



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA FERRARO BASTOS

**ESTERILIZAÇÃO E PLANEJAMENTO FAMILIAR: UMA
ANÁLISE À LUZ DA POSSIBILIDADE DA DISPOSIÇÃO
RELATIVA SOBRE O CORPO**

Salvador
2015

CAMILA FERRARO BASTOS

**ESTERILIZAÇÃO E PLANEJAMENTO FAMILIAR: UMA
ANÁLISE À LUZ DA POSSIBILIDADE DA DISPOSIÇÃO
RELATIVA SOBRE O CORPO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Ana Thereza Meireles Araújo

Salvador
2015

ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO

Aos **08 de março de 2016**, realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaboraahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 15h, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado(a) **Camila Ferraro Bastos**, intitulada: ***Esterilização e planejamento familiar: Uma análise à luz da disposição relativa sobre o corpo.***, estando presente o (a) Orientador(a) prof.(a) **Ana Thereza Meirelles Araújo**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Camila Vasconcelos de Oliveira** e Prof(a) **Adriana Brasil Vieira Wyzykowski**, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o(a) aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Ana Thereza Meirelles Araújo	10,0 (dez)	
Camila Vasconcelos de Oliveira	10,0 (dez)	
Adriana Brasil Vieira Wyzykowski	10,0 (dez)	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



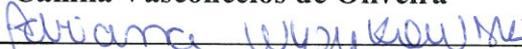
Prof. Orientador

Ana Thereza Meirelles Araújo



Membro da Banca Examinadora

Camila Vasconcelos de Oliveira



Membro da Banca Examinadora

Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Salvador, 08 de março de 2016



NPJ . Núcleo de Prática Jurídica

R. VISCONDE DE ITABORAHY, Nº 116, AMARALINA
SALVADOR - BA - CEP- 41900-010 - TEL: (71) 3276.1323
www.faculdadebaianadedireito.com.br

Dedico esse trabalho à minha família, que é o meu alicerce, mas principalmente aos meus pais, meus melhores amigos, e fonte inesgotável de amor, carinho, dedicação e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à meus pais, Tereza Ferraro e Sergio Bastos, que nunca mediram esforços para que eu tivesse a melhor formação pessoal e profissional possível, e que sempre foram meus maiores companheiros e incentivadores em todas as etapas da minha vida.

Aos meus irmãos, Gustavo e Eduardo, sempre amigos, cuidadosos e amorosos.

À Mateus Nery, meu namorado e melhor amigo, que acompanhou de perto todo o meu esforço na construção desse trabalho, e que, durante todo o processo, me incentivou, apoiou e proporcionou muita alegria e amor.

À Professora Doutora Ana Thereza, pela prestatividade e, principalmente, pela orientação na elaboração deste trabalho.

À todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a construção do meu trabalho.

Muito obrigada !

“Que nada nos defina, que nada nos sujeite. Que a liberdade seja a nossa própria substância, já que viver é ser livre”

Simone de Beauvoir

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo contestar a constitucionalidade do artigo 10º da Lei de Planejamento Familiar (nº 9.263/96). Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, e a Lei 9.263/96, baseadas na dignidade da pessoa humana e no princípio da paternidade responsável, garantiram a todos os cidadãos o livre planejamento familiar. Todavia, a lei de planejamento familiar é uma contradição, ao passo que, embora possua mérito por autorizar a realização de esterilização voluntária através da laqueadura de trompas, vasectomia ou qualquer outro método cientificamente aceito, ela regrediu ao condicionar o exercício desse direito ao preenchimento de requisitos, muitos até impeditivos, o que acabou por gerar discussão jurídica, impulsionada pela alegação de que estes vão de encontro com os preceitos constitucionais. Assim, para embasar a premissa estabelecida, resgataram-se aspectos históricos do procedimento de esterilização humana e do planejamento familiar. Ato contínuo, buscou-se demonstrar a importância de delimitar a atuação do Estado no âmbito do direito das famílias, de modo que qualquer ingerência seja executada pautada no respeito à dignidade da pessoa humana, não podendo atentar contra liberdade e autorregulação dos sujeitos. Em seguida, foram trazidos conceitos jurídicos fundamentais, os quais permitiram, por fim, analisar, à luz da possibilidade de disposição do próprio corpo, autonomia privada e dignidade da pessoa humana, as violações à Constituição Federal positivadas no art. 10º da Lei de Planejamento Familiar.

Palavras-chave: Planejamento familiar; esterilização; dignidade da pessoa humana; autonomia; inconstitucionalidade

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANADEP	Associação Nacional de Defensores Públicos
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ESTERILIZAÇÃO HUMANA ARTIFICIAL	13
2.1 DEFINIÇÃO	14
2.2 PRINCIPAIS FINALIDADES	15
2.2.1 Esterilização Eugênica	15
2.2.2 Esterilização Terapêutica	17
2.2.3 Esterilização por Motivo Econômico-social	17
2.2.4 Esterilização Voluntária para fins de planejamento familiar	18
2.3 EVOLUÇÃO LEGAL NO BRASIL	20
3 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR	24
3.1 INSERÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO: ASPECTOS HISTÓRICOS	24
3.2 CONCEITO	26
3.3 PREVISÃO INTERNACIONAL	29
3.4 PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL	31
3.5 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS	33
3.6 PAPEL DO ESTADO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR	37
3.6.1 Deveres negativos do Estado	40
3.6.2 Deveres positivos do Estado	41
3.6.3 Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família	43
3.7 PROGRAMAS DE INCENTIVO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR	45
4 AUTONOMIA PRIVADA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	48
4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONTORNOS ATUAIS	52
4.2 AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	54
4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOTAS PERTINENTES	56
4.3.1 Aspectos Prévios	57
4.3.2 Planejamento Familiar como Direito Fundamental	59
4.4 DIREITOS PERSONALÍSSIMOS	61
4.4.1 Abordagem histórica	63
4.4.2 Previsão constitucional e infraconstitucional	64

4.4.3 Características	65
4.4.4 Exceção à irrenunciabilidade dos direitos da personalidade:	
Direito a integridade física e atos de disposição do próprio corpo	67
4.5 CAPACIDADE E VULNERABILIDADE	69
5 ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA: A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO RELATIVA SOBRE O CORPO	74
5.1 MODALIDADES DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA	75
5.1.1 Vasectomia	75
5.1.2 Ligadura de Trompas	76
5.1.3 Vedação a histerectomia e ooforectomia	76
5.2 BREVE REFLEXÃO SOBRE A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA	77
5.3 LEI 9.263/96: PLANEJAMENTO FAMILIAR	79
5.3.1 Esterilização voluntária como meio de planejamento familiar	81
5.3.2 Requisitos para realização do procedimento cirúrgico	82
5.3.3 Do expresse consentimento do cônjuge na vigência da sociedade conjugal	83
5.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO NORMATIVA – VIOLAÇÃO AO ART. 226, §7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	86
6 CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, no seu art. 226, § 7º, o direito ao livre planejamento familiar, que é o direito que cada indivíduo tem de decidir livremente se deseja procriar ou não, e planejar o momento em que desejam ter filhos, o espaçamento entre eles e, ainda, de escolher quais métodos contraceptivos deseja utilizar como meio de controle de fecundidade. Em síntese, é a garantia ao direito à procriação em seus aspectos positivos e negativos, devendo o seu exercício estar pautado no ideal de paternidade responsável e dignidade da pessoa humana.

Com o intuito de regulamentar a disposição constante da CF/88, foi promulgada a Lei de Planejamento Familiar, nº 9.263 de 1996, que, buscando dar providências e regular o exercício do direito em comento, previu que cabe ao Estado propiciar todos os métodos de concepção e contracepção, através de medidas educativas, preventivas e garantia de acesso à informação e métodos contraceptivos, possibilitando que o homem e a mulher, livremente, planejem e organizem sua estrutura familiar. Saliente-se que a atenção estatal não deve voltar-se, tão somente, àqueles que não querem ter filhos, mas também para a procriação, devendo facilitar a formação da família.

Nessa linha, a lei nº 9.263/96 passou a permitir a realização do procedimento cirúrgico de esterilização voluntária - que antes era tipificado pelo Código Penal como crime de lesão corporal grave por perda ou inutilização de membro, como método contraceptivo - que em síntese, é ato de se tornar estéril, isto é, impossibilitado de procriar.

A partir desse momento, então, o Estado brasileiro passou, definitivamente, a aceitar a diferenciação entre os direitos sexuais e reprodutivos, haja vista que, ao preceituar o livre acesso à métodos contraceptivos e a possibilidade de escolher ter filhos ou não, reconheceu que os indivíduos podem exercer sua sexualidade e possuir autonomia sobre o uso do próprio corpo sem, necessariamente, procriar.

Em síntese, o ato sexual e a sexualidade não estavam mais condicionados à procriação, e, havendo a aceitação da esterilização como método de planejamento familiar do casal, consolidou-se a ideia de que a família deixou de ter fins de reprodução, mas de promoção da dignidade e felicidade do homem.

Cumpra esclarecer, todavia, que o exercício do direito a se esterilizar não foi admitido indiscriminadamente, à medida que a lei de planejamento familiar estabeleceu uma série de critérios objetivos para a sua realização, dentre eles, o mais polêmico, o consentimento expresso do cônjuge, sendo que a execução sem o preenchimento dos requisitos consiste em crime, com pena de até oito anos de reclusão.

Percebe-se que, ainda que a esterilização voluntária cirúrgica seja permitida por lei, o que é um avanço, o condicionamento da sua prática à preenchimento de critérios, como ser maior de 25 (vinte e cinco) anos, possuir dois filhos vivos, autorização judicial em caso de pessoas incapazes ou não casadas, expresso consentimento do cônjuge, fere os mais diversos direitos constitucionalmente protegidos como a dignidade da pessoa humana, autonomia privada, liberdade, e, principalmente, o livre planejamento familiar de cada sujeito (e não apenas do casal) e a possibilidade de dispor de forma livre do seu corpo para satisfazer seus próprios fins.

O presente estudo, então, possui relevância acadêmica e social, haja vista que, ainda que a Lei de Planejamento Familiar tenha sido promulgada em 1996, sendo relativamente antiga, (aproximadamente vinte anos), a legislação, assim como os critérios por ela impostos, são pouco conhecidos pelos cidadãos, razão pela qual, há escassez de discussão no âmbito jurídico.

Somente em 2014 passou a ser objeto de discussão no STF (Supremo Tribunal Federal), quando foi ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5097, que tem como escopo questionar a autorização de ambos os cônjuges para esterilização voluntária. O tema ainda está em julgamento, razão pela qual não se conhece qual o posicionamento que será adotado pelos doutos julgadores.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a inconstitucionalidade da previsão do artigo 10º da Lei de Planejamento Familiar (nº 9.263/96), pois, por conta da inviolabilidade do direito à vida, liberdade e igualdade, preconizados no art. 5º da Constituição Federal, o indivíduo possui direito de exercer a sua autonomia privada, sendo que, nela, insere-se a autonomia de dispor do próprio corpo.

Nesse sentido, pretende-se também, nesse projeto de pesquisa, demonstrar que, o condicionamento ao enquadramento do sujeito em requisitos dispostos em lei para

dispor do seu próprio corpo, é uma forma de ingerência indevida do Estado sobre o livre planejamento sexual e reprodutivo, bem como sobre o exercício da autonomia do indivíduo, impedindo a sua realização pessoal, e, por conseguinte, o alcance da sua dignidade.

Para tanto, no primeiro capítulo serão abordados aspectos históricos da esterilização humana, bem como as principais finalidades para que foi utilizada. O que se pretende demonstrar é o quão antigo é esse procedimento, utilizado desde os primórdios da humanidade, enaltecendo, todavia, a realização para fins de planejamento familiar.

O segundo capítulo irá abordar com detalhes o direito ao planejamento familiar, tendo como finalidade principal demonstrar a sua importância no cenário mundial, haja vista que os documentos internacionais foram os primeiros a prever e reconhecer tal direito, culminando no reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ato contínuo, será salientado os deveres positivos e negativos que, o reconhecimento desses direitos fundamentais, trazem para o Estado, e de que forma ele deve efetiva-los.

O terceiro capítulo cumprirá o papel de estabelecer premissas que serão utilizadas no último capítulo, trazendo aspectos formais e doutrinários acerca do que seriam os direitos fundamentais, a autonomia privada, além de discutir acerca da possibilidade de dispor dos direitos da personalidade, e, por conseguinte, livremente do corpo para satisfazer os seus próprios objetivos. Ademais, discorrerá sobre os diversos sentidos da dignidade da pessoa humana, e como este princípio, fundamento da República Federativa do Brasil e absoluto, prevalece no caso da disposição do corpo. Em apertada síntese, portanto, os esclarecimentos, definições e conclusões extraídos a partir da leitura deste capítulo que irão possibilitar entendimentos do porquê da inconstitucionalidade dos requisitos impostos pela Lei de planejamento familiar.

Por fim, o último capítulo pretende tratar especificamente da esterilização voluntária como ato de disposição do próprio corpo, e sua possibilidade. Ademais, será discutida se há ou não inobservância aos direitos fundamentais, dentre eles o direito ao planejamento familiar, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e à liberdade ao condicionar o uso do próprio corpo à autorização do Estado ou de terceiros.

2 ESTERILIZAÇÃO HUMANA ARTIFICIAL

Desde os primórdios da humanidade, o método de esterilização foi utilizado com as mais diversas finalidades. Maria Helena Diniz (2011, p.176) traz em sua obra, lenda grega que diz que:

[...] por ser hermafrodita, Adgistis, filho de Zeus, era odiado pelos demais deuses, que, por isso, resolveram retirar a sua masculinidade. Dionísio, para tanto, embriagou-o, amarrando um cordel em seus pés e testículos, a fim de que, depois da embriaguez, ao se levantar, de modo brusco, estes fossem amputados pelo referido cordel. Conta-se que a rainha Semíramis, de Nínive, havia ordenado que os doentes incuráveis e retardados de seu reino fossem castrados para evitar a degeneração da espécie.

Ademais, outros fatos históricos demonstram a recorrência à técnica da castração, como o caso dos adolescentes cantores da Capela Sistina, no século XVIII, com o objetivo de manter o tom de suas vozes, além do surgimento de seitas, como a fundada por Valesius com o objetivo de evitar a perpetuação da espécie, bem como a criada por Selivanov para evitar os pecados da carne e manter o voto de castidade (DINIZ, 2011, p. 176).

Todavia, o primeiro procedimento cirúrgico de esterilização humana, ocorreu em 1881, sendo a laqueadura realizada pelo médico Luwdgren, que durante um parto cesária, fez o ligamento da tuba da gestante. Enquanto isso, a vasectomia foi realizada quase 30 anos depois pela primeira vez nos Estados Unidos, pelo Dr. Harry Sharp, que iniciou a prática em jovens do Reformatório do estado de Indiana, sem ter, todavia, suporte legal para tanto, entretanto, tais procedimentos eram utilizados para fins eugênicos, ou seja, com o objetivo de impedir a transferência de moléstias hereditárias, sendo tal finalidade considerada lícita, principalmente em países como Estados Unidos, Espanha, Suíça e Alemanha – neste último país, atualmente a esterilização eugênica ainda é permitida.

Porém, com o passar dos anos e após ampla discussão doutrinária e legal, a esterilização deixou de ser usada para fins punitivos ou eugênicos, funcionando hoje como método de contracepção/planejamento familiar, e terapêutico, sendo um dos métodos contraceptivos mais utilizados no mundo, o que levou muitos países a passarem a legislar sobre o tema em comento, por considerarem um direito fundamental do indivíduo ao próprio corpo (HENTZ, 2005, p. 2-3).

2.1 DEFINIÇÃO

O meio que o homem se utiliza para perpetuar a sua espécie na terra é a reprodução, e é cediço que a mulher grávida sempre foi pintada como símbolo de beleza, e que até pouco tempo, as pessoas inférteis ou aquelas que decidiam por não reproduzirem, sofriam certos preconceitos. Porém, com as modificações sociais sofridas ao longo dos anos, muitos casais passaram a não desejar constituir família e/ou ter filhos, invocando sua liberdade negativa a procriação, tornando-se cada vez mais frequente a recorrência a métodos para impedir a concepção.

Dentre os métodos disponíveis, uma das formas mais utilizadas para controle de natalidade e planejamento familiar em todo mundo é a esterilização, que, de acordo com o Glossário de Termos Médicos e Populares (2000, p. 50), é “procedimento que torna o indivíduo incapaz de reproduzir”.

Nas palavras de Adriana Maluf (2013, p. 283), “a esterilização em seres humanos pode ser entendida como qualquer intervenção da qual uma pessoa torna-se incapaz de procriar, de modo definitivo e irreversível”, sem, todavia, perder a capacidade de praticar o ato sexual. As principais técnicas de esterilização permitidas no Brasil são a Vasectomia e Laqueadura Tubária.

A vasectomia, método contraceptivo utilizado pelo homem, é descrito no Manual Global para Profissionais e Serviços de Saúde liberado pela OMS (Organização Mundial da Saúde), como procedimento que ocorre:

Através de uma punctura ou pequena incisão no escroto, o profissional localiza cada um dos 2 tubos por onde o esperma é transportado até o pênis (vaso deferente) e corta e bloqueia o mesmo, cortando e amarrando-o de modo a fecha-lo ou aplicando calor ou eletricidade (cautério). Funciona por meio do fechamento de cada vaso deferente, fazendo com que o sêmen não contenha espermatozoides. O sêmen é ejaculado, mas não pode provocar uma gravidez. (2007, p. 183)

Este mesmo Manual descreve o procedimento de laqueadura tubária, que é aquele realizado pela mulher:

Há 2 abordagens cirúrgicas que são as utilizadas com maior frequência: A minilaparotomia envolve a realização de uma pequena incisão no abdômen. As trompas de falópio são trazidas até a incisão para serem cortadas ou bloqueadas; A laparoscopia envolve a introdução de um tubo longo e fino com lentes no abdômen por meio de uma pequena incisão. Este laparoscópio permite que o medico observe e bloqueie ou corte as trompas de falópio no abdômen. [...]Funciona através do corte ou bloqueio das trompas de falópio. Os óvulos liberados pelos ovários não conseguem se

deslocar pelas trompas e, por este motivo, não encontram o espermatozoide.

Cumprido salientar que, ainda que sejam procedimentos com possibilidade de serem revertidos, a reversibilidade é muito improvável, assim, eles são conhecidos como métodos definitivos, razão pela qual a realização dos procedimentos cirúrgicos em comento deve ser pensada com cautela e responsabilidade, cabendo, inclusive ao Estado, dar as informações pertinentes e educar os indivíduos sobre o caráter definitivo do método.

2.2 PRINCIPAIS FINALIDADES

Dentre as principais finalidades para que a esterilização humana foi e ainda é utilizada estão a eugênica, terapêutica, por motivo econômico-social e voluntária para fins de planejamento familiar.

2.2.1 Esterilização Eugênica

A esterilização eugênica “é a que se opera para impedir a transmissão de moléstias hereditárias, evitando prole inválida ou inútil, e para prevenir a reincidência de delinquentes portadores de desvio sexual” (DINIZ, 2011, p. 178).

Tal técnica surgiu nos Estados Unidos, quando em 1899, o Dr. Henry Sharp passou a realizar nos jovens do reformatório do Estado de Indiana a cirurgia de Vasectomia. Poucos anos depois, em 1907, foi promulgada pela primeira vez uma lei regulando tal matéria no referido estado, admitindo a necessidade de bloquear a transferência hereditária do idiotismo, delinquência, epilepsia e debilidade mental. Nessa mesma esteira, de 1907 a 1966, 31 estados americanos passaram a adotar leis autorizando a esterilização (desde que houvesse autorização judicial) não somente dos doentes, mas também, a depender do estado, dos estupradores e criminosos contumazes, condenados, drogados, imbecis, ébrios, criminosos, pervertidos morais e sexuais. Por conta dessas leis, na década de 50, somente na Carolina do Norte, mais de 100 mil débeis mentais foram esterilizados (DINIZ, 2011, p. 178).

Muito embora esse movimento eugenista tenha ganhado força nos estados americanos, “a partir das emendas à Constituição americana de ns. 8 e 14, as leis que prescreviam tal prática foram tidas como inconstitucionais” (HENZ, 2005, p. 2)

Seguindo a mesma esteira dos estados americanos, muitos outros países, principalmente os europeus, como, por exemplo, a Alemanha, Suíça, Noruega, Dinamarca, Suécia, Finlândia, Austrália, Chile, Espanha, Itália, China, passaram a autorizar a esterilização eugênica e, por vezes, a castração.

André Soares Hentz (2005, p. 2/3) informa que:

Foi na Alemanha que a esterilização eugênica foi aplicada de forma mais cruel. O empenho na busca da pureza da raça ariana, aliado à campanha anti-semita, levaram à aprovação de diversas leis com tal desiderato. [...] em 1933 foi promulgada lei que estabelecia que “aquele que sofra de enfermidade hereditária poderá ser esterilizado por intervenção cirúrgica se, de conformidade com a ciência médica, se possa presumir que sua prole padecerá de graves doenças hereditárias ou mentais”. [...] Apesar de referida lei ter sido revogada em 1946, após a derrota alemã na 2ª Guerra Mundial, atualmente permite-se no país a esterilização por motivos de eugenia e a esterilização compulsória de pessoa maior se a gestação puder constituir risco para sua saúde física e mental. É bom que se diga, contudo, que a Alemanha é um dos poucos países que permite atualmente esse tipo de esterilização.

No Brasil tal técnica jamais foi recepcionada, muito embora tenha sido apresentado projeto de lei em 2002 pelo Deputado Federal Wigberto Tartuce (PPB/DF), buscando modificar as penas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, fixando, ao invés da pena restritiva de liberdade, a pena de castração com recursos químicos, que possui duração temporária. Tal projeto passou pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados e foi arquivado, sob o fundamento de que a nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, alínea e, veda aplicação de penas cruéis, ainda que a origem delituosa seja por conta de desvio de sexualidade.

