁵ Esta força mandamental de não-intromissão aplica-se, portanto, sob quaisquer aspectos e pormenores hermenêuticamente envolvidos, quer sejam de ordem temporal ou procedimental, desde que sejam salvaguardados os imperiosos ditames da ética e da moral, conquanto que sociológica e juridicamente estabelecidos.⁸⁶

⁸⁴ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 7ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p.1218.

⁸⁵ “O §7º do artigo 226 da nossa Lei Maior deixa claro que é um dever de todos, inclusive do Estado, garantir ao casal a liberdade de decidir responsabilmente, sem nenhum tipo de coação social ou legal, quantos filhos querem ter e como querem espaçar os nascimentos. Não se trata de procriação ilimitada ou falta de consciência do que implica educar os filhos, mas a faculdade de os cônjuges terem de usar a sua liberdade inviolável de modo sábio e responsável, tendo em conta tanto as realidades sociais e demográficas, quanto a sua própria situação e desejos legítimos”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 495.

⁸⁶ “A liberdade jurídica(...)é, na verdade, um valor dentre outros. (...)a liberdade jurídica consiste na faculdade jurídica de fazer e deixar de fazer o que se deseja. Ela é restringida por toda norma proibitiva ou mandatória. Quanto mais se ordena ou se proíbe, tanto menor é a liberdade jurídica. O princípio da liberdade jurídica exige uma situação de disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível. Sua realização máxima é uma situação na qual nada é juridicamente proibido ou ordenado, ou seja, na qual tudo é juridicamente

3. A ESTERILIZAÇÃO HUMANA VOLUNTÁRIA E O DIREITO À NÃO PROCREAÇÃO

A capacidade para a procriação sempre carregou consigo o resguardo íntimo das potencialidades humanas atinentes à perpetuação da espécie. Desde tempos primordiais, o fator fecundidade foi alçado como marca distintiva de meritoso potencial garantidor da perpetuidade civilizatória entre os pares nos quais se inseria determinado grupo social.

De outra sorte, sobre os indivíduos infecundos sempre pesou o estigma de carregar impedimentos ofensivos à ordem natural e divina das coisas. Não raro, tais pessoas conviviam com o despreço e com o sentimento excludente, tácito ou explicitado, oriundo do seio social no qual estava inserto.

De início, a desventura da infertilidade era atribuída exclusivamente à mulher. Somente a partir do século XVII, com os estudos de Johan Ham Van Arnheim e Anton Van Leeuwenhoek, e graças ao advento dos ainda rudimentares microscópios, o espermatozóide humano foi pela primeira vez observado e, com isso, chegou-se à conclusão, ainda que incipiente, de que o homem também poderia apresentar deficiências em seus gametas.⁸⁷

Ademais, a função reprodutiva humana assumia essencial participação nas remotas composições sócio-econômicas de ordem familiar e social.⁸⁸ Carlos Simões traz-nos que a família, nesta fase rudimentar, estava fortemente ligada às antigas relações de produção, tendo seus núcleos ordenatórios mais basilares sempre voltados para a extrema pessoalidade econômico-cultural dos laços parentais.⁸⁹

permitido. Que uma tal situação não é desejável é algo sobre o qual é fácil obter um consenso. A polêmica surge quando se trata de definir o que e quanto se deve ordenar e proibir”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.177.

⁸⁷ AMARAL, Marta. **Introdução ao estudo da embrilogia: histórico, importância e relação com outras disciplinas**. Disponível em : <http://www.ufpel.edu.br/biotecnologia/gbiotec/site/content/paginadoprofessor/uploadsprofessor/6940787fcd18f2bec47f93f89c2138f5.pdf?PHPSESSID=ac305ddf2e2eae902090e9fc5c9ae9d4>. Acesso em 03 de junho de 2013.

⁸⁸ “Por fim, a força de trabalho se reproduz em nível familiar, o que implica um certo ordenamento social e, especialmente, uma estruturação econômica do consumo que pode ser tipificada como correspondente a alguma das fases do capitalismo”. TESTA, Mario. **Pensar em saúde**. Trad. Walkíria Maria Franke settineri. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, p. 135.

⁸⁹ SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2008, pp. 190-191.

Nas formações pré-capitalistas, em que predominava a economia agrária, eram as relações de parentesco que organizavam as relações de trabalho, distribuindo as tarefas sociais e os bens econômicos, segundo os diversos graus e vínculos familiares. Em uma fazenda brasileira, até os meados do século XIX, eram ainda as relações familiares que organizavam as relações de produção, distribuídas segundo obrigações originadas do grau de parentesco, idade, sexo, religiosidade e outras determinações. Agregavam-se, inclusive, formas parentais costumeiras ou fictícias, em relações extensivas e de solidariedade, como o compadrio. Por isso, a função de reprodução predominava, de modo intensivo, na medida em que implicava mais forças de trabalho e a extensão de vínculo e respectivos compromissos morais, como o compadrio e o apadrinhamento. A agregação familiar, além disso, também assentava na submissão religiosa, instituída pelo Estado e viabilizada pela inexistência de grandes cidades e metrópoles.

Quando esse processo se esgota, dado o tracejar lento e inexorável da história humana, os modernos cernes familiares passam a focar os seus vínculos em fronteiras mais íntimas, mais concernentes ao foro das afetividades em cujos ideais a procriação acha guarida restrita à família nuclear. Com o decorrer do tempo, a família foi desapegando-se da concepção que a entendia como um núcleo essencialmente econômico e reprodutor para se tornar um espaço onde se expressam o amor e o afeto entre seus membros. Para o gênero feminino, tais mudanças constituíram-se ainda mais significativas e libertárias. “Tais mudanças no estilo de vida das mulheres resultaram, em contrapartida, no adiamento da reprodução biológica. Hoje não se considera mais a vida como um plano linear, no qual havia idades para se casar, para iniciar a vida sexual e para ter e criar filhos”.⁹⁰

Assim é exposto o pensamento de Carlos Simões, ao adentrar nesta esfera de entendimento sócio-histórico conducente a esta mudanças paradigmáticas⁹¹:

Excluída da organização da produção, a família tornou-se modernamente em unidade de consumo, sem qualquer vínculo com a organização do trabalho industrial, comercial, bancário, agrário e de outros serviços. Abstraída dessas relações, a função de reprodução deixou de ser socialmente compulsiva, tornando-se afetiva e assistencial, o que viabilizou, inclusive, o reconhecimento legal das uniões homossexuais, justamente nos países mais desenvolvidos.

Atualmente, recrudescer o entendimento de que as transformações sócio-familiares estão acontecendo em ritmo mais acelerado do que se presenciou outrora. “(...) a família espelha a própria sociedade, e esta está em franca transformação, o que nunca ocorreu de

⁹⁰ DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 84.

⁹¹ SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2008, p.191

maneira tão rápida, já que sempre evoluiu, mudando apenas a velocidade em que está ocorrendo, principalmente neste novo milênio, com a informação em tempo real e globalizada”.⁹²

Com o advento das doutrinas sóciofilosóficas mais hodiernas, cunhou-se o termo “pós-modernidade”, carreando novos paradigmas que se inserem no Direito de Família. “O fenômeno da pós-modernidade reflete-se, indefectivelmente, na família contemporânea, cujo conceito somente pode ser apreendido quando estudada sua dinâmica sob os valores desta doutrina”.⁹³ Assim, sob estas novas luzes, tem-se que, pós-modernamente, “o fenômeno do individualismo na família ocorre porque, na modernidade, o direito valorizava a instituição da família, e, na pós-modernidade, o direito valoriza o sujeito”.⁹⁴

Portanto, uma vez sendo alcançada tal maturidade sócio-jurídica, não se reconhece mais o peso de imposições, outrora tão pertinentes, que jungiam fortemente a experiência da conjugalidade com a irreversível função procriativa. Hoje, vigem princípios jurídicos que guarnecem o direito à liberdade de escolha quanto ao número de filhos que se quer gerar, bem como os espaçamentos entre as gravidezes, além do próprio direito a não procriação. Em suma, a maternidade segue despindo-se do seu caráter de forçosa obrigação conjugal para adentrar em campos de resolução mais solidamente individuais.

Vive-se hoje uma realidade de planejamento familiar, pensada sob circunstâncias que favorecem a expressão livre da sexualidade, desatrelada da necessidade de viver-se uma compulsória demanda gestacional.⁹⁵

Assim, conquanto inconcebível num passado mais remoto, a esterilização voluntária passou a ser compreendida como um dos métodos opcionais para se evitar a gravidez, posto não haver, nestes casos de iniciativa particular, nenhuma indicação médica para a necessidade de esterilização.

⁹² FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Teoria e prática do direito de família**. São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003, p.25.

⁹³ BARBOSA, Águida Arruda. *In: Direito de família e das sucessões*. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernandes Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 25.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 25.

⁹⁵ “Assim, sexo, casamento e reprodução, premissas e elementos básicos em que sempre esteve apoiado o Direito de Família, desatrelaram-se. Tornou-se possível uma coisa sem outra. Não é mais necessário sexo para reprodução e tornam-se cada vez mais comuns relacionamentos sexuais sem a oficialidade do casamento”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.30.

3.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO À ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

A esterilização humana implica na utilização de técnicas, cirúrgicas ou não-cirúrgicas, as quais possuem o fito de impedir a capacidade procriativa do homem ou da mulher, vedando-lhe a fecundidade. O emprego de tais técnicas esteve, num primeiro momento, atrelado a caráter de ordem mais punitiva, compulsória e eugênica.

Maria Helena Diniz descreve, historicamente, a evolução cronológica da esterilização eugênica perpetrada naqueles tidos por anormais e nos criminosos sexuais. Cita que, nos Estados Unidos, em 1889, Harry Sharp passou a vasectomizar jovens do reformatório de Indiana. Em março de 1907, nesse Estado norte-americano, passou a vigorar legislação que acolhia a esterilização eugênica como meio preventivo para coibir a transmissão hereditária de delinquência e de transtornos mentais. Informa ainda que, até 1971, a quase totalidade dos entes federativos estadunidenses estabeleceram leis compulsórias esterilizadoras, de caráter eugênico, cuja executoriedade dependia de autorização judicial. Contudo, as Emendas Constitucionais n. 8 e 14 da Constituição Federal Americana tornaram inconstitucionais as leis que prescreviam a esterilização eugênica. Segundo a autora, além dos EUA, outros países admitiram a licitude da esterilização, como a Alemanha, a Suíça, a Austrália, o Canadá, os países escandinavos, o Paraguai, a China, a Espanha e a Itália.⁹⁶

O apelo eugênico das primeiras esterilizações cirúrgicas da era moderna caracterizou-se por relativa repercussão sócio-jurídica, inseridas como foram em comunidades que viam-na não somente como medida profilático-terapêutica,⁹⁷ mas também como fator de promoção e incentivo à reprodução entre pares sociais tidos por mais sadios e de frenagem da transmissão hereditária entre pessoas classificadas como defeituosas e indesejáveis.

Reinaldo Pereira traz, à luz da evolução dos conceitos do biodireito, como a eugenia era pensada nos rudimentos da ciência moderna, tida por necessária ao melhoramento genético das potencialidades humanas.⁹⁸

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 145, 146.

⁹⁷ “Usou-se a castração para atender a fins terapêuticos, suprimindo hérnias, curando leprosos, doentes com câncer de próstata, prevenindo epilepsia ou gota, e a finalidades eugênicas, pois, em 1779, Johann Peter Frankl, médico alemão, emasculava doentes mentais para prevenir a degeneração da raça”. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143.

⁹⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003, pp. 127, 128.

Em outras palavras, ‘eugênico’ corresponde ao fomento da reprodução entre ‘pessoas hereditariamente saudáveis’(eugenia positiva) e o impedimento da reprodução entre ‘pessoas hereditariamente doentes’(eugenia negativa). *Francis Galton*, no livro ‘Hereditary Talent and Genius’, publicado em 1865, propõe expressamente que ‘as forças cegas da seleção natural, como agente propulsor do progresso, devem ser substituídas por uma seleção consciente’. E nos seus ‘Inquiries into the Human Faculty’, de 1883, *Francis Galton* chega a se questionar: ‘será que não poderíamos nos livrar dos indesejados e deixar que os desejáveis se multipliquem’?

A experiência alemã do Terceiro Reich talvez tenha sido a que mais alcançou visibilidade mundial, no século XX. A contumácia nazista por preservar a pureza da raça aariana e expurgá-la de afetações e falhas genéticas, conduziu à prática de infanticídio e de extermínio de seres humanos tidos por indesejáveis, no nefasto contexto produzido pela sanha racista, a qual atingiu níveis aberrantes.

Aos poucos, as motivações eugênicas e punitivas para a esterilização cirúrgica foram cedendo lugar de importância para preocupações mais relacionadas ao controle demográfico. O pensamento malthusiano já teorizava acerca das implicações econômicas que estariam necessariamente atreladas às funções sociais da reprodução biológica humana.

Sônia Correia discorre acerca das bases históricas das leis referentes à regulação da reprodução e do papel assumido pelo Estado através de políticas públicas nesta área⁹⁹:

É, entretanto, na emergência do capitalismo industrial, entre o final do século 18 e início do 19 que a função reprodutiva é reconhecida como social e política, pela via da primeira visão malthusiana. É então que se teoriza pela primeira vez sobre a correlação entre o crescimento populacional e a produção econômica, concluindo-se que o aumento demográfico é uma ameaça permanente à distribuição ‘equânime’ das riquezas.

As preocupações com o crescimento demográfico descontrolado conduziram a ações governamentais que estimulavam a esterilização cirúrgica como instrumento eficaz para o planejamento familiar e desenvolvimento nacional. Foi devido ao malogro dos resultados esperados que aconteceu a experiência indiana da esterilização compulsória em massa,

⁹⁹ CORRÊA, Sônia; ÁVILA, Maria Betânia. **Os direitos reprodutivos e a condição feminina**. 1ed. Recife: SOS CORPO, 1989, p.4.

quando, num curto espaço de tempo, milhões de pessoas foram obrigadas a esterilizar-se. “Até a década de 60, as esterilizações sofreram muitas críticas, e sua utilização permaneceu limitada. Entretanto, a partir de 1970, foi ganhando popularidade e seu emprego se espalhou pela Europa, Ásia, América Latina e Estados Unidos”¹⁰⁰.

Antonino Pandolfi, ao discorrer sobre a evolução histórica do planejamento familiar no Brasil e na América Latina, mostra que o fomento à prática esterilizadora já esteve muito relacionada ao controle demográfico¹⁰¹:

No início dos anos 60, dados preocupantes com relação ao crescimento demográfico sem o correspondente acompanhamento de uma melhora da infra-estrutura foram tornando-se cada vez mais freqüentes na imprensa européia e americana. Esta preocupação dirigia-se principalmente aos países do chamado Terceiro Mundo, situados na Ásia, na África e na América Latina.

É *mister* salientar que, com a significativa apreensão e valoração do Princípio da Dignidade Humana, marcada e progressivamente percebida nas últimas décadas do século XX, afastam-se cada vez mais os postulados sócio-legais de esterilização cirúrgica compulsória ou voltada para enfoques de reprimenda e eugenia, pelo menos nos países mais desenvolvidos e menos tirânicos, teocráticos e fechados. Contudo, no que pesem os anseios mais atuais de apreço à vida e à liberdade, ainda persiste um ranço legiferante tendente a fazer subsistir um remanescente ideológico castrador, o qual é indicativo poderoso do quanto estas questões não somente não se extinguiram, como ainda podem estar bem próximas. Maria Helena Diniz faz uma amostragem desta constatação através das recentes experiências chinesa e espanhola¹⁰²:

Na China, além da esterilização em massa, com a campanha ‘Um casal, Um filho’, há uma lei de novembro de 1988, da província de Gansu, que só admite casamento de mulheres com problemas mentais se forem esterilizadas, obrigando-as, se ficarem

¹⁰⁰ CUNHA, Antônio Carlos Rodrigues da; WANDERLEY, Miriam da Silva; GARrafa, Volney. **Fatores associados ao futuro reprodutivo de mulheres desejosas de gestação após ligadura tubária.** In: Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. Vol. 29, n. 5, Rio de Janeiro, maio de 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-72032007000500002&script=sci_arttext. Acesso em 07 de junho de 2013.

¹⁰¹ PANDOLFI, Antonino Pompeu; HOEPER, Dinorá. (A evolução do planejamento familiar no Brasil) In: **Rotinas em infertilidade e contracepção.** Organizado por Eduardo Pandolfi Passos, Fernando Freitas, João Sabino L. Cunha Filho [et al]. Porto Alegre: Artmed, 2003, pp.239, 240.

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 146, 147.

grávidas, a praticar o aborto. Na Espanha, em 2 de junho de 1989, foi publicada uma lei autorizando a esterilização de excepcionais com deficiência psíquica grave, desde que solicitada pelos pais ou representante legal e autorizada por médico e juiz.

Verdade é, entretanto, que o pensamento sócio-jurídico mais contemporâneo volve-se maciçamente para a consecução dos ideais de liberdade, responsabilidade e autonomia da vontade. A esterilização cirúrgica caminha velozmente no sentido de ser compreendida como um eficaz método voluntário e volitivo de contracepção terapêutica ou planejada, consectário do entendimento que enxerga os direitos reprodutivos como direitos que devem ser garantidos livremente a todos os seres humanos. A esterilização cirúrgica está, portanto, entranhavelmente inserida neste contexto garantista como um direito essencialmente humano.¹⁰³ O Plano de Ação do Cairo, de 1994, e o Documento de Pequim, produzido na IV Conferência Mundial da Mulher, no ano seguinte, deram um salto na busca pela efetivação dos direitos reprodutivos, mormente para o gênero feminino. Miriam Ventura enaltece o valor fundante destes documentos¹⁰⁴:

A importância dos documentos resultantes das Conferências Internacionais realizadas no Cairo e em Pequim, para a agenda dos direitos humanos, foi o reconhecimento da sexualidade e da reprodução como bens jurídicos merecedores de proteção e promoção específicas, em prol da dignidade e do livre desenvolvimento humano. Os documentos do Cairo e de Pequim, ao reafirmarem o dever dos Estados na promoção, inclusive, da saúde sexual, independentemente da saúde reprodutiva, como integrante não só do direito à saúde, mas de outros direitos individuais e sociais fundamentais para o exercício da sexualidade e reprodução, vêm favorecendo à ampliação gradativa do conteúdo desses direitos, inclusive, dos direitos sexuais.

No Brasil, não são permitidas as esterilizações eugênica e punitiva, muito embora a questão ainda suscite amplos debates.¹⁰⁵ O art. 5º, inciso XLVII, *e*, veda a aplicação de penas

¹⁰³ “Em seu aspecto formal, os Direitos Reprodutivos estão inscritos e legitimados na ordem internacional desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, e nas diversas leis internacionais (Convenções e Pactos), nacionais e nos documentos consensuais (Plataformas de Ação das Conferências Internacionais das Nações Unidas) sobre direitos humanos”. VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p. 36.

¹⁰⁴ VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p. 37.

¹⁰⁵ “Menores são psicológica e fisicamente torturados por indivíduos cuja formação psíquica apresenta tal deformidade a ponto de os impedirem de reabilitar-se perante a sociedade, mesmo se submetidos aos mais modernos e refinados tratamentos clínicos. Não é por outro motivo que mesmo em países cujo sistema carcerário apresenta o que há de melhor em termos de estrutura física e de assistência médica já se propõe que tais indivíduos sejam, finalmente, castrados, visando a impedir a reincidência do crime, tida por certa, em face das lastimosas estatísticas. O projeto em tela visa a debelar essa mazela social em sua origem, com a máxima objetividade e o necessário vigor, em prol da sociedade. Peço aos nobres pares que considerem o projeto em tela com o mesmo destemor com que o apresento, isolando os receios que nos impeçam de dar à sociedade a

cruéis, o que inclui a eviração compulsória. Além disso, na Lei n. 9.029/95, que regulamenta a punição para práticas discriminatórias nas relações de trabalho, é enunciado de forma clara, no art. 2º, inciso II, *a*, que constitui atitude criminosa qualquer medida indutiva ou instigante à esterilização genética, por parte do empregador. Muitos outros dispositivos legais existem neste sentido. A legislação pátria acolhe apenas a esterilização terapêutica e a voluntária, com a finalidade de realizar o planejamento familiar. Na realidade, tais regramentos estão a seguir o norteamento principiológico que promana da proteção à dignidade da pessoa humana. “Mesmo que haja anuência expressa, a esterilização voluntária não pode dar-se pelo emprego de método que fira a dignidade humana, ou seja, que venha a causar mutilação, como cirurgia ablativa das gônadas ou amputações imotivadas”¹⁰⁶.

Tem-se, portanto, que o direito à livre esterilização voluntária está diretamente relacionado ao exercício da prerrogativa sócio-jurídica, dada aos seres humanos e talhada ao longo dos séculos, de não procriarem, ou de planejarem sua vida familiar nos moldes que entendam condizentes à persecução dos seus ideais de felicidade e responsabilidade, gerando o número de filhos que entenderem cabível à consecução destes projetos.

3.2. BASES PRINCIPIOLÓGICAS DA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Todo o arcabouço libertário e garantidor dos modernos pressupostos de liberdade, responsabilidade e cidadania encontram seus núcleos fundantes nos alicerces principiológicos construídos com base nos referenciais democráticos constitucionalmente reconhecidos. Maria Celina Bodin de Moraes assim se expressa¹⁰⁷:

proteção que ela espera do Estado”. BRASIL. Senado Federal. PLS – Projeto de Lei do Senado n. 552, de 2007. Autor: Senador Gerson Camata. Acrescenta o art. 216-B ao Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940-código Penal, para cominar a pena de castração química nas hipóteses em que o autor dos crimes tipificados nos arts. 213, 214, 218 e 224 for considerado pedófilo, conforme o Código Internacional de Doenças. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82490. Acesso em: 07 de junho de 2013. Texto original.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.150.

¹⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Aldacy Rachid Coutinho...[et. al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 113.

Nos Estados democráticos, porém, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função outrora exercida pelos códigos civis. A primazia da ordem jurídica consubstancia-se na primazia das decisões políticas em face da natureza das coisas, devendo o legislador não só se esforçar por refletir a realidade, mas também, conscientemente, buscar a sua transformação. O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade. É sua a tarefa “civilizatória”, reconhecida através de uma intrínseca função promocional, a par da tradicional função repressiva, mantenedora do *status quo*.

O princípio da liberdade constitui alicerce imprescindível nas construções jurídicas modernas. De outra sorte, todas as conquistas sociais estabelecidas pelo intenso labor sócio-evolutivo da humanidade e toda a sua percepção moderna dos ideais de justiça social e realização individual estariam postos em risco pelos óbices mandamentais da régula arbitrariedade, a qual avultar-se-ia tolhedora das mais elevadas aspirações humanas.¹⁰⁸ Uadi Lamnego Bulos assim se posiciona¹⁰⁹:

Assim, tanto é ‘contumélia irremissível’, como ‘violação ao arcabouço lógico’ da estrutura mestra do sistema jurídico o desrespeito a normas e princípios. Demais disso, se, pelo que se está dizendo, normas e princípios colocam-se num denominador comum, em virtude de integrarem uma mesma fonte de origem – a Constituição – não há porque se fazer escalonamentos, porquanto ambos são cânones hermenêuticos, que expressam enunciados legislativos, precisamente para possibilitar o desenvolvimento, a integração e a complementação dos vazios normativos, à luz das exigências de *otimização*.