Corroborando tal argumento, Maria Helena Diniz (2011, p. 181), sabiamente aduz que: “Urge lembrar que há pais normais com filho deformado ou retardado e pais anormais com filhos sadios. [...] A esterilização de anormais e criminosos seria uma forma vil de afronta à dignidade da pessoa humana”.

Assim, em apertada síntese, percebe-se que muitos países adotaram a esterilização com finalidade eugênica no intuito de evitar e/ou solucionar problemas muito mais amplos e de difícil resolução, os quais requerem investimento a longo prazo e o implemento de políticas públicas, como questão criminal e de saúde pública, e

principalmente com fins punitivos, retirando de criminosos sua capacidade sexual e reprodutiva. Todavia, o Brasil não reconhece a eugenia por ser uma afronta aos princípios constitucionais, principalmente à dignidade da pessoa humana.

2.2.3 Esterilização Terapêutica

A finalidade terapêutica tem ligação com estado de necessidade ou de legítima defesa da mulher, haja vista que deve ser diagnosticada pelo médico uma impossibilidade clínica de ter filhos que justifique a realização do procedimento de esterilização. A Lei n. 9.263/96 e a Portaria n. 144/97 da Secretaria de Assistência à Saúde autorizam a esterilização terapêutica, porém, deve haver um relatório escrito e assinado por dois médicos. (MALUF, 2013, p. 285)

Assim, entende-se que tal técnica vem como um meio de garantir a saúde física e psíquica da mãe e/ou do nascituro, sendo, de acordo com Maria Helena Diniz (2011, p.181), “excludente de juridicidade, por ser feita para salvar a vida da mulher portadora de cardiopatia, câncer, diabetes, tuberculose severa, surto mental ligado ao puerpério etc., uma vez que impossibilidade clínica de ter filhos”.

A referida autora esclarece ainda que, não obstante se fale em legítima defesa e estado de necessidade da mulher, nada impede que o homem realize a esterilização através da vasectomia, visando preservar a vida e saúde da sua mulher, devendo, todavia, haver um consentimento do cônjuge para a realização do procedimento.

2.2.4 Esterilização por Motivo Econômico-social

A esterilização como finalidade econômica-social, pode ser entendida como aquela com fins de controle de natalidade:

“A esterilização por motivo econômico-social visa restringir a prole das famílias, devido a condições sócio-econômicas de um dado país. É definida também como “limitação de natalidade” e necessita de uma “indicação social”. Esta última existe quando outro filho pode produzir uma situação familiar difícil em uma família já numerosa, ou colocar em uma situação de excessiva tensão a pessoa encarregada de sua educação.” (LAUFS apud LILIE, 1998, p.168).

A China foi um dos países que autorizou o uso da esterilização com a finalidade de frear o explosivo crescimento demográfico quando implantou a campanha “um casal – um filho”, concedendo benefícios aos casais com apenas um filho e os retirando daqueles que viessem a aumentar sua prole (BOTTEGA, 2007, p. 49)

Por conta da campanha em comento, o governo chinês se valeu de aborto forçado, contracepção forçada e também esterilização forçada, além de utilizar quotas de aborto e esterilização, das prisões de planejamento familiar e até mesmo demolição de casas de houvesse atraso na verificação da gravidez (FEUERBERG, 2014, p. 2).

Em contraponto, é proibido no ordenamento brasileiro a utilização de políticas públicas para fins de controle demográfico, conforme previsto do art. 2º, § único, da Lei 9.263/96. Ainda, nossa Constituição Federal, no art. 226, §7º, veda, de maneira expressa, que instituições oficiais ou privadas, imponham coercivamente a esterilização, impedindo o livre planejamento familiar.

Assim, em apertada síntese, o controle de natalidade individual é um direito de todo e qualquer indivíduo, porém, a esterilização utilizada como controle de natalidade é uma forma coercitiva de planejamento familiar caso seja adotado como exigência estatal (ALVES, 2006, p.7).

2.2.5 Esterilização Voluntária para Fins de Planejamento Familiar

A esterilização voluntária consiste em procedimento cirúrgico de laqueadura tubária (mulher) e vasectomia (homem), como meio contraceptivo para fins de planejamento familiar. Insta salientar que ambos procedimentos, em regra, são irreversíveis. Tais procedimentos estão expressamente autorizados no art. 10º, §4º da Lei 9.263/96. Além destes, tal lei autoriza qualquer outro método cientificamente aceito, sendo vedado, expressamente, somente a histerectomia e ooforectomia.

A esterilização voluntária se difere da esterilização terapêutica/necessária, a medida que, no segundo caso, busca-se resguardar a saúde da mãe ou do futuro concepto, sendo permitida independente da idade da mulher ou do número de filhos que possui, não havendo, inclusive, previsão legal para realização em homens, muito embora autores como Maria Helena Diniz (2011) defendam a possibilidade da realização do procedimento por parte do homem, quando este tiver o objetivo de

resguardar a vida e a saúde da mulher. Enquanto isso, o primeiro nada tem a ver com uma questão de saúde, não possui uma indicação médica, mas é realizada somente com fins de planejamento familiar.

A esterilização voluntária feminina foi durante muito anos um dos métodos contraceptivos mais utilizados no Brasil. Os dados da Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher (PNDS-1996) demonstraram que desde 1996, 40% das mulheres unidas à época já eram esterilizadas, enquanto, a pílula anticoncepcional se afastava consideravelmente, sendo utilizada por apenas 20% das mulheres. A esterilização masculina, todavia, apresentava proporções pouco significativas, tendo sido realizada por apenas 3% dos homens.

A mesma Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher foi repetida em 2006, analisando as mudanças relativas ao uso de métodos contraceptivos entre 1996 e 2006. A pesquisa em comento, constatou que a participação masculina na contracepção fez com que aumentasse o uso de métodos contraceptivos como camisinha e esterilização masculina. A pílula anticoncepcional também passou a ser mais utilizada, e acompanhando esse ritmo, a realização de esterilização feminina diminuiu sensivelmente.

Realizando um quadro comparativo dos dados captados nas PNDS de 1996 e 2006, em 1996, 40% das mulheres haviam optado pela esterilização, já em 2006 o número caiu para 25,9%, enquanto o número de homens esterilizados subiu de 3% para 5,1%, e ainda o uso de anticoncepcionais subiu de 21% para 27,4%.

Muito embora a esterilização voluntária, tanto feminina quanto masculina, seja procedimento permitido por lei, este não pode ser realizado de forma indiscriminada, vez que a Lei 9.263/96, conhecida como Lei de Planejamento Familiar, traz uma série de requisitos objetivos a serem preenchidos antes da realização da aludida cirurgia.

O artigo 10, I, da Lei 9.263/96 preceitua que somente é permitida a esterilização 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. O mesmo artigo, em seu parágrafo 1º, prevê que é também 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.

Após fornecidas as informações pertinentes acerca do procedimento cirúrgico, se forem os interessados no procedimento pessoas casadas e com plena vigência da sociedade conjugal, é necessário o consentimento expresso de ambos os cônjuges, sendo que as manifestações de vontade não serão consideradas se expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente. Por ultimo, é vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores (Art. 10, §§ 2º, 5º e 6º)

É imperioso salientar que, muito embora seja esterilização cirúrgica autorizada pelo ordenamento brasileiro, não configurando a laqueadura de trompas e a vasectomia crime de lesão corporal, por não ser a função reprodutora considerada imprescindível a saúde e a vida, se o procedimento for feito sem expresso consentimento do paciente, poderá se enquadrar no tipo penal em comento. Ainda, pode ser considerado crime de periclitção da vida e da saúde, se o único objetivo for tornar a pessoa estéril, tendo em vista os riscos inerentes ao procedimento, além daqueles decorrentes da anestesia e pós-operatório (FRANÇA apud DINIZ, 2011, p. 178).

Aquele que realizar a esterilização não autorizada no nosso ordenamento, e a empresa que obrigar a realização de esterilização pelas empregadas para evitarem o gozo de licença-maternidade poderão responder civilmente pelos danos materiais e morais causados (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p.659)

2.3 EVOLUÇÃO LEGAL NO BRASIL

O Decreto Federal nº 20.391/32 foi o primeiro diploma legal que implicitamente trouxe impedimento à realização dos procedimentos de esterilização, visto que

proibia o médico de praticar qualquer ato que tivesse por finalidade impedir a concepção (art. 16, alínea f).

Ainda, a esterilização era considerada uma lesão corporal por força do art. 129, § 2º, III Código Penal, que prevê que será lesão corporal de natureza grave se ofensa a saúde e a integridade corporal de um terceiro resultar perda ou inutilização do membro, sentido ou função, podendo ser punida com pena de reclusão de dois a oito anos.

Assim, entendia-se que, mesmo que o paciente desse expresso consentimento para realização do procedimento, este não teria o condão de afastar a ilicitude do ato, vez que era visto como uma clara mutilação. Tal entendimento, todavia, não era pacífico, de formas que outros estudiosos entendiam que a esterilização estava no campo dos direitos privados da personalidade. (HENZ, 2005, p.3)

A Constituição Federal de 1988 passou a enxergar a família como base da sociedade, possuindo ampla proteção do estatal, e no artigo 226, §7º, baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável – que busca adequar o direito de procriar e as condições para o seu devido exercício – passou a dispor, que o planejamento familiar é livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito.

“Este planejamento deve ser entendido 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.” (FRANCO JÚNIOR, 2000, p.1)

Tendo em vista o planejamento familiar/ reprodutivo ser direito de qualquer cidadão, esteja ele dentro do âmbito familiar ou não, cabe ao Estado o dever positivo de proporcionar a todos acesso a informação acerca dos métodos contraceptivos e manutenção da saúde sexual, e o dever negativo de não interferir no processo decisório dos cidadãos de como exercer o seu planejamento familiar e reprodutivo.

De acordo com André Soares Hentz (2005, p. 3):

Dentro de uma visão de atendimento global à saúde, o Estado deve se preocupar com as ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, cabendo ao Sistema Único de Saúde - SUS, em todos os níveis, instituir e manter os programas essenciais que cumpram esta finalidade (pré-natal, parto, controle das doenças sexualmente transmissíveis, controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, etc). Ademais, com a colaboração de toda a sociedade, deve promover ações preventivas e educativas que possibilitem o acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Muito embora a Constituição Federal tenha garantido que o planejamento familiar é direito de todos, somente em 12 de janeiro de 1996 foi promulgada a Lei 9.263, que “trata do Planejamento Familiar, estabelece penalidades e dá outras providências”.

Tal lei prevê, em seu art. 9º, que, para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

O art. 10, §4º, da Lei de Planejamento Familiar (nº 9.263/96), prevê que 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 (retirada do útero) e ooforectomia (ablação dos ovários), trazendo os requisitos para sua realização.

Entretanto, por força do artigo 15 da mesma lei, a realização de procedimento de esterilização em desacordo com o quanto disposto no artigo supracitado é considerado crime, e ainda que haja uma tendência de não se considerar crime a esterilização feita com o consentimento do paciente:

A laqueadura e a vasectomia podem tornar-se objeto de investigação criminal se gerarem seqüela ou dano, acarretando responsabilidade civil médica. Já houve quem entendesse que, ante ao art. 129, §1º, III do Código Penal Brasileiro, a esterilização sem autorização e indicação médica seria uma lesão corporal gravíssima, por inutilizar a função reprodutora e alterar as condições normais dos órgãos. Há um parecer do CRM/DF n. 367/80 sustentando que a função reprodutora, por não ser imprescindível à saúde e à vida, não está incluída naquele dispositivo penal, não sendo, portanto, a laqueadura de trompas e a vasectomia, crime de lesão corporal, salvo se a intervenção for feita sem o consentimento do paciente. (DINIZ, 2011, p. 177-178)

Para complementar o quanto disposto na aludida lei, em 1999, surgiu a portaria nº 048 da Secretaria de Assistência a Saúde, para “estabelecer normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização para execução dessas ações pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS)”.

Por conta da imposição de requisitos objetivos a serem cumpridos pelos interessados, alguns projetos de lei foram apresentados buscando modificação de alguns deles. Foi apresentado em 2003, pelo deputado federal Wigberto Tartuce, projeto de lei com o intuito de permitir a esterilização voluntária em homens e mulheres plenamente capazes, ou seja, maiores de 18 anos, sem a necessidade de

terem filhos vivos. Contudo, o projeto de lei foi arquivado em 31 de janeiro de 2003.

Nessa mesma esteira, a deputada federal Almerinda de Carvalho apresentou projeto de lei buscando a redução da idade permitida para esterilização para 21 anos de idade, tanto para homens como para mulheres, encontrando-se tal projeto, até o presente momento, estagnado.

Em março de 2014, foi ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade visando a declaração de inconstitucionalidade do §5º do artigo 10º da referida Lei, que dispõe como requisito para a realização do procedimento cirúrgico, o consentimento expresso do cônjuge quando da vigência da sociedade conjugal. Até o presente momento, a ADI permanece no STF aguardando julgamento.

Nesta mesma senda, a Deputada Carmen Zanotto apresentou projeto de Lei 7.364 em 2014, buscando a revogação do mesmo §5º do artigo 10º, sob a alegação de que a exigência do consentimento do cônjuge fere a orbita singular onde reside a escolha de realizar o procedimento ou não. Até o presente momento o projeto não foi julgado.

Independente da existência de projetos de lei almejando mais coerente regulação sobre a matéria e adaptação da lei infraconstitucional aos ditames da sociedade atual, inegável é o avanço legislativo, vez que abriu possibilidade para alguns indivíduos poderem realizar a esterilização voluntária, que antes sequer era permitido. Todavia, ainda se faz necessário a revisão de alguns dos requisitos impostos por lei para a realização da cirurgia, vez que não estão totalmente em consonância com os princípios fundamentais constitucionais.

3 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar, pautado no ideal de paternidade responsável, garante que os indivíduos planejem o momento em que desejam ter ou não filhos, garantindo que o exercício do poder familiar seja realizado com responsabilidade, sendo, portanto, fundamental para o Estado.

O não planejamento pode ser um grave problema social, econômico e de saúde pública, vez que quando não garantido ou bloqueado o seu exercício, as mulheres estão mais propícias a terem filhos indesejados, o que as levam a abandonarem as crianças nas ruas, deixarem as crianças para a adoção, e também a realizarem abortos. Percebe-se assim, que a garantia do livre exercício desse direito constitucionalmente protegido é essencial.

3.1 INSERÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO: ASPECTOS HISTÓRICOS

Durante a época do Café, na década de 20, quando começou a entrar em ascensão no Brasil o modelo econômico capitalista, a necessidade do aumento populacional para conseqüente expansão de economia, fez com que mulheres passassem a ter mais filhos, tornando a família mais numerosa. Por conta disso, a saúde como questão social passou a surgir, tornando-se um problema político, vez que, com o passar dos anos, acompanhando o crescimento populacional, as cidades passaram a crescer sem qualquer política sanitária, e, crescendo no mesmo ritmo a pobreza, violência e doenças, fizeram com que as taxas de mortalidade subissem cada vez mais (COELHO; LUCENA; SILVA, 2000, p.2).

Entretanto, ainda assim, o Brasil manteve muito tempo uma cultura familista e pro-natalista, e o incentivo a alta fecundidade era justificado nessas altas taxas de mortalidade e pela necessidade de preenchimento e expansão do mercado interno, permanecendo assim por muito tempo (ALVES, 2010, p. 1).

Somente a partir da década de 60 a problemática do planejamento familiar passou a ser visto como um meio preventivo, evitando a realização de abortos provocados e inseguros, razão pela qual, passou a ser entendido como um meio de efetivação do

bem estar social. E, em razão da visão positiva acerca do planejamento familiar e da ausência de políticas públicas para atender a procura das pessoas e dos casais por métodos contraceptivos, foi criada a BEMFAM (Sociedade Bem- Estar da Família), que passou a prestar serviços a população acerca de planejamento familiar e regulação de fecundidade. (ALVES, 2006, p. 25).

Mais tarde outras organizações não governamentais surgiram, como a Associação Brasileira de Entidades de Planejamento Familiar – ABEPF e Centro de Pesquisa de Assistência Integral à Mulher e à Criança – CPAIMC, que até hoje promovem ações positivas, distribuindo métodos contraceptivos e dando aconselhamentos aos casais e pessoas que desejam aumentar sua prole, por exemplo. (ALVES, 2010, p.2)

Todavia, somente em 1974 na Conferencia Mundial de População de Bucareste, que o governo brasileiro passou a reconhecer o planejamento familiar como um direito efetivo das pessoas e dos casais, e em 1977 lançou o Programa de Saúde Materno Infantil e buscava proporcionar o planejamento familiar e prevenir a gestação de alto risco (ALVES, 2010, p.2).

Já a partir do inicio dos anos 80, o planejamento familiar passou a ser defendido no Brasil dentro do contexto de proteção à saúde da mulher, fazendo com que elas passassem a terem maior direito de escolha no planejamento familiar. Assim, surgiram os mais diversos programas com o intuito de proteger à mulher em todos os sentidos, tanto conceptivo, quanto contraceptivo, a exemplo do PAISM (Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher), lançado nacionalmente em 1983. A ideia era promover a realização de ações preventivas e atividades relacionadas ao livre planejamento familiar, através da expansão ao acesso da população aos meios contraceptivos, todavia, com informação e conscientização, proporcionando a livre escolha. (COSTA; ROSADO; FLORÊNCIO; CHAVIER, 2013, p. 78/79).

Por conta desse movimento de democratização, e, após o Brasil chegar a um consenso de que a disponibilidade de métodos contraceptivos deveria ser direito de todos os cidadãos, cabendo ao Estado proporcioná-los, tal entendimento foi refletido quando da elaboração da nova constituição cidadã, que previu, em seu artigo 266, §7º, o planejamento familiar como livre direito do casal, e para regulamentar a disposição constitucional, foi promulgada a Lei de Planejamento Familiar – Lei. 9.263/96.

Conforme aduz José Eustáquio Diniz Alves (2010, p. 2):

perceber que nas décadas de 1980 e 1990 o Brasil conseguiu implantar uma legislação regulando a prática do planejamento familiar. Isto não quer dizer que o país adotou uma política populacional controlista. O Estado brasileiro continuou reafirmando a posição contrária às metas demográficas. O que houve foi um reconhecimento que a população estava demandando meios para a autodeterminação reprodutiva. Na verdade, a lei do planejamento familiar no Brasil contou com o aporte do conceito de Direitos Reprodutivos aprovado na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD) do Cairo, de 1994 e foi sancionada em um momento em que a transição da fecundidade já estava avançada

A partir do momento em que foi entendido que o planejamento familiar é um direito de todos, mais programas foram implantados pelo governo, dessa vez, não visando proteger apenas a mulher, mas, os cidadãos de uma forma geral, como a “Política Nacional de Direitos Sexuais e Reprodutivos” de 2005, que tem por objetivo o fornecimento de métodos anticoncepcionais reversíveis pelo SUS, bem como ampliação do acesso a esterilização cirúrgica, além da Política Nacional de Planejamento Familiar, que inclui a oferta de oito métodos contraceptivos gratuitos, e a venda de anticoncepcionais em farmácias populares (ALVES, 2010, p.4). Resta cristalino, então, que o planejamento familiar virou questão de preocupação pública e governamental.

3.2 CONCEITO

A nossa Constituição Federal, dispôs, no artigo art. 226, §7º que:

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.

Em consonância com a disposição em epígrafe, outros princípios foram previstos, como o princípio da proteção ao pluralismo das entidades familiares (art. 226, §§ 3º e 4º); princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; princípio da paternidade responsável, com o intuito de garantir que o exercício do poder familiar seja realizado de forma responsável, e que o instituto seja efetiva e amplamente protegido pelo Estado.

Complementando o quanto disposto na Constituição, foi promulgada a Lei 9.263/96 de Planejamento Familiar, que reconheceu e assegurou a todo cidadão, e não só ao casal, o direito de organizar-se em familiar e a planejarem de maneira livre, não podendo nem o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja estabelecer limites ou condições no processo decisório de constituição, limitação ou aumento da prole, vez que tais decisões se encontram dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

O planejamento familiar, além de estar previsto, positivado e protegido constitucionalmente e em lei própria, também está positivado no nosso código civil, no § 2º do art. 1.565, que em suma reconhece o planejamento familiar como de livre decisão do casal, cabendo ao Estado fornecer os recursos necessários, principalmente educacionais e financeiros para o seu exercício consciente.

Na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097, que tem como relator Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep), foi trazido o conceito do que seria o planejamento familiar:

Inicialmente cumpre salientar que apesar do texto constitucional adotar o termo “planejamento familiar”, fala-se atualmente em planejamento “reprodutivo”, uma vez que pode ser exercido fora do contexto da família, ou seja, a decisão poderá ser tomada pelo indivíduo no sentido de não ter filhos e de não constituir uma família. Ademais, o termo é mais amplo e pode abranger agrupamentos de pessoas que não necessariamente sejam definidas como família.

O planejamento reprodutivo pode ser definido como conjunto de ações de regulação da fecundidade, que possibilite o livre exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Ele é orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso ao igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para que a mulher, o homem ou o casal exerçam de forma livre o seu direito de escolher se terão ou não filhos, e quantos filhos terão.

Assim, entende-se que o planejamento familiar é todo um conjunto de fatores que permitem os homens e mulheres, e/ou o casal, a decidirem livremente se desejam ter filhos e constituir família, o momento mais oportuno para os terem, o número de filhos que desejam ter, espaçamento entre as gestações e os métodos contraceptivos que desejam utilizar como meio de controle de fecundidade, podendo escolher entre pílula anticoncepcional, camisinha, injeção, DIU, anel transvaginal, esterilização voluntária (vasectomia ou laqueadura tubária), ou qualquer outro método contraceptivo cientificamente aceito.

Entretanto, o planejamento familiar não engloba somente métodos contraceptivos para impedir gestações indesejadas, mas também inclui ações voltadas à concepção, ou seja, também deve ser dada atenção a casais que desejam ter filhos, e que são impossibilitados de alguma forma ou inférteis, devendo estes serem tratados da mesma forma que um casal fértil (MOURA; SILVA; GALVÃO, 2007, p. 8).

Entende-se, portanto, que o Estado tem o dever de facilitação na formação da família, razão pela qual, à aqueles que tenham a capacidade de procriação comprometida, deveria ser garantido o acesso às técnicas de reprodução médica assistida no sistema público e também privado e o que for necessário para o tratamento da infertilidade.

Muito embora exista no Brasil a Lei 11.935, sancionada em 11 de maio de 2009, que em tese obriga os planos de saúde a tratarem os casais inférteis, tal previsão fica apenas no plano teórico, pois a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) exclui do rol de procedimentos obrigatórios o tratamento da infertilidade e a cobertura dos meios de reprodução assistida.

Noutra banda, cabe ao Estado o dever negativo de não interferir nas escolhas dos particulares, e a obrigação positiva de promover ações para disseminações de informações, instruções e tratamentos acerca da contracepção e fecundidade, para que assim, os indivíduos possam exercer o seu direito de escolha e o efetivo planejamento familiar (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p.657).

Diante disso, conclui-se que a grande finalidade do planejamento familiar é evitar que familiar venham a se formar de forma indesejada, sem qualquer condições de sustento e manutenção (CHAVES, ROSENVALD, 2013, p.135), e ainda facilitar a formação da família.

Porém, muito embora o planejamento familiar/reprodutivo tenha essencial função, segundo a OMS (organização mundial de saúde), mais de 120 milhões de mulheres no mundo todo querem evitar a gravidez, porém, não fazem uso do meio contraceptivo. Ainda, há aqueles que usam os métodos contraceptivos, porém, não o fazem adequadamente, seja por falta de informação e orientação sobre o uso, seja por falta de insumo.

Assim, percebe-se que o planejamento familiar nada tem a ver com questões de

controles demográfico por parte do Estado, e tampouco está ligado a questão de saúde dos indivíduos, mas é o Estado dando aos indivíduos a possibilidade de se autorregular em suas relações familiares e de efetivarem princípios constitucionais tais como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade responsável e demais.

3.3 PREVISÃO INTERNACIONAL

Em 1945, quando 50 países se reuniram para participar de Conferência das Nações Unidas sobre a Organização Internacional, em São Francisco, na Califórnia, a ONU foi fundada, passando a representar um importante organismo de cooperação internacional, tanto que hoje a organização intragovernamental em comento conta a adesão de 192 países que buscam promover a paz, a proteção de direitos humanos e dirimir conflitos internacionais (Central de Informações das Nações Unidas, 1999, p. 1)

As conferências desempenharam e ainda desempenham fundamental papel na delimitação dos objetivos e diretrizes do trabalho da ONU, e foi na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, que ocorreu no Teerã (1968) que o planejamento familiar e reprodutivo teve seu primeiro esboço, vez que previu em seu capítulo 16 que “Os pais têm o Direito Humano fundamental de determinar livremente o número de seus filhos e os intervalos entre seus nascimentos”. Depois desse marco, outros tratados e documentos internacionais foram editados para disciplinar a matéria.

A Convenção Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1979, ratificada pelo Brasil, que, em seu artigo 10, *h*, que diz que todos os estados-partes devem adotar todas as medidas apropriadas para “garantir o acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família, incluída a informação e o assessoramento sobre o planejamento da família”, bem como “para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar” (art. 12).

Ainda, a Convenção Sobre Direito Das Crianças de 1989, também ratificada pelo Brasil, prevê que os Estados devem adotar medidas apropriadas com a finalidade de desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar (art. 24, 2, f).

Um dos mais importantes documentos foi a Conferência das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, ocorrida no Cairo em 1994, que estabeleceu entre uma das três metas a serem alcançadas até 2015 a garantia universal a diversos serviços de saúde reprodutiva, inclusive, o planejamento familiar, além de prever, em seu princípio 8, o que segue:

Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer.

Nessa mesma linha, a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995, adotou em sua Declaração, no Princípio 96:

[...]A igualdade entre mulheres e homens no que concerne à sexualidade e à procriação, compreendido o respeito total da integridade da pessoa, exige o respeito mútuo, o consentimento e a partilha da responsabilidade dos comportamentos sexuais e de suas consequências.”

É cristalino, portanto, que há muito tempo todo o mundo já se preocupa com o tema Planejamento Familiar, e o Brasil, com o passar dos anos buscou se alinhar com as diretrizes do direito internacional.

Conforme aduz Fernanda Oliveira Santana Ramos (2012, p. 2):

Atualmente, três divisões ligadas à ONU realizam trabalho de pesquisa a fim de auxiliar nas questões de planejamento familiar: a UNFPA (*United Nations Population Fund* ou, em português, Fundo de População das Nações Unidas), a Divisão da População e a Divisão de Estatísticas. A ONU tem como uma de suas metas o acesso universal à saúde reprodutiva e é a Divisão da População a responsável por busca os índices de taxa de prevalência contraceptiva, de natalidade entre adolescentes e a necessidade de planejamento familiar – esta juntamente com o UNFPA. Já a UNFPA tem três áreas de atuação prevaletentes: saúde reprodutiva; igualdade de gênero; e população e desenvolvimento.

Por fim, diante de tamanha proteção e atenção de todo o mundo, não há dúvidas que o planejamento familiar “está fundamentado nos direitos humanos internacionalmente reconhecidos” como o direito a vida, padrão mais elevado de saúde, direito à privacidade, direito à informação, direito à igualdade e não discriminação, o que significa que o Estado têm obrigação de proteger, respeitar e efetivar o direito dos cidadãos (Folha de Dados da Federação Internacional de Planejamento da Família, 2012, p.1)

3.4 PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL

Após ampla discussão internacional e dentro do Brasil, foi positivado na Constituição Federal de 1988 o direito ao livre planejamento familiar (art. 266, §7º). Além da previsão constitucional, foi dada também preocupação infraconstitucional para o tema, tendo o legislador se preocupado em regular e complementar o quanto disposto na CF/88.

Para regulamentar esse direito, foi aprovada a lei 9.263/96, que foi considerada um avanço no tocante aos direitos sexuais e reprodutivos, visto que regula a esterilização cirúrgica, que antes podia ser considerado como uma lesão corporal de natureza grave.

O objetivo principal desta Lei é de garantir a todos o livre exercício do planejamento familiar, especificando em quais casos a esterilização voluntária é permitida, e também garantir a reprodução de forma segura, com apoio do Estado através do Sistema Único de Saúde, que deve depreender mecanismos de fiscalização e estabelecer normas de funcionamento (BARBOSA, p.4, 20--).

Além de regulamentar as normas acerca do exercício do instituto, a lei em comento, em seu artigo 1º, diz ser o planejamento familiar um direito de todo cidadão, e no artigo 2º define o que significa esse direito, entendendo ser “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”, deixando claro que é um direito que não basta ser garantido sozinho, mas, vem acompanhado do direito à saúde reprodutiva e à não reprodução, controle de fecundidade, maternidade, paternidade responsável, filiação, dentre outros.

Insta trazer a baila que tal lei hoje é objeto de ADI (ação direta de inconstitucionalidade) de nº 5097, ajuizada pela ANADEP (Associação Nacional de Defensores Públicos) cujo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, é relator, visando questionar o seu art. 10, §5º, que prevê a necessidade de consentimento de ambos os cônjuges para a realização do procedimento de esterilização voluntária.

Ainda, o Projeto de Lei nº 7364/14, proposto pela Deputada Carmen Zanotto (PPS-SC), que tramita apensada ao Projeto de Lei nº 3637/12 que vislumbra o mesmo objetivo, busca a revogação do mesmo artigo 10, §5º, para permitir a esterilização cirúrgica mesmo sem o consentimento do cônjuge.

Com o fulcro de complementar a lei 9.263/96, a Secretaria de Assistência à Saúde baixou a portaria nº 048 em 1999, trazendo normas de funcionamento e fiscalização do Sistema Único de Saúde (SUS) para que fosse executado o planejamento familiar (BARBOSA, 20--, p.4). Ademais, como a questão do procedimento de esterilização é ainda polêmico e como a Lei 9.263/96 não regulamenta todas as questões e podem haver lacunas e dúvidas, contam os médicos com pareceres do Conselho Federal de Medicina sobre a questão em comento.

Na mesma esteira, a Lei 9.656/98 prevê, em seu art. 35-C, III, por força de alteração feita pela Lei 11.935/09, a cobertura obrigatória por parte dos planos de saúde nos casos de planejamento familiar. A obrigação foi regulada pela Resolução Normativa nº 192 de 2009 da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), que visou complementar os procedimentos como vasectomia, laqueadura tubária e colocação de dispositivo intra-uterino (DIU) que já constavam no rol de procedimentos obrigatórios por força da Resolução Normativa 167 de 2008, colocando como compulsória a liberação de consultas de aconselhamento para planejamento familiar e atividade educacional para planejamento familiar.

Ainda, em 2013, foi regulada pela a ANS a RN 363 de 2013, que complementou o artigo 35-C, III da lei 9.656/98, prevendo que as ações de planejamento familiar que trata esse inciso:

[...] devem envolver as atividades de educação, aconselhamento e atendimento clínico previstas nos Anexos desta Resolução, observando-se as seguintes definições:

I - planejamento familiar: 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;

V - aconselhamento: processo de escuta ativa que pressupõe a identificação e acolhimento das demandas do indivíduo ou casal relacionadas às questões de planejamento familiar, prevenção das Doenças Sexualmente Transmissíveis/Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - DST/AIDS e outras patologias que possam interferir na concepção/parto;

Por ultimo, o art. 1.565, § 2º do Código Civil dispõe que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Tal previsão apenas corrobora com o quanto disposto no art. 226, §7º, da CF, andando na linha de que o exercício ou não da reprodução e a utilização de métodos para evita-lo, sejam eles reversíveis ou não, é de livre escolha da própria pessoa, cabendo ao Estado, apoiar e proporcionar meios para o exercício desse direito.

3.5 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

O planejamento familiar engloba direitos sexuais e reprodutivos, isso porque, o sujeito tem o direito de escolher ser sexualmente ativo sem, todavia, desejar algum dia ter filhos, enquanto pode ser sexualmente ativo, planejar constituir uma família (em sentido amplo), ter filhos e ainda quantos deseja ter e o espaçamento em que eles serão concebidos.

Percebe-se, portanto, que o simples direito à escolha do parceiro, ao prazer e satisfação sexual, e o direito a procriação, são direitos que, muito embora correlatos e complementares em certos momentos, devem ser vistos, outrora, de forma totalmente independentes, ou seja, não se pode afirmar que apenas é permitido manter relações sexuais com intuito de se reproduzir, embora o sexo seja um dos meios de concepção. Nessa esteira, insta se fazer a diferenciação entre esses dois direitos.

Laura Davis Mattar (2008, p. 2) aduz que os direitos reprodutivos “referem-se, resumidamente, ao direito de decidir livre e responsavelmente sobre o numero, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como o direito a ter acesso à

informação e aos meios para a tomada desta decisão”, cabendo o estado o dever de garantir aos cidadãos acesso e conscientização acerca de eventuais técnicas contraceptivas, como anticoncepcionais e esterilização voluntária, bem como as conceptivas, tal como a reprodução assistida.

Nessa mesma esteira, o Ministério da Saúde o reconhece como o direito das pessoas de decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas, bem como o direito a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos e de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência.

Os direitos reprodutivos não podem ser efetivados sem a saúde reprodutiva, e seu conceito foi trazido na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento:

A saúde reprodutiva é um de completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e as suas funções e processos, e não de mera ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo autonomia para se reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. Está implícito nesta última condição o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso aos métodos eficientes, seguros, aceitáveis e financeiramente compatíveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos de regulação de fecundidade a sua escolha e que não contrariem a Lei, bem como o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que propiciem às mulheres as condições de passar em segurança pela gestação e parto, proporcionando aos casais uma chance melhor de ter um filho sadio. (1995, anexo, cap. VII, par. 7.2)

Noutra banda, os direitos sexuais estão ligados ao direito não só da mulher e homem terem uma vida sexual prazerosa, mas também livre de coação, cabendo ao individuo escolher sua orientação sexual respeitando a integridade física de todos, desfrutando de uma vida sexual satisfatória, ou seja, “dizem respeito ao direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência” (MATTAR, 2008, p. 2)

O Ministério da Saúde também se preocupou com os direitos sexuais e entendeu que o direito em comento engloba diversas garantias:

Direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições e com respeito pleno pelo corpo do(a) parceiro(a); Direito de escolher o(a) parceiro(a) sexual; Direito de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas crenças; Direito de viver a sexualidade independentemente de estado civil, idade ou condição física; Direito de escolher se quer ou não quer ter relação sexual;

Direito de expressar livremente sua orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, entre outras; Direito de ter relação sexual independente da reprodução; Direito ao sexo seguro para prevenção da gravidez indesejada e de DST/HIV/AIDS.; Direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade e sem discriminação; Direito à informação e à educação sexual e reprodutiva (2009, p. 6)

Assim, os direitos sexuais envolvem um dever negativo do Estado, de não se envolver na escolha do sujeito de exercer a sua sexualidade, todavia, envolve também uma prestação positiva de garantir o seu exercício (MATTAR, 2008, p. 76)

A partir da década de 60, então, com o início da promoção de políticas de planejamento familiar, os temas direitos sexuais, reprodutivos e a saúde reprodutiva e sexual passaram a ganhar destaque no cenário internacional (DIAZ; CABRAL; SANTOS, 20--, p. 2), levando aos reconhecimento e conceituação desses direitos.

Na conferência mundial de Direitos Humanos, realizada no Teerã, em 1968, surgiu o primeiro esboço do que viria a ser o direito reprodutivo, vez que em seu capítulo 16 passou a prever que “Os pais têm o Direito Humano Fundamental de determinar livremente o número de seus filhos e o intervalo entre seus nascimentos”, restando claro que os indivíduos, de maneira geral, têm liberdade para se autorregular, bem como regular o próprio corpo, não cabendo ao Estado interferir na construção das relações familiares.

Após esse primeiro impulso, outros documentos de direitos humanos foram dando forma aos direitos reprodutivos, inclusive diferenciando de direito sexual.

Na conferencia Mundial sobre a população e desenvolvimento realizada pela ONU no Cairo, em 1994, pela primeira vez, foi trazida uma clara formulação da ideia do que seriam o direito reprodutivo, sendo tal conceito ratificado em Pequim em 1995. Segundo o parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo:

Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

“Os direitos sexuais, em contraponto, começaram a ser discutidos no final da década de 80, com a epidemia do HIV/Aids, principalmente dentro do movimento gay e lésbico, a quem se juntou parte do movimento feminista” (MATTAR, 2008, p. 64), porém, apesar da longa discussão, apenas tomaram forma na IV Conferência Mundial sobre a Mulher em Pequim, em 1995, sendo previstos no parágrafo 96 da Declaração e Plataforma de Ação:

Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências.

Percebe-se que apesar de ter sido reconhecido a separação dos direitos sexuais e reprodutivos, não houve uma tradução exata do que seriam tais direitos. Todavia, conforme discutido na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097, ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), que tem como relator Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), após tais previsões que deram as mulheres o direito de decidirem livre e responsabilmente as questões ligadas a sua sexualidade e concepção, passaram a surgir normas e métodos buscando o gerenciamento da reprodução feminina, dentre eles a pílula anticoncepcional e a esterilização voluntária. A partir de então, os direitos sexuais foram se consolidando, se tornando independente do que seriam os direitos reprodutivos.

Conforme já trazido alhures, o direito reprodutivo mais tem a ver com o poder de escolha dos indivíduos acerca da sua prole, ou seja, decidir por ter filhos, o número de filhos, quando tê-los, planejando a sua vida, no casamento ou fora dele. Diferentemente, os direitos sexuais mais tem a ver com a questão da aceitação dos diferentes tipos de expressão sexual, da autonomia para tomar decisões sobre o uso do próprio corpo, além de estar intimamente ligado a igualdade dos sexos feminino e masculino.

A Declaração dos Direitos Sexuais de 2014 reconhece a sexualidade como uma fonte de realização do homem como um todo, contribuindo para o bem estar e realização pessoal, além de reconhecer que “a sexualidade é um aspecto central do

ser humano em toda a vida e abrange sexo, identidade e papéis de gênero, orientação sexual, erotismo, prazer, intimidade e reprodução”.

A mesma declaração também prevê que o direito à sexualidade abrange a saúde sexual, que só poderá ser atingida quando o primeiro for respeitado e garantido, e que significa não apenas a ausência de doenças sexualmente transmissíveis ou disfunções, mas está intimamente ligado ao bem estar físico e mental em relação a sexualidade, podendo manter relações sexuais prazerosas independente da orientação (homossexual, heterossexual, bissexual, etc.) livres de qualquer discriminação e violência.

É imperioso salientar que ambos os direitos, sexuais e reprodutivos, estão amplamente baseados no direito à liberdade, dignidade da pessoa humana e igualdade. Assim, em apertada síntese, percebe-se que o exercício do planejamento familiar só poderá ser pleno, se garantido a todos os cidadãos esses direitos, também de forma plena.

3.6 PAPEL DO ESTADO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O artigo 4º da Lei 9.263/96 estabelece que “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”. Ainda, o artigo 5º da referida Lei disciplina que:

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

Retira-se dos artigos acima colacionados que a atuação estatal é de extrema importância, vez que é o grande responsável pela materialização do planejamento familiar através de disponibilização de recursos e disseminação de informações a todos, possibilitando aos sujeitos o exercício desse direito constitucionalmente garantido de forma livre, consciente e com responsabilidade.

Renata de Lima Rodrigues (2013, p.1) sabiamente afirma que cabe ao Estado promover políticas públicas:

[...] de reprodução humana que estejam alinhadas com o conjunto de direitos fundamentais titularizados pelos indivíduos. O princípio da dignidade humana, vetor por que passa a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, e que coloca o ser humano como eixo epistemológico do ordenamento jurídico, impõe a tutela do Estado de maneira promocional, restando vedada sua intervenção – e dos demais particulares - no espaço familiar, verdadeira reserva de intimidade e liberdade dos indivíduos na busca pelo desenvolvimento de sua personalidade.

Fernanda Oliveira de Santana Ramos (2013, p.12) salienta que é cediço que o exercício do planejamento familiar engloba também a saúde, em especial reprodutiva e sexual, e todos esses direitos foram reconhecidos na Constituição Federal nos artigos 196¹, 197² e 227, §7^{o3}, inclusive como obrigação do Estado proporcioná-los.

O SUS foi o órgão criado pelo poder público para promover a saúde, então, por consequência lógica, este é o responsável pela assistência ao planejamento familiar, tão é assim que a Lei 9.263/96, prevê em diversos artigos, quais sejam artigos 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11 e 14, a participação do SUS, ressaltando a importância do Estado na promoção do direito em comento.

O artigo 3º disciplina que cabe ao SUS, em todas as esferas de governo, viabilizar métodos e técnicas de concepção e contracepção validadas cientificamente e promover “programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras”.

Assim, inegável é, que o pleno exercício do planejamento depende de ações do Estado, que deve garantir a saúde, propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício, seja para concepção ou contracepção.

Porém, é cediço que ao pensar em planejamento familiar adentra-se em uma ideia de contracepção, por ser uma espécie de controle no âmbito familiar do número de filhos desejados e quando deseja conceber. Todavia, não se pode olvidar o seu sentido positivo, que garante às mulheres com dificuldade de terem filhos, a

¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

² Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado;

³ Art. 227, §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

propiciação de recursos, inclusive os científicos/médicos necessários para a concepção. (SEGALLA; SILVEIRA, 2009, p. 1376/1377)

Nessa esteira, o art. 227, §7º da Constituição Federal prevê que o planejamento familiar é decisão do casal, cabendo ao Estado permitir o acesso aos recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Com a regulamentação do artigo alhures através da lei 9.263/96, foram trazidos artigos que demonstram o significado positivo do planejamento familiar, englobando também o direito concepção. A legislação ordinária em comento, conforme já citado anteriormente, prevê no seu artigo 3º⁴ inclusive que é dever do Estado através do sistema único de saúde, garantir assistência para a concepção e contracepção.

Seguindo essa linha, o artigo 9º do mesmo diploma legal prevê expressamente que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.”

Desta forma, em 2012 foi instaurada a portaria nº 3. 149 que destinou recursos aos estabelecimentos de saúde que realizam, no âmbito do SUS, procedimentos voltados à reprodução assistida. Todavia, os recursos destinados foram limitados e destinados a apenas 9 instituições no país, limitando o acesso de todos às técnicas de reprodução assistida, o que é uma grande afronta ao direitos constitucionalmente assegurados, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, não se pode negar que além do dever estatal de garantir os métodos anticoncepcionais e todas as informações com o fito de evitar a concepção, é também dever a garantia o acesso aos métodos de reprodução assistida, pois o livre planejamento familiar é garantir a livre formação da familiar, seja através da concepção ou da contracepção.

sendo o planejamento familiar um direito consagrado constitucionalmente, e estando todas as questões referentes à inseminação artificial e à

⁴ 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;

engenharia genética abrangidas no conceito levantado por este princípio, pode-se dizer que o planejamento familiar, como princípio constitucional, reveste-se não só de um cunho negativo (um não fazer do Estado), mas também de uma visão positiva, haja vista que, sendo o direito à saúde sexual (bem como à reprodução) revestido de caráter fundamental, deve o Estado tratar os distúrbios de função reprodutora como problema de saúde pública, garantindo acesso a tratamento de esterilidade e reprodução assistida. (QUARANTA, 2010, p.2)

Insta salientar, também, que a concretização da liberdade intrínseca ao planejamento familiar está intimamente ligada ao exercício da autonomia privada, sendo inclusive, vedado expressamente qualquer ingerência estatal e ou por parte de instituições privadas no planejamento (art. 226, §7º da Constituição Federal), o que deixa claro que a decisão é privativa e íntima de quem o está realizando, desde que, por óbvio, respeite direitos alheios e não cometa ilícitos.