Em escopo garantidor da mais sublime função social da família, impregnam-se as determinações constitucionais de papéis estruturantes fortemente atinentes ao bem-estar de seus membros, e, por extensão, da criação de uma conjuntura social mais harmônica e solidária.¹¹⁰

¹⁰⁸ “O homem que possui direitos como pessoa individual é, da mesma forma, ser social: vive dentro da sociedade, possui assim direitos de natureza social, que, como membro da sociedade, lhe são devidos. Os direitos referenciados na Declaração de Virgínia e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão são individuais, pelo fato de considerarem “o homem como pessoa individual, procurando garantir-lhe os direitos e as liberdades que esta pessoa deve, por natureza, possuir”. CONCEIÇÃO, Selma Regina de Souza Aragão. **Direitos Humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 59-60.

¹⁰⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.79.

¹¹⁰ “Com a especial colaboração do Texto Constitucional, torna-se inquestionável que a ciência jurídica como um todo – e, por conseguinte, o Direito de Família – é um sistema aberto de valores, fundado em princípios que indicam um caminho a ser perlustrado, em busca da efetivação da dignidade do homem, da solidariedade social, da igualdade e da liberdade”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 73.

Assim, também é cabível o entendimento de que o princípio da intangibilidade familiar insere-se neste contexto constitucional de opção pela esterilização voluntária. Para Miguel Reale, este princípio é “a ideia de que, entre as situações jurídicas constituídas pelo livre querer dos indivíduos, uma há que é a expressão imediata do seu ser pessoal, a *família*, a cobro de indébitas ingerências em sua vida íntima”.¹¹¹

Há de se frisar, também, que a vida fetal não está desguarnecida de sustentáculo valorativo dignificante. Muito pelo contrário, o ser em formação gestacional já vivencia e experimenta um momento ímpar de sua humanidade, o que atrai, incontestavelmente, o fenômeno jurídico e o respeito basilar à vida humana que já está a gozar da proteção do Direito.¹¹² Neste entendimento, tem-se que a contracepção cirúrgica é processo artificial de planejamento familiar, jamais se confundindo com o ânimo abortivo. A esterilização voluntária constitui-se em uma forma segura e lícita de regulação de fecundidade, objetivando a expressão livre do direito à sexualidade do casal em concomitância com o princípio da paternidade responsável, vez que já decidiram, livre e conscientemente, a respeito do número de filhos que o casal poderia ou querer ter.

Nesse sentido, o entendimento preciso de Maria Helena Diniz¹¹³:

Paternidade responsável não é decidir pelo abortamento, em razão de malformação fetal ou de interesses particulares ou socioeconômicos, mas sim evitar a concepção quando não há condições de se ter um filho, ou, então, assumir a responsabilidade pelos atos praticados, pondo a criança no mundo e entregando-a a uma instituição pia categorizada para ulterior adoção, se não se puder tê-la para si. Assim, com a ampla aplicação do princípio da paternidade responsável, a humanidade teria um futuro melhor.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, posto pela Constituição Federal de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil, marca a centralidade referencial do ser humano sob qualquer contexto em que se volva a ordem jurídica. A substituição da visão estritamente patrimonialista da família pelo caráter mais intimista e existencial de cada membro componente da estrutura familiar evidencia importante mudança paradigmática.

¹¹¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 359.

¹¹² Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. **Art. 2º**.: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 01 de junho de 2013.

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 105.

De igual forma, e como apanágio destas essências dignificantes, a Carta Magna vigente construiu alicerces que repercutem nas instâncias familiares também no que diz respeito à tutela jurídica de suas liberdades sexuais e reprodutivas. Rodrigo da Cunha Pereira assim se expressa¹¹⁴:

Esses três eixos de mudança são de ordem da sexualidade. A igualdade entre homens e mulheres, como se disse, pressupõe o fim da superioridade do gênero masculino sobre o feminino; o reconhecimento de outras formas de famílias, sem o selo da oficialidade, significa o reconhecimento do Estado de que as relações sexuais legítimas não ocorrem apenas dentro do casamento; e a igualização dos direitos dos filhos havidos fora do casamento significa que a origem, ou seja, a forma como os filhos foram concebidos, se dentro ou fora do casamento, se de uma relação sexual reconhecida ou autorizada pelo Estado, não pode interferir no fruto deste ato sexual, ou seja, nos direitos desses filhos.

Desta forma, sob a batuta destes novos arranjos e percepções, erige-se a plena possibilidade da esterilização humana voluntária como projeto garantidor da consecução de projetos familiares calcados em carga principiológica que se arraiga a ditames constitucionais concernentes aos pressupostos de liberdade, responsabilidade e estabilidade social. A Carta Maior imprime um enfoque mais individual e desarraigado a arranjos pré-definidos, posto que o que se idealiza como prioritário nos projetos familiares pode perfeitamente ser compatibilizado com as aspirações pessoais de todos os seres envolvidos. “Não há dúvidas de que no universo feminino a maternidade ainda é valorizada, mas a posição de domínio que ocupava anteriormente já não ocupa lugar de elemento definidor da identidade feminina. Tanto é assim que um número cada vez maior de mulheres opta por não ter filhos ou adiar a maternidade para o momento que considera adequado”.¹¹⁵

A Constituição Federal de 1988, ao fixar a família como base da sociedade, e ao referir-se objetiva e literalmente quanto ao planejamento familiar como livre decisão do casal, alicerçou-o com o inamovível garantismo dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Lançou, assim, sólidos fundamentos principiológicos conducentes ao reconhecimento da esterilização humana consciente e voluntária como prática legítima e apta a suprir o livre direito do casal da tomada decisória referente à fecundidade planejada.

¹¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.30.

¹¹⁵ DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 85.

3.3. A ESTERILIZAÇÃO HUMANA VOLUNTÁRIA E A LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

No Brasil, vige a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, conhecida como a Lei do Planejamento Familiar¹¹⁶, visto objetivar a regulamentação do §7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Este importante documento legal proclama, já em seu artigo 1º, que o planejamento familiar constitui direito de todo cidadão, enquanto, logo no art. 2º, especifica-o como conjunto de ações integradas que visam à regulação da fecundidade, estabelecendo, inclusive, o repúdio legal ao controle demográfico.¹¹⁷ Antonino Pandolfi, referindo-se ao avanço que significou a legislação em comento, em todos os âmbitos legais onde foi inserido, assevera¹¹⁸:

Esta lei tende a ter a sua mais ampla repercussão quando trata da esterilização voluntária humana, pois torna sem efeito o artigo 129 do Código Penal Brasileiro, cujo §2º, inciso III, trata da penalidade por perda ou inutilização de membro, sentido ou função. Se considerarmos que a pesquisa nacional por amostragem de domicílio, em 1996, estimava que aproximadamente 13 milhões de casais utilizaram a esterilização voluntária para planejar suas famílias, verificamos que o artigo 129 do Código Penal era amplamente descumprido e, na prática, ultrapassado. Mas, sob o aspecto legal, a sua existência dificultava aos órgãos de saúde, estatais ou privados, o estabelecimento de programas que abrangessem a esterilização voluntária.

Esta lei foi promulgada na sua íntegra somente em 20 de agosto de 1997, haja vista, num primeiro momento, terem sido vetados, pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, os arts. 10, 11, 14 e 15, referentes à esterilização cirúrgica. Como o

¹¹⁶ “Na trilha da compreensão constitucional, a Lei n. 9.263/96 estabelece uma política de planejamento familiar, entendido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos legais de constituição, limitação ou aumento da prole e reconhecido o direito de todo cidadão de organizar-se familiarmente. A citada norma legal, ainda, prevê que o planejamento familiar será orientado por ações preventivas e educativas, além da garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, pp.42,43.

¹¹⁷ **Art. 2º:** Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Parágrafo Único- É proibida a utilização das ações a que se refere o **caput** para qualquer tipo de controle demográfico. Lei n. 9.263/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em 17 de junho de 2013.

¹¹⁸ PANDOLFI, Antonino Pompeu; HOEPER, Dinorá. (A evolução do planejamento familiar no Brasil) *In: Rotinas de infertilidade e contracepção*. Organizado por Eduardo Pandolfi Passos, Fernando Freitas, João Sabino L. Cunha Filho [et al]. Porto Alegre: Artmed, 2003, p.241.

Congresso Nacional, no ano seguinte, e após ampla e polêmica discussão, não manteve os vetos presidenciais apostos, os citados artigos foram promulgados.

A esterilização cirúrgica, com a derrubada dos vetos presidenciais, despiu-se da pecha da clandestinidade. Em seu art. 10, nos seus dois incisos, a Lei estipula quais os requisitos que devem ser cumpridos para que se perfaça a licitude da esterilização voluntária, tanto masculina quanto feminina, a saber: ser capaz e maior de vinte e cinco anos de idade, e ter, pelo menos, dois filhos vivos. Ademais, também estabelece a obrigatoriedade de lapso temporal mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico esterilizante. De igual forma, há a esterilização cirúrgica voluntária terapêutica, que é lícita somente quando contempla os casos diagnosticados como de risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto.¹¹⁹

O art. 10 apresenta seis parágrafos¹²⁰, os quais trazem mandamentos atinentes à esterilização cirúrgica voluntária. Estes ditames trazem minúcias legais referentes à esterilização humana voluntária pátria, construindo liberdades e impedimentos de ordem técnico-procedimental, que envolvem todos os sujeitos envolvidos no ato cirúrgico. No §4º, por exemplo, veda-se a realização da histerectomia (retirada do útero) e da ooforectomia (retirada dos ovários) como métodos cirúrgicos para a esterilização contraceptiva.

O art. 11 impõe a notificação compulsória de toda esterilização humana realizada no Brasil ao Sistema Único de Saúde (SUS). O art.12 preocupou-se em vedar qualquer tipo de sugestão ou estímulo, individual ou coletivo, à esterilização humana, visando impedir que o ato esterilizante perfaça-se em indivíduo hesitoso. O art. 13 traz a expressa proibição da

¹¹⁹ **Art. 10:** Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I – em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observados o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce; II – risco à vida ou à saúde da mulher, ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. Lei n. 9.263/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em 03 de junho de 2013.

¹²⁰ §1º. É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes; §2º. É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores; §3º. Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente. §4º. A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia; § 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges; § 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei. Lei n. 9.263/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em 03 de junho de 2013.

exigência de atestado de esterilização ou teste de gravidez para finalidade de qualquer natureza. O art. 14 incumbe ao SUS a gestão de cadastro, fiscalização e controle das instituições e serviços executores e pesquisadores do planejamento familiar.

A Lei n. 9.263/96, sob nenhuma forma, prestigia ou fomenta o planejamento populacional. Pelo contrário, este mandamento infraconstitucional preza pelo regramento jurídico que se estabelece mediante uma decisão primeira, a qual é íntima e livre, tomada pelos atores sociais interessados, a saber, o homem, a mulher ou o casal. A Lei do Planejamento familiar procura suprir uma demanda jurídica estatal, que é necessária à construção do arcabouço legal que atine ao preceito constitucional que pretende regulamentar. Não poderia, portanto, jamais interferir na liberdade concedida constitucionalmente àqueles que desejam esterilizar-se. Ademais, emana do texto legal a preocupação do legislador com o aconselhamento multidisciplinar, sendo recorrente, nos seus ditames, a educação e a prevenção. Em perfeita consonância, o pensamento de Maria Helena Diniz¹²¹:

Ao Estado compete, portanto, estabelecer uma política de reprodução humana que respeite os direitos fundamentais, garantindo a todos a saúde. O planejamento familiar não é planejamento populacional, porque não se deve induzir o comportamento social ou sexual, nem deliberar o número de filhos do casal. Só é admitida a oferta de serviços de aconselhamento realizados por meio de instituições públicas ou privadas, submetidas ao Sistema Único de Saúde.

Importa frisar que a Lei do Planejamento Familiar oportuniza a todos os que desejarem esterilizar-se, quer homens, quer mulheres, a fazê-lo sem incorrerem em prática delituosa, como era o pensamento no tempo pretérito à legislação em comento. Com o seu advento, pobres e ricos igualaram-se como sujeitos de direito aptos juridicamente a realizarem o procedimento cirúrgico esterilizante. O Estado, servindo aos interesses da justiça e do bem comum, tem, hoje, a obrigação de prover os cidadãos das condições necessárias ao direito da não procriação por métodos cirúrgicos, desde que cumpridos os ditames legais previstos na Lei n. 9.263/96.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 13ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1074.

4. A ESTERILIZAÇÃO FEMININA VOLUNTÁRIA DURANTE O PARTO CESARIANO E A LEI N. 9263/96

O reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos significou um importante passo para a realização dos ideais de justiça e de cidadania. Desta forma, o acolhimento legal ao direito a um planejamento familiar que seja livre, responsável e consciente, passa, necessariamente, pelas questões atinentes ao direito à esterilização feminina voluntária. Este direito, muito embora esteja assegurado pela legislação brasileira, sofre, contudo, restrição quanto à sua aplicabilidade temporal, dado a legislação não admitir a laqueadura tubária não-terapêutica em mulher hígida quando do nascimento, pela via cesariana, do seu primeiro ou segundo filho.

Ao impor como precoce tal desiderato, resolveu o legislador infraconstitucional postergar tal procedimento para um prazo mínimo de 42 dias após o parto cesariano. Tal mandamento, muito embora se volva profilaticamente como combativo ao arrependimento posterior, também promove a imposição de um segundo procedimento cirúrgico para a mulher. Tal decisão, não obstante vise à proteção psicológica ulterior da mãe cirurgiada, acaba por gerar outros ônus de caráter médico e psicológico, os quais devem ser bem valorados e sopesados jurídica e fisiologicamente, pois o quebrantamento posterior, que sempre representou ínfima minoria dos casos, constitui ocorrência cada vez menos presente no plano fático.

4.1. A VEDAÇÃO LEGAL À LAQUEADURA TUBÁRIA DURANTE O PARTO CESARIANO

A esterilização cirúrgica pela via da laqueadura tubária é, hoje, considerada um dos meios irreversíveis mais eficazes para se consumir o fim da capacidade procriadora. Os casos de gravidezes indesejadas pós-laqueadura são muito raros nas estatísticas médicas, além de não interferir na amamentação nem na atividade sexual.

O §2º do artigo 10 da lei n. 9.263 é taxativo no seu texto: “É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores”. Esta disposição normativa é de uma clareza solar ao impor a proibição da realização da laqueadura tubária em mulher hígida que deseje esterilizar-se quando do momento do parto por via alta.

Percebe-se que a própria ideia da contracepção cirúrgica voluntária, apesar de válida e legitimada como direito constitucionalmente garantido, reúne matizes de dificultosa consumação.¹²² Na lei do Planejamento Familiar, decidiu-se estabelecer critérios que se constituem em óbices estruturantes, os quais impõem dificuldades legais para o acesso ao ato esterilizante. Desta forma, aprouve ao legislador vedar a esterilização cirúrgica voluntária àqueles capazes civilmente, que sejam menores de 25 anos, que não tenham pelos menos dois filhos vivos. De igual forma, exige prazo mínimo de 60 dias para manifestação da vontade de esterilizar-se, bem como a anuência do cônjuge, no caso das pessoas casadas.¹²³ Neste esteio proibitório, também tornou defeso o ato cirúrgico da laqueadura tubária durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade de saúde ou sucessivas cesarianas.

A esterilização cirúrgica, portanto, somente será permitida em qualquer idade ou situação pessoal quando houver “risco à vida ou à saúde da mulher, ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos”.¹²⁴

A natureza irreversível do procedimento cirúrgico parece ser a principal razão para que tantos cuidados sejam tomados na construção legiferante atinente a estas regulamentações restritivas. A Dra. Elisabeth Meloni Vieira, entendendo que esta é questão das mais pertinentes, declara¹²⁵:

O arrependimento após a esterilização é uma séria questão médica, porque, na maioria dos casos, a escolha da laqueadura é eletiva, não se pode garantir o retorno à fertilidade e existem alternativas contraceptivas mais reversíveis do que a esterilização que podem ser utilizadas com grande eficácia. O arrependimento já foi estimado entre 11 e 15% das mulheres brasileiras esterilizadas.

¹²² “O processo legislativo de regulamentação do parágrafo 7º do art. 226 da Constituição Federal foi lento e difícil, especialmente quanto à inclusão da esterilização cirúrgica como método contraceptivo”. VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p. 91.

¹²³ “A imposição legal fere a autodeterminação da pessoa casada em relação ao seu próprio corpo, e, em especial, cria maiores obstáculos para as mulheres, considerando as desigualdades nas relações de gênero, e os riscos de falhas do método reversível, que pode resultar em gravidez indesejada, em um contexto legal em que o aborto voluntário é proibido. Se o objetivo da lei era de que o parceiro ficasse ciente da não possibilidade reprodutiva do outro, bastava incluir a obrigação de informar ou dar ciência formal a este no momento da intervenção educativa”. *Ibidem*, p. 94.

¹²⁴ Art. 10, inciso II da Lei n. 9.263/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em 07 de junho de 2013.

¹²⁵ VIEIRA, Elisabeth Meloni. O arrependimento após a esterilização feminina. É possível prevenir? In: **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**. Vol. 29- n.5-RJ maio/2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032007000500001. Acesso em 09 de junho de 2013.

Contudo, mesmo impondo estes critérios restritivos, a legislação brasileira é tida por mais permissiva que em outros países, os quais determinam limites ainda mais rígidos para a esterilização voluntária. “A Finlândia e a Rússia estabelecem a idade mínima de 30 anos para a esterilização voluntária, desde que o interessado já tenha 3 filhos. No Níger (África), a mulher deve ter 35 anos e 4 filhos vivos (Dec. n. 88/88, art. 3º)”.¹²⁶

Assim, ao se considerar que a leitura do art. 10, inciso I da Lei n. 9.263/96, e ao atentar-se que o Código Civil Brasileiro, em seu art. 5º, parágrafo único e correspondentes incisos,¹²⁷ concebe que o cumprimento das condições qualificadoras ali insculpidas capacita os menores para os atos da vida civil, depreende-se que o texto da Lei do Planejamento Familiar autoriza, de forma bem permissiva, que este menor possa esterilizar-se, caso já tenha dois filhos vivos. “A legislação, se por um lado é extremamente permissiva nos aspectos de respeito à autonomia e à livre manifestação da vontade, desde que respeitadas algumas condições, por outro, é paradoxalmente restritiva quando diante da mulher na condição de gestante”.¹²⁸

Ocorre que, considerando o disposto no art. 6º, parágrafo único da Lei 9.263/96¹²⁹, e objetivando a regulação mais detalhada dos meandros jurídicos do planejamento familiar, o Ministério da Saúde elaborou a Portaria SAS/MS n. 48, de 11 de fevereiro de 1999. Neste desiderato definidor, está estabelecido o que se lê no seu art. 4º, parágrafo único, o qual estabelece que a realização da laqueadura tubária está adstrita legalmente à ocorrência obrigatória de uma das seguintes condições: a) que a mulher seja portadora de doença de base,

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.150.

¹²⁷ **Art. 5º.** A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará para os menores a incapacidade: I- pela concessão dos pais, ou de um deles, na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II- pelo casamento; III- pelo exercício de emprego público efetivo; IV- pela colação de grau em curso de ensino superior; V- pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. Código Civil Brasileiro – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 10 de junho de 2013.

¹²⁸ Parecer Cremero (Conselho Regional de Medicina de Rondônia) n. 05/2011. Relatora: Cons^a. Marinês Rodrigues dos Santos César. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmro/pareceres/2011/5_2011.htm. Acesso em 10 de Junho de 2013.

¹²⁹ **Art. 6º.** As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas ou privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do sistema Único de Saúde. Parágrafo único: compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar. Lei n. 9.263/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. acesso em 10 de junho de 2013.

e uma gravidez subsequente venha a por em risco a vida ou a saúde da mulher ou do futuro concepto, e b) que a mulher tenha sido submetida a, pelo menos, duas cesáreas anteriores.¹³⁰

É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante períodos de parto, aborto ou até o 42º dia do pós-parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores, ou quando a mulher for portadora de doença de base e a exposição a segundo ato cirúrgico ou anestésico representar maior risco para a sua saúde. Neste caso, a indicação deverá ser testemunhada em relatório escrito e assinado por dois médicos.

Assim, tem-se que o aparato legal que se construiu em torno da proibição à realização do procedimento da laqueadura tubária durante o parto cesariano é posto de forma terminante, não permitindo ilações contendíveis em sentido contrário. Neste sentido, é luzidio o entendimento do Conselho Regional de Rondônia¹³¹:

O fator limitante da legislação refere-se à proibição da laqueadura tubária, durante os períodos de parto ou aborto. No nosso entendimento, o cerne da lei refere-se ao parto, aborto e ao puerpério, e visa à redução da incidência da cesárea para procedimento da laqueadura, evitando-se a maior probabilidade de arrependimento que pode ocorrer nestas circunstâncias. Estão excluídos desta proibição os casos de cesarianas de repetição, pelo maior risco a futuras gestações pelas más condições uterinas. Neste mesmo sentido, devem-se interpretar com relação à gestante acometida de estados avançados de doenças crônicas, tais como diabete melitus, cardiopatia, hipertensão arterial, entre outras, que também aumentam o risco materno. Nestas circunstâncias, deve tal indicação médica ser assinada por 2 médicos e haver consentimento expresso da paciente.

Tem-se, portanto, que, no Brasil, um indivíduo sem filhos, mas que tenha 25 anos de idade pode esterilizar-se, e mesmo um adolescente de 16 anos também poderá fazê-lo, desde que casado e com pelo menos dois filhos vivos. No entanto, para a mulher que deseje laquear-se quando da realização do parto do seu primeiro ou segundo filho por via cesariana, não poderá fazê-lo. Isso significa que a mulher hígida que esteja consciente de sua decisão de não mais procriar, mesmo em comum acordo com o seu esposo ou companheiro, mesmo tendo

¹³⁰ Portaria SAS/MS n. 48, de 11 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/legislacao/id2150.htm>. Acesso em 10 de junho de 2013.

¹³¹Parecer Cremero (Conselho Regional de Medicina de Rondônia) n. 05/2011. Relatora: Cons^a. Marinês Rodrigues dos Santos Cézar. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmro/pareceres/2011/5_2011.htm. Acesso em 10 de Junho de 2013.

cumprido o prazo estipulado de 60 dias para manifestação de sua vontade, estará proibida de assim proceder. Deverá aguardar, no mínimo, o prazo estabelecido na supracitada portaria do Ministério da Saúde, que é de 42 dias, para poder submeter-se ao procedimento cirúrgico, desta vez sob os auspícios da licitude.

4.1.1. O desestímulo legal à esterilização precoce

O Código Civil brasileiro vigente (Lei n. 10.406/2002), em seu art. 5º, estabelece a cessação da menoridade civil aos dezoito anos.¹³² Contudo, as legislações tributária¹³³, previdenciária¹³⁴ e penal¹³⁵ admitem considerações legais que flexibilizam a definição cronológica posta.

Entretanto, não há de se olvidar que a regra de cessação da menoridade é o critério cronológico, e que, portanto, a maioridade é alcançada com o advento da idade de dezoito anos. A legislação civil concede à pessoa, no cômputo do seu 18º aniversário, o condão da maioridade e as condições dela decorrentes. Neste sentido, Maria Helena Diniz apresenta fortes argumentos¹³⁶:

Ao atingir dezoito anos, a pessoa tornar-se-á maior, adquirindo a capacidade de fato, podendo, então, exercer pessoalmente os atos da vida civil, ante a presunção de que, pelas condições do mundo moderno e pelos avanços tecnológicos dos meios de comunicação, já tem experiência, em razão da aquisição de uma formação cultural,

¹³² **Art. 5º.** A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Código Civil Brasileiro – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 04 de abril de 2013.

¹³³ **Instrução Normativa SRF n. 15, de 06/02/2001, art. 38:** Podem ser considerados dependentes: (...) **III:** a filha, o filho, a enteada ou o enteado, até 21 anos, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho; **IV:** o menor pobre, até 21 anos, que o contribuinte crie e eduque e do qual detenha a guarda judicial e **V :** o irmão, o neto ou o bisneto, sem arrimo dos pais, até 21 anos, desde que o contribuinte detenha a guarda judicial, ou de qualquer idade quando incapacitado física ou mentalmente para o trabalho. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2001/in0152001.htm>>. Acesso em 08 de abril de 2013.

¹³⁴ **Enunciado n. 3, Jornada de Direito Civil, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:** “A redução do limite etário para definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, inc. I, da Lei n. 8.213/91, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial”(DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 45).

¹³⁵ **Art. 65:** São circunstâncias que sempre atenuam a pena: **I:** Ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei n. 2.848, de 07/12/1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De12848.htm>. Acesso em 08 de abril de 2013.

¹³⁶ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p.45.

responsável pela precocidade de seu desenvolvimento físico-mental e do discernimento necessário para a efetivação dos atos negociais.

Contudo, a Lei do Planejamento Familiar, vigente no Brasil na sua íntegra desde 1997, concede ao menor de 18 anos de idade a prerrogativa de esterilizar-se cirurgicamente, desde que sua menoridade tenha sido cessada e que já possua pelo menos dois filhos vivos. Isso significa que a um menor de 16 anos, desde que capaz, é dada a permissão legal de exercer o direito constitucional de realizar o seu planejamento familiar. O arcabouço jurídico assim construído assume tal proporção de permissividade, muito embora o texto da própria Lei n. 9.263/96, em seu art. 10, inciso I, estabeleça que o esforço teleológico vise ao desestímulo à esterilização precoce.

Ao objetivar que se profligue a esterilização tida por precoce, o legislador infraconstitucional determinou que o prazo mínimo de (60) sessenta dias estabelecido para que seja manifesta a vontade de esterilizar-se fosse preenchido por aconselhamento empreendido por equipe multidisciplinar tendente a tolher o ânimo para a improficuidade procriadora. Ao assim proceder, a Lei do Planejamento Familiar parece fazer suscitar a compreensão essencial de que a precocidade a ser combatida é fruto deletério da irreflexão e da imatura precipitação por parte daqueles que optam pela esterilização cirúrgica. Durante a elaboração do texto legal, a questão relativa à idade mínima para esterilização voluntária suscitou veementes contradições. Miriam Ventura assim explica¹³⁷:

Durante o processo legislativo foi proposta a fixação da maioridade civil (atualmente é de 18 anos, mas na época era de 21 anos) para o acesso à esterilização cirúrgica, mas prevaleceu a idade de 25 anos, justificada pelo receio de um aumento das esterilizações em mulheres jovens, e do alto índice de arrependimento pós-esterilização constatado em estudos com mulheres jovens apresentados na época. O consenso parlamentar fixou um sistema misto – 25 anos ou dois filhos vivos.

Vê-se que a produção legiferante dos parlamentares foi construída com base em definições objetivas baseadas em critérios de ordem mais subjetiva. Contudo, sendo a família a área mais privada e intimista de toda a seara civilista, há de parecer que forçoso se faz

¹³⁷ VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p.94.

imiscuir-se o poderio normativo estatal em espaço tão íntimo e peculiar a cada experiência individual.¹³⁸ Miriam Ventura assim argumenta¹³⁹:

Uma possível crítica à fixação da idade mínima diferente da maioridade legal civil para o acesso à esterilização cirúrgica é que os Direitos Reprodutivos tem como princípio fundamental a autonomia reprodutiva da pessoa, que impõe o dever ao Estado de não-intervenção nas escolhas individuais, exceto para proteção daqueles que possuam reduzida capacidade para decidir, como as pessoas com deficiência mental ou intelectual, as crianças e adolescentes, em processo de desenvolvimento biopsicossocial. Nesse sentido, seria mais adequado o critério da capacidade civil plena e da maioridade civil para o acesso, como para todos os demais atos da vida civil, que implicam em direitos, deveres e responsabilidades pessoais; mantendo-se apenas a intervenção educativa obrigatória prevista na lei, para desencorajar a esterilização cirúrgica e estimular o uso de métodos reversíveis, como os preservativos masculino e feminino, importante também para a prevenção da infecção pelo HIV e outras doenças sexualmente transmissíveis.

Ademais, a combatida precocidade, vista neste contexto sob a balda do apressamento irrefletido, transpõe os limites dos critérios de idade para também atingir a mulher de qualquer idade maior de 18 anos. Tal se dá quando também é considerada precoce a esterilização cirúrgica voluntária após o parto cesariano do primeiro ou segundo filho. Assim, o texto legal do §2º do artigo 10 da lei n. 9.263 estabelece que precisa haver, pelo menos, duas cesarianas anteriores, o que corresponde à atribuição de licitude para a laqueadura somente a partir do terceiro parto por via alta.

Indaga-se a respeito da origem de tais critérios definidores. Para o legislador infraconstitucional, é considerada precoce a opção pela laqueadura durante o parto cesariano antes do terceiro filho. Ou seja, seria prematura a decisão de se ter somente dois filhos. É o mesmo critério quantitativo adotado para o menor de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Este também precisa ter dois filhos vivos.

Verdade é que, em tempo pretérito, o número de dois filhos era quase considerado inane, visto que as famílias elegiam como valor inatacável o advento de uma prole numerosa, vez que a proficuidade procriativa inseria-se num amplo contexto de manutenção e

¹³⁸ “É difícil a delimitação do direito à vida privada, em razão da diferença cultural, tradições e costumes entre os povos: se, por um lado, em um país, um determinado comportamento pode ser reputado ofensivo à vida privada, noutro o mesmo comportamento pode ser tolerado como normal”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.20.

¹³⁹ VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p.94.

previdência sociais. Contudo, não é mais tal realidade que se impõe¹⁴⁰. Muito pelo contrário, a tendência moderna mostra-se total e paradigmaticamente oposta, como claramente apresenta Maria Helena Diniz¹⁴¹:

A procriação dos filhos é uma consequência lógico-natural e não essencial do matrimônio. A falta de filhos não afeta o casamento, uma vez que não são raros os casais sem filhos. A lei permite uniões de pessoas que, pela idade avançada ou condições de saúde, não tem condições de procriar. Se se aceitasse a procriação como fim essencial do casamento, ter-se-ia de anular todos os matrimônios de que não adviesse prole.

O direito à livre decisão quanto ao número de filhos que se deseja procriar é amplamente garantido de licitude e juridicidade na legislação pátria. Veda-se qualquer forma jurídica de intervenção ou interferência no que se construiu familiarmente como comunhão de vida. Aplica-se, nestes casos, o inatacável princípio da autonomia da vontade. Seu reconhecimento é a pedra de toque para auferir-se, dentro de um contexto de responsabilidades, o quanto de liberdade civil vige em uma determinada realidade jurídico-social. “Muito embora deva ser restringido, com o objetivo de submeter os interesses individuais ao interesse coletivo, deve-se admitir que, apesar das limitações impostas pelo Estado e pela concentração de capitais, o princípio da autonomia da vontade se mantém”.¹⁴²

Tem-se que, portanto, há de se rever os conceitos de precocidade admitidos na Lei do Planejamento Familiar. Há de se considerar se, de fato, é cabível pôr a tacha de prematuridade decisória, atualmente, numa decisão que se revela livre e pensada quanto ao desejo de restringir o número de filhos a um mínimo de um ou dois, segundo critérios íntimos e legítimos.

¹⁴⁰ Contraditoriamente, a liberdade social e sexual, impondo grandes restrições ao desempenho pleno da maternidade, trouxe quadros psicossomáticos que não eram comuns às mulheres da época em que somente sua função maternal era favorecida. A mulher atual é preparada para governar, liderar, mas não se sente preparada para nutrir um filho, ao contrário das mulheres cujo papel era definido e restrito à maternidade e não tinham, por isso, nenhuma dificuldade para amamentar. A função de procriação é muitas vezes relegada ao plano biológico, e o prazer da maternidade restrito aos poucos meses depois do nascimento, consequência à curta duração da licença-maternidade”. CHAVES NETTO, Hermógenes. **Obstetrícia básica**. 2ed. Edição rev. e atual. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 152.

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 13ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.073.

¹⁴² ASCENSÃO, José de Oliveira. In: **O direito civil no século XXI**. Coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 320.

4.1.2. A vedação normativa como prevenção ao arrependimento posterior

O ser humano está sujeito às mais variadas possibilidades de reação às contingências da vida. A experiência humana está diretamente relacionada àquilo que se constrói como alicerces valorativos, e estes, por sua vez, estão sujeitos às mais diversas oscilações. O Direito, conquanto esteja impregnado desta forte vertente axiológica, constrói suas bases normativas de forma a agregar também os diversos aspectos da psicologia social.¹⁴³ A questão do arrependimento posterior ao procedimento da laqueadura tubária após o parto cesariano está entranhavelmente inserida neste contexto.

A laqueadura, mesmo constituindo-se um método contraceptivo tido por eficaz e seguro, e, justamente por isso, preferido por muitos casais em todo o mundo,¹⁴⁴ está atrelado necessariamente ao risco do arrependimento ulterior.¹⁴⁵

Uma das conseqüências da esterilização pode ser o arrependimento, conceito subjetivo que, inclusive, pode mudar ao longo do tempo. Entende-se o arrependimento após a esterilização como uma mudança em relação à decisão de encerrar a vida reprodutiva. Em se tratando de métodos contraceptivos reversíveis, há a possibilidade de interrupção do uso, o que é mais difícil no caso de esterilização cirúrgica. Três definições têm sido utilizadas para caracterizar o arrependimento: mulheres que se autodeclararam arrependidas; aquelas que procuraram por informações sobre a reversão da esterilização; e mulheres que, de fato, solicitaram a cirurgia para reversão.

A Constituição Federal de 1988 concedeu proteção jurídica à maternidade, favorecendo a sua proteção à saúde e ao melhor desenvolvimento de sua faculdade procriativa, procurando minorar os riscos gestacionais. “O direito social à tutela da

¹⁴³ “É indiscutível que tanto as normas morais como as normas jurídicas possuem um condão psíquico, quer dizer, emocional. Criadas pelos homens, a eles se destinam. O estudo das emoções aversivas ou atrativas está na base epigenética das regras da moral e do direito. A emoção, fazendo o sujeito aprovar ou desaprovar uma forma de conduta, transporta-o da ordem dos fatos para a ordem das normas. Transmuta o seu registro da natureza para a cultura”. TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia para operadores do direito**. 5ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.44.

¹⁴⁴ “As técnicas atuais de esterilização, confiáveis, expeditas, rápidas e pouco dispendiosas, algumas de prática ambulatorial, e sobretudo porque não interferem com o desempenho sexual, tem a apoiá-las grandes estatísticas. Não lhes falta o incentivo de alguns governos, subsidiando o custo das intervenções, com vistas à limitação de nascimentos”. REZENDE, Jorge de; MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa. **Obstetrícia fundamental**. 10ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p. 665.

¹⁴⁵ BARBOSA, Luciana Freitas; LEITE, Iúri da Costa; NORONHA, Marina Ferreira de. **Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil**. In: Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil. Vol.9, N.2, Recife. Junho/2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007. Acesso em 16 de junho de 2013.

maternidade conduz ao direito a uma vida digna e ao da garantia de direitos fundamentais da mulher. A proteção à maternidade consiste em garantir a dignidade como direito à vida em sua forma integral”.¹⁴⁶ Depreende-se, portanto, que quaisquer aspectos que digam respeito à maternidade redundam em interesse de necessária repercussão constitucional.

O Estado, através do seu poder legiferante, afirma, no texto da Lei n. 9263/96, em seu art. 10, inciso I, que se pugnará pelo desencorajamento à esterilização precoce. Postula, igualmente, que à mulher é vedado que seja laqueada quando da ocasião do parto cesariano do primeiro ou segundo filho, no intuito de proteger o arrependimento posterior ao ato cirúrgico de consequências irreversíveis. Com efeito, esta importante temática é objeto de discussão e análise reflexiva, como aborda Pandolfi.¹⁴⁷:

Como grande parte dessas laqueaduras é realizada em idade precoce, cresce cada vez mais o número daquelas que procuram os serviços de infertilidade tentando a recanalização de suas trompas, porque reformularam seus planos em relação ao número de filhos, muitas vezes em função de novas uniões conjugais. Além do tratamento ser caro, os resultados são sabidamente desanimadores.¹⁴⁸

Com efeito, o legislador infraconstitucional preocupou-se com a possibilidade da prática indiscriminada dos procedimentos cirúrgicos esterilizantes. Buscou-se coibir os possíveis abusos que seriam cometidos. Hipotéticas decisões tomadas sem bases reflexivas devidamente consolidadas poderiam trazer repercussões graves e irreversíveis à mulher laqueada.¹⁴⁹ Ademais, o momento cirúrgico de uma cirurgia cesariana pode ser, de fato, gerador de muito estresse emocional, o que poderia conduzir a mulher a ser auto-induzida a um sentimento de fuga.

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.128.

¹⁴⁷ PANDOLFI, Antonino Pompeu; HOEPER, Dinorá. *In: Rotinas em infertilidade e contracepção*. Organizado por Eduardo Pandolfi Passos, Fernando Freitas, João Sabino L. Cunha Filho [et al]. Porto alegre: Artmed, 2003, p. 242.

¹⁴⁸ PANDOLFI, Antonino Pompeu; HOEPER, Dinorá. *In: Rotinas em infertilidade e contracepção*. Organizado por Eduardo Pandolfi Passos, Fernando Freitas, João Sabino L. Cunha Filho [et al]. Porto alegre: Artmed, 2003, p. 242.

¹⁴⁹ “A lei constitucional reconhece expressamente o direito à vida, não apenas no seu sentido biológico, mas reconhece proteção à integridade física e moral, o respeito à intimidade, à vida privada, à honra e imagem da pessoa (art. 5º, inc. X), prevendo inclusive sanção penal e civil em face dos violadores”. VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p.57.

Neste sentido, Chaves Netto explica que, de fato, existem situações nas quais pode ocorrer tamanho estresse físico ou psíquico que oblitere ou mesmo impossibilite a mulher de reunir salutaras condições de tomar uma decisão tão importante. A opção pela esterilização é algo que marcará definitivamente toda sua vida futura e, por isso mesmo, deve ser pautada pelo deliberar livre, esclarecido e desanuviado. Cita, ainda, o autor que o transcurso de operação cesariana é um exemplo de situação que pode ganhar vultos dramáticos e impedir o exercício da vontade consciente.¹⁵⁰ No mesmo entender, já se posicionou o Conselho Regional de Medicina de Rondônia¹⁵¹:

Os defensores da lei justificam ser este um momento de fragilidade emocional, onde as agruras de uma eventual gravidez não programada podem influir na decisão da mulher, bem como há o risco de que uma patologia fetal, não detectada no momento do parto, possa trazer arrependimento posterior da decisão tomada e cuja reversão possa ser pouco acessível à maioria das mulheres.

A adoção de métodos contraceptivos é utilizada em larga escala no Brasil.¹⁵² Com isso, cresce o número de situações de arrependimento posterior,¹⁵³ devido a diversos fatores, entre os quais se assomam em importância a desinformação e a imaturidade. “Mulheres

¹⁵⁰ “Como exemplo, cita-se o curso de um trabalho de parto, o transcurso de uma operação cesariana ou logo após a ocorrência de um abortamento”. CHAVES NETTO, Hermógenes. **Obstetrícia básica**. 2ed. Edição revista e atualizada. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 1.048.

¹⁵¹ Parecer Cremero (Conselho Regional de Medicina de Rondônia) n. 05/2011. Relatora: Cons^a. Marinês Rodrigues dos Santos Cézar. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmro/pareceres/2011/5_2011.htm. Acesso em 16 de Junho de 2013.

¹⁵² “Segundo a última pesquisa de base populacional realizada no Brasil, a Pesquisa Nacional de Demografia e saúde (PNDS), em 1996, a esterilização feminina é o método mais prevalente aqui, com aproximadamente 40% das mulheres casadas ou em união consensual de 15 a 49 anos esterilizadas. Neste contexto, o Brasil situa-se na terceira posição entre os países com maior prevalência de esterilização no mundo”. BARBOSA, Luciana Freitas; LEITE, Iúri da Costa; NORONHA, Marina Ferreira de. **Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil**. In: Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil. Vol.9, N.2, Recife. Junho/2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007. Acesso em 16 de junho de 2013.

¹⁵³ “Essa situação tem preocupado os serviços de saúde, já que nem sempre o tratamento de reversão é possível e, mesmo quando é realizada a reanastomose tubária, as taxas de gravidez são limitadas. Àquelas mulheres que não engravidam, resta a fertilização *in vitro* com transferência de embriões (FIV-TE), tratamento de alto custo ao qual pequeno número de mulheres tem acesso”. FERNANDES, Arlete Maria dos santos; BEDONE, Aloísio José; LEME, Larissa Capochin Paes; YAMADA, Elza Mitiko. **Laqueadura intraparto e de intervalo**. In: Revista da Associação Médica Brasileira. Vol.52, n.5. São Paulo. Outubro/2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302006000500019&script=sci_arttext. Acesso em 04 de maio de 2013.

jovens e de baixa escolaridade constituem um grupo com chance elevada de arrependimento após a esterilização”.¹⁵⁴ Nesse mesmo sentido, o entendimento da Dra. Elizabeth Meloni¹⁵⁵:

A idade em que a mulher é esterilizada é influenciada pela idade ao ter o primeiro filho e pelo número de filhos vivos. Falha de métodos ou problemas com os métodos influenciam a idade na esterilização, levando mulheres que viveram estas situações a se submeterem mais cedo à cirurgia. Idade na época da esterilização, morte de filhos, separação e um novo casamento, pressão ou influência no processo de decisão são variáveis importantes na etiologia do arrependimento e insatisfação.

São múltiplas as possíveis causas geradoras do arrependimento posterior à laqueadura tubária, e esta mudança de opinião pode vir a acometer as mulheres que se submeteram a esterilização cirúrgica tanto intraparto, que é aquela realizada durante o parto cesárea, quanto de intervalo, realizada após lapso temporal pós-parto.¹⁵⁶ Dessa forma, tem-se que são de tão plurais e profusas as origens do arrependimento que acomete as mulheres laqueadas, que poucas conclusões podem ser construídas de forma mais sólida e incontestes.

Decerto, não se podem dissociar os vários aspectos sociais que estão necessariamente vinculados a este arrependimento, e tampouco olvidar que se está diante de temática das mais relevantes. Contudo, deve-se perceber que cada situação analisada está coberta pelo manto da personalidade e da intimidade individual de cada história de vida. O arrependimento posterior à laqueadura é uma possível realidade que estatisticamente acomete um baixo percentual de mulheres, e não uma regra deletéria e ruína.

¹⁵⁴ BARBOSA, Luciana Freitas; LEITE, Iúri da Costa; NORONHA, Marina Ferreira de. **Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil**. In: Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil. Vol.9, N.2, Recife. Junho/2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007. Acesso em 16 de junho de 2013.

¹⁵⁵ VIEIRA, Elisabeth Meloni. **O arrependimento após a esterilização feminina**. In: Cadernos de saúde Pública. Vol.14, suplemento 1. Rio de Janeiro. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X1998000500015&script=sci_arttext. Acesso em 16 de junho de 2013.

¹⁵⁶ “O que se pode inferir deste estudo é, tão somente, que a realização da laqueadura por ocasião do parto não significa, necessariamente, aumento das taxas de arrependimento, pelo menos em populações com as características das mulheres desta amostra”. FERNANDES, Arlete Maria dos santos; BEDONE, Aloísio José; LEME, Larissa Capochin Paes; YAMADA, Elza Mitiko. **Laqueadura intraparto e de intervalo**. In: Revista da Associação Médica Brasileira. Vol.52, n.5. São Paulo. Outubro/2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302006000500019&script=sci_arttext. Acesso em 16 de junho de 2013.

4.2. ASPECTOS MULTIDISCIPLINARES DA VEDAÇÃO À LAQUEADURA TUBÁRIA EM PARTO CESARIANO

O Direito também é fato social. Por sua natureza ordenatória, mantém, com a realidade social, fortes relações e vínculos que se interpenetram e mutuamente repassam solidez eficaz e validade sócio-estruturante. Guarda, portanto, importantes nexos com outras instâncias do conhecimento humano. Neste sentido, parece imponderável que a produção legislativa que contemple matérias de ordem tão específicas como as áreas da Medicina e da Psicologia esteja alijada destas análises e reflexões.

A laqueadura tubária é procedimento médico com envolvimento de interesse na psicologia. O caráter irreversível de tal ato cirúrgico alcança repercussões de alta relevância e somente deveria ser realizado sob a esteira de convicções inabaláveis, pautadas pela maturidade e pela responsabilidade.

A natureza confiável, expedita e pouco dispendiosa do procedimento em si guarda certa desproporcionalidade com as possíveis conseqüências de conteúdo psicológico que podem advir. Daí a necessidade de se estabelecer uma orientação legal pautada tanto pela juridicidade quanto pelo tecnicismo multidisciplinar.

4.2.1. Aspectos médicos da vedação à laqueadura tubária em parto cesariano

A proibição da laqueadura intraparto gera repercussões de interesse na seara médica. É inegável que a regulamentação legal propiciou condições jurídicas favoráveis ao exercício da laqueadura tubária, impedindo a ação nociva da clandestinidade. Por outro lado, a vedação da esterilização voluntária feminina em parto cesariano impede que uma mulher hígida e consciente do seu desejo de não gerar mais que um ou dois filhos possa realizar tal procedimento cirúrgico. Arlete Fernandes assim se expressa¹⁵⁷:

Se, por um lado, a lei foi um avanço importante para regulamentar o procedimento no Brasil, por outro, tornou proibitiva sua realização no momento do parto, penalizando mulheres que demandam concretizar o procedimento durante essa internação. Esta determinação pode produzir efeitos não desejados. Ao proibir a laqueadura pós-parto, pode-se estar propiciando o aumento do número de cesáreas, durante as quais seriam realizadas laqueaduras sem anotação em prontuário. Note-se

¹⁵⁷ FERNANDES, Arlete Maria dos santos; BEDONE, Aloísio José; LEME, Larissa Capochin Paes; YAMADA, Elza Mitiko. **Laqueadura intraparto e de intervalo**. In: Revista da Associação Médica Brasileira. Vol.52, n.5. São Paulo. Outubro/2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302006000500019&script=sci_arttext. Acesso em 16 de junho de 2013.

que a indicação de cesárea com o intuito de se realizar a laqueadura permanece sendo conduta médica condenável pela maior morbidade do ato cirúrgico.

A portaria SAS/MS n. 48, de 11 de fevereiro de 1999, no seu art. 4º, parágrafo único, veda a laqueadura tubária durante o período de parto, aborto ou até o 42º dia do pós-parto ou pós-aborto. Exceção é feita nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores, ou quando a mulher é portadora de doença de base.

As ciências Médica e Psicológica são vastas em argumentos que desaconselham a realização de procedimentos cirúrgicos desnecessários. Ademais, na seara psicossomática, existem copiosas razões para desencorajar as classificações humanas em grupos tão perfeitamente amostráveis. Para muitos, postergar um ato cirúrgico pode significar sua proibição tácita peremptória. O Dr. Gustav O. Kruger, eminente cirurgião buco-facial norte americano, assim sintetiza sua experiência¹⁵⁸:

Qualquer pessoa normal preocupa-se em algum grau com uma operação a que tenha de ser submetida. Os cirurgiões-gerais dizem que os pacientes que comparecem para grandes cirurgias sem preocupação não tem as mesmas chances de sobrevivência que os pacientes que tem em algum grau estimuladas as suas glândulas supra-renais. Todas as pessoas sofrem tensões na vida, mas é variável a intensidade do fator necessário para tensionar uma pessoa, bem como sua resposta a esta tensão.