Conclui-se, portanto, que compete ao Estado uma série de deveres positivos e negativos:

O direito ao planejamento familiar é garantido em termos positivos e negativos. A dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais-informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas. A dimensão negativa traduz-se na garantia da liberdade individual, salientando-se sobretudo as capacidades cognitivas e a capacidade para a autodeterminação (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 858)

Em apertada síntese, os direitos reprodutivos implicam obrigações positivas ao Estado que deve promover a viabilização da informação, todos os meios necessários para realização da escolha consciente acerca da reprodução e de técnicas de reprodução assistida, enquanto os direitos sexuais impõem uma esfera de atuação estatal mais negativa, isto é, não cabe a este regular práticas sexuais, mas coibir ações que atentem contra a livre orientação sexual, ou seja, o exercício da sexualidade entra no âmbito da autonomia privada, não cabendo à ordem pública interferir na esfera de autorregulação do sujeito.

3.6.1 Deveres negativos do Estado

Falar de direitos negativos quer dizer que deve haver uma abstenção por parte do Estado, ou seja, é uma obrigação de não fazer, não interferir na esfera de liberdade e autorregulação dos indivíduos.

O planejamento familiar em sua dimensão negativa, nas palavras J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 858) “traduz-se na garantia da liberdade individual salientando-se, sobretudo, as capacidades cognitivas e a capacidade para auto determinação”, o que significa dizer que não cabe ao Estado definir se o sujeito irá procriar, quando isso irá acontecer e/ou limitar ou delimitar o número de filhos, sendo garantido a todos os livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais.

Desta forma, é proibida a realização de políticas públicas para fins de controle demográfico, conforme previsto do art. 2º, § único, da Lei 9.263/96. Ademais, a Constituição Federal, veda expressamente, que instituições oficiais ou privadas, imponham coercivamente a esterilização, impedindo o livre planejamento familiar, deixando claro que “não deve vincular direito e acesso aos serviços de planejamento familiar às políticas de controle demográfico” (COSTA, 2009, p. 5)

Os direitos reprodutivos trazem para o Estado o dever negativo de não interferir no poder de escolha do indivíduo - sendo-lhe garantida uma liberdade individual, via de regra, inviolável – de se deseja conceber, e em caso positivo, quantos filhos deseja ter e o espaçamento entre as gravidezes.

No tocante aos direitos sexuais, “[...] o Estado não deve regular a sexualidade e as práticas sexuais, tendo o dever de coibir práticas discriminatórias que restrinjam o direito à livre orientação sexual “ (JARDIM, 2012, p.3)

Desta forma, não cabe ao Estado regular práticas e o exercício da sexualidade do sujeito, que tem o direito de devendo ser garantido a livre orientação sexual e disposição do corpo, pois a escolha dos indivíduos deve ser livre de qualquer forma de estímulo ou desestímulo estatal, mas tem o estado o dever positivo de ser garantidor do livre exercício.

Por fim, cumpre salientar que é vedada a atuação estatal para fins de controle de natalidade/demográfico.

3.6.2 Deveres positivos do Estado

Ao contrário dos deveres negativos, o deveres positivos requerem do estado uma ação, e o planejamento familiar na “dimensão positiva aponta para as dimensões

prestacionais, informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p.858)

Todavia, insta trazer novamente à baila que cabe ao Estado, através de disponibilização de recursos e disseminação de informações a todos, materializar o planejamento familiar através de políticas públicas alinhadas com os direitos fundamentais titularizados por todos os sujeitos de direito, ou seja, sem a intervenção na esfera de liberdade e privacidade dos sujeitos no âmbito familiar.

Assim cabe ao Estado a responsabilidade “promoção do acesso a informação e aos meios necessários para viabilizar as escolhas com relação à reprodução” (JARDIM, p.3, 2012), e conforme estabelecido na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento (Cairo) em 1994 e reconhecido pelo Ministério da Saúde, é devida a educação sexual a crianças, adolescentes e adultos que significa um “processo de intervenção sistematizado, planejado e intencional, o qual promove um espaço de acolhimento e reflexão das dúvidas, valores, atitudes, informações que formam as vivências e manifestações da sexualidade” (AQUINO; MARTINELLI, 2012, p. 5), para permitir o livre, consciente e adequado exercício dos direitos reprodutivos e sexuais.

Porém, a sua esfera positiva de atuação não se limita a disponibilização de informações e fornecimento de educação sexual, mas aos acesso dos métodos de concepção e contracepção, isto é, acesso aos métodos anticoncepcionais, como esterilização, pílulas, camisinhas e todos aqueles cientificamente aceitos, bem como reprodução assistida, vez que o planejamento familiar tem sua esfera positiva ligada diretamente ao direito de ter filhos e constituir família.

Ademais, já se sabe que o exercício do planejamento familiar engloba direitos sexuais e reprodutivos, estando estes intimamente ligados à saúde, razão pela qual também é dever do Estado proporcionar assistência pré-natal, durante a gravidez e após o parto, bem como meios para prevenção e tratamento de doenças, sexualmente transmissíveis ou não, que venham causar algum tipo de óbice ao

exercício saudável e regular da concepção ou contracepção, conforme positivado no artigo 3º, parágrafo único⁵ da lei de planejamento familiar.

Desta forma, o dever do Estado é disseminar informações, prover métodos contraceptivos, promovendo políticas públicas e tudo aquilo que for necessário para a manutenção da saúde sexual e reprodutiva possibilitando aos cidadãos controlarem a sua fecundidade de forma digna e realizarem escolhas livre de vício e com consciência.

3.6.3 Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares

Os direitos negativos e positivos do Estado decorrem do princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, cumprindo, a priori, delimitar o significado desse princípio que levou a valorização da autonomia privada.

O conceito de família, por si só, é extremamente dinâmico, vez que evolui a medida que a sociedade e o homem avançam socialmente, sendo extremamente mutável “não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante [...]. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes” (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 41)

Antigamente o Estado adentrava nas relações familiares, editando inclusive normas jurídicas que estabeleciam padrões de comportamento a serem seguidos por membros da família, sob a afirmação da supremacia do interesse público (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 158).

O direito, também mutável e adaptável à realidade e momento históricos vigentes, atualmente valoriza a autonomia privada no âmbito das relações familiares, sendo, nesse quadrante, apenas legitimada e justificável a atuação e ingerência estatal,

⁵ Art. 3º 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 a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis.

quando visar proteger os sujeitos de direito, principalmente os vulneráveis, e para assegurar garantias mínimas (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 157).

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p.157), “a intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive, ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.

Assim, conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 158), a “atuação estatal no âmbito das famílias tem de estar pautada no respeito a dignidade das pessoas, não sendo possível impor condutas atentatórias a liberdade de autodeterminação humana”.

Em apertada síntese, a autonomia privada é a regra geral no direito das famílias, posto que a vida privada e seus direitos personalíssimos dizem respeito, apenas, a vontade e liberdade de autodeterminação de cada indivíduo. Todavia, caberá a participação do Estado, sem que esta seja definitiva, para assegurar direitos e garantias mínimas.

Percebe-se portanto, que os deveres que possui o Estado de se abster de dizer se o indivíduo irá procriar, quando isso irá acontecer e/ou limitar ou delimitar o número de filhos, sendo garantido a todos os livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais, estão diretamente ligados ao princípio em questão, posto que as famílias são reguladas pela autonomia privada, “o que significa que os componentes dos núcleos familiares podem tocar, livremente, os seus projetos de vida familiar, sendo ilegítima a intervenção do poder estatal quando a relação familiar é travada entre pessoas livres e iguais” (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 158)

Nessa mesma esteira, os deveres positivos estatais no tocante ao planejamento familiar também estão entrelaçados ao princípio da intervenção mínima estatal nas relações familiares, pois, mesmo quando amplamente garantida a autonomia privada, cabe ao Estado intervir para assegurar garantias mínimas, não sendo, portanto, a não intervenção um princípio absoluto.

Naturalmente, uma dessas garantias mínimas é o planejamento familiar, que, conforme amplamente explanado, é promovido por meio da disseminação de informação, promoção da saúde física, mental, sexual e reprodutivas, provimento de educação e serviços de planejamento familiar para que os sujeitos realizem suas

escolhas de forma livre e consciente, bem como disponibilização e assistência na escolha e efetivação de métodos de concepção e contracepção, que deve ser feita sem coação e/ou ingerência estatal ou de instituições privadas.

3.7 PROGRAMAS DE INCENTIVO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Conforme previsão do art. 266, §7º, da Constituição Federal compete ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos, para que seja garantido a todos o livre e consciente exercício do planejamento familiar.

Ciente da sua obrigação, o poder público, muito embora não tenha criado Lei para regulamentar o artigo em comento, por meio do Ministério da Saúde, órgão do Poder Executivo Federal responsável pela organização e elaboração de planos e políticas públicas voltados para a promoção, prevenção e assistência à saúde no Brasil, criou diversos programas com o fulcro de disseminar informações acerca do planejamento familiar e saúde reprodutiva.

De acordo com o paragrafo 7.12 do Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas, realizado no Cairo, no ano de 1994:

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.

Desde os anos 70 , o governo passou a implementar os mais diversos programas com a finalidade de promoção da saúde e de informações para o planejamento familiar, a exemplo do PAISM – Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher em 1983.

O programa em comento, no tocante ao planejamento familiar, “situou as ações de regulação de fecundidade com complementares das ações de saúde materno-

infantil, além de desvincular as atividades de planejamento familiar com qualquer caráter coercitivo para as famílias que venham a utilizá-las”. (JARDIM, 2012, p.11)

Ainda que a ideia do programa tenha sido inovadora, tendo em vista que buscava reconhecer e tutelar os direitos sexuais das mulheres nos moldes reconhecidos internacionalmente, a “implementação efetiva do programa infelizmente não ocorreu. A falta de interesse político, além do caos do sistema público de saúde, foram fatores que contribuíram para inoperância do PAISM” (JARDIM, 2012, p.11)

Em 2004, o Ministério da Saúde, considerando que o âmbito de proteção dada pela Lei de Planejamento Familiar se estende até a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato (art. 3º, inciso III da Lei), implementou o Pacto Nacional pela Redução de Mortalidade Materna e Neonatal (RAMOS, 2012, p. 16)

Em 2007, o governo Federal lançou a Política Nacional de Planejamento Familiar, que de acordo com descrição feita no sitio eletrônico do governo do Brasil:

inclui oferta de oito métodos contraceptivos gratuitos e também a venda de anticoncepcionais a preços reduzidos na rede Farmácia Popular. Toda mulher em idade fértil (de 10 a 49 anos de idade) tem acesso aos anticoncepcionais nas Unidades Básicas de Saúde, mas em muitos casos precisa comparecer a uma consulta prévia com profissionais de saúde. A escolha da metodologia mais adequada deverá ser feita pela paciente, após entender os prós e contras de cada um dos métodos. Em 2008, o Ministério da Saúde alcançou a marca histórica de distribuir esses dispositivos em todos os municípios do território nacional. No ano seguinte, a política foi ampliada e houve maior acesso a vasectomias e laqueaduras, métodos definitivos de contracepção, bem como a preservativos e outros tipos de anticoncepcionais.

Os oito métodos fornecidos são anticoncepcional injetável trimestral, anticoncepcional injetável mensal, pílula oral combinada, diafragma, DIU, preservativo (masculino e feminino), pílula de emergência e minipílula (RAMOS, 2012, p.16)

Em 2008, o Ministério criou o Programa Saúde na Escola (PSE), com o objetivo de alcançar os adolescentes, disseminando nas escolas o conhecimento sobre gravidez e formas de preveni-la, reduzindo, por conseguinte, os índices de gestação entre jovens.

Fernanda de Oliveira Santana Ramos (2012, p. 16) informa ainda que “existem também as Políticas Nacionais de Atenção Integral à Saúde do Homem e da Mulher, políticas estas que focam nos problemas relacionados à cada gênero no que tange à

saúde reprodutiva e cuidam de orientar os homens e mulheres”.

No tocante à proteção especial dos direitos das mulheres, foi criado pelo governo federal a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, responsável por coordenar o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Em que pese às políticas públicas sobre planejamento familiar, foi constituído um grupo de trabalho, dentro da Secretaria, para discutir a saúde sexual, reprodutiva e a paternidade responsável (TEXEIRA, 2012, p. 11).

Além dos programas citados, o governo conta ainda com políticas relativas a população e ao desenvolvimento, através do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Recentemente, em 12 de março de 2015 o Deputado Alberto Fraga (DEM-DF), propôs o projeto de Lei nº 718, com o fulcro de regulamentar o artigo 226, §7º da Constituição Federal, passando a prever que os é de responsabilidade do governo promover programas de incentivo ao planejamento familiar, como orientação para jovens, acompanhamento de assistente social e psicológico, orientação financeira familiar, cabendo ao Sistema Único de Saúde realizar o atendimento.⁶

O deputado Alberto Fraga justifica a pretensão no fato de que:

e temos assistidos, principalmente nos grandes centros urbanos, o crescimento demográfico desordenado por total falta de orientação das famílias, que têm encontrado dificuldades de toda ordem, quer seja de conhecimento ou financeira, pois quando desejam realizar uma laqueadura ou vasectomia os hospitais públicos não disponibilizam esse tipo de atendimento (2005, 2- 3).

Aduz, ainda, que a aprovação da lei irá permitir que o governo adotem medidas que irão proporcionar melhor orientação às famílias no tocante aos mais diversos aspectos do planejamento familiar.

⁶ Art. 2º. Os governos federais, estaduais e municipais deverão promover programas de incentivo a orientação para o planejamento familiar.

§1º Dentre as medidas adotadas deverão ser observados:

I - orientação educacional para jovens, adolescentes e adultos

II - acompanhamento por assistente social;

III- acompanhamento por psicólogos;

IV - orientação para administração financeira familiar.

§ 2º As pessoas que integrarem o programa de incentivo ao planejamento familiar, deverão ser atendidas pelo Sistema Único de Saúde, inclusive para realização de vasectomia ou laqueadura.

4 AUTONOMIA PRIVADA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Cidadã, como ficou conhecida a Constituição Federal de 1988, representou o fim do regime militar e o início de uma sociedade democrática, surgindo para assegurar os mais diversos direitos fundamentais dos indivíduos, elegendo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, conforme disposto no seu art. 1º, inciso III⁷.

Nesta senda, admite-se dizer que no momento em que foi positivada, “a dignidade da pessoa humana torna-se, explicitamente, um princípio, uma norma de dever-ser, com caráter jurídico vinculante, não podendo mais ser considerado apenas um valor cujo caráter seria somente axiológico” (BORGES, 2007, p. 15)

Todavia, o grande questionamento é qual o conceito da dignidade. Tal questionamento não é contemporâneo e traz largo debate doutrinário e jurisprudencial, entretanto, não há dúvidas que a dignidade busca dar ao homem o direito de ser respeitado e regular a própria vida.

A dignidade da pessoa humana é “um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.74).

Cumprir trazer à baila o ensinamento de Immanuel Kant, a quem é atribuída uma das primeiras definições do que seria a dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, uma das figuras mais ilustres no tocante ao tema. Este dizia que o homem é um fim em si mesmo, “não podendo ser tratado como coisa ou meio de se obter uma finalidade, vez que este não tem preço, e, sim, tem dignidade” (PELINCER; VALDES, 2009, p.5292), assim, a dignidade não pode ser valorada. Desta forma, ele apresentava um esboço do que seria tal direito:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT, 1986, p. 77)

⁷ 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;

Ademais, Kant partia do pressuposto da racionalidade do ser humano, podendo este agir de acordo com sua própria razão, ou seja, o homem deveria ter total autonomia sob suas ações, sendo possível traçar seu destino de forma livre e, assim, alcançar a sua dignidade. (NICOLAO, 2010, p.8)

Foi daí em diante que a dignidade passou a ser reconhecida, passando a ocupar uma noção de valor natural, independente de qualquer codificação ou positivação por parte do Estado, que deveria ser o menos interventor possível, permitindo que cada um cuidasse dos seus próprios interesses sem seu amparo. (PELINCER; VALDEZ, 2009, p. 5292)

Para que seja reconhecida pelo ordenamento jurídico a qualidade de digno, basta que se tenha a qualidade de ser-humano, mesmo que o sujeito ainda não tenha nascido. Conclui-se, então, que a dignidade é inerente à condição de humano, e não surge através de declarações e/ou ações, isto é, não depende de qualquer ação estatal, não tem relação com capacidade, não nasce de contratos, declarações de vontade, etc., repita-se, basta ser humano para que seja lhe dado o direito de ser digno, sendo os direitos da personalidade um dos meios mais importantes para proteger e tornar eficaz a dignidade da pessoa humana. (BORGES, 2007, p 14/16)

Conforme aduz Francisco Amaral (2014, p. 79) “a dignidade da pessoa humana é, assim, um valor que se positiva no elenco dos principais fundamentos do direito brasileiro, do que decorre a pretensão que cada pessoa tem ao respeito à sua integridade física e psíquica, à sua autonomia e liberdade pessoal”.

Com o intuito de garantir a dignidade da pessoa humana, o planejamento familiar deve ser assegurado em paralelo com o direito à saúde, permitindo a todos o amplo acesso a todos os métodos contraceptivos e conceptivos, além de educação, possibilitando o exercício de forma livre e consciente.

Noutra banda, é de se extrair dos ensinamentos expostos alhures, que a dignidade não se concretiza sem autonomia, pois, o Estado deve se abster de intervir nas escolhas e atitudes dos sujeitos, somente se alcançando a dignidade com a liberdade e exercício da autonomia. Esse inclusive, é o pensamento de Immanuel:

A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a

determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade de influência de causas estranhas. (KANT, 1986, p. 93)

Em apertada síntese, Kant entende que o sujeito deve ser livre para exercer a autonomia da vontade, sendo esta o meio de alcançar a sua dignidade. Diante dessa afirmação, resta exposta “a íntima e imprescindível ligação entre a liberdade e a autonomia, pois sem aquela não poderá o ser humano exercer esta, ou seja, se para alcançar a dignidade o ser humano precisa ser livre, logo será necessário que ele também seja autônomo” (NICOLAO, 2010, p. 15), razão pela qual a autonomia privada faz parte do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo meio de sua concretização.

Então, fazendo um paralelo com as relações familiares, a dignidade da pessoa humana serve como fundamento para aplicação da autonomia privada, vez que, cabe a aqueles que fazem parte do grupo traçarem seus projetos de vida, sendo papel do Estado apenas interferir para garantir o exercício de liberdade e assegurar garantias mínimas.

A “atuação estatal no âmbito das famílias tem de estar pautada pelo respeito à dignidade das pessoas, não sendo possível impor condutas atentatórias à liberdade de autodeterminação humana” (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 158).

Portanto, deve o Estado servir de apoio e assistência, não interferindo agressivamente na autonomia das famílias, inclusive no que diz respeito ao planejamento familiar, vez que é direito do casal realizá-lo de forma livre e sem interferência, conforme preceitua o art. 1.565, §2º, do Código Civil. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 104)

Os indivíduos, portanto, devem ter liberdade para autodeterminar-se, de modo a fazer escolhas que regem sua esfera de vida privada sem a interferência estatal ou de terceiros. Dentro dessa esfera de autonomia, encontra-se também a autonomia sobre o próprio corpo, que nas palavras de Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p.52) “o corpo pertence à própria pessoa e é ela quem deve lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, dentro do que a realiza”.

Pode-se concluir, portanto, que é indevido o Estado, através do legislador, utilizar-se de manobras para desestimular o exercício do planejamento familiar, e evitar a

esterilização precoce, pois, decidir por esterilizar-se ou não está na esfera de autonomia do sujeito, cabendo a este proporcionar todos os recursos necessários, para possibilitar o exercício consciente desse direito. Na mesma esteira, não se pode conceber a ingerência de terceiros sobre o exercício do livre planejamento familiar.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2007, p. 25) aduz que “ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só a vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz”.

Noutro giro, a dignidade da pessoa humana também pode servir como embasamento à limitação da autonomia da vontade dos sujeitos, a medida que não podem os sujeitos praticarem atos que atentem contra a ordem pública, moral e bons costumes, pois a ordem pública está acima dos interesses particulares.

Conclui-se, então, que é livre o exercício do planejamento e do poder familiar, cabendo ao Estado um dever de assistência e apoio, porém, também cabe a este garantir a dignidade, assim, nada impede que o Poder Judiciário venha a intervir quando houver alguma ameaça ou lesão a interesse jurídico ou dignidade de um dos integrantes da família. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 104/105)

Assim, é de se salientar que, ainda que ambos, dignidade da pessoa humana alcançado através da autonomia, sejam, a priori, direitos vistos como absolutos, há uma possibilidade de relativização, a depender do caso concreto.

Sucintamente, pode-se dizer que a autonomia privada e princípio da dignidade da pessoa humana são valores amplamente interligados e que se complementam a medida que a dignidade da pessoa humana assegura o direito de viver plenamente, e somente se realiza a dignidade através do poder de autorregulação do sujeito. Entretanto, em alguns momentos podem ser antagônicos, ao passo que é lícita e devida a limitação da esfera de liberdade de outrem através da intervenção estatal, se justificado por conta do interesse do próprio indivíduo ou da coletividade.

4.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: CONTORNOS ATUAIS

Muito se fala sobre a dignidade da pessoa humana, porém, diante do seu caráter extremamente abrangente, até os tempos atuais não foi possível formular um conceito jurídico único a seu respeito, vez que comporta múltiplos significados, entretanto, deve-se, ao menos, buscar compreendê-la de acordo com as diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988.

O filósofo Immanuel Kant foi o responsável pelo primeiro esboço do que seria a dignidade da pessoa humana, entendendo que o homem é um fim em si mesmo, o que significa dizer que, o homem vive para alcançar os seus próprios propósitos, não sendo um meio para o alcance dos objetivos de outras pessoas.

Francisco Amaral (2014, p. 77) salienta que embora o reconhecimento da dignidade da pessoa humana tenha raízes históricas, de natureza filosófica e religiosa, deixando claro o seu caráter de historicidade, tal principio adquiriu importância após a Segunda Guerra mundial, e posteriormente passou a ser previsto em diversas constituições europeias e documentos internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU trouxe no seu artigo 1º uma das bases para compreensão do que seria a dignidade da pessoa humana: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Nas palavras de Chaves Camargo (1994, p. 27-28), a dignidade da:

[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

Já Rizzatto Nunes (2009, p.49) aponta que: “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”. Resta claro, portanto, que a dignidade é resultado de diversas conquistas históricas, devendo tal conquista ser conservada e preservada.

De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá (2011, p. 36-38):

O princípio da dignidade da pessoa humana, que está expresso no artigo 1º, III, da Constituição Federal, é a garantia de pleno desenvolvimento dos vários aspectos da pessoa. Protege-se todo arcabouço de manifestações do ser humano, em sua vertente física, psíquica e espiritual. Todavia, essa proteção só é possível se tal garantia puder ser estendida a outros, garantindo uma sociedade plural.

Note-se, pois, que a dignidade do ser humano aplica-se apenas em um contexto de liberdade e igualdade, isto é, na garantia de iguais liberdades fundamentais, vista procedimentalmente.

Seguindo essa linha, embora não seja possível alcançar um conceito fechado para a dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que esta implica um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, sendo reconhecido o direito de todos os sujeitos viverem livremente, em harmonia com todo o social, com a certeza de que suas necessidades e ambições poderão vir a ser expandir e, por conseguinte, se concretizarem.

Pelo entendimento de Adriana Maluf (2013, p.18), tal princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito do biodireito, deve ser enxergado “nas práticas médicas e biotecnológicas, visando a proteção da vida humana na sua magnitude”.

Percebe-se que, ainda que grande parte da doutrina reconheça, em síntese, que a dignidade é o fornecimento dos pressupostos materiais mínimos que possibilitem a vida e convivência harmônica e igualitária, esta não tem um conceito pré-definido, é subjetivo.

Nessa esteira, resta claro que a dignidade é uma conquista do homem, e conforme aduz Roxana Borges:

[...] por ser fruto de determinado momento da história do direito, do Estado e da sociedade, o conteúdo da dignidade da pessoa humana não é absoluto, não é uma revelação que se impõe de forma igual a todas as pessoas e, também, não tem um significado compartilhado por todos os indivíduos, por mais semelhantes que estes sejam, mesmo que componham a mesma sociedade e vivam no mesmo momento histórico. Por isso, seu caráter subjetivo não pode ser afastado (2007, p. 20)

Destarte, buscar um conceito fechado para a dignidade da pessoa humana é impossível, só podendo ser entendido a partir da perspectiva de cada indivíduo, de forma individualizada, e do contexto em que se insere, pois, cada pessoa preconizará direitos diferentes.

Pode-se dizer, apenas, que a dignidade é princípio constitucional e direito fundamental norteador de todos os demais, que exprime os valores da sociedade humana, tendo em vista que visa garantir o mínimo existencial e o bem-estar social necessário a todos os indivíduos, devendo ser frisado que para alcançar a plenitude do gozo da dignidade, é imprescindível que o Estado garanta o exercício dos demais direitos fundamentais garantidos.

Nas palavras de Fahd Awad (2006, p. 111), a dignidade da pessoa humana possui “certa singularidade, pois, se assim não fosse, de que adiantaria ao Estado garantir a vida se esta não é digna. A dignidade não é algo que podemos comprar, ela é inerente a cada ser humano, sendo, assim, dever do Estado garantir sua proteção”.

Por conseguinte, como o direito é uma ciência subjetiva e em constante modificação, trazer um conceito definitivo do que venha a ser dignidade é tarefa impossível, pois, ainda que seja o fundamento para justiça, liberdade, paz e desenvolvimento social, todos os conceitos que o envolvem estão em constante mudança. Nessa esteira, a dignidade da pessoa humana é um conceito em constante reformulação.

4.2 AUTONOMIA PRIVADA COMO FUNDAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Francisco Amaral (2014, p. 84) define a autonomia privada como “o poder que os particulares têm de regular o exercício da própria vontade, as relações que participam estabelecendo-se conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É uma das mais expressivas representações de liberdade”.

Mauricio Requião (2014, p. 21) sustenta que a autonomia trata “do valor da vontade humana e poder de autodeterminação do sujeito”, todavia, não há consenso acerca do real significado da autonomia privada e o que ela abrange.

Noutra banda, cabe diferenciar a autonomia privada da autonomia jurídica individual. Pode-se dizer que autonomia privada é espécie do gênero liberdade jurídica, pois a segunda é o direito à liberdade jurídica, que significa o direito de realizar qualquer conduta desde que não juridicamente proibida, e a primeira permite os indivíduos realizarem negócios jurídicos, ou seja, é o direitos dos indivíduos regerem suas próprias relações, ditarem suas próprias regras, podendo contar com a proteção do

ordenamento jurídico, desde que, também, não cometam ilícitos (BORGES, 2007, p. 48)

Nessa esteira, pode-se dizer que a autonomia privada tem como pressuposto a existência da liberdade individual, que se materializa através da possibilidade de escolher realizar atos que não sejam proibidos ou demandados pelo ordenamento jurídico.

Frise-se que a autonomia privada não encontra limitação tão somente no ordenamento jurídico, mas também na ordem pública e bons costumes:

A ordem pública como conjunto de normas que regulam e protegem os direitos fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no âmbito do direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. [...] Os bons costumes são as regras morais da sociedade, as regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual. [...] Manifestam-se na ordem jurídica sob a formula de cláusulas gerais, noções indeterminadas de conteúdo variável, a precisar pelo juiz em cada caso (AMARAL, 2014, p. 90)

Insta salientar que a autonomia privada não está restringida à realização de negócios de natureza patrimonial, podendo abranger também situações subjetivas, relacionadas à existência do próprio homem, e, quando a negociação é sobre direitos não patrimoniais, a autonomia privada está relacionada aos direitos da personalidade, podendo decidir dispor sobre eles. (BORGES, 2007, p. 50)

É imperioso discutir que a autonomia privada, isto é, a possibilidade do ser humano regular livremente suas próprias relações, não é essencial para que se diga que o sujeito tem dignidade, pois, do contrário, os incapazes não seriam dignos.

Noutro giro, Immanuel Kant acreditava que a dignidade somente poderia ser alcançada se o homem tivesse total liberdade sobre suas ações, o que nos leva a uma conclusão de que a autonomia seria o fundamento da dignidade da pessoa humana, e não somente um meio essencial à sua promoção.

Nessa linha, Leonardo Agostini (2009, p. 53) disserta que a liberdade:

É o conceito-chave da autonomia, pois unicamente ele contém a condição pela qual um ser que age racionalmente pode tornar as leis morais determinações de sua própria vontade. Para fundamentar a dignidade do ser humano, é imprescindível tratar da relação entre *autonomia* e *liberdade*, pois são seu fundamento. Em outras palavras, para afirmar que o ser humano tem dignidade, é preciso mostrar que é *autônomo*, o que implica, necessariamente, ser *livre*.

Extrai-se que a liberdade é o pressuposto da autonomia, pois sem aquela, ainda que esta fosse garantia, jamais poderia ser exercida. A autonomia funciona como a liberdade ao homem de fazer as escolhas que considera mais adequadas para si, possibilitando, então o alcance da sua dignidade.

Assim, as escolhas tomadas pelos indivíduos, como produto do exercício da sua autonomia da vontade, desde que não venha a interferir e adentrar na esfera de dignidade de outrem, devem ser consideradas leis para as outras pessoas e pelo Estado, por expressarem a mais legítima vontade do ser humano (NICOLAO, 2010, p.16)

Em apertada síntese, o homem só é capaz de alcançar a sua dignidade e fazer pleno gozo dela, quando for livre para exercer a sua autonomia, razão pela qual deve haver uma cautela no tocante à limitação na esfera de atuação do sujeito, pois, quando bem realizadas é capaz de promover a dignidade, entretanto, a limitação indevida pode acabar por causar prejuízos, pois a possibilidade do indivíduo se regular é imprescindível para a sua realização pessoal (REQUIÃO, 2014, p. 21)

4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOTAS PERTINENTES

Inicialmente, cumpre esclarecer que no presente trabalho não se pretende detalhar os Direitos Fundamentais, haja vista ser um tema extremamente amplo. O que se busca é apenas trazer traços relevantes e necessários para a compreensão da questão ora enfrentada.

Não há na doutrina consenso acerca da terminologia e conceituação mais adequada para os Direitos Fundamentais, sendo comum o uso das mais diversas expressões, como direitos subjetivos, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades individuais, dentre outras. Tal distinção ocorre por conta da evolução sofrida por esses direitos ao longo dos anos. Porém, muito embora não haja uma unanimidade na doutrina, a nossa Constituição Federal optou, no título II, por chama-los de Direitos Fundamentais.

Diante da terminologia escolhida pela Constituição:

Compreende-se a etimologia do vocábulo “fundamental”, como: “necessário”, “essencial”, assim, o direito fundamental é o direito inerente à

própria condição humana e que estão previstos pelo ordenamento jurídico, ou seja, o direito do ser humano reconhecido e positivado na esfera do direito constitucional (FLORA; CAVALHEIRO, 2013, p. 3)

E como define Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 499) fundamentais são “direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade”

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2009, p.178), os direitos fundamentais além de refletirem a ideologia de cada ordenamento, são também meios de garantir entre os sujeitos uma convivência digna, igual e livre, devendo ser, portanto, não apenas formalmente reconhecidos e positivados, mas materializados. Assim, pode-se concluir que os direitos fundamentais são os meios de efetivação da dignidade da pessoa humana.

Não raro os Direitos Fundamentais são considerados universais e absolutos. Todavia, conforme aduz Paulo Gustavo Gonet Branco (2011, p.161/162), não há, de fato, universalidade, pois, ainda que todos sejam titulares de direitos fundamentais, há aqueles direitos que interessam a apenas uma categoria em específico, como os trabalhadores; bem como não podem ser conhecidos como absolutos, pois já é pacífico o entendimento, trazido inclusive em declarações de direitos humanos, de que há a possibilidade de limitação dos direitos para garantir a ordem pública, saúde, moral, liberdades, bem estar social, dentre outros.

4.3.1 Aspectos prévios

Para melhor compreensão dos Direitos Fundamentais, faz-se imperioso trazer à baila os aspectos históricos mais relevantes, demonstrando a evolução destes nos mais diversos contextos, se consolidando como meio de promoção da dignidade da pessoa humana.

É inegável, portanto, o caráter de historicidade dos direitos fundamentais, haja vista que sofreram sensíveis transformações ao longo de sua história. Hamilton Pessota Nicolao (2010, p.3) informa que ainda que esses direitos não tenham surgido na antiguidade, como acreditam alguns doutrinadores, não se pode negar que estes sofreram influência da religião e filosofia do mundo antigo, a medida que a teoria

jusnaturalista entendia que a simples existência do homem enseja a titularidade de direitos fundamentais.

Todavia, as transformações sofridas pelos direitos fundamentais são retratadas por gerações, gestações ou dimensões (há uma divergência acerca da nomenclatura mais correta) distintas, baseadas na igualdade, fraternidade e liberdade, ideias da Revolução Francesa. (MORAES, 2008, p. 507)

Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 597) aduz que “as gerações revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção da carência dos seres humanos, nascidas em função da mudança de condições sociais”

A primeira dimensão dos direitos fundamentais surgiu nas declarações do século XVIII e das primeiras constituições escritas. O que se buscava era assegurar aos indivíduos garantias individuais e políticas, através de um dever de omissão estatal, permitindo o exercício das liberdades (FLORA; CAVALHEIRO, 2013, p. 4), assim os direitos de primeira dimensão seriam o direito à vida, liberdade, segurança, propriedade,

A segunda dimensão está ligada aos direitos sociais, econômicos e culturais, impondo um dever de atuação do Estado, que deve atender às necessidades dos indivíduos, proporcionando elementos para que eles possam ter uma vida minimamente digna, permitindo à realização pessoal em todas as potencialidades. (MORAES, 2008, p. 507)

Na terceira dimensão surgiram os direitos de solidariedade:

Os direitos de terceira geração ou dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade, sendo atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não se destinando especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. Possui origem na revolução tecnocientífica (terceira revolução industrial), revolução dos meios de comunicação e de transportes. (DIÓGENES JUNIOR, 2012, p.2)

Diante da definição trazida, percebe-se que a dimensão em comento é relativamente recente, sendo resultado das modificações e desenvolvimento da sociedade e do homem, e visam proteger uma coletividade, e não o homem em sua singularidade. Somente a título exemplificativo, pode-se citar como direitos de terceira dimensão os

direitos à autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à paz, dentre outros.

Ainda não é assunto pacífico, mas atualmente doutrinadores já defendem a existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, todavia, sem haver consenso acerca do seu conteúdo.

Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 507) entende que a dimensão em questão é referente à engenharia genética, o que abrange mudança de sexo, fertilização in vitro. Entretanto, outros doutrinadores, como Paulo Bonavides (2006, p. 571/572), entendem que a quarta geração está ligada à globalização, à democracia, à informação e ao pluralismo.

Por fim, Paulo Bonavides defende também o entendimento que existem direitos fundamentais de quinta dimensão, que dizem respeito à paz mundial, meio o qual acredita ser imprescindível para alcance da dignidade. Assim, ele entende que Karel Vasak, responsável pela divisão dos direitos fundamentais em dimensões, falhou ao colocar à paz nos direitos fundamentais de terceira dimensão, pois este é um direito de maior relevância e que merece maior destaque. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 609/610).

4.3.2 Planejamento Familiar como Direito Fundamental

Independente das modificações sofridas no que tange à concepção da família, é cediço que esta é a base da sociedade, cabendo a todos, principalmente o Estado zelar por ela. É no âmbito familiar que o indivíduo tem o primeiro contato com o mundo, e começa a construir sua personalidade e relações.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 prevê, em seu artigo XVI, 3 que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Percebe-se, portanto, que a liberdade da estruturação familiar, que engloba o livre planejamento familiar, passou a ser objeto de previsão e proteção de documentos internacionais que o reconheceram como um direito fundamental.

Fernanda de Oliveira Santana Ramos (2012, p.1) prudentemente alumia que o

planejamento familiar, que é o controle que as pessoas devem ter sobre a saúde reprodutiva, e o direito de decidir sobre concepção e contracepção, deve ser objeto de ampla preocupação do Estado.

Nessa esteira, o art. 226 da Constituição Federal de 1988 reconheceu a família como base da sociedade, e, por conseguinte, concedeu a entidade familiar especial proteção. Nessa esteira, o §7º do citado artigo previu expressamente o direito ao livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

O livre planejamento familiar está amplamente ligado ao exercício dos direitos reprodutivos dos indivíduos, a medida que proporciona a estes a possibilidade de decidirem quantos filhos querem ter, o espaçamento entre eles, e sobretudo, o direito de não ser discriminado se decidir por não procriar.

Maria Cláudia Brauner (2003, p. 51/52) defende que os direitos reprodutivos e sexuais garantem aos sujeitos o direito de:

[...] organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para a solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva. Portanto, deve ser considerada legítima toda intervenção que tenha o objetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento dos filhos desejados.

Do trecho oportunamente colacionado, pode-se extrair que a referida autora defende o direito fundamental à procriação. Entretanto, os documentos internacionais preferem garantir um direito a fundar a família.

Entretanto, Denise Almeida de Andrade e Márcia Correia Chagas (2009, p. 10155/10156) dissertam que, não obstante a tendência seja garantir o direito de se fundar uma família, os direitos reprodutivos, que significam a possibilidade de escolher reproduzir ou não, e em caso positivo, que seja feita com saúde, foram reconhecidos como direito fundamental nas conferências internacionais do Cairo sobre população e desenvolvimento, e de Pequim sobre as mulheres. Todavia, esses direitos não podem ser tidos como absolutos pois entram na esfera individual de outrem, ou seja, do feto/criança, permitindo sua relativização, pois um filho não pode ser, simplesmente, um meio de realização dos pais, haja vista ser também um sujeito de direitos que deve ter suas garantias mínimas protegidas.

Ao passo que o planejamento familiar é efetuado através do exercício do direito reprodutivos, e as escolhas que ele proporciona, como este pode sofrer limitações, àquele por conseguinte também pode, pois, a paternidade deve ser exercida de forma responsável, como meio de garantir a dignidade do sujeito gerado e também de toda a entidade familiar.

O planejamento familiar, então, pode ser entendido como um direito fundamental à medida que atualmente é garantida aos membros da família a possibilidade de exercer a sua autonomia privada e decidir pelo aumento ou não da prole. Nessa linha, garantia desse direito é essencial para que o Estado não intervenha de forma coercitiva, por exemplo nos casos de proibição de gravidez para fins de controle demográfico.

Para a sua garantia foi preciso deixar de lado a concepção de que a entidade familiar serve apenas para procriação, e entender que a família é o primeiro e principal meio onde o homem poderá construir suas raízes e efetivar sua dignidade.

Para regular o exercício do direito fundamental, surgiu a lei de planejamento familiar que garantiu ao casal o direito de decidir pelo aumento ou limitação da prole. Assim, o planejamento familiar não é somente o direito de se abster de ter filhos, mas também de decidir por ter filhos, cabendo ao Estado propiciar os recursos necessários.

4.4 DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Os sujeitos possuem personalidade jurídica, que é o “atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade” (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 172), cumprindo salientar que não é um direito, mas parte integrante dos sujeitos, o que, portanto, fundamenta a proteção aos seus direitos fundamentais.

A doutrinadora Roxana Borges (2007, p. 8/10) aduz que os sujeitos de direitos e a personalidade jurídica são categorias intimamente interligadas, e decorrentes do ordenamento jurídico, afirmando também que de acordo com a doutrina civilista mais tradicional, a capacidade e personalidade eram tidas como expressões idênticas,

visto que era entendido que a personalidade era a capacidade de exercer direitos e serem sujeitos de relações obrigacionais, sendo um requisito para que a pessoa fosse reconhecida no mundo jurídico.

Todavia, tal entendimento evoluiu, de forma que a doutrina mais moderna separou a personalidade das capacidades. Enquanto o primeiro é uma característica e atributo inerente a todos os indivíduos ligada à ideia de dignidade da pessoa humana, é a capacidade jurídica que diz respeito à possibilidade dos indivíduos serem sujeitos de relações patrimoniais/obrigacionais. (CHAVES, ROSENVALD, 2013, p.174).

Desta forma, não é o fato de exercer direitos e contrair obrigações que faz com que o sujeito seja reconhecido como sujeito do mundo jurídico, mas simplesmente a sua personalidade, qualidade inerente da natureza humana. Noutra giro, não é possível que o indivíduo contraia direitos e obrigações sem ser revestido da qualidade de pessoa, assim, a personalidade é requisito para as obrigações jurídicas.

Nessa esteira, por ser condição inerente de todos os sujeitos, pode-se inferir que os direitos da personalidade são “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” (AMARAL, 2001, p. 243)

Em que pese seja reconhecida como um direito, é errôneo dizer que os sujeitos têm direito à personalidade, sendo mais correto reconhecer que dela decorrem direitos, ou seja, ela serve como ponto de apoio de diversos direitos e obrigações, como por exemplo os direitos constitucionalmente protegidos no art. 5º, X da lei maior, quais sejam, direito à honra, intimidade, vida privada, imagem das pessoas (PEREIRA, 2014, p. 203/ 204).

Conclui-se, portanto, que “os direitos da personalidade são dotados de caracteres especiais, na medida que destinados à proteção eficaz da pessoa humana em todos os seus atributos de forma a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental” (AMARAL, 2014, p. 301).

Renan Lotufo, citado por Roxana Borges (2007, p. 13/14), acredita que os direitos da personalidade funcionam como o mínimo necessário para que o sujeito se desenvolva de forma digna, funcionando a dignidade como base e fundamento dos direitos da personalidade. Assim, aduz que “cada vez mais o conceito ‘personalidade’ se aproxima do valor ‘dignidade’, vez que aquele é essencial ao

homem para a proteção deste.

Diante do exposto, pode-se concluir que os direitos da personalidade conferem ao titular o direito de defender os seus bens e valores essenciais, que compreendem o direito à vida, intimidade, honra, liberdade, identidade, dentre outros.

Nesse sentido, mais uma vez, chega-se a conclusão lógica que, interferir na esfera de liberdade, intimidade, autonomia corporal, condicionando o indivíduo a critérios estabelecidos pelo Estado para o exercício do direito de realizar seu planejamento reprodutivo livre de ingerências, é ferir, não somente, a sua dignidade, mas a máxima de expressão da personalidade do sujeito, pois não se alcança a dignidade sem que o indivíduo possa manter sua identidade.

4.4.1 Abordagem histórica

O direito da personalidade é uma construção relativamente recente, que, todavia, começou a ser esboçado no Direito Romano, que, ainda que não contemplasse os direitos da personalidade com a intensidade que é feita atualmente, tutelou ação contra a injúria, posteriormente passando a abranger qualquer ato atentatório contra a pessoa; e no Grego, que também não tutelava especificamente a personalidade, mas possuía punição para quem violava algum interesse físico ou moral de outrem (CHAVES, ROSENVALD, 2013, p.175).

Foi a partir do Cristianismo e da pregação de uma fraternidade universal que se reconhece a condição de dignidade em todos os seres humanos, vez que se entendia que o homem havia sido criado por Deus “[.] à sua imagem e semelhança, fato que o torna digno, portador de personalidade e capaz de alcançar a salvação. Todos, então, são portadores de Direitos da Personalidade.” (SIQUEIRA, 2010, p.1)

Em momento posterior, em 1215, o direito inglês passou a tutelar aspectos fundamentais da personalidade humana, vindo a reconhecer de forma implícita os direitos da personalidade (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p.176).