Contudo, é precisamente na Obstetrícia que os maiores argumentos assomam-se. Em parecer do Conselho Regional de Medicina do Ceará, redigido em abril de 2004, seu relator, o conselheiro, Dr. Helvécio Neves Feitosa, é absolutamente preciso em sua análise e conclusões.¹⁵⁹

Indicar uma operação cesariana para a prática de esterilização é atitude que devemos sempre repudiar e rechaçar. Por outro lado, não há como contra-indicar uma via alta quando ela é necessária (por indicação materna e/ou fetal). Nesta situação, se a mulher ou o casal, previamente esclarecido, já se decidiu pela laqueadura, observado o intervalo de 60 dias, porque penalizar a mulher com novo procedimento anestésico e cirúrgico? Estamos atuando em benefício da paciente, com o máximo de zelo e o melhor da nossa capacidade profissional (arts. 2º e 6º do CEM)? Não estamos gerando um sofrimento físico adicional absolutamente desnecessário (art. 6º do CEM)?

¹⁵⁸ KRUGER, Gustav O. **Cirurgia Bucal e Maxilo-facial**. 5ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1984, p.27.

¹⁵⁹ Parecer CREMEC n. 08/2004 – Relator Helvécio Neves Feitosa. Disponível em: <http://www.cremec.Com.br/pareceres/2004/par0804.htm>. Acesso em 18 de dezembro de 2012.

O eminente médico, mesmo reconhecendo todas as vantagens clínicas, cirúrgicas e hospitalares, sente o peso da legislação infraconstitucional vigente, a tolher-lhe as ações no sentido de agir com o máximo de cabimento e oportunidade, quando da ocorrência do parto cesariano, onde o campo cirúrgico está perfeitamente preparado para a consumação de um direito que é garantido pela Constituição Federal.¹⁶⁰

Entretanto a legislação é de uma clareza meridiana, pela inteligência do inciso II e do parágrafo 2º do artigo 10 da Lei 9.263/96 e, mormente, pela Portaria SAS/MS nº 48/99, ao estabelecer que "é vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto, aborto, ou até o 42º dia do pós-parto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores, ou quando a mulher for portadora de doença de base e a exposição a segundo ato cirúrgico ou anestésico representar maior risco para a sua saúde. Neste caso, a indicação deverá ser testemunhada em relatório escrito e assinado por dois médicos. (...) Podemos observar que o legislador teve zelo excessivo em inibir a prática de indicação da cirurgia cesariana com a finalidade de laqueadura tubária e que, em virtude disso, existe um preço a pagar: a necessidade de uma nova cirurgia naquelas mulheres hígdas que são submetidas à cesárea por indicação obstétrica correta. Acrescentamos também que a Portaria SAS/MS 48/99 sepulta a possibilidade de laqueadura peri-umbilical (aquela realizada no puerpério imediato) neste grupo de pacientes.

Em sua prática diária, o profissional médico vê-se diante de uma realidade fática totalmente incompatível com o que lhe é mais oportuno e inserido numa lógica pragmática explícita.¹⁶¹

Devemos ter a clareza de que se a laqueadura não for efetuada no momento do parto (durante uma operação cesariana ou laqueadura peri-umbilical nos casos de parto transpélvico), implicará em ocorrências possíveis e previsíveis: a mulher deverá internar-se algum tempo depois do parto, redundando numa nova internação; deverá passar por novo processo anestésico e cirúrgico; as atribuições do dia-a-dia, com os seus afazeres domésticos e/ou profissionais, a impedirão de nova internação; e, o pior, muitas vezes procurará o serviço tempos depois com uma nova gravidez.

¹⁶⁰Parecer CREMEC n. 08/2004 Relator Helvécio Neves Feitosa. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2004/par0804htm>>. Acesso em 18 de Dezembro de 2012.

¹⁶¹ Parecer CREMEC n. 08/2004 Relator Helvécio Neves Feitosa. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2004/par0804htm>>. Acesso em 18 de Dezembro de 2012.

É concorde a opinião de que a esterilização planejada não deve influenciar a decisão de realizar uma cesariana. Por sua complexidade cirúrgica, o parto abdominal tem maior risco que o parto vaginal. Mesmo porque, para a mulher que deseja, livre e conscientemente, laquear-se, existem outras opções cirúrgicas, como a minilaparotomia, que pode ser realizada imediatamente após o parto por via baixa.¹⁶² Nesse entender, a posição de Jorge Rezende¹⁶³:

Pelo geral, é a intervenção concomitante à operação cesariana. Não se tendo praticado cesárea, a época preferente para a esterilização cirúrgica são as 24 horas imediatas aos partos vaginais., havidos sem complicações, e antes de estarem útero e vagina contaminados pela ascensão e desenvolvimento de germes. Com esse procedimento evitam-se cesarianas que tem o só objetivo de esterilizar. Não há necessidade de nova hospitalização, o aleitamento tampouco é afetado, baldando-se, do mesmo passo, a possibilidade de prenhez consecutiva.

O que se está a frisar é que é muito mais oportuno e cabível, obstetricamente falando, que, uma vez tendo sido bem indicada a cirurgia cesariana numa mulher que também deseja esterilizar-se, não há falar em outra ocasião mais propícia para o procedimento do que o período imediatamente após o parto cesáreo.¹⁶⁴

Ademais, no que tange ao prazo legal definido na portaria n.48 do Ministério da Saúde, de 42 (quarenta e dois) dias após o parto, vê-se que o mesmo traz notórias dificuldades práticas para a mulher, visto obrigá-la a retornar ao hospital justamente na fase em que o bebê requer toda a atenção e precisa mamar periódica e regularmente. A mãe do recém-nascido precisa, então, ser novamente anestesiada, cirurgiada e internada num ambiente de risco hospitalar, para realizar um procedimento que deixou de ser recentemente realizado quando de sua melhor oportunidade. De fato, o período de internação não é longo, mas suficiente para gerar inconveniências e riscos das mais diversas sortes.

¹⁶² “A minilaparotomia pode ser realizada no período pós-parto imediato. O útero está aumentado, e as tubas de Falópio situam-se na porção média do abdome, facilmente acessíveis através de uma pequena incisão subumbilical, de 3 a 4 cm”. BEREK, Jonathan S. **Tratado de ginecologia**. Trad. de Cláudia Lúcia Caetano de Araújo. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010, p. 219.

¹⁶³ REZENDE, Jorge de; MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa. **Obstetrícia fundamental**. 10ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p.634.

¹⁶⁴ “A esterilização tubária pós-parto no momento da cesariana não acrescenta qualquer risco além de um pequeno prolongamento do tempo de cirurgia”. BEREK, Jonathan S. **Tratado de ginecologia**. Trad. de Cláudia Lúcia Caetano de Araújo. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010, p. 219.

4.2.2. Aspectos psicológicos da vedação à laqueadura tubária em parto cesariano

Na seara psicossocial, encontram-se relevantes considerações a constituírem objeto de reflexão. De início, há de se salientar que a vedação normativa infraconstitucional impõe óbice jurídico ao direito da mulher hígida e consciente de laquear-se no momento imediato ao procedimento cesariano, mesmo quando o casal já tem assente em seus espíritos a decisão de não mais procriarem. O sentimento que é gerado pela ofensa ao direito de laquear-se no momento mais oportuno para tal procedimento médico, vindo a exigir-se nova experiência cirúrgica de tal invasividade e caráter cruento, teria até, em alguns casos, o condão de acabrunhar e abalar a força moral da ideia de justiça.¹⁶⁵

Para Rudolf Von Ihering,¹⁶⁶ “o ser humano, através do direito, possui e defende sua existência moral. Sem direito, ele se rebaixaria até os animais, como já faziam os romanos, que, do ponto de vista do direito abstrato, nivelavam os escravos aos irracionais”. Ao discorrer sobre a luta pelo direito, e tomando como premissa básica que a defesa do direito é um dever moral de autopreservação, o jusfilósofo alemão assim se expressa¹⁶⁷:

Segundo penso, não existe manifestação de sentimento psíquico que provoque, no homem, tão profunda e imediata transformação, pois é corrente que exatamente as pessoas afáveis e amistosas são por ele levadas a um estado de espírito totalmente divorciado de sua natureza, fato que demonstra terem sido atingidas no ponto crucial da essência do próprio ser.

A Lei do Planejamento Familiar (Lei n. 9.263/96), da forma como concebe a vedação legal à laqueadura tubária durante o parto cesariano, está a imprimir uma forçosa e onerosa conduta àqueles que estão plenamente conscientes da decisão pela esterilização cirúrgica. Impõe à mulher um segundo procedimento, o ambiente hospitalar é novamente solicitado e a

¹⁶⁵ “Os juízos normativos fundam-se sobre emoções provocadas pelos acontecimentos da vida. Pressupondo-se a natureza humana, acredita-se que, no grupo social, as emoções possam ser semelhantes e tender para a formação de tipos de conduta mais ou menos generalizados. Entretanto, fica em aberto como se faz a passagem da vida introspectiva do eu individual para aquilo que o grupo considera normativo, embora os indivíduos pertencentes à mesma cultura possam não divergir substancialmente nas suas relações emotivas”. TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia para operadores do direito**. 5ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.45.

¹⁶⁶ IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 43.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 69.

experiência cirúrgica, invasiva e cruenta é reprisada. O Dr. Richard Straub, do alto de sua vasta experiência clínica, assevera¹⁶⁸:

Os pacientes hospitalizados apresentam inúmeros sintomas psicológicos adversos; particularmente se manifestam em uma tentativa autodestrutiva de atribuir culpa pela sua sina. Os psicólogos da saúde tem verificado de forma consistente que, quanto mais os pacientes se preocupam em atribuir a culpa por suas doenças e outros eventos traumáticos a si mesmos ou a outras pessoas, pior é sua adaptação emocional.

Não são poucos os pacientes que desenvolvem o estresse da hospitalização.¹⁶⁹ Para muitas das mulheres, sob quem pesou o mandamento postergador em comento, é preferível não mais laquear-se, do que experimentar estas sofríveis ambiências.¹⁷⁰ Entre os seres humanos, há múltiplas e abundantes possibilidades de desenvolvimento de comportamentos reativos às situações de estresse, principalmente nos dias hodiernos, tão caracterizados pelo frenesi pós-moderno e pelas crescentes cobranças sociais originadas pelo processo de emancipação feminina. O Dr. Cecil Helman assim alude acerca desta questão¹⁷¹:

Muitos dos fatores de estresse mencionados, como luto, migração e nascimento de um filho, envolvem mudanças importantes e prolongadas nos padrões de vida das pessoas. Nos últimos anos, os estudiosos vêm dedicando mais atenção aos possíveis efeitos negativos dessas mudanças sobre a saúde física e mental. Sob esse ponto de vista, o estresse representa uma adaptação inadequada a mudanças, uma tentativa frustrada do indivíduo de enfrentar as novas circunstâncias da sua vida e de se adaptar a elas, seja a mudança uma promoção profissional, seja a solidão súbita da viuvez.

¹⁶⁸ STRAUB, Richard O. **Psicologia da saúde**. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 390.

¹⁶⁹ “Há duas origens importantes de estresse associadas à internação no hospital: a) problemas que se originam da enfermidade, isto é, o estresse ligado à própria enfermidade e suas implicações; b) o ambiente hospitalar, isto é, o estresse representado pelos aspectos do ambiente hospitalar, como, por exemplo, a rotina de internação, o comportamento e a comunicação das equipes médicas, os diversos procedimentos investigativos e terapêuticos e anecessidade de privacidade”. ANTHIKAD, Jacob. **Psicologia para enfermagem**. Trad. de Fernando Gomes do Nascimento. São Paulo; Reichmann e Autores Editores., 2005, p. 93.

¹⁷⁰ “A maneira como o paciente se adapta à experiência hospitalar depende de uma variedade de fatores, incluindo a natureza do problema de saúde, a idade do paciente, a presença de apoio emocional e o estilo cognitivo e as estratégias de enfrentamento”. STRAUB, Richard O. **Psicologia da saúde**. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 390.

¹⁷¹ HELMAN, Cecil G. **Cultura, saúde e doença**. Trad. de Cláudia Buchweitz e Pedro M. Garcez. 4ed. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 265.

Assim inserido num novo contexto de novas visões, o dispositivo legal que desmotiva a laqueadura no momento do parto cesariano também faz recrudescer o risco de novas e indesejadas gravidezes. “Cada mulher que espera ter apenas um ou dois filhos passa a maioria dos seus anos férteis tentando evitar a gravidez. O controle efetivo da reprodução é essencial para que a mulher possa alcançar seus objetivos individuais”.¹⁷² Há uma tendência moderna à formação de grupos familiares menos prolíferos, menos povoados. A opção por um número cada vez menor de filhos é notória. Há, portanto, uma cautela crescente por não se gerar um número imponderado de descendentes.¹⁷³

Não se pode esquecer, contudo, que o sentido teleológico da vedação legal à laqueadura quando da realização de procedimento de tal envergadura cirúrgica como é o parto cesariano, deriva da preocupação com a ocorrência de rompantes decisórios que podem acometer a mulher, em momentos de estresse advindos quando de sua realização. De fato, é razoável concluir que o arrependimento posterior será uma consequência devastadora para alguém que irreflexivamente optou por uma decisão de cunho irreversível como a laqueadura tubária.

Porém, de igual maneira, não se pode olvidar que nem toda decisão pela esterilização feminina pós-parto redundam em pesares oriundos da inconsequência de atos precipitados. Pelo contrário, se a decisão cônica, necessária e oportuna pela laqueadura intraparto é tolhida em sua consumação fática, tem-se que se elevam em muito o risco da postergação ou mesmo desistência do tratamento esterilizador e as chances de uma gravidez indesejada assomam-se. Nessa preocupação, o pensamento esclarecedor de Chaves Netto¹⁷⁴:

A gravidez passou a ser, além de desejada, também temida e rejeitada pelas mulheres, pois adquiriu para elas significado de frustração e medo da impossibilidade de bom desempenho. Os conflitos da mulher moderna dizem respeito à sua feminilidade e revelam um inconsciente ainda repleto de fantasias infantis de submissão e inveja em relação à sua própria mãe, como exemplo, que na vida cotidiana não tem essa expressão.

¹⁷² BEREK, Jonathan S. **Tratado de ginecologia**. Trad. de Cláudia Lúcia Caetano de Araújo. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010, p. 189.

¹⁷³ “Nesse intrincado universo, tudo depende do organismo humano. Sendo a felicidade o fim último de toda atividade humana, a razão mostra apenas os meios adequados para atingir esse fim, captando do mundo dos sentimentos os elementos necessários para isso”. TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia para operadores do direito**. 5ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 47.

¹⁷⁴ CHAVES NETTO, Hermógenes. **Obstetrícia básica**. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 152.

O acompanhamento da gestante pelo obstetra e também por profissional da área de saúde mental denomina-se psicoprofilaxia da gestação. O desenvolvimento destes aparatos técnico-científicos modernos somente confirma a relevância das questões psicossomáticas relacionadas à ocorrência da gravidez. Para algumas realidades individuais, inclusive, tais cuidados são imprescindíveis, posto estar-se diante, muitas vezes, de casos patológicos de consequências imprevisíveis¹⁷⁵. O Dr. Hermógenes Chaves Netto é preciso e enfático nesta importante questão¹⁷⁶:

Para que a gravidez se produza, é necessário que o desejo seja mais intenso que os conflitos, e que a angústia, ainda que presente, se coloque em níveis toleráveis para a gestante. Quando a angústia é extrema e intolerável, mesmo na gravidez desejada, situação rara, pode haver indicação psiquiátrica para interrupção da gestação, mas o mecanismo psicossomático mais eficaz contra a angústia é o aborto espontâneo, entendido como a *expulsão prematura do perseguidor*, o feto que cresce progressivamente.

Insofismável depurar que a norma jurídica exerce um efeito psicológico sobre aqueles a quem se destina. O psicologismo jurídico de caráter sociologista, com origem no costume, explica este efeito como uma pauta normal de relações sociais, “radicada no modo psicológico de reagir do homem frente a determinados fatos que, historicamente, vão criando uma força vinculativo-normativa”.¹⁷⁷ Assim, jamais se deve olvidar do potencial normativo de interferir poderosamente na esfera íntima daqueles a quem ela se aplica. Tal constatação avulta ainda mais o grau de importância que impregna toda a atividade legiferante, especialmente quando influencia áreas tão intimistas e de repercussões sociais tão abrangentes.

¹⁷⁵ “A sociedade como um todo, e até mesmo uma parcela dos profissionais da saúde, não tem ideia de que, em termos de morbidade (para não falar de sofrimento pessoal), as doenças do cérebro e da mente figuram entre os problemas de saúde mais sérios tanto nas sociedades desenvolvidas como nas sociedades em desenvolvimento. Enquanto os AVE ocupam a terceira posição entre as causas mais freqüentes de morte (atrás apenas das doenças cardíacas e do câncer), as doenças do sistema nervoso como um todo são responsáveis por mais hospitalizações, mais cuidados de longa duração, e mais sofrimento crônico do que os outros transtornos combinados”. FONTENELLE, Leonardo F.; FREITAS, Gabriel Rodriguez de. *In: Neurociência da mente e do comportamento*. Coordenador: Roberto Lent. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008, p. 1222.

¹⁷⁶ CHAVES NETTO, Hermógenes. *Obstetrícia básica*. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 152.

¹⁷⁷ TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia para operadores do direito*. 5ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 47.

4.3. VEDAÇÃO À LAQUEADURA TUBÁRIA EM PARTO CESARIANO E SUAS IMPLICAÇÕES NA EFETIVIDADE DO DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Ao se vedar a realização da laqueadura tubária voluntária no momento imediatamente após o parto cesariano em mulher hígida, quando do nascimento do seu primeiro ou segundo filho, a legislação infraconstitucional procura minimizar os riscos de uma hipotética desistência posterior. Baseia-se o Estado, na pessoa de seus legisladores, que o público alvo feminino carece desta ajuda legal para dirimir-lhe o sofrimento pela irreflexão e prováveis afogadilhos decisórios. Neste sentido, a atividade legislativa parlamentar identificou como prematura e improfícua a construção de um cerne familiar pouco povoado, e que o desgaste físico e psicológico de uma cirurgia cesariana levariam, incontestemente, a uma atitude tresloucada e impensada, potencialmente geradora de traumas futuros, associados às consequências do arrependimento.

Contudo, as novas estatísticas revelam que, antes de se constituir num imbróglio de funestas consequências, a opção pela laqueadura intraparto constitui, hoje, uma das formas mais oportunas e eficazes de exercício do direito à esterilização voluntária, principalmente quando se perscruta o pensamento das mulheres mais urbanizadas, independentes e instruídas. Quando a atividade estatal elege um padrão caracterizador, está a incorrer em sério risco de ferir a consecução prática de um direito, justamente no momento mais cabível e tecnicamente aconselhável para a sua consumação.

4.3.1. A vedação legal e seu caráter classificador como consequência da atividade estatal regulatória e sancionadora

O Direito, enquanto fanal orientador das condutas humanas, possui função regulatória e garantidora da estabilidade social. Neste intento, erigem-se os imperativos sancionadores, sem os quais não haveria como se alcançar, minimamente, os objetivos propugnados. O Direito possui o condão sancionador e é posto como o árbitro e organizador social. Sua força emerge da grandeza de sua função estabilizadora. Contudo, não há cabimento falar em distorções sancionadoras, marcadas por desenfreios exorbitantes. As ordens limitantes, bem como todo mandamento tolhedor dos ímpetus da liberdade humana encontram justificativas mais robustas, tanto mais se aproximem dos seus mais nobres escopos de segurança e

felicidade humanas. Ao contemplar esta caracterização essencial do Direito, Von Ihering assim se pronuncia¹⁷⁸:

O direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a Justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança.

A coação jurídica, muito diferentemente da coação moral, estabelece-se linearmente, envolvendo todos aqueles que virem-se inseridos na situação fática sobre a qual se subsume o aplicativo legal. Nesse parecer, é precisa a posição de Sánchez Vásquez¹⁷⁹:

A coação se exerce de maneira diferente na moral e no direito: é fundamentalmente interna na primeira e externa no segundo. Isto significa que o cumprimento dos preceitos morais é garantido, antes de tudo, pela convicção interna de que devem ser cumpridos. E ainda que a sanção da opinião pública, com a sua aprovação ou desaprovação, leve a atuar num certo sentido, no comportamento moral se requer sempre a adesão íntima do sujeito. Nada e ninguém nos pode obrigar internamente a cumprir a norma moral. Isso quer dizer que o cumprimento das normas morais não é garantido por um dispositivo exterior coercitivo que possa prescindir da vontade. O direito, pelo contrário, exige tal dispositivo, isto é, um organismo estatal capaz de impor a observância da norma jurídica ou de obrigar o sujeito a comportar-se de certa maneira, embora esta não esteja convencido de que assim deve comportar-se devendo, pois, se necessário, passar por cima de sua vontade.

Há de se reconhecer, no entanto, a natureza complexa das diversas conjunturas sociais que compõem a estrutura da sociedade.¹⁸⁰ Critérios classificadores que tendem a imprimir idiosincrasia unitária e homogênea a um público-alvo tão pluralizado e a sancionar e a regular de forma estanque uma massa humana tão profusamente multifacetada, correm

¹⁷⁸ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 4ed. rev. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

¹⁷⁹ SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. Tradução de João DellAnna. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2010. p. 98.

¹⁸⁰ “Declínio do patriarcalismo, globalização, revolução sexual, etc. interferem direta e indiretamente no ordenamento jurídico, pois o Direito, como um conjunto de normas para possibilitar a organização social, está sob a influência de todos esses fenômenos da vida”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.15.

elevado risco de suplantar liberdades e tolher direitos constitucionalmente consolidados. Nesse sentido, a posição de Miguel Reale¹⁸¹:

Mas, para aplicar o Direito, o órgão do Estado precisa, antes, interpretá-lo. A aplicação é um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis. Antes da aplicação não pode deixar de haver interpretação, mesmo quando a norma legal é clara, pois a clareza só pode ser reconhecida graças ao ato interpretativo. Ademais, é óbvio que só aplica bem o Direito quem o interpreta bem.

Percebe-se que Montesquieu, já no século XVIII, tratando da liberdade política, estudava as relações que as leis deveriam ter com o grau de liberdade que a Constituição pudesse admitir. Para ele, a liberdade estava indissoluvelmente ligada à lei, e era necessário que o que se entendia por independência fosse desapegado do entendimento acerca da significação do que representava, para o homem, ser livre. Para o Barão de *la Brede*, ter liberdade política consistia em se fazer o que se deveria querer, e não pura e simplesmente o que se queria. Neste intento promotor da ordem social, eram as leis quem fixariam o dever, e a liberdade era o poder das leis e não dos povos. Segundo a sua lição, “a liberdade tratava-se do direito de fazer tudo o que as leis permitissem. Se um cidadão pudesse fazer o que elas proibiam, não teria mais liberdade, porque os outros teriam também este poder”.¹⁸²

A sociedade moderna é por demais plural para permitir classificações que não abarquem realidades das mais diversas matizes e graus de consciência.¹⁸³ Nesta compreensão, exsurge o princípio da subsidiariedade do Estado, o qual se relaciona com a reflexão definidora dos limites de domínios e competências que cabem aos indivíduos, aos grupos e ao ente estatal. Baracho assim se pronuncia¹⁸⁴:

¹⁸¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2005. pp.295-296.