A partir de então, diversos documentos e constituições passaram a prever os direitos da personalidade, até culminar na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948, pela assembleia geral da ONU. Francisco Amaral (2014, p.

303) informa que diversos documentos internacionais sobre direitos humanos, como o já citado, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis de 1966, o Tratado de Helsínqui de 1973, e hoje a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, buscam proteger a personalidade do homem.

No Brasil os direitos da personalidade foram consagrados na Constituição Federal de 88, ainda que o projeto do Código Civil na década de 60 tenha se preocupado em positivar o tema em 16 artigos, inclusive de forma mais aprofundada do que a legislação vigente (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 176).

Nossa legislação atual, qual seja, o Código Civil de 2002, trata do tema de maneira discreta, e entre os artigos 11 a 21 previu e positivou os direitos da personalidade, reconhecendo a sua existência, sem todavia, trazer um rol taxativo ou exaustivo.

A doutrina acredita que tal direito divida-se em duas categorias, quais sejam, os inatos, ou seja, que se adquirem ao nascer, independente de qualquer manifestação de vontade, tais como o direito à vida e à integridade física e moral, e os adquiridos, que decorrem da disciplina que lhes foi dada pelo direito positivo (GONÇALVES, 2013, p. 186).

4.4.2 Previsão Constitucional e Infraconstitucional

O Código Civil de 2002 foi, no sistema jurídico brasileiro, o diploma legal que se preocupou em regular mais especificamente os direitos da personalidade, e, nas palavras de Szaniawski (2005, p.120):

O direito brasileiro absorve plenamente estas lições, tendo em vista que os incisos III e II, do art. 1º da CF de 1988, expressamente consagram como fundamento da nação brasileira, o princípio matriz da *dignidade* da pessoa humana e da *cidadania*, que se apresentam como uma verdadeira cláusula geral de proteção da personalidade humana, incluindo a Constituição, em seu § 2º, do art. 5º, os direitos e garantias fundamentais oriundos de tratados internacionais em que Brasil seja parte [...]

Desta forma, não se pode olvidar que ao passo que a Constituição de 1988 se preocupou com a dignidade da pessoa humana, ela também regulou os direitos da personalidade, haja vista que a personalidade não estará amplamente assegurada sem a dignidade.

Nessa mesma esteira, de acordo com a autora Roxana Borges (2007, p. 16) “os direitos da personalidade, cada vez mais desenvolvidos para uma proteção maior do ser humano, voltam-se para a realização da dignidade da pessoa. Talvez um dia sejam chamados de direitos da dignidade”. Percebe-se, portanto, que a dignidade e personalidade são valores que, por muitas vezes, se confundem.

Cumprе salientar que, ainda que não tratados exaustivamente, alguns direitos da personalidade, a exemplo do direito à honra, imagem, intimidade e livre manifestação do pensamento, estão expressamente previstos no art. 5º, X, IV e V da Constituição Federal de 1988.

Assim, a dignidade da pessoa humana apresenta-se em primeiro plano, sendo a base e fundamento do nosso ordenamento jurídico na proteção dos direitos da personalidade. Todo direito positivo, então, deve ser aplicado levando em consideração as normas e princípios elencados na Constituição.

Conforme aduz Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 191), “destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana, por meio de medidas judiciais adequadas”, e como forma de assegurar a dignidade do homem, a Constituição Federal garantiu direitos fundamentais como vida, propriedade, intimidade, honra em seu capítulo II (Direitos e garantias fundamentais) e VIII (educação, cultura, saúde, previdência, meio ambiente, etc.).

Como se observa, não obstante os direitos da personalidade não estejam exaustivamente previstos na Constituição Federal, eles são tutelados através da promoção da dignidade humana por meio de garantia de direitos fundamentais.

Por fim, faz-se necessário esclarecer que os direitos da personalidade não são *numerus clausus*, pois, diante da constante modificação e evolução do homem, o catálogo continua em constante expansão (BORGES, 2007, p. 24).

4.4.3 Características

Pode-se tirar algumas das características dos direitos da personalidade a partir do artigo 11 do Código Civil de 2002, quando este dispõe que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis,

não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Assim, não podem os titulares desses direitos “[...] deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis” (GONÇALVES, 2013, p.187).

Embora doutrinadores como Carlos Roberto Gonçalves defendam que os direitos da personalidade tenham como característica a indisponibilidade, o próprio artigo citado alhures deixa transparecer a disponibilidade relativa desses direitos.

Antes de qualquer afirmação, insta esclarecer que quando se diz “dispor relativamente” dos direitos da personalidade, não significa necessariamente a renúncia ou transferência esses direitos.

Roxana Borges (2007, p. 120/121) disserta que a disponibilidade dos direitos da personalidade não tem como objeto a transmissão a titularidade do direito, ou seja, o direito não é retirado do seu titular, mas, sim, a cessão do uso das expressões da personalidade. Nessa esteira, segue afirmando que a autorização a terceiros para uso de certos aspectos da personalidade, como imagem, nome, etc., “não descaracterizam o direito enquanto direito da personalidade”, e deve observar os limites da autonomia privada, não podendo o uso dos terceiros ultrapassar os limites impostos pelos titulares.

Já existem enunciados emanados dos Tribunais Superiores que defendem o posicionamento de não há necessidade que a disponibilidade dos direitos da personalidade esteja prevista em lei:

Jornada III STJ 139 – Art. 11: Os direitos de personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Limitação voluntária. Jornada I STJ 4 – Art. 11: O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

Cumprido salientar que, ainda que seja permitida a disposição ou limitação dos direitos da personalidade, tal ato “[...] há de ser transitório (limitado no tempo) e específico (afinal ninguém pode abrir mão de toda a sua personalidade)”. (CHAVES; ROSENVALD, p. 182, 2013).

É preciso, portanto, reconhecer a ampla liberdade e o exercício positivo dos direitos da personalidade através da autonomia privada, permitindo o uso e cessão dos

direitos que emanam da personalidade para satisfação de suas (BORGES, 2007, p. 127).

Cumpra salientar que a disposição não tira o caráter personalíssimo dos direitos ora discutidos, pois suas características e direito sobre ele permanecem com o sujeito até o momento da sua morte, podendo estes até perdurarem para preservar a imagem do de cujus e sua família. (MARÇAL, 2010, p. 13)

A doutrina entende também que esses direitos são absolutos pois são oponíveis *erga omnes*, ou seja, impõe a todos o dever de respeitarem tais direitos; e ilimitados, posto que, ainda que o Código Civil tenha apenas tutelado alguns entre os artigos 11 e 21, trata-se de um rol meramente exemplificativo, não esgotando o seu elenco. Refutam-se, ainda, imprescritíveis por não se extinguirem com o tempo pelo uso ou pela inércia no seu uso ou na defesa; impenhoráveis pois inerentes à pessoa humana e dela inseparável e, por conseguinte, indisponíveis; Vitalícios posto que adquiridos desde o momento da nascença, permanecendo com o sujeito até o fim da vida, e alguns até após a morte, como o direito à honra e/ou memória etc.; não sujeitos a desapropriação, não podendo ser retirados da pessoa contra a sua vontade e nem sofrer limitações (GONÇALVES, 2013, p. 188/190).

4.4.4 Exceção à irrenunciabilidade dos direitos da personalidade: direito à integridade física e atos de disposição do próprio corpo.

Conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 194):

O direito à integridade física compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo vivo ou morto, quer na sua totalidade, quer em relação a tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização, quer ainda ao direito de alguém submeter-se ou não a exame e tratamento médico.

O direito à vida é bem jurídico fundamental, sendo o alicerce de todos os demais direitos. Desta forma, a sua extinção acabaria por pôr fim a própria condição de ser humano, razão pela qual ele deve ser entendido como o respeito a vida não só do titular, mas de todos (GONÇALVES, 2013, p. 194).

Pode-se dizer também que a afronta e agressão ao corpo humano é um meio de agredir a vida, posto que esta se realiza naquele, e exatamente por conta disso, o

Código Civil de 2002 se preocupou em tratar da integridade física como direito da personalidade.

A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade está expressamente previsto no artigo 11 do Código Civil de 2002, podendo o indivíduo renunciar apenas em casos previstos por lei. Nessa linha, o artigo 13 do mesmo diploma legal prevê a irrenunciabilidade da integridade física ao coibir atos de disposição do próprio do corpo, veja-se:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Os artigos citados alhures, ao mesmo passo que afirmam o caráter irrenunciável do direito à integridade física, também relativizam tal característica a medida que prevê atos de disposição do corpo para fins de transplante, e dá a lei a capacidade de autorizar outras possibilidades de renúncia aos direitos da personalidade.

O artigo 10º da Lei 9.263/96 que regulamenta o planejamento familiar prevê expressamente a possibilidade de homens e mulheres, desde que cumpridas as exigências legais, disporem do próprio corpo realizando vasectomia e ligadura de trompas, o que acabaria por acarretar diminuição permanente da integridade física, sendo, portanto, verdadeira exceção ao caráter irrenunciável dos direitos da personalidade previstos em lei.

É importante reconhecer o direito ao próprio corpo que “abrange tanto a sua integralidade como as partes dele destacáveis e sobre as quais exerce do direito de disposição. Consideram-se, assim, coisas de propriedade do titular do respectivo corpo” (GONÇALVES, 2013, p. 194).

Tal afirmativa leva ao questionamento da constitucionalidade da limitação à disposição do próprio corpo por força do caráter indisponível dos direitos da personalidade, isso porque, a autonomia da vontade permite aos indivíduos a auto-determinação possibilitando cada um a fazer as escolhas mais pertinentes para a sua vida e desenvolvimento como ser humano, trazendo junto consigo uma noção de auto-responsabilidade, indicando que cada ser humano deve ser responsável por seus próprios atos. Portanto, deve ser reconhecido o direito de cada sujeito de ser senhor de si, fazendo tudo aquilo que tem vontade, desde que não venha ferir

direitos de outrem, não cabendo ao estado interferir se o sujeito decidir por fazer uma tatuagem ou se autoflagelar (LIMA, 2008, p. 1)

O Professor George Marmelstein Lima faz a seguinte observação:

Na verdade, toda pessoa que esteja em pleno gozo de suas faculdades mentais e tenha condições concretas e autênticas de tomar por si próprio as decisões que lhe dizem respeito tem o direito fundamental de dispor do próprio corpo da forma como bem entender, desde que não prejudique o direito de terceiros, não podendo o Estado, ressalvadas algumas situações bem peculiares, interferir no exercício desse direito (2008, p.1)

O dever do Estado, portanto, não é proibir atos de disposição do corpo, mas desenvolver mecanismos para que o indivíduo possa realizar escolhas e tomar atitudes com plena consciência das consequências do seu ato.

4.5 CAPACIDADE E VULNERABILIDADE

De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, p. 309), “a pessoa natural é gente, é o ser humano com vida, aquele ente dotado de estrutura biopsicológica, pertencente à natureza humana [...], aquele que pode assumir obrigações e titularizar direitos”.

Foram justamente esses sujeitos naturais que a legislação civil elegeu como “pessoa capaz de direitos e deveres na ordem civil” (art. 1, Código Civil), deixando claro, inclusive, que o ser humano e possuir personalidade (característica intrínseca de todos os sujeitos), dá aos sujeitos capacidade jurídica para serem titulares de direitos e deveres, seja pessoalmente ou por intermédio de terceiro (representação ou assistência).

O professor Carlos Roberto Gonçalves explica de que forma a personalidade e capacidade são intimamente interligados, veja-se:

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com esse sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. A privação total de capacidade implicaria frustração da personalidade. (2013, p. 96)

A capacidade jurídica se divide em duas categorias, quais sejam, capacidade de direito ou de gozo, que é reconhecido a todos os sujeitos dotados de personalidade,

seja pessoa natural ou jurídica, sem qualquer distinção, não existindo incapacidade de direito; e capacidade de fato, também chamada capacidade de exercício ou ação, que é a aptidão de exercer sozinho todos os atos da vida civil. Portanto, nem todos que tem capacidade de direito tem a capacidade de fato (CHAVES; ROSENVALD, 2013 p. 326)

Quem possui ambas capacidades, de direito e de fato, possui a capacidade plena, podendo gozar e realizar todos os atos da vida sem assistência ou representação, sendo livre, em suma, para se auto determinar.

Aquelas sujeitos que não possuem a capacidade de fato, possui capacidade limitada, necessitando de um terceiro para prática dos atos da vida civil, responsável por substituir ou completar a vontade do sujeito; estes são chamados de incapazes (GONÇALVES, p. 96, 2013).

A incapacidade, todavia, pode ser absoluta ou relativa, a depender de idade e grau da deficiência física ou mental da pessoa. O artigo 3º e 4º do Código Civil eram os responsáveis por discriminar os absoluta e relativamente incapazes, respectivamente.

Para o Código Civil de 2002, são considerados indivíduos absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos; os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, não podem exercer sozinhos os atos da vida civil.

Em tese, os incapazes são cerceados totalmente do exercício do direito de se autorregular e praticarem atos da vida civil, devendo, para tanto, serem representados, cabendo ao representante legal praticar os atos em nome do representado, sendo que, por força do art. 166, I, do Código Civil a não observância dessa regra leva a nulidade do ato.

Enquanto isso, os relativamente incapazes podem praticar atos da vida civil, todavia, devendo ser devidamente assistido pelo seu representante legal, sob pena de anulabilidade do ato. Os relativamente incapazes são os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos e em alguns casos os índios.

Entretanto tal previsão irá mudar, isso porque, no dia 06 de julho de 2015 foi sancionada a Lei 13.146, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual entrará em vigor ao final do mês de dezembro de 2015, e trará as mais diversas modificações no sistema das incapacidades.

O novo estatuto revogou artigos do Código Civil de 2002, trazendo mudanças expressivas à antiga teoria das incapacidades, repercutindo nos institutos do curatela e interdição, haja vista terem sido revogados todos os incisos do art. 3º do Código Civil.⁸

Flavio Tartuce (2015, p. 1/2) esclarece que não existe mais no sistema brasileiro, pessoa maior de idade absolutamente incapaz, passando todas as pessoas com deficiência, tratadas no antigo artigo 3º do CC, a serem, via de regra, plenamente capazes para o Direito Civil. Nesse sentido, merece destaque o art. 6º e 84 da Lei 13.146 de 2015, que busca incluir, no âmbito familiar, plenamente as pessoas deficientes:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 7º É dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência.

Parágrafo único. Se, no exercício de suas funções, os juízes e os tribunais tiverem conhecimento de fatos que caracterizem as violações previstas nesta Lei, devem remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Esse último dispositivo legal não deixa margens para dúvidas, sendo que a partir de então, os deficientes são absolutamente capazes.

Eventual e excepcionalmente, os deficientes podem ser tidas como relativamente

⁸ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

incapazes em algum enquadramento do novo art. 4º do Código Civil, que também foi modificado sensivelmente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O inciso II do referido artigo não menciona mais as pessoas com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento completo, fazendo referência, apenas, aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos. Ademais, o referido artigo passa a prever como situação de incapacidade relativa (que antes era absoluta), as pessoas que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente (TARTUCE, 2015, p. 2)

Pablo Stolze (2015, p. 2) defende que:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser "rotulada" como incapaz, para ser considerada - em uma perspectiva constitucional isonômica - dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil.

Nesse sentido, percebe-se que não se pode confundir capacidade com vulnerabilidade, pois, enquanto aquela estabelece quem está apto para a realização de todos os atos da vida civil sem representação ou assistência de terceiros, este está ligado a possibilidade do sujeito ser ferido ou ofendido, ou seja, é a situação de fragilidade do sujeito inserido em uma determinada situação.

O Conselho Federal de Medicina em sua Resolução n.466/12, seção II, 25, define a vulnerabilidade como:

estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida ou impedida, ou de qualquer forma estejam impedidos de opor resistência, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido

Mauricio Requião (2015, p. 121/122) disserta que a vulnerabilidade não pode ser entendida tão somente como uma característica inerente do homem e de ordem biológica relacionado à saúde, pois pode decorrer, também, de fatores econômicos e sociais, quando por exemplo, o sujeito encontra-se inserido em uma minoria. Por conseguinte, não se pode concluir que decorre, necessariamente, de uma diminuição na esfera de autonomia do sujeito.

Nessa esteira, podem ocorrer situações em que o sujeito plenamente capaz, sem qualquer redução na sua esfera de autonomia, seja considerado vulnerável por força

de estar inserido em alguma situação jurídica onde seja considerada parte mais fraca, como por exemplo nas relações consumeristas.

A vulnerabilidade se configura, portanto, quando há uma figura mais frágil em um dos polos de uma determinada relação, havendo, assim, uma desigualdade entre as partes, o que faz com que seja necessário direcionar cuidados especiais a estes indivíduos, cabendo a preocupação do legislador e aplicador da lei (MANASSÉS, 2013, p. 2)

Diante do exposto, insta salientar que a capacidade de fato é o ápice, posto que quando adquirida, o sujeito alcançará de forma plena a sua personalidade passando a poder exercer plenamente seu direito de liberdade e de autorregramento, ao menos, no pleno teórico.

5 DA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA: A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO RELATIVA SOBRE O CORPO

Em síntese, a esterilização voluntária é a possibilidade dada aos indivíduos de disporem sobre sua capacidade reprodutiva.

Fabio Ulhôa Coelho (2012, p. 188) dispõe que:

A esterilização voluntária é uma forma de exercer o direito sobre o corpo. A ordem jurídica reconhece como legítimo o interesse de a pessoa tratar separadamente, em seu corpo, duas dimensões da função sexual: a reprodução da espécie e o prazer; especificamente, o interesse de tratar separadamente essas dimensões com o objetivo de neutralizar a primeira e otimizar a outra. Quem deseja usufruir o prazer sexual sem correr o risco de procriar pode submeter-se a procedimentos cirúrgicos de esterilização.

Durante muito tempo, a esterilização voluntária cirúrgica foi considerada lesão corporal pois se considerava que ocorria a perda ou inutilização de membro, sentido ou função. Entretanto, com o advento da Lei 9.263/96, a prática da esterilização foi autorizada, todavia, condicionada a alguns requisitos que serão tratados mais adiante.

A esterilização é a materialização do exercício do seu direito reprodutivo e planejamento familiar, ao passo que decide por não procriar, e por conseguinte, a aumentar a prole.

Clarissa Bottega (2007, 59/60) expõe que o exercício negativo da procriação por meio da esterilização voluntária tem suas justificações na autonomia privada e no direito que o sujeito possui de disposição sobre o próprio corpo e decidir sobre o que acontece com ele através da autorregulação física.

Conforme já aduzido posteriormente, já se reconhece a disponibilidade dos direitos da personalidade. Roxana Borges (2007, p. 170) aduz que a autonomia jurídica individual tem se ampliado cada vez mais no que tange a disponibilidade do relativa do corpo, sendo admitido cada vez mais que os sujeitos tenham poder de disposição sobre partes do corpo, muito embora não possam dispor dele em sua integridade.

Corroborando tal argumento, Ana Carolina Brochado (2010, p. 52) ressalta que “o corpo pertence à própria pessoa e é ela quem deve lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, dentro do que a realiza”.

Em suma, o ordenamento já admite a disposição do corpo através da esterilização voluntária, todavia, condiciona o exercício desse direito a requisitos impostos na lei, impossibilitando a plena concretização da autonomia privada, dignidade e liberdade individual do homem, que são fundamentos, inclusive, para a possibilidade dos direitos da personalidade.

5.1 MODALIDADES DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

O artigo 10, §4º da Lei 9.263/96 prevê que a esterilização voluntária somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

Cumprido, portanto, trazer à baila uma breve explicação acerca dos procedimentos cirúrgicos previstos expressamente no ordenamento como meio de realização da esterilização voluntária.

É imperioso salientar que os indivíduos, ao se submeterem a tais procedimentos cirúrgicos, abrem mão dos seus direitos reprodutivos, sendo-lhes ainda garantida o livre exercício da sexualidade, tendo em vista que os procedimentos não tiram a libido da mulher ou tornam o homem impotente.

5.1.1 Vasectomia

A vasectomia é um dos métodos contraceptivos utilizados pelo homem, e conforme descrito no Manual Global para Profissionais e Serviços de Saúde liberado pela OMS (Organização Mundial da Saúde), o procedimento ocorre:

Através de uma punctura ou pequena incisão no escroto, o profissional localiza cada um dos 2 tubos por onde o esperma é transportado até o pênis (vaso deferente) e corta e bloqueia o mesmo, cortando e amarrando-o de modo a fecha-lo ou aplicando calor ou eletricidade (cautério). Funciona por meio do fechamento de cada vaso deferente, fazendo com que o sêmen não contenha espermatozoides. O sêmen é ejaculado, mas não pode provocar uma gravidez. (2007, p. 183)

Tal método cirúrgico é considerado pelos médicos como definitivo, todavia, pode o homem se submeter à vasovastomia com o fito de religar o canal deferente cortado

na vasectomia. Assim, a irreversibilidade não é absoluta, muito embora as chances de sucesso dependam do caso concreto.

5.1.2 Ligadura de Trompas

A ligadura de trompas ou laqueadura tubária é um procedimento cirúrgico para esterilização na qual as duas trompas da mulher podem ser cortadas, amarradas, cauterizadas ou fechadas com grampos ou anéis, impedido que os espermatozoides se encontrem com o óvulo.

O Manual Global para Profissionais e Serviços de Saúde liberado pela OMS (Organização Mundial da Saúde) também descreve como se dá tal procedimento:

Há 2 abordagens cirúrgicas que são as utilizadas com maior frequência: A minilaparotomia envolve a realização de uma pequena incisão no abdômen. As trompas de falópio são trazidas até a incisão para serem cortadas ou bloqueadas; A laparoscopia envolve a introdução de um tubo longo e fino com lentes no abdômen por meio de uma pequena incisão. Este laparoscópio permite que o médico observe e bloqueie ou corte as trompas de falópio no abdômen. [...] Funciona através do corte ou bloqueio das trompas de falópio. Os óvulos liberados pelos ovários não conseguem se deslocar pelas trompas e, por este motivo, não encontram o espermatozoide.