¹⁸² COSTA, Nelson Nery. **Curso de ciências políticas**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133.

¹⁸³ “É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores (de diversas matizes) não permitem fixar um modelo familiar uniforme, sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo. Como bem percebeu a historiadora francesa MICHELLE PERROT, ‘a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas’, deixando antever a variabilidade histórica da feição da família, adaptando-se às necessidades sociais prementes de cada tempo”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 3.

¹⁸⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p.516.

Para a compreensão do princípio de subsidiariedade, não se leva em conta apenas a relação do Estado com a sociedade, mas o entrosamento entre a ordem política do Estado, com os diversos grupos de convivência que se instalam nessa ordem. Os grupos tem fins próprios, sendo que em decorrência da sociabilidade plural do homem, não só permite que ele participe de diversos grupos, mas é também capaz de ter consciência desta complexa trama de interesses que decorre da existência de vários grupos.

Quando a Lei do Planejamento Familiar estabelece que a vedação legal da realização da laqueadura tubária pós-cesárea vale para todas as gestantes, não importando o seu nível intelectual, seus aspectos familiares, culturais, religiosos, sua vida pregressa, situação social, grau de maturidade, estrutura psíquico-afetiva, ou outras variáveis, está homogeneizando um tecido social profusamente heterogêneo. Ao assim proceder, buscando essa redução lógico-formal de aplicabilidade, até alcança certa eficácia, contudo, acaba por espancar o intuito central e primeiro do ordenamento jurídico, qual seja, o de organizar uma sociedade cooperativa e plural, que se apoia em valores.¹⁸⁵

Quando a Lei n. 9.263/96 veda, preventivamente, que a mulher, livre e consciente, exerça o seu direito constitucional e civil de laquear-se logo após o parto cesariano, no intento de evitar um hipotético mal futuro, está, também, tolhendo um benefício presente e oportuno para o exercício do planejamento familiar. Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar das liberdades públicas, também entendendo-as como direitos individuais, enfoca que “a proibição do exercício do direito não pode ser arbitrária; há de resultar da ausência de condições legais, ou infração a outras normas constitucionais que no caso prevaleçam”.¹⁸⁶

Neste sentido, e com base nas estatísticas mais atualizadas, pode-se afirmar que, para um vasto público, que hodiernamente se tornou majoritário, o caráter classificador e regulador da norma em comento têm o condão de tornar-se um empecilho legal à consumação de um direito constitucionalmente assegurado. A regulação com base em ideais de fecundidade prolífera tende a perder força classificatória, quanto mais sejam verificados e constatados dados oficiais que afirmam que o comportamento social segue uma tendência incontestável de redução do número de filhos. O último censo do IBGE, realizado em 2010, demonstrou que

¹⁸⁵ “A partir dos ideários da Revolução Francesa- liberdade, igualdade e fraternidade-, a norma passa a ser expressão da vontade (Savigny), do interesse (Jhering), ou ainda de um interesse juridicamente protegido que a vontade tem o poder de realizar (Jellinek). Já não é mais o *thelos* que cria a norma, mas uma força social, num contrato celebrado entre homens livres”. TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia para operadores do direito**. 5ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 44.

¹⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

“o número médio de filhos tidos nascidos vivos por mulher ao final de seu período fértil, no Brasil, foi de 1,86 filho em 2010, bem inferior ao do Censo 2000, 2,38 filhos. O declínio dos níveis de fecundidade ocorreu em todas as grandes regiões brasileiras”.¹⁸⁷

Para Antonino Pompeu Pandolfi, essa queda de fecundidade guarda relações de desproporcionalidade entre as diferentes camadas sócio-econômicas da população. Para este autor, “enquanto as classes mais favorecidas tem acesso fácil aos diferentes métodos contraceptivos, o mesmo não acontece com as pessoas de baixa renda, que são penalizadas por essa distribuição injusta de acesso à contracepção segura e eficaz”.¹⁸⁸

Nesta proibição, o ente estatal está normatizando, com base em postulados hipotéticos, e confluindo todo o esforço teleológico para a construção de um direito de aplicação vasta e robusta, mas incapaz de responder aos anseios de justiça por parte daquelas mulheres que, de posse de decisão alicerçada em conjunturas maduras e necessárias, vê-se obrigada a postergar o exercício de um direito que lhe seria cristalino, em evidente prejuízo jurídico e social.

4.3.2. A vedação legal como critério objetivo destinado a um público heterogêneo e hipercomplexo

Em face das divergências que emergem entre o direito à proteção estatal contra os males da precipitação e do arrependimento ulterior e o direito ao planejamento familiar como decisão que somente cabe ao casal, parece sobressair, hodiernamente, o entendimento de que o direito não pode desconsiderar a realidade social onde se aplica. Nas complexas democracias de nosso tempo, exsurge uma pluralidade de interesses que vem rompendo os invólucros massificantes de adjetivação social.¹⁸⁹ Grupos dos mais diversos pensamentos e interesses surgem e posicionam-se de forma consciente, buscando afirmação e exigindo justificativas razoáveis para as imposições de cunho sócio-jurídico. Neste norte, encaixa-se a visão Marxista e Engeliana, citada por Sánchez Vázquez, em sua compreensão acerca do

¹⁸⁷ IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Dados oficiais disponíveis em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2018>. Acesso em 23 de junho de 2013.

¹⁸⁸ PANDOLFI, Antonino Pompeu; HOEPER, Dinorá. *In: Rotinas em infertilidade e contracepção*. Organizado por Eduardo Pandolfi Passos, Fernando Freitas, João Sabino L. Cunha Filho [et al]. Porto alegre: Artmed, 2003, p. 242.

¹⁸⁹ “A norma jurídica somente pode ser vista e admitida como instrumento posto à disposição para implementar decisões justas e adequadas, solucionando os mais variados problemas e conflitos emergidos de uma sociedade aberta, plural e multifacetária”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 73.

imbricamento compulsório que se forma entre o desenvolvimento da liberdade e o desenvolvimento do homem enquanto ser prático, transformador e criador.¹⁹⁰

O conhecimento e a atividade prática, sem os quais a liberdade humana não existiria, não tem como sujeitos indivíduos isolados, mas indivíduos que vivem em sociedade, que são sociais por sua própria natureza e estão inseridos na rede das relações sociais que, por sua vez, variam historicamente. Por todas estas razões, a liberdade também possui um caráter histórico-social. Os níveis de liberdade são níveis de desenvolvimento do homem como ser prático, histórico e social.

Na mesma direção, tem-se o recrudescimento do raciocínio que concede cada vez mais importância aos direitos reprodutivos. A Conferência Internacional do Cairo, em 1994, já concordava que a saúde reprodutiva é um direito humano, como enfoca Miriam Ventura¹⁹¹:

O documento do Cairo destaca como direitos humanos básicos: decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos; ter acesso à informação e aos meios para decidir e gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, livre de discriminações, coerções ou violências .

Portanto, é de atual constatação a busca pela retomada dos valores de grupos que também reflitam os conteúdos de ordem valorativa do indivíduo. “Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza”¹⁹². Persegue-se uma nova ética jurídica que seja capaz de regular o convívio humano pela construção de múltiplas conexões entre os anseios sociais, percebidos em suas mutabilidades e axiologias, e o texto da lei. É o que parece eclodir do pensamento do prof. Carlos Roberto Gonçalves quando declara que “O princípio da socialidade reflete a

¹⁹⁰ SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. Tradução de João DellAnna. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2010. p. 130.

¹⁹¹ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p. 36.

¹⁹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Aldacy Rachid Coutinho...[et. al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 112.

prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana”.¹⁹³

Para Baracho, “A sociedade é entendida como a coexistência possível de grupos menores que se justapõem.”¹⁹⁴ Carlos Maximiliano, ao contemplar o Direito como fruto de atividade hermenêutica pujante, sempre atento às dinâmicas sociais, assim se expressa ¹⁹⁵:

O hermeneuta de hoje não procura, nem deduz, o que o legislador de anos anteriores quis *estabelecer*, e, sim, o que é de presumir que ordenaria, se vivesse no ambiente social hodierno. Sem esbarrar de frente com os textos, ante a menor dúvida possível o intérprete concilia os dizeres da norma com as exigências sociais; mostrando sempre o puro interesse de cumprir as disposições escritas, muda-lhes insensivelmente a essência, às vezes até malgrado seu, isto é, sem o desejar; e assim exerce, em certa medida, função *criadora*: comunica espírito *novo* à lei *velha*.

Desta forma, a imposição de critérios objetivos definidores e classificadores como os que estão presentes na legislação em comento, com vistas a moldar o planejamento familiar pensado responsabilmente por um casal hígido e consciente da decisão de não ter mais que um ou dois filhos, de modo que não lhes seja dada a oportunidade de exercerem o direito da laqueadura tubária no momento do parto cesariano, soa como flagrantemente inconstitucional.

Do texto da Lei Maior emergem princípios basilares que em nada podem ser obumbrados, ainda que não gozem dos teores do absolutismo. Neste pormenor, encontra-se no texto constitucional a explícita manifestação do princípio da liberdade a nortear e sustentar a decisão do casal em decidir o número de filhos que desejam gerar. Ao mesmo tempo, o artigo 10 da Lei do Planejamento Familiar impede a mulher de esterilizar-se pela via da laqueadura tubária, exatamente no momento mais oportuno para tal procedimento. A legislação infraconstitucional simplesmente impede o usufruto de uma prerrogativa constitucional no momento exato de seu melhor exercício.

Indaga-se se é desta forma que o Estado estaria propiciando recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar. Pela via da postergação

¹⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1, 5ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.24.

¹⁹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p.516.

¹⁹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.226.

cirúrgica, descoroça a mãe que não deseja mais gerar outros filhos do seu ânimo esterilizante, obrigando-a a submeter-se, em momento futuro, a outro procedimento igualmente invasivo. Impõe a ocorrência pretérita de duas cesarianas anteriores.

Questiona-se se é esta a forma mais precisa, constitucionalmente, de assegurar ao casal o direito ao planejamento familiar. Para Maria Berenice Dias, “O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”.¹⁹⁶

Contudo, mais parece estar sendo tratado o dispositivo constitucional atinente ao planejamento familiar como norma de eficácia social não alcançável. Neste pensar, tal é a posição crítica de Lenio Streck: “Nesse sentido, basta observar que, em pleno Estado Democrático de Direito, setores importantes da dogmática jurídica continuam (des) classificando as normas em programáticas, de eficácia plena, etc., com o que os dispositivos denominados de programáticos *são relegados a um segundo plano, com baixa ou nenhuma carga eficaz*”.¹⁹⁷

O Direito moderno não é mais encarado como um sistema forçoso de *per si*, mas como dotado de força coercitiva orientada principalmente por princípios e por valores. Para Celso Ribeiro Bastos, a legitimidade constitucional estará melhor garantida se os atos jurídicos infraconstitucionais estiverem impregnados de sua principiologia nuclear.¹⁹⁸

Pelos ditames constitucionais, o Estado tem o dever de garantir ao casal a liberdade de decidir, de forma responsável e livre, quantos filhos querem ter. Portanto, se tal decisão está tomada, e a mulher deseja infertilizar-se pela via legal da laqueadura tubária, em que sentido o Estado acha oportunidade de desmerecer tal decisão, declarando-a previamente eivada de irreflexão e imprudência? Ao eleger o prazo de 42 (quarenta e dois) dias após a cirurgia cesariana para tal consecução, em que o legislador se baseia para impor o tempo necessário para uma tomada de consciência e do bom siso?

¹⁹⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2010, p.355.

¹⁹⁷STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 348-349.

¹⁹⁸BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18ed. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1997.

Levantam-se questões incontornáveis acerca de como o § 2º do art. 10 da Lei n. 9.263/96 conseguiria harmonizar-se com o Princípio da Liberdade, posto que tão notoriamente fundamentador do direito à laqueadura tubária em mulher hígida consciente e decidida, maior e capaz, durante o parto cesariano. No entendimento de Maria Berenice Dias, a carga principiológica constitucional federal não deveria suportar antagonismos estruturantes nem repressões colidentes.¹⁹⁹

Os princípios constitucionais tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispondo exclusivamente de **força supletiva**. Adquiriram **eficácia imediata** e aderiram ao sistema positivo, compondo nova base axiológica e abandonando o estado de virtualidade a que sempre foram relegados. A força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade – converte-se ela mesma em força ativa. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas.

Ademais, no que pese toda carência sócio-informativa sobre as camadas menos afortunadas da sociedade, depreende-se que o indivíduo consciente e bem informado não deve sofrer obstáculos ao usufruto de direitos garantidos constitucionalmente.²⁰⁰ A decisão de gerar filhos é tão potencialmente sensível à estrutura familiar quanto à decisão de não gerá-los mais. Há motivações das mais diversas sortes envolvidas. Nestas questões, são conjugadas várias espécies de ponderações, como aquelas relativas às relações de bem-estar assistencial aos filhos já nascidos. Neste raciocínio, é luzidio o entendimento de Guilherme Calmon Nogueira da Câmara, quando assim se expressa²⁰¹:

Com base na informação, no aconselhamento, no acompanhamento da postura reprodutiva, é perfeitamente possível que as pessoas passem a assimilar a concepção de que cabe a elas, na sua privacidade, a possibilidade de livre decisão quanto ao

¹⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ed. rev, atual e ampl. São Paulo: RT, 2010. p.57.

²⁰⁰ “A configuração de um novo perfil dos relacionamentos amorosos – mais liberal, democrático, qualitativo e com funções mais flexíveis – refletiu no comportamento sexual feminino que, anteriormente, era marcado pelas regras herméticas do matrimônio sacralizado. Também a busca de um lugar ao sol fez com que as mulheres se libertassem das amarras existentes na sociedade patriarcal e adentrassem o mercado de trabalho, seja com o objetivo de obter meios de subsistência, seja apenas pelo prazer de se sentirem autônomas e independentes”. DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.84.

²⁰¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro. Renovar 2003, p. 444.

número de filhos, espaçamento entre eles. Como observa Maria Irene SZMRECSÁNYI, a redução da família a tamanhos compatíveis com o modo, estilo e nível de vida escolhidos, dentro dos limites econômicos, sociais e familiares, pode representar maneira de preservar e estimular a auto-estima e o sentido da vida, da mesma forma que o aumento do organismo familiar, de modo a contornar questões de assistência e previdência familiares.

Destarte, a sociedade brasileira segue uma tendência de queda de fecundidade. O último censo oficial do Governo aponta fortemente na direção de mudanças sociológicas pertinentes e bastante relevantes. O declínio da fecundidade é uma constatação real e já mostra sinais de irreversibilidade. Assim concluiu o IBGE, quando do censo demográfico de 2010²⁰²:

Um país onde mulheres tem, em média, menos filhos e são mães um pouco mais tarde; onde os casamentos formais cedem espaço às uniões consensuais e o ritmo dos movimentos migratórios, sejam eles internos ou de entrada de estrangeiros, diminui; onde mais crianças e adolescentes estão na escola e mais pessoas trabalham, inclusive com carteira assinada; e onde os domicílios tem progressivamente mais bem duráveis, com destaque para o computador e a presença dominante do celular. É esse o Brasil que começa a se delinear pelos Resultados Preliminares do Questionário da Amostra do Censo Demográfico 2010, aplicado em 11% do total de domicílios do País (6.192.332 em números absolutos).

Tais constatações guardam significados dos mais esclarecedores. Não somente o número de filhos está decrescendo no Brasil, mas também a sua população está adentrando fortemente numa economia de consumo e tendo mais acesso à escolaridade e informação. Com a urbanização e a educação, a tendência atual é de os cernes familiares irem desapegando-se cada vez mais das caracterizações prolíferas de outrora, onde a prole numerosa era a regra. A mesma pesquisa, por outro lado, revelou que “o percentual de famílias compostas por casais com filhos é superior na área rural, em função das taxas de fecundidade historicamente mais elevadas, e também, devido a valores culturais mais tradicionais”.²⁰³

²⁰² IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Dados oficiais disponíveis em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2018>. Acesso em 23 de junho de 2013.

²⁰³ IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Dados oficiais disponíveis em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2018>. Acesso em 23 de junho de 2013.

Além do mais, o papel da mulher moderna, com sua inserção irreversível no mercado de trabalho, trouxe uma caracterização ainda mais significativa quanto ao aspecto de hipercomplexidade que se vivencia hoje. Chaves Netto chega a afirmar que, atualmente, está-se diante de um verdadeiro matriarcado pós-moderno, vez que recrudescer a experiência das famílias monoparentais femininas, que são as casas chefiadas por mulheres que respondem pela garantia do sustento de filhos, netos e agregados.²⁰⁴

A vedação legal da laqueadura intraparto antes da ocorrência de duas cesarianas anteriores, portanto, antes de se consolidar como pertinente em termos homogeneamente classificadores, mais parece gerar conflitos de valor cada vez mais intensos e intrínsecos a uma sociedade que cada vez se distingue entre seus membros, passíveis como estão de optarem licitamente por escolhas bem íntimas e livres. O público-alvo outrora representado em sua maioria por uma massa humana composta por mulheres com objetivos de vida mais voltados para a maternidade e criação próxima dos filhos, cede notoriamente lugar a uma representação fática multifacetada e detentora das mais variadas e complexas motivações e ideais. Tal constatação parece sugerir que os critérios adotados conduzem a uma necessidade de adequação social mais firmemente embasada nas atuais conjunturas.

²⁰⁴ CHAVES NETTO, Hermógenes. **Obstetrícia básica**. 2ed. Edição rev. e atual. São Paulo: Atheneu, 2007, p.152.

5. ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO LEGAL À LAQUEADURA TUBÁRIA EM PARTO CESARIANO

O mandamento constitucional insculpido no art. 226, §7º da Constituição Federal de 1988 impede qualquer coerção que se imiscua na decisão de um casal que esteja a exercer o seu direito ao livre planejamento familiar. Por outro lado, o art. 10, § 2º da Lei n. 9.263/96 impõe que a mulher não poderá laquear-se quando da realização do parto cesariano de seu primeiro ou segundo filho. A portaria SAS/MS n.48/99 determina que tal procedimento somente poderá ser realizado 42 dias após a operação cesárea.

A normatização infraconstitucional não enxerga nem inconstitucionalidade nem colisão principiológica entre os supracitados ditames. Porém, se tal construção hermenêutica for considerada válida, significará dizer que o texto constitucional abriu, de alguma forma, espaço interpretativo para não entender como hermética a vedação legal que impossibilita quaisquer intromissões numa decisão que diz respeito somente ao casal ou à mulher hígida que deseja esterilizar-se.

Mesmo Kelsen, em sua insigne obra: Teoria Pura do direito, é assente em assinalar a existência de um certo grau de indeterminismo entre o que dispõe a normatização jurídica constitucional e o que se produz infraconstitucionalmente. Ainda que o mestre vienense pregue que os patamares constitucionais guardem, em si, o condão de regular, dispor, estipular e vincular os atos que estão na gênese da norma inferior,²⁰⁵ também compreende que existe um espaço de permitidas possibilidades executivas, posto não haver uma completude determinativa. Para o citado autor, “(...) a norma mais alta jamais pode vincular em todas as direções o ato mediante o qual ela se aplica. Fica sempre um espaço livre a preencher-se, um espaço maior ou menor de apreciação ou avaliação autônoma”.²⁰⁶ Neste mesmo entendimento, a posição de Jorge Trindade²⁰⁷:

O pensamento de Kelsen, em um certo sentido, também não foi estranho ao caráter subjetivo da estimativa jurídica e política, ao formular opções contra uma axiologia

²⁰⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.448.

²⁰⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.449.

²⁰⁷ TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia para operadores do direito**. 5ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 47.

intelectualmente justificada. Seu trabalho pode ser considerado, controvertidamente e numa lógica inversa da leitura, uma ação a favor do relativismo.

Parece inserir-se neste vácuo interpretativo e valorativo o ditame que veda a realização do procedimento da laqueadura em mulher hígida que está disposta a esterilizar-se por esta via. Se, por um lado, a Lei Maior impede a intromissão estatal em sua decisão, por outro, o legislador infraconstitucional arvorou-se em justificar tal intrometimento como melhor resultado hermenêutico do sentido normativo mais protetor àquelas pessoas para os quais o mandamento se destina.

Contudo, é imperativo que se observe a possibilidade da incongruência de tal compreensão quando do reconhecimento de que o §7º do artigo 226 da Carta Constitucional guarda, em si, um caráter definidor primário, um norte essencial primaz. O magno texto de 1988 garante a não intromissão estatal, sob quaisquer formas, sobre o planejamento familiar.

Para Cristiano Chaves, o Direito Constitucional “afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado, para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais”²⁰⁸ Verdadeiramente, há de se constatar que a Constituição Federal de 1988 afirmou-se cidadã principalmente por ter na construção da cidadania seu elemento motriz, alma de tudo o mais. A supremacia constitucional, portanto, plantada nestas bases, lança fora toda tentativa de infidelidade aos seus princípios e normas soberanamente instituídos.

Resta clarividente que o constituinte de 1988 entendeu que cabe ao casal a escolha dos critérios e dos modos de agir quanto ao planejamento familiar. Alicerçou esta liberdade constituindo-a sob a égide dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade Responsável.

No entanto, o legislador infraconstitucional, através do § 2º do art. 10 da Lei n. 9.263/96, confere ao Estado o poder de vedar a realização da laqueadura no momento do parto cesariano. Fundamenta-se em estatísticas que revelam algum grau de arrependimento posterior por parte do casal, mormente a mulher. Assim, objetiva evitar que procedimento médico irreversível venha a consumir-se, o que geraria, este sim, o cerceio e a decadência do direito à vida de novo conceito que viesse a ser desejado.

²⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008, p.29.

Desta forma, pensou-se que o Estado, na sua atribuição legiferante, estaria agindo de modo a proteger, principalmente, a integridade psíquica da mãe hígida que precocemente acredita estar decidida em mutilar-se, freando o seu potencial gravídico de forma terminante. Ao estabelecer momento posterior para tal desiderato, subtender-se-ia que tão relevante e grave decisão estaria protegida pelo manto da maior ponderação e da mais refletida prudência. Julga-se, assim, estar produzindo as condições mais favoráveis para o gozo do direito à esterilização voluntária. O agente estatal estaria cumprindo o seu papel sócio-jurídico de forma mais ampla e com acertada visão de multidisciplinaridade.²⁰⁹

A *mens legis* infraconstitucional apoiou-se em hipóteses de salvaguarda da mulher frente a arrependimentos posteriores. Portanto, o Estado brasileiro arvorou-se num agente de definições objetivas quanto ao momento mais oportuno para a mulher esterilizar-se. E vai além, ao definir o número mínimo de 2 (dois) filhos vivos para que então possa ser dado acesso legal à mulher que queira laquear-se.

Contudo, estaria o Estado traçando cursos invasivos e temerários, pois embaraça juridicamente aquele casal ou aquela mulher que, ao sopesar todas as circunstâncias sociais e emocionais que lhe estão presentes, tomou a decisão livre, consciente e definitiva acerca do seu projeto de vida e comunhão familiares, muito embora seja uma decisão de caráter tão peremptório quanto oportuno. É embate relevante o que está proposto, vez que colidem, de um lado, o escopo estatal de preservar seus jurisdicionados de arrependimentos irreversíveis ulteriores e, de outro, o respeito à autonomia da vontade da mulher que, de posse de sua decisão, enxerga-se tolhida do usufruto de suas garantias constitucionais.