Seguindo a mesma linha da vasectomia, também é concebido como método definitivo, pois, embora haja cirurgia de reversão, é muito pequena a percentagem de chance que a mulher tem de reaver a sua capacidade reprodutiva, pois o funcionamento das trompas fica prejudicado.

A laqueadura se submete aos mesmos requisitos da vasectomia, podendo ser realizada por mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade, ou pelo menos com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico. Pode ainda ser executada nos casos em que há risco de vida para mulher ou riscos para a saúde da mulher ou do futuro bebê, conforme previsão da lei de planejamento familiar.

5.1.3 Vedação a histerectomia e ooforectomia

A lei de planejamento familiar autoriza a esterilização cirúrgica por meio da vasectomia e ligadura de trompas, ou por qualquer outro meio cientificamente aceito. Todavia, se preocupou em vedar expressamente a utilização da histerectomia e

ooforectomia, prevendo, inclusive, majoração da sanção penal se a esterilização for realizada por um desses meios.

A histerectomia consiste na retirada do útero, enquanto a ooforectomia é a retirada dos dois ovários. A vedação ocorre por conta risco de complicações que tais procedimentos podem trazer à saúde, sendo uma forma de lesão corporal.

A retirada dos ovários e útero acaba por destituir o corpo dos principais responsáveis pela produção de hormônios femininos, causando riscos a saúde da mulher. Ademais, traz outros risco a saúde como riscos de coágulos, infecção, reação alérgica, e até risco até de morte.

Clarissa Bottega justifica que a vedação a retirada do útero e dos ovários para atender ao fim de impedir a gravidez, se dá porque tais procedimentos:

são entendidos como violadores da integridade física da mulher, vez que há procedimentos menos invasivos para se atingir o mesmo objetivo; isso ainda, sem ressaltar as questões biológicas que envolvem a retirada do útero ou dos ovários no que tange à famosa reposição hormonal. (2007, p. 53)

Desta forma, diante da capacidade lesiva de tais procedimentos e da disponibilidade de outros menos gravosos, o ordenamento veda expressamente tais práticas.

5.2 BREVE REFLEXÃO SOBRE A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Definir o que é a família é uma tarefa árdua, pois seu conceito é extremamente dinâmico, se adaptando as modificações sofridas nos contextos sociais, políticas, econômicas, religiosas, etc., da sociedade.

Nas palavras de Cristiano Chaves (2010, p. 4) “O Código Civil de 1916, considerados os valores predominantes naquela época, afirmava a família como *unidade de produção*, pela qual se buscava a soma de patrimônio e sua posterior transmissão à prole”

Assim, o Código em comento, em seu artigo 229, previa como principal efeito jurídico do casamento, a formação da família legítima, ou seja, o ordenamento prezava pela tutela da família matrimonializada. Por conseguinte, qualquer família formada fora do matrimônio era tida como ilegítima.

Da mesma forma, os filhos decorrentes de união não matrimonializada também eram tido como ilegítimos e não tinham a sua filiação assegurada, sendo, inclusive, proibido o reconhecimento de filhos decorrentes do adultério e incesto. Compactuando com isso, a Constituição Federal de 1967 dispunha que “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos”. Assim, as leis mais antigas regulavam famílias decorrentes do casamento, patriarcal e hierarquizada, compatível com as concepções sociais da época.

Percebe-se, portanto, que a sociedade sempre teve a ideia de que a finalidade primordial do casamento era a reprodução, sendo que aqueles que decidiam pela não procriação eram vistos com olhos de discriminação pela sociedade. O sexo matrimonial, então, tinha duas finalidades, predominantemente a satisfação do ego e desejo masculino e geração de filhos. (SIQUEIRA, 2010, p. 2)

Clarissa Bottega (2007, p.44) relata que a procriação era condição inerente ao casamento:

Antigamente a liberdade de não procriar, ou seja, a liberdade negativa de procriação era vista como um direito apenas àquelas pessoas que estivessem dispostas a renunciar à prática de relações sexuais e ao casamento, vez que tradicionalmente o casamento era a instituição social encarregada de controlar a transmissão da vida de uma geração a outra, pressupondo assim relações sexuais entre os cônjuges. [...]o casamento gerava mesmo o chamado débito conjugal, que era conceituado como a prática sexual entre os cônjuges

Todavia, a definição e modelos de família no nosso ordenamento sofreram modificações severas, acompanhando as modificações religiosas, sociais, políticas sofridas pela sociedade. Segundo Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (2001, p. -), a nossa Constituição Federal de 1988 “absorveu essa transformação e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando uma verdadeira revolução no direito de família a partir de 3 eixos básicos”.

A primeira revolução é a previsão de que a entidade família é plural e não mais singular, tendo diversas formas de constituição (art. 226, Constituição Federal). A segunda seria a inserção do principio da igualdade de filhos, não permitindo qualquer discriminação entre eles independente da concepção ter ocorrido dentro ou fora do casamento. Por ultimo, mas não menos importante, foi consagrada a

igualdade entre homens e mulheres, garantindo que ambos os genitores exercessem o Poder de Família.

Percebe-se, portanto, que a consanguinidade não é mais requisito para que seja formada a família. Atualmente, o modelo familiar predominante é o eudemonista, que presa pelo afeto entre os integrantes.

Diante disso, “a família contemporânea passou a conviver com uma pluralidade de outros padrões de casamentos e famílias. A concepção da família nuclear constituída por pai, mãe e filhos a que estávamos habituados não existe mais como modelo único” (WIRTH, 2013, p.1)

Assim, a família deixou de ser matrimonializada e patriarcal, podendo ser homoafetiva, monoparental, recomposta, deixando claro que não mais existe compatibilidade com a ideia de necessidade de procriação.

A família, pautada na dignidade e afetividade, surge como meio de realização do sujeito, e não como finalidade procriativa. A grande função social da instituição familiar é a promoção da felicidade dos seus integrantes, em detrimento de efeitos patrimoniais (ALMEIDA, 20--, p.79)

Nessa esteira, dentro do seio familiar deve ser promovida a dignidade, que é “termo que se vincula à autodeterminação do indivíduo, que busca orientar-se segundo seu próprio entendimento, a respeito da própria existência. Confere ao indivíduo o direito de decidir sobre seus projetos existenciais de felicidade.” (MARIANO, 2009, p.7)

Em apertada síntese, o quanto exposto alhures fundamenta o livre planejamento familiar, que surge, inclusive, como meio de preservar o seio familiar, pois, se tal instituição é meio de promoção de realização da felicidade e dignidade dos seus integrantes, cabe aos integrantes decidirem se querem procriar, quantos filhos querem ter e o fazerem de forma responsável, até como forma de proteção à dignidade e interesse do gerido.

5.3 LEI 9.263/96: PLANEJAMENTO FAMILIAR

É cediço que a finalidade do casamento antigamente era a de procriação. Não havia separação entre os direitos sexuais e reprodutivos, razão pela qual a liberdade de

não procriar vinha acompanhada da necessidade de deixar de ter relações sexuais com seu cônjuge.

Nessa esteira, a esterilização humana era tido como imoral e ofensiva, pois, permitia que os indivíduos desfrutassem da prática sexual sem que tivessem que assumir as responsabilidades inerentes a ele. (BOTTEGA, 2007, p. 47)

As modificações sofridas na sociedade fizeram com que o conceito de família ultrapassasse as barreiras da mera procriação dentro do casamento, se solidificando como meio de promoção da dignidade e felicidade dos seus integrantes, independente da existência de matrimônio ou de qualquer procriação.

Acompanhando as modificações sociais, a Constituição Federal de 1988 previu que o planejamento familiar, baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é de livre decisão do casal.

Ato contínuo, foi promulgada a lei de planejamento familiar com o fulcro de regulamentar tal direito constitucionalmente protegido, e que dispõe que é dever do Sistema Único de Saúde, desenvolver ações no que tange ao planejamento familiar, esterilização humana e seus procedimentos, bem como as consequências penais acerca da matéria.

A Lei em comento prevê que o planejamento familiar é o direito de organizar-se em familiar, dando ao casal o direito de planejar de maneira livre, não podendo nem o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja estabelecer limites ou condições no processo decisório de constituição, limitação ou aumento da prole, vez que tais decisões se encontram dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

Saliente-se que a lei não somente deu o direito à limitação da prole, também reafirmou o direito o direito à liberdade de procriação, não podendo a decisão de ter ou não filhos sofrer ingerência estatal. Todavia, embora não caiba ao Estado a intervenção na esfera decisória dos indivíduos, a lei em comento prevê que cabe a este promover políticas públicas com a finalidade de levar a população esclarecimentos acerca da educação sexual e familiar.

É imperioso esclarecer que a lei permitiu o planejamento familiar, e não o controle de natalidade. Enquanto o primeiro significa meios para controlar o crescimento demográfico, o segundo, foco do nosso interesse, está ligado ao poder de autorregulação, cabendo aos indivíduos realizarem as escolhas responsáveis no que

tange à reprodução, podendo definir se quer ou não procriar. Em caso positivo, é dada a faculdade de escolher quantos filhos quer ter, os intervalos entre as gestações entre eles, bem como é garantido o acesso aos meios de reprodução assistida, e em caso negativo, quais métodos contraceptivos deseja utilizar.

5.3.1. Esterilização voluntária como meio de planejamento familiar

A esterilização artificial, em linhas gerais, é técnica, cirúrgica ou não, para evitar a gravidez indesejada, vez que ele bloqueia a capacidade reprodutora. Dentre os métodos não cirúrgicos tem-se a pílula anticoncepcional, o DIU, os anéis vaginais, dentre outros.

A esterilização cirúrgica, todavia, durante muito tempo foi vista como ato de lesão corporal por resultar em perda da capacidade reprodutiva, sendo, portanto, crime. Entretanto, tal procedimento sempre foi utilizado, ao ponto que “várias cirurgias eram de fato regularmente realizadas durante partos por cesarianas e, fora do parto, registradas como outros procedimentos médicos nos serviços de saúde do Estado.” (JARDIM, 2005, p. 2)

Porém, com o advento da lei de planejamento familiar, a esterilização voluntária por vias cirúrgicas passou a ser permitida.

A esterilização voluntária é reconhecida, inclusive por lei, como meio de planejamento familiar pois, este engloba o planejamento reprodutivo, que é a possibilidade do indivíduo regular exercer negativamente ou positivamente tal direito, decidindo sobre aumentar ou limitar a prole.

Ao realizar a vasectomia, laqueadura ou outro meio cientificamente aceito, o indivíduo exerce o seu direito de reprodução negativamente, o que significa exercer o seu direito ao planejamento familiar.

Há quem diga que a esterilização, ao contrário, impossibilita o livre planejamento familiar, pois impossibilita o sujeito a ter filhos, caso deseje, em momento posterior. Entretanto, o procurador geral da república Rodrigo Janot Moneiro de Barros (2015) se manifestou no processo da ADI 5.097 para dizer que o planejamento familiar não se limita a decisão de ser filhos biológicos. Ainda que esterilizados, podem os indivíduos optarem pela adoção, sendo este meio de planejamento tão legítimo

quanto a concepção biológica, razão pela qual deve ser rechaçado o argumento em questão.

Frise-se que, embora permitido, o procedimento cirúrgico não pode ser feito indiscriminadamente:

Quando tratamos da esterilização voluntária, somos logo levados a pensar que referida esterilização deveria ser livre e sem restrições, posto fazer parte dos direitos inerentes ao ser humano em razão de sua liberdade; entretanto, não se mostra assim a legislação de vários países, posto que na maioria existem alguns limites para a esterilização voluntária, ou, ainda, poderíamos chamar de requisitos a serem cumpridos para que a esterilização voluntária seja realizada. (BOTTEGA, 2007, p. 47)

A liberdade negativa de não procriação pode ser exprimida através da realização do procedimento de esterilização cirúrgica, razão pela qual, a sua realização ou não deveria passar pela esfera de decisão de cada um.

Entretanto, o Estado impôs uma série de requisitos para sua execução, e ao fazê-lo, impõe restrições à autonomia dos sujeitos, impossibilitando a liberdade essencial de disposição sobre o próprio corpo.

5.3.2 Requisitos para realização do procedimento cirúrgico

Sabe-se que a Lei 9.263/96, no art. 10º, impõe uma série de requisitos para a realização do procedimento cirúrgico:

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 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.

O referido artigo prevê que somente é permitida a esterilização 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. É também 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.

Após dadas as informações pertinentes acerca do procedimento cirúrgico, se forem os interessados no procedimento pessoas casadas, se vigente a sociedade conjugal, é necessário documento escrito e devidamente firmado comprovando consentimento expresso de ambos os cônjuges.

As manifestações de vontade não serão consideradas se expressas durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente. Por último, é vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

Frise-se que a lei prevê a possibilidade do incapaz realizar a esterilização, mas, o exercício desse direito está condicionada à autorização judicial.

5.3.3 Do expresse consentimento do cônjuge na vigência da sociedade conjugal

O requisito mais polêmico imposto por lei para a esterilização voluntária, é o previsto no §5º do art. 10º da Lei de Planejamento Familiar, tendo em vista que condiciona a realização do procedimento, de forma legal, ao consentimento expresse do cônjuge na vigência da sociedade conjugal.

“Viola o princípio da dignidade do ser humano e o direito à liberdade e à autonomia privada a exigência de consentimento de cônjuge ou companheiro como condição para esterilização voluntária de pessoa maior e capaz”. Esse é o entendimento do Procurador Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Moneiro de Barros (2015, p.1), manifestado no seu parecer na ADI 5.097/DF, ao se manifestar acerca do condicionamento da realização da esterilização voluntária a autorização do cônjuge ou companheiro.

A esterilização voluntária é um ato de disposição não só do corpo, mas também da sua capacidade reprodutiva, e tem íntima ligação com o projeto de vida de cada indivíduo, sua dignidade, privacidade, intimidade, direito à saúde, liberdade individual e autonomia privada. Ademais, a procriação já deixou há muito tempo de ter caráter inerente as relações familiares.

Na garantia do direito fundamental ao livre planejamento familiar, mais uma vez pode-se comprovar o quanto a concepção sócio-jurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista de seus objetivos, não mais exclusiva ou essencialmente de procriação, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída: a tutela jurídica não mais é concedida à família em si mesma, como se fora portadora de um interesse superior ou supraindividual, mas à família como um grupo social, como pessoas que conjuntamente constroem um ambiente no qual possam, individualmente, cada uma, melhor se desenvolver (MORAES; TEIXEIRA; 2013, p. 2.122)

Os indivíduos, portanto, devem poder dispor sobre os seus direitos reprodutivos sem qualquer ingerência estatal ou de qualquer outro indivíduo, esteja este inserido no seu âmbito familiar ou não.

Ato contínuo, condicionar a esterilização a consentimento de um terceiro é atentar contra a dignidade da pessoa humana, o direito fundamental ao livre planejamento familiar, a autonomia privada, a liberdade e a possibilidade de dispor sobre seu corpo.

A dignidade da pessoa humana e o direito à própria liberdade e autonomia, são fundamentos a liberdade de decidir não procriar, afinal ter um filho ou aumentar sua prole tem impactos notáveis na vida de qualquer sujeito nos mais diversos aspectos, como financeiro, afetivo, relações de trabalho, etc.

Portanto, cabe ao indivíduo decidir e fazer as escolhas que vão reger sua vida. Com relação ao corpo não é diferente, tendo em vista que aos sujeitos é dada a possibilidade de dar a destinação a este que melhor lhe prouver (TEXEIRA, 2010, p. 52)

Cumprido salientar que a mera existência de sociedade conjugal não justifica o condicionamento a vontade do terceiro, pois a família não possui mais escopo reprodutivo, sendo vista como meio de realizar a dignidade e felicidade dos seus integrantes, tendo como base o afeto entre eles.

Negar o direito à realização da esterilização pode acabar, inclusive, por ferir a dignidade do sujeito, que fica exposto a consequências que podem causar-lhe impactos significados, sem que esta seja a sua vontade.

Por fim, é importante trazer à baila que a lei de planejamento familiar, no art. 15⁹ traz consequências penais àqueles que realizem a esterilização cirúrgica sem o consentimento do cônjuge/companheiro, o que se mostra desproporcional.

Isso porque, impõe o sujeito a uma situação de restrição. O Procurador Geral da República, Rodrigo Janot (2015, p. 32/22), no seu parecer dado nos autos da ADI já citada, aduz que quem mais sente tal restrição é a mulher, pois, há uma dupla ameaça de criminalização, se ela abortar ou se esterilizar, vai ser punida pelo estado como criminosa, sendo, portanto, uma violência psíquica e um anacronismo jurídico, pois, ao criminalizar ambas as condutas, reduz o âmbito de atuação do planejamento familiar dos casais.

⁹ Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

5.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO NORMATIVA – A VIOLAÇÃO AO ART. 226, §7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, no art. 226, §7º, concedeu a todos os indivíduos o direito ao livre planejamento familiar, que deve ser exercido pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do citado direito.

Foi promulgada então, a Lei 9.263/96, conhecida como Lei de Planejamento Familiar, com o escopo de regular o referido artigo constitucional, estabelecer penalidades e dá providências acerca do planejamento familiar.

A lei em comento foi inovadora ao tornar legal a realização da esterilização voluntária, um dos métodos contraceptivos mais utilizados em todo o mundo, cuja decisão de realização, ou não, diz respeito à anulação da capacidade reprodutora.

Saliente-se que, o procedimento cirúrgico em comento, durante muito tempo, foi tipificado como crime, e, conseqüentemente, proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro, por força do art. 129, § 2º, III Código Penal, que prevê que será lesão corporal de natureza grave se ofensa a saúde e a integridade corporal de um terceiro resultar perda ou inutilização do membro, sentido ou função.

A respeito da esterilização, Fabio Ulhôa Coelho (2012, p. 188) aduz que:

A esterilização voluntária é uma forma de exercer o direito sobre o corpo. A ordem jurídica reconhece como legítimo o interesse de a pessoa tratar separadamente, em seu corpo, duas dimensões da função sexual: a reprodução da espécie e o prazer; especificamente, o interesse de tratar separadamente essas dimensões com o objetivo de neutralizar a primeira e otimizar a outra. Quem deseja usufruir o prazer sexual sem correr o risco de procriar pode submeter-se a procedimentos cirúrgicos de esterilização. São admitidas a vasectomia, para os homens, e a laqueadura tubária, para as mulheres, bem assim qualquer outro método que venha a ser cientificamente desenvolvido. Veda-se, de modo expresso, a extirpação do útero (histerectomia) ou dos ovários (ooforectomia). A exemplo das demais normas atinentes ao direito sobre o corpo, também se restringem legalmente as hipóteses em que a esterilização voluntária está permitida.

Pode-se concluir, então, que o ordenamento jurídico, ao autorizar a esterilização voluntária, passou a diferenciar e separar os direitos sexuais e reprodutivos, reconhecendo que o sujeito tem o direito ao prazer e satisfação sexual, à livre escolha do parceiro, sem, necessariamente ter o intuito de reproduzir.

Entretanto, embora o avanço seja considerável, o legislador foi retrogrado ao traçar requisitos a serem preenchidos para fins de realização de esterilização voluntária, sendo que, estes não são compatíveis com as regras e princípios fundamentais preconizados pela Constituição Federal, principalmente o direito ao livre planejamento familiar.

Isso porque, conforme aduz a Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep), na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097, que tem como relator Celso de Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), “o legislador procurou evitar a esterilização precoce, todavia, acabou também por desestimular tal prática, o que vai de encontro ao preceito constitucional (artigo 226, parágrafo 7º, da CF) e aos tratados internacionais que tratam de direitos humanos”. Sendo assim, a tentativa estatal de desencorajar a realização do procedimento acaba por esbarrar no direito à liberdade, à autonomia, e no próprio direito fundamental ao livre planejamento familiar e reprodutivo.

Conforme já dito alhures, a própria Constituição Federal concedeu a todos o direito ao livre planejamento familiar, cabendo ao Estado, somente, realizar ações educativas e preventivas para garantir o acesso igualitário a todos os métodos de controle de fecundidade, seja para propiciar a concepção ou contracepção, entretanto, ao regular esse direito, o fez de forma a limitar o seu exercício, seja por ações do próprio Estado, que deve fornecer autorização judicial para que, pessoas incapazes ou que não estão na vigência de sociedade conjugal, possam realizar a esterilização, seja por conta do dever de haver autorização expressa do cônjuge para dispor do seu direito de procriar.

Nesta senda, o direito de gerar ou não, deve ser exercido por cada indivíduo sem qualquer restrição ou regra que entre em choque com princípios e garantias constitucionais, por estarem amplamente ligado com o alcance da dignidade, e exercício da intimidade e autonomia pelos sujeitos

O procurador geral da república Rodrigo Janot Moneiro de Barros (2015, p. 20), em sua manifestação no bojo da ADI 5.097, salienta:

A ordem constitucional impõe ao Estado o dever de desenvolver instrumentos que priorizem as manifestações de vontade daqueles que formem núcleo familiar. Nesse campo, não lhe cabe tolher ou rechaçar escolhas legítimas feitas pelos indivíduos capazes, como seres autodeterminantes que são, sob propósito de resguardar a família (até

porque o próprio art. 2º, parágrafo único, da lei prevê as ações ali previstas não podem ser empregadas para controle demográfico). Incumbe-lhe promover mecanismos que possibilitem o êxito das escolhas dos cidadãos, tanto no sentido da reprodução, quanto no da esterilização, consoante a parte final do art. 226, § 7º, da CR. [...] Os bens jurídicos protegidos nas relações jurídicas familiares estão diretamente ligados à dignidade de cada membro. Pais concebem filhos pela liberdade do planejamento familiar. A tutela jurídica não é concedida à família em si, que não possui interesse específico, mas aos indivíduos que a compõem, como forma de proteção à dignidade do ser humano.