5.1 A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO MÉDICO E A DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O acatamento voluntário dos ditames de uma norma jurídica prescinde de uma adesão íntima, por parte do indivíduo. Por outro lado, o cumprimento do mandamento jurídico está

²⁰⁹ “Assim, desta supremacia normativa constitucional, detectam-se como consectários: (...) a interação estreita entre os diferentes campos do conhecimento (reconhecendo a necessidade de uma visão multidisciplinar do Direito, buscando amparo e inspiração na Psicologia, na Antropologia, na Filosofia, na História, na Sociologia, etc.)”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008, p.29.

atrelado ao caráter estritamente formal ou externo, o qual não precisa, necessariamente, guardar qualquer correspondência com a interiorização desta norma por parte do sujeito. Desta forma, a irrepreensibilidade do ato jurídico corresponde ao seu cumprimento fático, ainda que o seu obediente cumpridor entenda como injusto tal dispositivo normativo.

O sujeito, enquanto agente autodeterminável, ao deparar-se com situação de irresignação normativa, vê-se diante do tolhimento de sua liberdade, e sua vontade é posta em posição de violação ao que compreende justo e moral. Esta mitigação ao seu livre agir garante o que se concebe por segurança jurídica e coesão social. Entretanto, tomado em sua individualidade, o ser social não se torna despossuído de suas convicções. Para o ser racional e pensante, a sua liberdade de escolha é atributo entranhavelmente jungido à sua consciência. Ao analisar eticamente questões como esta, Sánchez Vásquez assim se pronuncia²¹⁰:

Como liberdade de escolha, decisão e ação, a livre vontade acarreta, em primeiro lugar, uma consciência das possibilidades de agir numa ou noutra direção. Contem também uma consciência dos fins ou das conseqüências do ato que se pretende realizar. Em ambos os casos, é necessário um conhecimento da necessidade que escapa à vontade: a situação em que o ato moral se efetua, as condições e os meios de sua realização, etc. Acarreta também certa consciência dos motivos que impelem a agir, pois de outro modo se agiria – como se faz o cleptomaníaco – de uma maneira imediata e irrefletida.

Sob os auspícios de um enfoque sociológico, é oportuna a definição aduzida por Ana Lúcia Sabadell, cujo teor construtivista-comunicativo do Direito reflete que “O Estado e os operadores jurídicos produzem o direito. Toda a sociedade participa, porém, do processo que se denomina atualização da referência ‘direito’”.²¹¹

Celso Ribeiro Bastos, por seu turno, adentra na visão do caráter ainda mais percuciente da dimensão constitucional, ao afirmar que “a Constituição não se contenta com a legalidade formal, requerendo uma dimensão mais profunda, a única que a torne intrinsecamente válida”.²¹² Assim, tem-se que, sob esta ótica, o que se consegue conferir

²¹⁰ SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. Tradução de João DellAnna. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2010. p.131.

²¹¹ SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do direito. 3ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.247.

²¹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 21.

legitimidade a um ditame jurídico seria, principalmente, a positivação não somente de um poder jurídico, mas, sobretudo, de um valor jurídico.²¹³

Grande questão se impõe, na prática médica, referente à temática pertinente à interseção entre o direito dado à mulher e ao casal de escolher livre e conscientemente sobre o melhor momento de realizar a laqueadura tubária e a desconformidade desta decisão com a Lei do Planejamento Familiar, caso esta vontade conduza à esterilização cirúrgica intraparto cesáreo. Perquire-se sobre quem estaria interferindo arbitrária e inadequadamente no âmbito da procriação humana: se o Estado, que estaria exorbitando sua função social protetora e organizadora, imiscuindo-se inconstitucionalmente em seara imprópria, ou se o casal, ao decidir contrariamente à lei e ao que está posto como justo e seguro pela atividade legiferante ordenatória e de valor protetivo.

Miriam Ventura esclarece que o entendimento sedimentado internacionalmente é o de que “o planejamento familiar e o livre acesso aos métodos contraceptivos, para o controle da natalidade, devem fazer parte de uma escolha de promoção da liberdade de escolha individual, com fundamento no princípio ético e jurídico da dignidade da pessoa humana”.²¹⁴ Cita ainda a autora que o consenso internacional sobre o tema expressa-se cristalinamente no parágrafo 7.12 do Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas, produzido no Cairo, em 1994²¹⁵:

O objetivo dos programas de planejamento familiar deve ser permitir aos casais e aos indivíduos que possam decidir de uma maneira livre e responsável o número e a frequência de seus filhos e obter a informação e os meios necessários para fazê-lo, garantindo que exerçam suas opções com conhecimento de causa e disponham de uma ampla variedade de métodos seguros e eficazes. O êxito dos programas de educação sobre questões de população e planejamento familiar em diversas situações mostra que, onde quer que estejam, as pessoas bem informadas agirão com responsabilidade conforme suas necessidades e as de sua família e comunidade. O princípio da livre escolha baseada numa boa informação é indispensável para o êxito a longo prazo dos programas de planejamento familiar. Não pode haver nenhum tipo de coação.

²¹³ “Entendendo que o direito na modernidade, para além de sua função instrumental, possui um norte axiológico – a dignidade da pessoa humana- o constitucionalismo dos direitos humanos, como se passará a identificar a atualização dos compromissos da modernidade, também imporá a constatação da validade de uma lei à observância de critérios materiais, a exemplo das prerrogativas humanitárias alçadas à categoria de direitos fundamentais. Trata-se de uma crítica ao anacrônico positivismo legalista, pois, para o constitucionalismo dos direitos humanos, nem toda lei é direito e o direito existe para além das deliberações legislativas”. SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003, p.30.

²¹⁴ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p.86.

²¹⁵ *Ibidem*, p.86,87.

O texto supracitado é de uma propriedade incontestada e de uma clareza meridiana. Alude fortemente à consequência natural dos efeitos da educação e da informação sobre a massa populacional, trazendo benefícios intrínsecos sob a forma de consciência, equilíbrio e responsabilidade. Daí porque o constituinte originário de 1988, em notável e lúcida antevisão jurídica e sociológica, já propugnava como prioritário para o Estado o fomento dos recursos científicos e educacionais para o planejamento familiar. De igual forma, encomiasticamente redigiu o texto constitucional de forma a assegurar o soçobro de quaisquer tentativas coercitivas de qualquer agente, público ou privado, de frenar ou alterar uma tomada decisória que somente diz respeito aos atores sociais envolvidos, constitucionalmente legitimados.

Contudo, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP), ao analisar a questão da proibição da laqueadura tubária em parto cesariano de mulher hígida quando do nascimento do primeiro ou do segundo filho, entende que tal vedação “visa à redução da incidência da cesárea para o procedimento da laqueadura. (...) Diante desta consideração, não se deve proceder a esterilização cirúrgica durante os períodos de parto, aborto e até o 42º dia do puerpério”.²¹⁶ Portanto, a classe médica entende que esta negativa legal é viável principalmente em termos profiláticos, vez que desestimula a opção pela cirurgia cesariana com o fim indireto de laquear-se.

Nesta mesma direção, o Conselho Regional de Medicina de Rondônia, quando, em parecer oficial julgando temática idêntica, recomenda que “na ausência de recomendação médica, não se proceda à esterilização cirúrgica durante os períodos do parto, aborto e até o 42º dia de puerpério, conforme a recente regulamentação do Ministério da Saúde”.²¹⁷ Assim se constitui o entendimento oficial da classe médica.

O Código de Ética Médica, por sua vez, em seu capítulo III, ao tratar da responsabilidade profissional, em seu art. 14, reza que é vedado ao médico praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no país, enquanto o art. 15 proíbe a este profissional, no exercício de sua função, descumprir legislação específica também nos casos de esterilização. Contudo, é no mesmo Código que se lê no art. 42 que o

²¹⁶ CREMESP (Conselho Regional de Medicina de São Paulo). Disponível em: http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=58. Acesso em 26 de junho de 2013.

²¹⁷ Parecer CREMERO (Conselho Regional de Medicina de Rondônia) n. 05/2011. Relatora: Cons^a. Marinês Rodrigues dos Santos César. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/pareceres/crmro/pareceres/2011/5_2011.htm. Acesso em 26 de junho de 2013.

médico não pode desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo²¹⁸. Consta-se que, de fato, não é o médico quem desrespeita a decisão livre da sua paciente, mas é a legislação específica vigente quem a posterga para momento futuro.

Neste momento, percebe-se também que a Lei n. 9.263/96 acabou por criar um embate de consciência, não somente para o paciente, mas também para o médico²¹⁹. Caso o profissional entenda que é, de fato, total e completamente desnecessário que a mulher decidida por não mais ter filhos, mesmo sendo maior e capaz, mas que não cumpre as especificações objetivas da lei terá, sim, que decidir contrário à sua consciência e melhor diagnóstico. Sua conduta seria outra, desde que houvesse respaldo legal para tanto.

Portanto, é o próprio diploma ético quem lança amarras estritamente legais sobre esta questão. E, frise-se, somente o faz porque a legislação específica a ser obedecida, qual seja, a lei n. 9.263/96 e a portaria SAS/MS n. 48/99, criaram as condições para este equívoco jurídico. O Código de Ética Médica em nada é deletério ou ofensivo à ordem jurídica quando impõe que o profissional médico que a ele se submete não decida *contra legem*. Muito pelo contrário, entende-se que esta costuma ser a melhor via a ser seguida, a da legalidade.

Neste caso, o médico, em nome da licitude, deverá decidir pela opção que lhe seria menos cabível e oportuna. Perceba-se que a realização de um segundo procedimento cirúrgico numa mulher que, livre e conscientemente, já optou pelo método contraceptivo, é, de fato, não somente desnecessário, como potencialmente arriscado, posto expor a paciente à nova internação, anestesia e ato cirúrgico. Como agravante, ainda tem-se que, se forem cumpridos os 42 (quarenta e dois) dias prescritos na Portaria do Ministério da Saúde, a mulher estará ausentando-se do seu recém-nascido justamente no momento em que sua presença é mais necessária.

Depreende-se, daí, que a proibição da laqueadura intraparto cesáreo pode significar, a depender do caso concreto, numa verdadeira antinomia que se insere num mesmo diploma, pois, se por um lado, impõe a realização de um procedimento desnecessário, por outro, obriga o médico a cumprir o que está posto na lei, mesmo tendo a mulher, hígida e consciente, já

²¹⁸ Conselho Federal de Medicina- Código de Ética Médica. Disponível em: http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. Acesso em 26 de junho de 2013.

²¹⁹ “A consciência é a resposta da pessoa para si mesma, enquanto que a lei é a resposta da sociedade para pessoa; por causa disto podem ocorrer conflitos entre ambos. Daí, sendo a consciência formada ao estar ligada à estrutura mental de cada um e, como cada ser parece comportar-se como um universo próprio, a conduta que dimana da vontade gerada na consciência pode não ser aquela julgada como boa para terceiros”. CAMARGO, Marculino. **Fundamentos de ética geral e profissional**. 11 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p.86.

havendo optado pela contracepção cirúrgica. Tem-se, portanto, que a lei vigente impôs uma relação conflituosa entre a liberdade responsável da paciente, que opta resguardadamente por esterilizar-se no momento mais oportuno, de um lado, e a conformidade legislativa infraconstitucional, de outro, que a impede. É, portanto, questão jurídica que clama por respostas.

5.2. O RESPEITO À LEGISLAÇÃO VIGENTE E AS VIAS DEMOCRÁTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL

Há de se considerar que a legislação vigente deve coadunar-se, tanto em sua compatibilidade formal quanto material, com as normas constitucionais. Contudo, dados os anseios sociais atuais, não parece bastar somente uma legalidade tecnicamente bem construída para que o que está posto como legal encontre devida guarida no seio social onde tal legislação ganha concretude, forma e vida, e onde se manifesta a sua real razão de existência. A evolução jurídica permitiu aos sujeitos de direito reclamarem dignidade acima de tudo, e não somente normatividade.

Nesta compreensão, Gomes Canotilho alude ao que chama de “força heterodeterminante” dos regramentos constitucionais²²⁰:

Uma das conseqüências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como *heterodeterminações positivas e negativas* das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do *direito ordinário* em *direito constitucional concretizado*. Como **determinantes negativas**, as normas constitucionais desempenham uma *função de limite* relativamente às normas de hierarquia inferior; como **determinantes positivas**, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais), e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material.

²²⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 7ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p.1149.

Desta forma, não há de se compreender minimamente como vigente e eficaz uma disposição infraconstitucional que procure estabelecer-se de forma autônoma à Constituição ou que tente desapegar-se da natureza supra-ordenamental da Carta Maior. Como bem apresenta Ingo Wolfgang Sarlet, o texto constitucional não deve sofrer forçosas conformações ao que se põe como posterior e supostamente melhor contextualizado política ou socialmente. Os eixos mandamentais constitucionais permanecem impávidos ante pretensas hermenêuticas que busquem lhe atribuir supostas ambiguidades ou dúbias ambivalências.²²¹

No âmbito da interpretação constitucional, o princípio da força normativa da Constituição significa a pretensão de prevalência dos pressupostos da Constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais, garantindo sua eficácia e permanência. Já numa perspectiva mais estruturante, que dialoga com a interpretação constitucional (mas lhe é mesmo anterior e determinante) a noção da força normativa da Constituição, na acepção de Konrad Hesse, parte da premissa de que a Constituição, embora de forma mais ou menos limitada, contém sempre uma força própria capaz de motivar e ordenar a vida do Estado e da sociedade, um poder de ordenação e conformação que não se reduz às forças políticas e sociais.

Por outro lado, o pensar jurídico não se apequena a perseguir pétrea e incautamente o engessamento e enquadramento forçoso daquilo que se extrai numa visão meramente temporal e normativista do Magno Texto. Não é aleatoriamente que se elegem as normas constitucionais como *normae normarum*. A superioridade normativa dos preceitos da Constituição não acontece somente por convencionalismos teóricos, erigidos por necessidades meramente pragmáticas de ordenação jurídica piramidal. Os supedâneos constitucionais constroem-se de sólidas matizes de natureza histórica, política, sociológica e filosófica. E, imersos nesta profícua teia de construções essenciais, estão os princípios hermenêutico-concretizantes de todo o arcabouço constitutivo da experiência jurídica humana, como bem aduz Carlos Maximiliano:²²²

A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. Faz-se mister supor que os homens incumbidos da nobre tarefa “de distribuir os poderes emanados da soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua segurança dos direitos da pessoa e da propriedade tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergências futuras, tanto como às presentes; de sorte que as

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 183.

²²² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 252.

palavras apropriadas ao estado então existente da comunidade e ao mesmo tempo capazes de ser ampliadas de modo que abranjam outras relações mais extensas não devem ser afinal restringidas ao seu mais óbvio e imediato sentido, se, de acordo com o objetivo geral dos autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem elas ser estendidas a diferentes relações e circunstâncias criadas por um estado aperfeiçoado da sociedade”.

As normas constitucionais se impõem porque estão firmadas em “estreita conexão com as normas determinadoras de fins e tarefas e com os princípios constitucionalmente impositivos”.²²³ É justamente neste afã construidor de sólidos alicerces jurídicos que Paulo Lôbo, citando Carlos Maximiliano, assevera, seguramente, que “quando a norma estatui sobre um assunto como princípio ou origem, suas disposições aplicam-se a tudo o que do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente”.²²⁴

Não se pode desprezar que o Direito labora em estruturas sociais dinâmicas e modernizantes, as quais se revolvem em sanha tendente ao aperfeiçoamento de seus institutos, conceitos e valores. Há, sim, que se falar na busca incessante pela garantia e promoção dos direitos já consagrados, bem como do acolhimento de novas necessidades, as quais se mostram relevantes e prementes. Portanto, a definição dos Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos repercute de forma terminante sobre a ótica jurídica que se dê a esta matéria.²²⁵

Portanto, não é somente a lei ou somente a técnica legislativa que determinam a eficácia dos institutos jurídicos. Muito do que é orquestrado em pautas legais de incontestável propriedade pode ser tido pelo meio social como injusto e desproporcionado, e vir a suscitar levantes de irrisignação, que em nada se diferenciam dos movimentos libertários que tão profusamente marcaram a história da evolução sócio-jurídica humana.

Para John Locke, o direito de resistência²²⁶ era instrumento político que levava ao aperfeiçoamento do Estado. Para este filósofo político, o povo é levado a uma inércia natural

²²³ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 7ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p.1172.

²²⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.63.

²²⁵ “Os direitos humanos, em geral, são incorporados nas leis constitucionais como direitos fundamentais, e contam com proteções e garantias específicas e prioritárias para sua efetivação, como, por exemplo, a impossibilidade de ser suprimido por lei comum ou emenda, as conhecidas cláusulas pétreas. Nesse sentido, é importante a definição dos Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos”. VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p. 56.

²²⁶ O direito de resistência é corolário do dever de obediência. Impõe a restauração da lei para a consecução das garantias individuais. Deve ser exercido observando-se a moral e o equilíbrio do direito, para restaurar a ordem jurídica violada e a liberdade por ela assegurada. É um ato coletivo decorrente da condição de cidadão. (...) A questão constitucional do direito de resistência está na garantia de autodefesa da sociedade, na garantia dos

que o prende a uma lentidão libertária, sendo levado à insurgência radical apenas nos últimos extremos. Era próprio da comunidade confiar a sapiência e legitimidade do seu poder político a um governo. Contudo, tal obrigação política desaparecia nas situações que fugiam ao que fosse estabelecido no pacto social, quando o povo percebia que sua liberdade original fora abusada e quando ocorrera uma quebra de confiança. A tirania representava o exercício do poder além do direito que lhe fora permitido.²²⁷

Atualmente, este contrato social firmado nas consciências do povo e do governo apoia-se, principalmente, na prevalência da lei constitucional sobre toda e qualquer lei nacional. Assim, “é de grande importância observar se os princípios e normas constitucionais estão sendo fielmente incorporados e cumpridos nas leis produzidas pelo Poder Legislativo, nas políticas e ações governamentais e nas decisões judiciais”.²²⁸

Porém, o que está posto hoje no entendimento jurisprudencial pátrio é a percepção de que o cumprimento da Lei n. 9.263/96 atende aos objetivos constitucionais da Carta de 1988, bem como aos anseios sociais estruturantes da modernidade. Tal constatação deve-se à inteligência reiterada dos tribunais em ratificar o que está posto como vedação à laqueadura tubária em parto cesariano, concedendo-lhe o manto do normativismo sistêmico condizente com a ordenação vigente.²²⁹

A título exemplificativo, segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, concernente a esta matéria, extraído da apelação n. 0000136-21.2011.8.26.0516, da 6ª Câmara de Direito Público da Comarca de Aparecida/SP, de 29 de agosto de 2011, que teve por relator o Desembargador Reinaldo Miluzzi²³⁰:

direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do contrato social por parte do governante. ROBERT, Cinthia. **Democracia e constituição**: contribuições para a compreensão do Estado contemporâneo. São Paulo: Millennium, 2006, p. 159-161.

²²⁷ COSTA, Nelson Nery. **Curso de ciências políticas**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 115-116.

²²⁸ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p. 60.

²²⁹ Em certo sentido, esta posição parece coadunar-se, mesmo remotamente, com o pensamento de Tomás de Aquino, posto que “A teoria política tomista afirmava que se devia obedecer ao soberano, mas que esta ordem podia ser considerada injusta. Em situações como essa, entretanto, seria preferível suportar a tirania, o regime injusto de um só, do que expor o povo à anarquia, que poderia resultar em opressão mais grave. O súdito não podia agir individualmente contra o tirano, já que não se devia proceder contra a perversidade do tirano por iniciativa privada, mas sim pela autoridade pública”. COSTA, Nelson Nery. **Curso de ciências políticas**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 68.

²³⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº. 1362120118260516, da 6ª Câmara de Direito Público da Comarca de Aparecida/SP, de 29 de agosto de 2011. Rel. Desembargador Reinaldo Miluzzi. Julgado em 29/08/2011. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20355540/apelacao-apl-1362120118260516-sp-0000136-2120118260516>> Acesso em: 30 de junho de 2013.

EMENTA: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER- ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA- INADMISSIBILIDADE- Indeferimento da petição inicial, fundamentada na impossibilidade jurídica do pedido – Ausência de necessidade comprovada, por cesarianas sucessivas anteriores- Inteligência do artigo 10, § 2º da Lei Federal n. 9.263/96. Apelação desprovida. RELATÓRIO. Trata-se de obrigação de fazer ajuizada pela autora, hipossuficiente, em face da Secretaria de Saúde do Município de Roseira (Comarca de Aparecida), objetivando a autorização para sua esterilização, através do método de cirurgia de laqueadura, por ocasião do parto de seu quinto filho. A r. sentença lançada a fls. 19/21, de relatório adotado, indeferiu a petição inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, fundamentado no art. 10, § 2º, da lei n. 9.263/96 que proíbe a esterilização seja realizada durante o parto ou a permite nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.(...) FUNDAMENTOS: A autora encontra-se com 25 anos completos (fls.12). Na época da propositura da ação, encontrava-se em período de gestação, com data provável do parto o dia 27/02/11 e então, certamente, já possui cinco filhos menores (fls.07 a 11). Encontra-se assistida por advogado indicado pelo Convênio da Assistência Judiciária mantido entre a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Ordem dos Advogados do Brasil (fls.05/06) e há fortes indícios de que seja hipossuficiente e não tenha condições financeiras de ter outros filhos e muito menos de arcar com as despesas da cirurgia pretendida.entretanto, inequívoco que o pleito principal (laqueadura durante o período de parto) não poderia ter sido atendido, em razão da vedação contida na Lei n. 9.263/96, §2º.(...)É, nos autos, embora exista a prova de numerosa prole, não há, contudo, prova das “cesarianas sucessivas anteriores” que pudesse excepcionar a vedação legal. (...) Por fim, é certo que se impõe, neste caso, a necessidade imperiosa de planejamento familiar. Porém, não há comprovação de que o caso em questão preenche os requisitos legais que poderiam autorizar a esterilização voluntária da apelada. Logo, o recurso de apelação não comporta provimento. Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso.**

Vê-se demonstrado como são fortes os imperativos que se levantam dada a força normativa do art. 10, § 2º da Lei n. 9.263/96, que paralisa o exercício do direito no momento do parto e posterga-o para um segundo evento futuro.²³¹ O douto desembargador, mesmo diante de uma situação em que fica evidente a necessidade do planejamento familiar, julga que os requisitos legais objetivos devem estar obrigatoriamente presentes.

É fato consumado que não haverá decisão judicial tendente a permitir o procedimento cirúrgico da laqueadura voluntária intraparto em mulher hígida quando do nascimento de seu primeiro ou segundo filho, somente por motivações relacionadas ao seu planejamento familiar. O impeditivo legal é de um determinismo de tal forma conspícuo que paralisa qualquer entendimento judicial em contrário. Assim como acomete ao profissional médico,²³²

²³¹ “Na verdade, o sistema preventivo enseja, como é óbvio, a possibilidade de proibição do exercício do direito, ou a sua procrastinação. Contra isso, num Estado de Direito, há, sem dúvida, o recurso ao contencioso administrativo ou judiciário. Entretanto, o provimento desse recurso nem sempre repara adequadamente o adiamento no exercício do direito”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.54.

²³² “Porém, o médico não pode deixar de considerar que a sua visão do que é melhor pode não ser, às vezes, a mesma visão do paciente. Ao fazer o bem, o médico deve ter a preocupação de observar as necessidades do paciente, respeitando o princípio do utilitarismo e usando o seu melhor conhecimento para dar os

também o juiz pode ver-se envolvido em óbices meramente legais que vedem o exercício da prolação de sentenças que sejam conforme seu senso de cabimento jurídico.

Mostra-se bastante oportuno trazer a situação fática extraída da apelação cível n. 2008.001169-8 de Indaial/SC. Pelo relatório, a requerente, mãe de três filhos, estava no final de uma quarta gestação acidental para a qual não possuía condições financeiras mínimas de suportar o ônus de uma nova criança. Pelos autos, era dependente da pensão que recebia do pai dos primeiros filhos, então casado com outra mulher. Tão grave era a sua situação que aduziu entregar o quarto filho para a adoção. Em 1ª instância, peticionou visando à autorização para realização da laqueadura tubária no momento do parto, devido ser extensa a fila para o requerimento administrativo junto ao SUS e havia o receio de não ser atendida em tempo hábil. A sentença de 1º grau julgou improcedente o pedido inicial, com o fundamento de “ser precipitada a intervenção cirúrgica almejada, tendo em vista que a autora é muito jovem para ser submetida a esta espécie de procedimento degradante à sua saúde e de que não há comprovação da realização de cesarianas sucessivas anteriores, conforme estipula o parágrafo único do art. 4º da Portaria n. 48/99”.²³³

Nesta situação, depreende-se que a MM. Juíza, mesmo diante da situação socioeconômica extremada por parte da requerente, agigantada ao ponto de ter de valer-se da decisão dramática de preferir entregar o filho a uma família substituta a vê-lo padecer das indignidades famélicas, ainda entende a laqueadura como degradante à sua saúde. Seria pouco cabível, nesta situação específica, entender de forma contrária ao raciocínio de que o planejamento familiar foi, seguramente, cerceado em sua caracterização de livre decisão.

Maria Irene Szmrecsány, diante de situações congêneres, onde se vê a esfera estatal imiscuir-se, mesmo que profilaticamente, com intromissões deste nível de invasividade e determinismo descabido, demonstra despreço ao agir livre e pensante do indivíduo: “O

esclarecimentos necessários, informando o melhor método anticoncepcional, naquele momento e naquele quadro de saúde que se apresenta. Esse raciocínio também se aplica aos efeitos secundários que, embora considerados pelo método como sem importância, venham a ser relatados pelo paciente como intoleráveis”. CHAVES NETTO, Hermógenes. **Obstetrícia básica**. 2ed. Edição rev. e atual. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 1.047.

²³³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 11698, da Quarta Câmara de Direito Público da Comarca de Indaial/SC, de 02 de outubro de 2009. Rel. Desembargador José Volpato de Souza. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6729456/apelacao-civel-ac-11698-sc-2008001169-8-tjsc>>. Acesso em 30 de junho de 2013.

Estado que não garante a liberdade de seus cidadãos em problemas dessa ordem de privacidade não respeita os redutos de liberdade que fundamentam a democracia”.²³⁴

Tem-se, portanto, que igual juízo seria aplicado com maior veemência se a mãe ou o casal buscassem, judicialmente, o direito à laqueadura intraparto sob circunstâncias socioeconômicas mais favoráveis e cuja motivação maior fosse o desejo de laquear-se voluntariamente por uma decisão íntima e consciente de não serem gerados mais que um ou dois filhos no seu contexto familiar. É de se presumir, portanto, que o entendimento dominante consagra o mandamento infraconstitucional superior ao núcleo principiológico constitucional, posto demover o caráter decisório livre e consciente do casal que almeja a esterilização cirúrgica com fins de planejamento familiar no seu momento mais oportuno.

Contudo, na situação fática supracitada, a requerente, através do Ministério Público de Santa Catarina, não se conformando com a decisão proferida em 1º grau, interpôs recurso de apelação para reforma da sentença, “salientando que o Estado não pode impedir a utilização do método escolhido pela Autora, por vir de encontro aos interesses individuais e da própria sociedade (fls. 34/39)”.²³⁵ Após redistribuição determinada pela Terceira Câmara de Direito Civil, os autos emergiram para a Quarta Câmara de Direito Público, que teve por relator o Des. José Volpato de Souza, cuja decisão, por unanimidade, em 28 de agosto de 2009, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para autorizar a interessada a realizar o procedimento de laqueadura tubária. Contudo, não durante o parto, mas após.

O provimento judicial para a realização do procedimento cirúrgico está sempre atrelado a situações onde se demonstram condições sócio-econômicas amplamente desfavoráveis, principalmente, nos casos de pré-existência de prole numerosa. A atividade judiciária, contudo, não guarnecerá a autorização para a laqueadura tubária intraparto para um casal que se bem posicione social e financeiramente, e esteja a pleitear a cessação definitiva de sua capacidade procriadora, em nome de um planejamento familiar livre e consciente. O óbice legal será determinante.

Indaga-se se, nestes contextos, está a ocorrer o fenômeno da interpretação modificativa do direito. Ao discorrer sobre esta modalidade hermenêutica, Vicente Ráo

²³⁴ SZMRECSÁNY, Maria Irene de Q. F. **Educação e fecundidade**. São Paulo: Editora Hucitec e Editora Universidade de São Paulo, 1988, p. 219.

²³⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº. 11698, da Quarta Câmara de Direito Público da Comarca de Indaial/SC, de 02 de outubro de 2009. Rel. Desembargador José Volpato de Souza. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6729456/apelacao-civel-ac-11698-sc-2008001169-8-tjsc>>. Acesso em 30 de junho de 2013.

aplica-a para aqueles casos nos quais o legislador originário desconhecia ou não poderia prever situações e consequências incompatíveis com a própria ideia fundamental da norma produzida. As ulteriores contingências sócio-jurídicas, com suas novas necessidades e experiências, validariam modificações interpretativas, desde que não se oponham à estabilidade jurídica alcançada. Segundo este jurista, este processo modificativo, que não se confunde com o processo de livre interpretação, deve ser conduzido com cautela, posto incorrer no perigo de gerar-se a terrível insegurança jurídica. Para este autor, a regra modificativa objetiva a integração ou restauração do cerne nuclear da norma à realidade social, sem criar direito novo.²³⁶

Percebe-se uma via paradoxalmente contrária. A modificação imposta pelo legislador infraconstitucional, ao vedar a laqueadura voluntária intraparto cesáreo anterior a duas experiências cesarianas, trouxe modificação nuclear da essência da liberdade de escolha, garantida constitucionalmente, de se optar pelo melhor momento de paralisação da capacidade procriadora do casal. Muito mais do que se oporem à ideia fundamental da norma constitucional, as novas contingências sociais indicam sobejamente que o constituinte originário produziu nortes principiológicos que somente reforçam a estabilidade jurídica que, de fato, será amplamente alcançada com o soçobro do impedimento legal orquestrado pelo §2º do artigo 10 da Lei n. 9.263/96.

5.3. PERSPECTIVAS DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR EM OPOSIÇÃO À NORMA INFRACONSTITUCIONAL

Para o legislador infraconstitucional que construiu a proibição da esterilização cirúrgica da mulher logo após a realização do parto por via alta de seu primeiro ou segundo filho, a vontade do constituinte originário de 1988 e o texto constitucional produzido deste labor não comporta uma única e simples conexão interpretativa, quando estabelece que nenhuma forma coercitiva poderia interpor-se na livre decisão do casal em planejar sua família.

²³⁶ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6ed. anotada e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 528.

Para Celso Ribeiro Bastos, é essencial que se exija a legalidade dos atos jurídicos infraconstitucionais, a qual é manifesta principalmente pela congruência com o que esteja preceituado formal e materialmente em nível hierárquico superior. Ademais, assevera este autor que “das Constituições, por seu turno, é cobrada legitimidade, que vem a ser a maior ou a menor correspondência entre os valores e as aspirações de um povo e o constante da existente Constituição”.²³⁷

A Lei n. 9.263/96 estabelece que o Estado pode, sim, coagir a mulher a adiar a laqueadura tubária quando do nascimento do seu primeiro ou segundo filho, por parto cesariano, afetando momentaneamente a execução concreta do seu direito ao livre planejamento familiar. Se esta mulher, ou casal, tenha(m) a plena consciência de que já não deseja(m) mais procriar e, optar(em), conscientemente, pela laqueadura no momento mais oportuno para o ato cirúrgico, qual seja, o momento imediatamente após a cesariana, em cumprimento ao princípio da Paternidade Responsável e da Dignidade Humana de toda a sua entidade familiar, ver-se-á(ão) tolhido(s) neste intento.

O óbice dá-se por pura manifestação da força coercitiva legal, por parte do Estado, que, cumprindo sua função regulamentadora normativa, entende que o planejamento familiar não pode ser tão livre a ponto de incorrer em riscos posteriores de arrependimento superveniente. A visão constitucional discernida pelo legislador que proibiu a laqueadura intraparto cesáreo parece ter sido a de que a autonomia pessoal do casal ou da mulher deve ser suprimida, mesmo estando-se diante de declaração livre e consciente da manifestação da vontade de pessoa maior e capaz. Infere-se, portanto, que há um choque hermenêutico entre o que está posto como norma infraconstitucional e o texto da Carta Magna, que veda qualquer tipo de interferência sobre o planejamento familiar, conquanto reflexo prático da concretização dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Paternidade Responsável.

Neste caso, há de se sopesar a ocorrência do grau de arbitrariedade que é enfrentado, bem como os instrumentos jurídicos que lhe seriam cabíveis e lícitamente oportunos para sanar os seus indesejados efeitos, principalmente numa atualidade que se mostra maciçamente propensa a apoiar os ditames constitucionais, tais como estão insculpidos no § 7º do art. 226

²³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p.21.

da Carta Magna de 1988, entendendo-os como linearmente conformes aos anseios sociais de planejamento familiar hodiernos²³⁸.

Sérgio Sérulo da Cunha apresenta o Princípio da Negação do Arbítrio como inserido entre os princípios gerais do Direito²³⁹:

O princípio da negação do arbítrio é aquele que veda, como contrária ao Direito, a prática de atos arbitrários - assim a edição de lei arbitrária, a realização de processo arbitrário, a prolação de sentença arbitrária- e, antes deles, a outorga de poderes que permitam a prática de atos arbitrários ou desproporcionados- assim a outorga de poder ilimitado ou sem controle, a concessão de direitos potestativos, a negociação de direitos indisponíveis. Ele se expressa mediante os chamados princípios da racionalidade, do devido processo legal e da proporcionalidade.

Gomes Canotilho refere-se ao “princípio da máxima efetividade”, ou “princípio da interpretação efetiva”, o qual, segundo o professor de Coimbra, pode ser formulado da seguinte maneira²⁴⁰:

(...)a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Ao pugnar pela proibição da laqueadura tubária, em mulher hígida e consciente de sua decisão de não mais procriar, quando da realização de procedimento cesariano em sua primeira ou segunda experiência cirúrgica de parto por via alta, a Lei n. 9.263/96 parece interromper a plena eficácia, e, portanto, a máxima efetividade do dispositivo constitucional que veda qualquer intromissão estatal na decisão livre do casal quanto ao número de filhos que planejaram ter.

²³⁸ “Importante lembrar que o principal objetivo do novo conceito é reduzir as violações à autonomia pessoal, integridade física e psicológica de que são alvo indivíduos e coletividades, e garantir os meios necessários para o ser humano alcançar seu bem-estar sexual e reprodutivo. Isto significa garantir não só direitos sociais como o da saúde, educação e trabalho, como também, direitos individuais à vida, igualdade, liberdade e inviolabilidade da intimidade, etc”. VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p.56.

²³⁹ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75.

²⁴⁰ CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 7ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p.1224.

Luís Roberto Barroso afirma, com propriedade, que “o Direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto e interesse de estudo”.²⁴¹

As poucas iniciativas parlamentares de confrontação com o que está posto como proibição ao direito da laqueadura tubária intraparto cesáreo não conseguem fender a maciça disposição de se permanecer a legislação do jeito que está.

Uma importante iniciativa deu-se neste sentido, no ano de 2005, quando o Deputado Federal João Batista, do PFL/SP, em 13 de abril, apresentou o Projeto de Lei n. 5061, que se propunha a alterar o §2º do art. 10 da Lei n. 9.263/96, de forma a permitir a realização da laqueadura tubária nos períodos de parto ou aborto em caso de cesárea anterior. Ou seja, a mulher poderia ser, sim, submetida à esterilização voluntária intraparto, desde que já houvesse, preteritamente, ter sido submetida a uma cesariana anterior. A modificação legal mudaria a redação da forma plural “cesarianas anteriores”, como hoje está a vigor. Manteve, por óbvio, o rechaço à realização da cesariana somente com vistas à esterilização. Contudo, situou a questão dos Direitos Reprodutivos em bases mais atualizadas e tecnicamente mais precisas²⁴²:

Vale ressaltar que a realização de cesariana para a esterilização é uma prática que deve ser repudiada. Porém, não se pode penalizar a mulher hígida que será submetida à cesárea por indicação médica correta, que decidiu (juntamente com o seu cônjuge, se casada) se submeter à laqueadura, não só manifestando essa vontade 60 dias antes do ato cirúrgico, mas mantendo esse desejo mesmo após ter sido desencorajada por equipe multidisciplinar (composta por profissional de medicina, enfermagem, psicologia, assistente social), como impõe a lei. Por que penalizá-la com nova anestesia e procedimento cirúrgico? Por que não aliviá-la desse sofrimento evitável? Não reza a Constituição Federal, no §7º do art. 226, que “o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito”? Esta proposição tem o objetivo de permitir a laqueadura tubária no momento do parto ou do aborto quando a mulher já tiver sido submetida a, pelo menos, uma cesárea anterior, mantidas as demais condições, inclusive a manutenção da penalidade caso a cesárea tiver sido indicada com o fim específico de esterilização. Dessa maneira, evita-se o aumento da cesárea com a laqueadura tubária sem respaldo científico, ao mesmo tempo em que protege a mulher de um sofrimento posterior desnecessário, não referindo este parlamentar apenas a um novo processo anestésico ou cirúrgico, mas também a uma posterior gravidez indesejada, causada pela impossibilidade de a mulher internar-se novamente, em razão de seus afazeres domésticos e profissionais.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 216.

²⁴² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.5061, de 2005. Autor: Deputado João Batista. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281734>. Acesso em 02 de julho de 2013. Texto original.

(...) Por todo o exposto, peço o apoio dos nobres colegas para a célere aprovação deste projeto, que irá contribuir para o aperfeiçoamento da legislação referente ao planejamento familiar.

Atualmente, este Projeto de lei foi apensado ao PL2059/2003 em 25 de abril de 2005, e, desde então, sua proposição aguarda a apreciação do plenário. Já transcorreram mais de 8 (oito) anos desde sua apresentação e não há maiores perspectivas, atualmente, de que venha a ser posto em votação. Perceba-se, ainda, que o supracitado Projeto de Lei visa ao aperfeiçoamento da legislação referente ao planejamento familiar, e não adentra pelos meandros argumentativos tendentes a investigar a inconstitucionalidade do dispositivo normativo vigente, o que seria amplamente cabível e justificado²⁴³.

Contudo, como bem explica Miriam Ventura, mesmo com toda a legitimidade jurídica e fundamentação principiológica para o desenvolvimento salutar destas temáticas, existem sempre as dificuldades de ordem política, imbricadas de forma inamovível de cada fase deste processo, associadas às barreiras de ordem sistêmico-estruturante, que impõem embaraços de difícil resolução, pois “apesar do rico instrumental legal-processual, existem fronteiras políticas a serem vencidas para implementação e efetivação de determinados direitos, em particular, aqueles que dependem de políticas públicas para sua realização, como os relacionados ao direito à saúde, à educação, ao trabalho, segurança pública e outros”²⁴⁴.

O direito ao planejamento familiar verdadeiramente livre passa, necessariamente, pela temática da esterilização voluntária intraparto cesáreo. A plenitude prática de sua prerrogativa constitucional assim o requer. Para Ingo Wolfgang Sarlet, o processo de efetividade das normas constitucionais “encontra-se na dependência de uma série diferenciada e complexa de fatores, dos quais boa parte é mesmo exterior ao próprio domínio do direito constitucional”²⁴⁵.

O direito ao livre planejamento familiar encontra fastigiosa estruturação principiológica dentro da Carta Magna de 1988. Isto posto, de *per si* já se poderia evocar os

²⁴³ “No caso de divergência entre os princípios e normas constitucionais com as leis infraconstitucionais e políticas, o sistema legal brasileiro dispõe de instrumentos e mecanismos legais que permitem o controle da constitucionalidade das leis, que tem como principal objetivo retirar do sistema a norma ou política inadequada ou afastar a aplicação de determinada norma no caso concreto. Dentre os instrumentos e mecanismos disponíveis estão as ações de inconstitucionalidade (ADI) e a possibilidade de qualquer cidadão no âmbito de uma ação judicial com pedido individual afastar a aplicação da norma considerada inconstitucional, por determinação judicial”. VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p.60.

²⁴⁴ VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009, p.60.

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 183.

dizeres de Paulo Bonavides, quando enfatiza a concretude já consolidada da hegemonia e preeminência destas premissas primeiras, formadoras da legitimação de todo o sistema jurídico, ao assim expressar-se: “Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição”²⁴⁶. Assevera ainda o autor que “os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa”²⁴⁷.

Portanto, no intuito de densificar jurídico-constitucionalmente o que preceitua o § 7º do art. 226 da Carta Magna de 1988 quanto a não intromissão estatal na decisão do casal em não mais procriar, há de perceber-se que, sob alguma forma, o texto infraconstitucional que veda a realização da laqueadura tubária quando do momento do parto cesariano em mulher hígida e consciente de sua decisão, impede a concretude máxima do que está posto no Magno Texto. Surge, daí, a necessidade de perquirir se o que se insculpe no dispositivo constitucional em epígrafe é mero enunciado ou norma concreta. Neste sentido, o magistral pensamento de Lênio Streck²⁴⁸:

Ou seja, o sentido da Constituição não pode continuar velado (isto porque, passadas duas décadas desde sua promulgação, grande parte de seu texto continua inefetivo, portanto, *não descoberto*). Por isto, para interpretar a Constituição (*entendida como o novo, o estranho*), é necessário, primeiro, tornar transparente a própria situação hermenêutica a fim de que o estranho ou diferente do texto possa fazer-se valer antes de tudo, isto é, sem que nossos pré-juízos não esclarecidos exerçam aí sua despercebida dominação e assim escondam o específico do texto. Não podemos esquecer, como diz Gadamer, que *toda compreensão começa com o fato de que algo*

²⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 294.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 293.

²⁴⁸ “30. Onde não se suscitam dúvidas, não se interpreta, e nem toda realização de normas constitucionais revela uma interpretação. A interpretação constitucional faz-se necessária porque a Constituição não permite resolver de forma concludente os problemas propostos. Dado o caráter aberto e amplo da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência que em outros setores do ordenamento cujas normas são mais detalhadas. (...) 32. Assim, *interpretar* uma norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos, escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos, normativo-constitucionalmente fundado. *Concretizar* é densificar as regras e princípios constitucionais, implicando um processo que vai do texto da norma (enunciado) para uma norma concreta (norma jurídica), que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização”. ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos Humanos, dignidade e Erradicação da Pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p.216.

nos interpela. Ou seja, para compreender, temos que pôr entre parênteses os pré-juízos²⁴⁹.

Para aqueles que entenderem-se tolhidos em um direito que reconhecem ser constitucionalmente construído, resta a batalha pela alteração legislativa. O Poder Judiciário demonstra total acatamento ao que está posto na legislação atual, confirmando seus ditames. Aos irredimidos, cabe o contínuo pleitear, pelas vias judiciária e legislativa, no intuito de fazer valer entendimento que seja concorde à sua constatação de que o texto constitucional não permite ilações conforme o que aí está. Cabe, portanto, o ativismo político, com vistas a pressionar a atividade legislativa, com o intuito de alterar o mandamento legal que descoroça a mulher do exercício da esterilização voluntária em parto cesariano.

La Boétie, notável opositor do absolutismo, imprimiu em sua obra uma portentosa antevisão da verdadeira noção de liberdade. Há mais de quatrocentos anos, decifrou e anteviu, mesmo numa época de rudimentos, o verdadeiro processo da liberdade política²⁵⁰.

Hoje, contudo, vive-se uma realidade dita democrática, que valoriza e possibilita o ativismo legislativo e judicial. Cumpre fazer-se crescer o interesse na discussão e na exposição clara e moderna de tais questões. O poder estatal é formado pelo que lhe é concedido pela massa humana, cujo universo compõe-se de desejos, ideais e pactos sócio-legais, tudo entranhavelmente inserto numa massa amorfa de axiologias e volições. Desta forma, somente o recrudescimento da importância desta temática poderá fazer surgir horizontes mais condizentes com o que foi idealizado pelo prestigiado trabalho da constituinte de 1988, sob cujas luzes permanecem viáveis os labores modificativos que se proponha empreender.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 350.

²⁵⁰ “O poder dos soberanos resultava da servidão voluntária, ou seja, dos homens obedecerem passivamente as leis do Estado. A ação dos governantes era sempre injusta porque fazia com que fosse subtraída a vontade dos indivíduos, assim a dignidade humana. Os homens, para LA BOÉTIE, só voltariam a ser livres quando, através da aquisição do conhecimento compreendessem que a amizade entre eles poderia forjar a unidade capaz de levá-los a resistir, e, desta maneira, findar a servidão voluntária”. COSTA, Nelson Nery. **Curso de ciências políticas**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 90.

6. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, ao traçar diretrizes tão amplamente assecuratórias no tocante ao planejamento familiar, trouxe a reboque a necessidade de sua regulamentação pelo legislador infraconstitucional. Contudo, tal atividade regulamentadora não possui o condão jurídico de construir mandamentos que firam o Princípio da Supremacia Constitucional, posto ser a aludida Carta Magna lei hierarquicamente superior, e, nesta condição, constituir-se alicerce de validade para toda e qualquer norma infraconstitucional.

Ao vedar toda e qualquer forma de intromissão na decisão do casal quanto ao número de filhos que almejam ter, a Lei Maior criou repercussões de ordens médico-sócio-fisiológicas de interesse. Tais implicações não poderiam passar incólumes a uma interpretação mais acuradamente principiológica, sobretudo quanto às consequências sócio-jurídicas que passam a ser construídas, mormente no tocante ao direito de informação, à liberdade de escolha (livre decisão) e à saúde das pessoas. Porém, qualquer regulamentação ulterior deverá respeitar o núcleo basilar que a Carta Magna construiu como supedâneo ontológico, que foi a valoração máxima da decisão soberana do casal quanto à importante e personalíssima decisão sobre o número de filhos que deseja procriar.

Assim, todo o substrato infraconstitucional deverá perpassar esta base e impregnar-se desta vontade constitucional. Do contrário, estaria permitindo a negativa de suas próprias premissas fundamentais. Tal auto-permissividade levaria à geração de inços legais, a medrarem-se entre os pilares de certeza e solidez jurídicas que compõem o texto constitucional quando se expressa claramente que é vedada qualquer intromissão, pública ou privada, que se interponha na vontade livre e íntima do casal acerca da consumação dos seus projetos de comunhão familiar através de um planejamento responsável e consciente.

Ocorre que a Lei nº 9.263/96, no afã regulamentador do §7º do art. 226 da atual Constituição Federal, impôs, através do §2º do seu art. 10, comando impeditivo do exercício da livre decisão pela esterilização cirúrgica voluntária em mulher hígida, quando do nascimento do seu primeiro ou segundo filho, em parto por via alta. A legislação infraconstitucional, desta forma, imiscui-se em seara íntima e peculiar da vida do casal ou da mulher que deseja laquear-se no momento que julga mais oportuno. Ademais, a Portaria SAS, n.48/99, do Ministério da Saúde, estabelece, objetivamente, o prazo de 42 dias após o parto

cesariano para a realização do referido procedimento. Portanto, por dupla regulamentação, o livre direito à decisão quanto ao planejamento familiar é atingido e negado.

Aqui, não há falar em imutabilidades excessivamente rígidas, nem de apego descabido a uma interpretação literal do texto constitucional, mas numa principiologia de arcabouços lógicos e auto-delimitáveis. Tanto assim é, que não se está a contestar todos os avanços significativos que a concepção sócio-normativa orquestrada pela Lei nº 9.263/96 inegavelmente trouxe. Muito pelo contrário, este diploma infraconstitucional constitui, solidamente, instrumento legal de cabível inserção dogmático-regulamentadora atinente a conferir, inclusive, maior efetividade constitucional à novel questão dos Direitos Reprodutivos no Brasil.

Contudo, apesar de todos os avanços produzidos, a Lei nº 9.263/96 trouxe consigo o incabível mandamento que cerra via de gozo e usufruto de prerrogativa constitucional, dada à mulher, de ser laqueada no momento imediatamente posterior ao nascimento, por parto cesariano, do seu primeiro ou segundo filho. Aqui, inquina-se descabido o entendimento, atualmente vigente no ordenamento jurídico pátrio, de que a mulher não se vê tolhida em seu direito à esterilização voluntária, posto ser-lhe garantido tal desiderato em momento posterior. Não se pode acatar o argumento de que o mandamento obliterativo seria eminentemente tèmoro-circunstancial, e que não afastaria ou espancaria a prerrogativa da laqueadura pela via de procedimento cirúrgico próprio, posto estar disponível em tempo futuro.

Muito pelo contrário, o direito à laqueadura não permanece incólume. O óbice aqui trazido, ainda que não seja de natureza normativa, impõe-se pela via oblíqua do atingimento ao núcleo central da vontade da mulher cidadã. O cerceio, muito embora não se observe por taxaço dogmática, verifica-se, claramente, por minar os aspectos basilares do íntimo valorativo do ser, ao ver afastar de si, em nome da preservação de sua hígidez natural, o afã de submeter-se a novas hospitalizaçoes, incisões e cicatrizes. A mobilizaço temporal da aplicaço do direito, nestas circunstâncias, é fator de arrefecimento axiológico e, portanto, fonte de fragmentaço nuclear de sua essência. Assim enfraquecida, toma a norma um vulto de eficácia combalida, trazendo consigo sua indireta invalidaço.

No que diz respeito ao papel do Estado legiferante regulamentador, tem-se que se constitui em construçao politicamente soberana e apta a salvaguardar os interesses comuns da sociedade que o forma. Neste escopo, compete ao ente estatal conferir a devida juridicidade aos fatos sociais que emergem das relaçoes humanas construídas no seu seio. Não fosse

assim, ver-se-ia instalada força caótica e incapacitante quanto ao respeito à ordem, estabilidade e segurança jurídicas. Neste sentido, exerce função protetora ao assegurar mecanismos de regulamentação jurídica dispostas a buscar garantir a melhor aplicabilidade e executoriedade legal das premissas normativas.

Ao tratar, especificamente, da proibição imposta à mulher de se submeter, livre e voluntariamente, à laqueadura tubária intraparto, está agindo, formalmente, segundo prerrogativa constitutiva. Porém, também está a agir, materialmente, no sentido de impor obstáculos legais que entram em choque com os ditames democráticos de liberdade e responsabilidade. Frise-se, aqui, que os ideais de liberdade, garantidos constitucionalmente, não se caracterizam como de somenos importância ou de pretensa atuação. Do contrário, são postulados estruturais inequívocos e de aplicabilidade prática imediata.

Dessa forma, a atuação estatal está condicionada aos ditames constitutivos insculpidos no ordenamento jurídico. Este sistema hierarquicamente organizado possui congruências em harmoniosa relação de equilíbrio e subordinação aos princípios basilares que estruturam a Carta Maior. Nesta disposição, assumem altaneiras importâncias as liberdades de escolha e de decisão, desde que pautadas em princípios de licitude e bem-estar sociais.

Assim visualizado, o óbice legal a não realização da laqueadura tubária durante o parto cesariano, em qualquer momento da vida do casal e independentemente do número de filhos que possuam, não se sustentaria principiologicamente. Estaria ferindo, frontalmente, o poder de escolha desta entidade familiar em construção. Ao ditame imperativo de proibir o usufruto da laqueadura tubária durante o parto por via alta, segue-se que demove a mulher de sua decisão livre da não mais procriar, visto conduzi-la compulsoriamente a outro momento cirúrgico de labores, riscos e desconfortos em duplicidade. Ao procrastinar o usufruto do direito em seu melhor momento, termina-se por enfraquecer este direito, quanto mais se avultem outras contingências de todas as sortes possíveis, como as de ordem econômica ou psicológica. Tal mandamento feriria a livre manifestação da vontade do casal, legitimamente manifesta e plenamente imbuída de consciência cidadã.

A proibição insculpida no §2º do art. 10 da Lei nº 9.263/96 acaba por minorar o poder decisório dos seus cidadãos, conquanto sejam estes sujeitos maiores e capazes, de exercerem o seu direito, fundado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como no da Paternidade Responsável, de não mais procriar, estabelecendo prazos e normatizando com base em conceitos objetivos aquilo que é decisão íntima e residente no plano axiológico do

indivíduo. O ente estatal, assim agindo, assume, unilateralmente, uma posição classificadora, na qual define todos os indivíduos como sujeitos desinformados e precipitados, lançando um conceito planificador inadmissível para uma sociedade tão plural e hipercomplexa como a hodierna.

O aparato estatal existe com a finalidade de bem dirigir os rumos da sociedade que o constitui. Contudo, a Ciência Política e a História dos homens livres é recorrente em sedimentar o entendimento de que esta outorga lhe é dada enquanto incorpore e constitua-se em instituto tutelar das acertadas decisões sociais, resguardando a coletividade de seus próprios atos, quando os mesmos se mostrarem auto-destrutivos e infligidores de transtornos irreparáveis.

O que se visa tolher, neste pormenor, é a volição auto-ruinosa. A historicidade dos fatos sociais tem demonstrado que as sociedades humanas têm a eiva das interpretações dúbias e ambíguas, as quais trazem em seu bojo repercussões sofríveis para todo o extrato grupal, e que podem protrair-se em conseqüências que extrapolem os limites temporais, adentrando, em seus nefastos efeitos, no cerne de outras gerações.

O Estado, contudo, ao vedar a realização da laqueadura no momento do parto cesariano, estaria fundamentando-se em estatísticas que revelam algum grau de arrependimento posterior por parte do casal, mormente a mulher. Assim, objetiva evitar que procedimento médico irreversível venha a consumir-se, o que geraria, segundo o entendimento do legislador infraconstitucional, o cerceio e a decadência do direito à vida de novo conceito que viesse a ser desejado.

Fica evidente que o Estado, na sua atribuição legiferante, idealiza estar agindo de modo a proteger, principalmente, a integridade psíquica da mãe hígida que precocemente acredita estar decidida em mutilar-se, freando o seu potencial gravídico de forma terminante. Ao estabelecer momento posterior para tal desiderato, entende que tão relevante e grave decisão estaria protegida pelo manto da maior ponderação e da mais refletida prudência. Julga-se, assim, estar produzindo as condições mais favoráveis para o gozo do direito à esterilização voluntária. O agente estatal estaria cumprindo o seu papel sócio-jurídico de forma mais ampla e com acertada visão de multidisciplinaridade.

Contudo, o tecido social não é fundado em homogeneidades e planificações. Assim nunca se caracterizou. De igual forma, não seria razoável esperar um caráter classificador

rígido, por parte do ente estatal, em sua compreensão moduladora da realidade. As ocorrências fáticas são suficientemente plúrimas para definirem uma matriz humana abundantemente polimorfa e hipercomplexa. É a própria contingência social, tão impregnada pelas multifacetadas e abrangentes influências da civilização quem está a criar este estado de coisas tão variável.

Portanto, o campo axiológico humano está a receber, hodiernamente, cargas de influxos das mais variáveis vertentes. Ademais, à medida que a sociedade torna-se mais instruída, urbana e organizada, mais latente percebe-se o nível de conscientização e de maturação do poder decisório de seus atores. Tal observação há de resvalar, necessariamente, na capacidade recrudescente daquele que é tido por sujeito de direitos tomar para si suas responsabilidades civis, enxergando-as sob óticas cada vez mais precisas.

As novas valorações familiares, vistas em seus aspectos jurídicos, já não abarcam maiores retaliações embargantes. A decisão acerca da composição familiar supedaneia-se muito fortemente em carregamentos principiológicos cada vez mais tangíveis e cada vez menos renunciáveis. Neste caso, estaria sendo conferido a todas as mulheres hígdas a presunção de irreflexão e precipitação, quando os entendimentos mais basilares do Direito apontam em sentido contrário ao afirmar que, com o passar da menoridade, todos se tornam habilitados para os atos civis.

Neste sentido, a cognição acerca da não-precocidade decisória, ou seja, o tempo jurídico mais adequado para a tomada desta decisão deveria ser, inafastavelmente, o que vem com a maioria civil. O advento de outras classificações queda-se inquinado de indesejáveis repercussões. Portanto, estaria o Estado adentrando em searas perigosamente invasivas e trazendo embaraços incompatíveis com a ordem axiológico-jurídica vigente. O advento de outras classificações etárias parece sugerir falhas ou lacunas nestes proto-referenciais. O caráter de irreversibilidade adjacente ao procedimento da laqueadura não deveria ser, em si mesmo, justificativa para se deter a conclusão de um projeto de vida, justamente no momento em que ele é mais oportuno e cabível.

Se o olhar do constituinte originário, em sua celebrada visão de futuro, anteviu o resguardo de direitos que estão acima das regulamentações equivocadas posteriores, não deveria ter este poder legiferante à condição mandamental de reprimir aquilo que já se encontra posto em pilares muito mais estruturantes, salvaguardadores das reais liberdades.

Com base nos dados observáveis da pesquisa, verificou-se a título de resultados que é plenamente cabível, oportuno e imperioso que a legislação seja alterada, com vistas a suprimir este ditame infraconstitucional que profliga a decisão do casal, ou da mulher, de laquear-se voluntariamente quando da realização do parto cesáreo de seu primeiro ou segundo filho. Chega a ser abusiva a intromissão legislativa estatal de tratar de forma tão simplista uma questão tão complexa. Mais ainda, é violador dos princípios mais basilares da autonomia pessoal e da consumação dos ideais democráticos da liberdade, quando este Estado resolve imiscuir-se em decisão de foro tão íntimo e de ponderações tão percucientes no âmago familiar.

Um governo democrático caracteriza-se pela representatividade, assim como um governo constitucional democrático pauta-se pelos fanais da sua Carta Magna. Portanto, cumpre fazer-se valer o levante democrático que fomenta a mudança legislativa de forma ordeira, segura e lícita, através de iniciativa popular que pressione os ilustres parlamentares a porfiarem pela supressão definitiva deste mandamento inconstitucional esdrúxulo e descabido.

A contemporaneidade é marcada pelas retomadas de consciência e de clamores individuais e coletivos por novos rumos e projetos de vida, principalmente no que comportem e agasalhem os ideais de emancipação e valorização feminina. São justamente estas novas conjunturas que tornarão cada vez mais insuportáveis a manutenção de mandamentos paradigmáticos que busquem tolher as tomadas decisórias mais íntimas e condizentes com as propostas de novos tempos de auto-afirmação e ruptura com ditames peremptos e massificantes. A mulher ou o casal, melhor(es) do que ninguém, sabe(m) e reconhece(m) o momento mais adequado de cessação de sua capacidade procriadora. As estatísticas apontam para arrependimentos posteriores em níveis cada vez mais ínfimos e inexpressivos, o que, de *per si*, já aponta para a caducidade do que está posto como válido e vigente.

Ademais, a história do homem é a história das consequências de suas decisões. Independente de seus erros e acertos, vale sempre ter o norte da liberdade responsável continuamente a conduzir os seus caminhos, como bússola decisória capaz de sustentar-se na maturidade democrática que exigirá de todos a coragem de decidir pelo rompimento ou pela preservação de seus medos quanto a um futuro que se desenha a cada dia tão mais cheio de incertezas, quanto mais pleno de esperança.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos Humanos, dignidade e Erradicação da Pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

AMARAL, Marta. **Introdução ao estudo da embrilogia: histórico, importância e relação com outras disciplinas**. Disponível em : <http://www.ufpel.edu.br/biotecnologia/gbiotec/site/content/paginadoprofessor/uploadsprofessor/6940787fcd18f2bec47f93f89c2138f5.pdf?PHPSESSID=ac305ddf2e2eae902090e9fc5c9ae9d4>. Acesso em 03 de junho de 2013.

ANTHIKAD, Jacob. **Psicologia para enfermagem**. Trad. de Fernando Gomes do Nascimento. São Paulo; Reichmann e Autores Editores, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *In: O direito civil no século XXI*. Coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARBOSA, Águida Arruda. *In: Direito de família e das sucessões*. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernandes Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

BARBOSA, Luciana Freitas; LEITE, Iúri da Costa; NORONHA, Marina Ferreira de. **Arrependimento após a esterilização feminina no Brasil**. *In: Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*. Vol.9, N.2, Recife. Junho/2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292009000200007. Acesso em 16 de junho de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, Salvador, 2007, p. 03. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>>. Acesso em: 04 de junho de 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEREK, Jonathan S. **Tratado de ginecologia**. Trad. de Cláudia Lúcia Caetano de Araújo. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.5061, de 2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281734>. Acesso em 02 de julho de 2013.

_____. **Código Civil Brasileiro** – Lei n° 10.406, de 10/01/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 04 de abril de 2013.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei n° 2.848, de 07/12/1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 08 de abril de 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05 de Fevereiro de 2013.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em 23 de abril de 2013.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>. Acesso em 23 de abril de 2013.

_____. Senado Federal. PLS – Projeto de Lei do Senado n. 552, de 2007. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=82490. Acesso em: 07 de junho de 2013.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n°. 1362120118260516, da 6ª Câmara de Direito Público da Comarca de Aparecida/SP, de 29 de agosto de 2011. Rel. Desembargador Reinaldo Miluzzi. Julgado em 29/08/2011. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20355540/apelacao-apl-1362120118260516-sp-0000136-2120118260516> Acesso em: 27 de agosto de 2013.
> Acesso em: 30 de junho de 2013.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível n°. 11698, da Quarta Câmara de Direito Público da Comarca de Indaial/SC, de 02 de outubro de 2009. Rel. Desembargador José Volpato de Souza. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6729456/apelacao-civel-ac-11698-sc-2008001169-8-tjsc>. Acesso em 30 de junho de 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari, *et al.* **Direitos humanos e políticas públicas.** São Paulo: Pólis, 2001, p.8. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Direitos%20Humanos%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas.pdf> . Acesso em 05 de maio de 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** 8ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMARGO, Marculino. **Fundamentos de ética geral e profissional.** 11ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 7ed. Coimbra: edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os Direitos Humanos no Tempo e no Espaço.** Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1998.

CHAVES NETTO, Hermógenes. **Obstetrícia básica.** 2ed. Edição rev. e atual. São Paulo: Atheneu, 2007.

Código de ética Médica - Conselho Federal de Medicina. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. Acesso em 26 de junho de 2013.

CONCEIÇÃO, Selma Regina de Souza Aragão. **Direitos Humanos:** do mundo antigo ao Brasil de todos. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CORRÊA, Sonia; ÁVILA, Maria Betânia. **Os direitos reprodutivos e a condição feminina.** 1ed. Recife: SOS CORPO, 1989.

COSTA, Nelson Nery. **Curso de ciências políticas.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COUTINHO, Aldacy Rachid. *In:* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. 3ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CUNHA, Antônio Carlos Rodrigues da; WANDERLEY, Miriam da Silva; GARRAFA, Volney. **Fatores associados ao futuro reprodutivo de mulheres desejosas de gestação após ligadura tubária.** *In:* Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. Vol. 29, n. 5, Rio de Janeiro, maio de 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-72032007000500002&script=sci_arttext. Acesso em 07 de junho de 2013.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 13ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Vol. 5: Direito de Família – 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Teoria e prática do direito de família.** São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008.

FERNANDES, Arlete Maria dos santos; BEDONE, Aloísio José; LEME, Larissa Capochin Paes; YAMADA, Elza Mitiko. **Laqueadura intraparto e de intervalo.** In: Revista da Associação Médica Brasileira. Vol.52, n.5. São Paulo. Outubro/2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302006000500019&script=sci_arttext. Acesso em 04 de maio de 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 12ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONTENELLE, Leonardo F.; FREITAS, Gabriel Rodriguez de. In: **Neurociência da mente e do comportamento.** Coordenador: Roberto Lent. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro. Renovar 2003.

_____. **Direito Civil: família.** São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Princípios Constitucionais do Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso.** São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. VI: Direito de Família.** 6ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

HELMAN, Cecil G. **Cultura, saúde e doença.** Trad. de Cláudia Buchweitz e Pedro M. Garcez. 4ed. Porto Alegre: Artmed, 2003.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Dados oficiais disponíveis em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2018>. Acesso em 23 de junho de 2013.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Instrução Normativa SRF n. 15, de 06/02/2001. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/2001/in0152001.htm>>. Acesso em 08 de abril de 2013.

KRUGER, Gustav O. **Cirurgia Bucal e Maxilo-facial.** 5ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1984.

Lei nº 9.263/96. Regula o § 7º do art. 226, da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm. Acesso em 17 de junho de 2013.

LÔBO, Paulo, *In: Direito de Família e Sucessões. Temas Atuais.* Vários autores. (Coord.): Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; Flávio Tartuce; José Fernandes Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método, 2009.
_____. **Famílias.** 2ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Sahid. : **Teoria Geral do Estado.** 20ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Aspectos sociais e jurídicos relativos à família brasileira- de 1916 a 1988.** Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/publicacoes/critica/17/R.pdf>>. Acesso em 14 de maio de 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Aldacy Rachid Coutinho...[et. al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. 3ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento; 5-13 set 1994; Cairo. *In: Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia.* Vol. 29- n.5-RJ maio/2007 “O arrependimento após a esterilização cirúrgica e o uso das tecnologias reprodutivas”. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/50100-720320070005000001>>. Acesso em 18 de dezembro de 2012.

PANDOLFI, Antonino Pompeu; HOEPER, Dinorá. (A evolução do planejamento familiar no Brasil) *In: Rotinas em infertilidade e contracepção.* Organizado por Eduardo Pandolfi Passos, Fernando Freitas, João Sabino L. Cunha Filho [et al]. Porto Alegre: Artmed, 2003.

Parecer CREMEC n. 08/2004 (Conselho Regional de Medicina do Ceará). Relator: Helvécio Neves Feitosa. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2004/par0804.htm>>. Acesso em 18 de dezembro de 2012.

Parecer CREMERO nº 05/2011 (Conselho Regional de Medicina de Rondônia). Relatora: Cons^a. Marinês Rodrigues dos Santos César. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmro/pareceres/2011/5_2011.htm. Acesso em 10 de Junho de 2013.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: na perspectiva do direito como integridade.** São Paulo: LTr, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Portaria SAS/MS n. 48, de 11 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/legislacao/id2150.htm>. Acesso em 10 de junho de 2013.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6ed. anotada e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REZENDE, Jorge de; MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa. **Obstetrícia fundamental**. 10ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROBERT, Cinthia. **Democracia e constituição**: contribuições para a compreensão do Estado contemporâneo. São Paulo: Millennium, 2006.

SÁ, Maria de Fátima freire de. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SABADELL. Ana Lúcia. **Manual de sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do direito. 3ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. Tradução de João DellAnna. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia no Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SZMRECSÁNY, Maria Irene de Q. F. **Educação e fecundidade**. São Paulo: Editora Hucitec e Editora Universidade de São Paulo, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003.

SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 2ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2008.

STRAUB, Richard O. **Psicologia da saúde**. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TESTA, Mario. **Pensar em saúde**. Trad. Walkiria Maria Franke Settineri. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia para operadores do direito**. 5ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009.

VIEIRA, Elisabeth Meloni. O arrependimento após a esterilização feminina. É possível prevenir? *In: Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*. Vol. 29- n.5-RJ maio/2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032007000500001. Acesso em 09 de junho de 2013.

ANEXOS

**ANEXO I – LEI Nº 9.263/1996. REGULA O § 7º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988, QUE TRATA DO PLANEJAMENTO FAMILIAR**



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

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

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o **caput** para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

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

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único - Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar.

Art. 7º - É permitida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros nas ações e pesquisas de planejamento familiar, desde que autorizada, fiscalizada e controlada pelo órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde.

Art. 8º A realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade somente será permitida se previamente autorizada, fiscalizada e controlada pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

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

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o **caput** só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 11. Toda esterilização cirúrgica será objeto de notificação compulsória à direção do Sistema Único de Saúde. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Art. 12. É vedada a indução ou instigamento individual ou coletivo à prática da esterilização cirúrgica.

Art. 13. É vedada a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez para quaisquer fins.

Art. 14. Cabe à instância gestora do Sistema Único de Saúde, guardado o seu nível de competência e atribuições, cadastrar, fiscalizar e controlar as instituições e serviços que realizam ações e pesquisas na área do planejamento familiar.

Parágrafo único. Só podem ser autorizadas a realizar esterilização cirúrgica as instituições que ofereçam todas as opções de meios e métodos de contracepção reversíveis. (Parágrafo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

CAPÍTULO II

DOS CRIMES E DAS PENALIDADES

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III - através de histerectomia e ooforectomia;

IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

Art. 16. Deixar o médico de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar.

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica.

Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Art. 18. Exigir atestado de esterilização para qualquer fim.

Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.

Art. 19. Aplica-se aos gestores e responsáveis por instituições que permitam a prática de qualquer dos atos ilícitos previstos nesta Lei o disposto no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 29 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 20. As instituições a que se refere o artigo anterior sofrerão as seguintes sanções, sem prejuízo das aplicáveis aos agentes do ilícito, aos co-autores ou aos partícipes:

I - se particular a instituição:

a) de duzentos a trezentos e sessenta dias-multa e, se reincidente, suspensão das atividades ou descredenciamento, sem direito a qualquer indenização ou cobertura de gastos ou investimentos efetuados;

b) proibição de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas e de se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista;

II - se pública a instituição, afastamento temporário ou definitivo dos agentes do ilícito, dos gestores e responsáveis dos cargos ou funções ocupados, sem prejuízo de outras penalidades.

Art. 21. Os agentes do ilícito e, se for o caso, as instituições a que pertençam ficam obrigados a reparar os danos morais e materiais decorrentes de esterilização não autorizada na forma desta Lei, observados, nesse caso, o disposto nos arts. 159, 1.518 e 1.521 e seu parágrafo único do Código Civil, combinados com o art. 63 do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Aplica-se subsidiariamente a esta Lei o disposto no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e, em especial, nos seus arts. 29, caput, e §§ 1º e 2º; 43, caput e incisos I, II e III; 44, caput e incisos I e II e III e parágrafo único; 45, caput e incisos I e II; 46, caput e parágrafo único; 47, caput e incisos I, II e III; 48, caput e parágrafo único; 49, caput e §§ 1º e 2º; 50, caput, § 1º e alíneas e § 2º; 51, caput e §§ 1º e 2º; 52; 56; 129, caput e § 1º, incisos I, II e III, § 2º, incisos I, III e IV e § 3º.

Art. 23. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de noventa dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 24. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 12 de janeiro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Adib Jatene