Isto é, o Estado não deve coibir escolhas feitas pelos indivíduos que não venham ferir a ordem jurídica, a moral e os bons costumes, com o intuito de resguardar o seio familiar, pois, tal instituição é meio de promoção da felicidade e dignidade dos seus integrantes, cabendo a estes decidirem acerca de sua composição, formação e concepção, devendo os indivíduos serem livres.

A dignidade, então, como valor natural, independente de qualquer codificação ou positividade jurídica, revela-se na capacidade do homem ter total autonomia sobre suas ações, sendo livre para traçar seu destino. Sendo assim, a dignidade se materializa quando o indivíduo passa a se conduzir sobre o seu próprio entendimento, isto é, através da autonomia. (BARROS, 2015, p. 23)

Nas palavras de Daniel Sarmiento (2003, p. 308), “esta autonomia significa o poder o sujeito de autogoverno de sua esfera jurídica tendo como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas”.

Nesse sentido, faz-se necessário colacionar o art. 226, §7º da Constituição Federal:

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

Do dispositivo constitucional, extrai-se que o planejamento familiar como decisão autônoma do sujeito, está fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, em direitos constitucionais, como direito à intimidade e liberdade. Ato contínuo, não se pode interpretar o exercício do planejamento familiar de forma a barrar o direito que lhe dá validade, que tem como desdobramento a possibilidade de disposição do próprio corpo e liberdade de procriação. (BARROS, 2015, p. 24)

No tocante à possibilidade de disposição do próprio corpo, o art. 13 do Código Civil prevê que o indivíduo somente poderia realizar tais atos quando por exigência médica. Entretanto, o direito ao corpo abrange não somente a sua integralidade, mas todas as partes dele destacáveis, podendo ser conferido ao seu titular, como proprietário do próprio corpo, exercer o direito de disposição (GONÇALVES, 2013, p. 194).

Tal entendimento gera o questionamento da constitucionalidade da limitação à disposição do próprio corpo, haja vista que a autonomia da vontade permite que os sujeitos sejam senhores de si, fazendo o que tem vontade, sob uma perspectiva de auto-responsabilidade, desde que não venha a ferir direito alheio, não cabendo ao Estado interferir se o indivíduo desejar se mutilar, fazer tatuagem ou se tornar estéril (LIMA, 2008, p. 1)

Sendo assim, esterilizar-se, ou não, é uma escolha que compete ao indivíduo, pois este, como dono do próprio corpo, possui direito de dispor da sua capacidade reprodutiva sem qualquer ingerência estatal ou de terceiros.

Em apertada síntese, deve o Estado garantir ao indivíduo a sua condição de digno através da possibilidade de autodeterminação de forma livre. Noutra giro, não se pode esquecer que cabe a este, também, valer-se de mecanismos para coibir atos abusivos decorrentes da autorregulação, haja vista que em sociedade não se pode existir liberdade absoluta.

Portanto, “ao Estado de Direito não cabe, sob pena de afastar-se de seu centro de identidade, impor restrições à autodeterminação da pessoa em seu aspecto mais essencial, qual seja, a liberdade de dispor do próprio corpo” (BARROS, 2015, p. 30)

Nessa linha, Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p. 52) sustenta que “o corpo pertence à própria pessoa e é ela quem deve lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, dentro do que a realiza”.

Como ser dotado de poder de autorregulação e disposição do corpo, o indivíduo deve gozar do direito de determinar como será sua vida sexual, se irá reproduzir e tudo isso sem qualquer participação estatal, podendo, assim, decidir por dispor do seu corpo.

Conforme já dito, a lei de planejamento familiar, em seu art. 10º trouxe requisitos para a realização da esterilização:

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.

A imposição de requisitos, isoladamente já vem revestida de inconstitucionalidade, vez que impossibilita os sujeitos, independente de idade e de já constituir família, disporem livremente do corpo e realizar o seu planejamento familiar.

Entretanto, o requisito mais polemico é o previsto no §5º do artigo, haja vista que condiciona a disposição do corpo à vontade de terceiros, isto é, cônjuge ou companheiro.

Isso porque, não se pode obrigar um dos integrantes da estrutura familiar a procriar, devendo este ser um desejo de ambos, até porque a dignidade a ser resguardada não é somente a da mãe ou do pai, mas também da criança, que como sujeito de direitos, possui direito a uma vida digna e todo o suporte para o seu desenvolvimento físico e psíquico de forma integral.

Ainda que seja certo que se pode frustrar o parceiro com a decisão de não desejar reproduzir, certamente os impactos negativos gerados pela imposição de uma gravidez indesejada certamente serão muito maiores na vida do casal e,

principalmente, na vida da criança.

Cumprido salientar, ainda, que a família atual deixou de ser meramente reprodutora, para ser uma família eudemonista, ou seja, um meio de alcance da felicidade dos seus membros, não guardando mais relação necessária com a reprodução. Atualmente, inclusive, é cada vez mais comum, casais que não desejam ter filhos, escolhendo apenas pela convivência marital entre eles.

Exigir consentimento ou autorização de terceiro (inclusive de cônjuge, parceiro, profissional médico ou autoridade) para esterilização contraceptiva compromete a capacidade de decidir e o desfrute de direitos humanos. Ao decidir a favor ou contra esterilização, um indivíduo não deve ser induzido por incentivos ou forçado por ninguém, independentemente de esta pessoa ser cônjuge, parente, membro da família, guardião, profissional de saúde ou autoridade. (WHO, 2014, p. 15-16)

Em síntese, o exercício da autonomia e disponibilidade do corpo do sujeito não deve depender de consentimento de terceiros, devendo a decisão de esterilizar-se partir do sujeito, sem qualquer óbice sob pena de ferir severamente a dignidade da pessoa humana, liberdade e o princípio do livre planejamento familiar.

O art. 15 da Lei 9.263/96 impõe pena de reclusão de dois a oito anos caso a esterilização seja executada em desacordo com os requisitos impostos no art. 10º do mesmo diploma legal:

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei.

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.

Criminalizar a esterilização sem consentimento, o estado está praticando mais um ato atentatório contra a dignidade da pessoa humana, que será impedida de ser materializada através da sua possibilidade de autorregulação.

Aplica-se aqui os mesmos argumentos refutados alhures. O homem é dono de si,

não competindo ao Estado delimitar a sua esfera de atuação sobre o seu corpo. Embora o artigo não deixe claro quem é o sujeito da sanção, entende-se que ela equipara um sujeito que não teve a outorga do cônjuge para se esterilizar, o menos de 25 anos sem filhos que realizou o procedimento, por exemplo, a um criminoso, quando este é um ato que, ao menos do plano teórico, deveria estar inserido a esfera de intimidade do sujeito, não cabendo o Estado intervir.

Ademais, conforme salienta o procurador geral da república Rodrigo Janot Monteiro de Barros (2015, p. 32):

Criminalizar esterilização voluntária realizada sem consentimento do cônjuge ou companheiro impõe à mulher situação de restrição extrema. Com isso, ela se vê sob a dupla ameaça da criminalização do aborto e da esterilização sem consentimento do cônjuge, na constância da sociedade conjugal. A situação consubstancia grave violência sociojurídica e até psicológica, inaceitável anacronismo jurídico, porquanto o Estado, ao criminalizar ambas as condutas – o aborto e a esterilização voluntária realizada sem consentimento de terceiro –, impõe reprodução não planejada aos casais e colide frontalmente com o direito constitucional a planejamento familiar.

Pode-se concluir que as mulheres são as maiores prejudicadas, diante da situação em que são inseridas na sociedade. Entretanto, seja mulher ou homem, condicionar o exercício da disposição do seu corpo à anuência de um terceiro, é flagrante afronta à autonomia, dignidade da pessoa humana e o princípio do livre planejamento familiar, todos esses garantidos constitucionalmente, pois impede aquele indivíduo plenamente capaz de gerir todos os seus atos da vida civil, a dispor e autorregular a sua personalidade, bem como os direitos decorrentes dela.

Por último, insta salientar, porém, que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), prevê em seu art. 7º, III¹⁰ que a violência sexual também é a anulação ou limitação ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, o que corrobora com a tese de que, se o cônjuge se nega a consentir com a esterilização, está impedido o indivíduo de exercer do seu direito reprodutivo, que inclui a decisão de não ter filhos e, por conseguinte, está interferindo diretamente na esfera de autonomia privada de outem,

¹⁰ art. 7º, III :São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos

ferindo a dignidade da pessoa humana. Portanto, é inconcebível condicionar o exercício do seu direito, de autorregular e dispor sobre o próprio corpo a um desejo de um terceiro, independente de ser ele o seu cônjuge ou não.

Diante do quanto exposto, e observado o texto do artigo 226, § 7º, entende-se que o art. 10º da Lei de Planejamento Familiar é inconstitucional, sendo inválida, haja vista está em dissonância com princípios e direitos fundamentais expressos na Carta Maior, principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana, e o direito à liberdade, que fundamenta a autonomia, ao impor condicionamentos para dispor do próprio corpo e para o exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar.

6 CONCLUSÃO

Desde a década de 60, antes mesmo do reconhecimento constitucional do direito ao livre planejamento familiar, o Estado se preocupou em garanti-lo, haja vista que o enxergou como uma medida preventiva, de saúde pública e de bem-estar social, pois evitava abortos provocados inseguros, abandono de menores e ainda evitava que pessoas tivessem filhos sem condições de manter a dignidade destes e da família.

Desde então, os mais diversos projetos e programas do governo surgiram com o escopo de prestar serviços a população acerca de como realizar o planejamento familiar, exercer o controle de fecundidade, evitar gestações de risco.

Na década de 80 o planejamento familiar passou a ser defendido dentro do cenário nacional no contexto de saúde da mulher, passando estas a ter maior direito de escolha acerca da reprodução e contracepção. Nessa esteira, foram criados os mais diversos programas de acesso a população aos métodos contraceptivos e a informação, proporcionando a todos a liberdade de decidir por praticar o sexo desejando ter filhos ou não.

Foi então, em 1988, que o direito ao livre planejamento familiar foi reconhecido constitucionalmente, passando a ser previsto no art. 226, §7º da Constituição Federal como livre direito do casal, que deve ser exercido fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável, e livre de qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou estatais, cabendo a este propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Para regulamentar o exercício desse direito, foi promulgada a Lei 9.263/96, que inegavelmente teve o mérito de colocar a esterilização cirúrgica em pé de igualdade com os demais métodos contraceptivos disponíveis, o reconhecendo como método de contraceptivo para realização do planejamento familiar.

Saliente-se que, por conta da inexistência de lei que autorizasse a esterilização voluntária cirúrgica, a sua realização era proibida em analogia com o artigo 29, do Código Penal de 1940. Tal artigo prevê que é considerado crime qualquer tipo de lesão corporal que resulte a perda permanente de membro, sentido ou função, e a

esterilização era tida como ofensa criminal por ter como resultado a perda da função reprodutiva.

Em suma, o legislador, ao autorizar a esterilização voluntária, passou a diferenciar os direitos sexuais e reprodutivos, reconhecendo que o sujeito tem o direito ao prazer e satisfação sexual, à livre escolha do parceiro, sem, necessariamente ter o intuito de reproduzir.

Destarte, os avanços foram limitados, ao passo que a lei que foi promulgada para regular o exercício do direito do livre planejamento familiar, barrou, justamente, o gozo desses direitos, haja vista que, para que se possa realizar a esterilização voluntária para fins de planejamento familiar e reprodutivo de forma legal, foram traçados requisitos não compatíveis com as regras e princípios fundamentais preconizados pela Constituição Federal.

Com o art. 10º da Lei de planejamento familiar, que lista os requisitos, o legislador buscou evitar a esterilização precoce, entretanto, acabou por ir de encontro ao próprio princípio do livre planejamento familiar e o direito à autorregulação ao desencorajar o referido procedimento.

No que tange à efetivação do livre planejamento familiar, cabe ao Estado, somente realizar ações educativas e preventivas para garantir o acesso igualitário a todos os métodos de controle de fecundidade, seja para propiciar a concepção ou contracepção.

Nesta senda, o direito de gerar ou não, deve ser exercido por cada indivíduo sem qualquer restrição ou regra que entre em choque com princípios e garantias constitucionais, por estarem amplamente ligado com o alcance da dignidade, e exercício da intimidade e autonomia pelos sujeitos.

Tal afirmação implica no entendimento de que as escolhas feitas pelos sujeitos com o intuito de resguardar a família não devem ser coibidas pelo Estado, salvo se venham a atentar contra a moral, bons costumes e ordenamento jurídico, isso porque, este deve ser o menos interventor possível, isso porque a família é vista como meio de promoção da felicidade e dignidade dos seus integrantes, cabendo a estes decidirem acerca de sua composição, formação e concepção. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana só se materializa quando o indivíduo possui autonomia sobre suas ações, sendo livre para traçar seu destino e alcançar sua felicidade.

Levando em consideração que o planejamento familiar deve ser exercido pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se extrair que esse direito deve ser exercido livremente, permitindo que o sujeito decida, dentre os métodos disponíveis, qual ou quais irá utilizar para fins de controle de fecundidade e planejamento reprodutivo, inclusive a esterilização.

Ato contínuo, não se pode interpretar o exercício do planejamento familiar de forma a barrar o direito que lhe dá validade, o qual tem como desdobramento a possibilidade de disposição do próprio corpo, que entende-se como o direito do indivíduo, como proprietário de cada parte que compõe o corpo, de decidir se deseja abrir mão ou não da sua capacidade reprodutiva, sem qualquer ingerência estatal ou de terceiros.

Em suma, não pode o Estado impor restrições à autodeterminação da pessoa, impedido a realização da esterilização, por respeito à liberdade do sujeito de decidir se deseja procriar, bem como de regular sua vida sexual e seu seio familiar.

Diante de todo o exposto, conclui-se pela inconstitucionalidade do art. 10º da Lei 9.263/96 – Lei de Planejamento Familiar – haja vista que está em dissonância com princípios e direitos fundamentais expressos na Carta Maior, principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana, e o direito à liberdade, que fundamenta a autonomia, ao impor condicionamentos para dispor do próprio corpo e para o exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar, sendo, portanto, inválida por desconformidade com o regramento superior.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AGOSTINI, Leonardo. **Autonomia: Fundamento da dignidade humana em Kant**. 2009. 101f. Dissertação (Mestre em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

ANDRADE, Denise Almeida de; CHAGAS, Márcia Correia. O direito ao planejamento familiar no Brasil: a questão da filiação e da identidade genética no âmbito do “projeto parental” realizado por meio da inseminação artificial heteróloga. In: **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI–Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em direito–São Paulo**. 2009. p. 10150-10178.

ALVES, José Eustáquio Diniz. As políticas populacionais e o planejamento familiar na América Latina e no Brasil. **Rio de Janeiro: ENCE**, 2006.

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**, v. 21, n. 1, 2012.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro. **Manifestação ADI 5.097/DF**. Brasília, 28 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5097&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

BRASIL. **Lei 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Brasília, 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. **Lei 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/plajlei9263.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2015

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 01 jun. 2015.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 01 Jun. 2015.

_____. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Decreta a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em 30 jul 2015

_____. **Portaria nº 048**, de 11 de fevereiro de 1999. Dispõe sobre o planejamento familiar e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/infancia/legislacao/id2150.htm>> Acesso em: 2 Agos 2015.

_____. **Portaria nº 3.149**, de 28 de dezembro de 2011. Destina recursos financeiros aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html> Acesso em 30 jul 2015

_____. **Portaria nº 144**, de 20 de novembro de 1997. Inclui a Cirurgia de Trompas e Laqueadura Tubária no Sistema de Informações Hospitalares do SUS.

_____. **Ministério da Saúde**. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Saúde sexual e saúde reprodutiva / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. – 1. ed., 1. reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2013.

_____. **Ministério da Saúde**. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada** – 2. ed. rev. – Sao Paulo: Saraiva, 2007

BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de não procriar e esterilização humana. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, Cuiabá**. v. 9. n. 2. p. 43/64. jul/dez. 2007

_____. Clarissa. Liberdade de procriar e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá. v. 9. n. 1. p. 37/58. jan/jun. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 571-572

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

CAMARGO, Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da Republica Portuguesa Anotada**, v.1, São Paulo: RT, Coimbra, 2007.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Ana Maria. Planejamento familiar no Brasil. **Revista Bioética**, v. 4, n. 2, 2009.

COSTA, Alcione et al. História do planejamento familiar e sua relação com os métodos contraceptivos. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 37, n. 1, p. 74, 2013.

CORRÊA, Sônia; JANNUZZI, Paulo de Martinho; ALVES, José Eustáquio Diniz. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. **Saúde no Brasil: conceitos, programas e indicadores**, 2003.

DEFENSORIA PÚBLICA. **Cartilha dos Direitos Sexuais e Reprodutivos**. 1ª Edição – São Paulo. Junho de 2013.

DE MEDEIROS MARÇAL, Vinicius. sujeito de direito: direitos de personalidade e sua disponibilidade relativa. **etic-encontro de iniciação científica- ISSN 21-76-8498**, v. 6, n. 6, 2010.

DE ALMEIDA, Lara Oleques. A função social da família e a ética do afeto: transformações jurídicas no Direito de Família. **Curso de Direito**, p. 60, 2007.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD; Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Vol. 1, 11 ed. Salvador, JusPODIVM, 2013.

_____. DE FARIAS, Cristiano Chaves. Direito à Família. **Revista UNIFACS**. Salvador. 2010.

_____. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Vol. 6, 11 ed. Salvador, JusPODIVM, 2013.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**, 4ª ed., São Paulo: RT, 2007.

DÍAZ, Margarita; CABRAL, Francisco; SANTOS, Leandro. Os direitos sexuais e reprodutivos. **Afinal, que paz queremos**, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em out 2015.

Flora, Princia Valbão; CAVALHEIRO, Vanise Lima. "O papel do princípio da reserva do possível em relação ao direito fundamental a saúde pública." **Revista JurES** 5.10, 2013

FRANCO JUNIOR, Raul de Mello . Planejamento familiar, esterilização e responsabilidades da classe médica. **Revista UNIARA** , Araraquara-SP, v. 7, 2000.

FEUERBERG, Gary. A severa política do filho único na China. **Revista Epoch Times**, São Paulo, p. 4D, 15 abr. 2001

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de Família** – As famílias em perspectiva constitucional. São Paulo, Saraiva, 2011.

Glossário de Termos Médicos Técnicos e Populares. 2000. Disponível em <<http://livros01.livrosgratis.com.br/hy000001.pdf>>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 1: Parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HENTZ, André Soares. **Esterilização humana**: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6544>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

JARDIM, Renata Teixeira. **Esterilização feminina na ótica dos direitos reprodutivos, da ética e do controle de natalidade**. 09 abril 2012. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/esterilizacao-feminina-na-optica-dos-direitos-reprodutivos-da-etica-e-do-controle-de-natalid>>. Acesso em: 1 ago. 2015

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: 70, 1986

LIMA, George Marmelstein. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?**. 3 Nov. 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>> Acesso em: 1 ago. 2015

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

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para uma diferenciação*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013

MEINICKE, André Ricardo. Tratamento paliativo e limitação de suporte de vida no direito brasileiro. 2013.

MORAES, Alexandre, **Direito Constitucional**, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao art. 226. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo:

Saraiva/Almedina, 2013.

MOURA, Escolástica Rejane Ferreira; DA SILVA, Raimunda Magalhães; GALVÃO, Marli Teresinha Gimenez. Dinâmica do atendimento em planejamento familiar no Programa Saúde da Família no Brasil Family planning services under the Family Health Program in Brazil. **Cad. Saúde Pública**, v. 23, n. 4, p. 961-970, 2007.

NICOLAO, Hamilton Pessota. **Direitos Fundamentais: princípio da dignidade da pessoa humana frente a autonomia privada nas relações entre particulares**. v. 36, n.2, jul./dez. 2010

NICOLODI, Márcia. Os direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi, Teresina**, ano 8, n. 134, 17 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4493>>. Acesso em: 19 jul 2015.

PAIVA, G. J. Dante Moreira Leite: um pioneiro da psicologia social no Brasil. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 11, n. 2, jul./ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**, Belo horizonte: Del Rey, 2006.

PORTAL BRASIL. **Planejamento Familiar**. 2011. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>> Acesso em 28 Jul 2015.

QUARANTA, Roberta Madeira. **O direito fundamental ao planejamento familiar: Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7429>. Acesso em out 2015.

RAMOS, Fernanda de Oliveira Santana Ramos. O direito fundamental ao planejamento familiar e a Lei nº 9.263, de janeiro de 1996. Salvador, 2015. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/37759/o-direito-fundamental-ao-planejamento-familiar-e-a-lei-n-9-263-de-janeiro-de-1996#ixzz3t4m382cz>>. Acesso em jul de 2015

RIVABEM, Fernanda Schaefer. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 43, 2008.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Planejamento familiar e os limites para planejar a prole: o uso da biotecnologia e o aborto**. 26 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.ibijus.com/blog/10-planejamento-familiar-e-os-limites-para-planejar-a-prole-o-uso-da-biotecnologia-e-o-aborto>> . Acesso em: 17 jul 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de, NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito** – 2a ed. rev., Atualizada e Ampliada. Del Rey, 2011.

SANT'ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. Salvador. 2015.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada, in Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiologicas da Constituição**, São Paulo, Malheiros, 2003

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; SILVEIRA, Fernando Heitor Raphael. **Reprodução assistida, planejamento familiar e saúde sob a constituição de 1988**. São Paulo – SP. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Direitos da personalidade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 80, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509>. Acesso em 16 Jul 2015.

_____. Alessandro Marques de. O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2664, 17 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17628>>. Acesso em: 9 out. 2015.

STOLZE, Pablo. Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41381>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

STF. ADI 5.097/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. 18 de setembro de 2015

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. 2a. ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, Corpo e Autonomia Privada**, Rio de Janeiro: Renovar, 2010

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015. jul. 2015. Disponível em < <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

UNFPA. **Planejamento familiar: 50 anos de história**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatoriowpd.pdf>> Acesso em 1 Jun 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em 1 Jun 2015

____. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher**, 1979. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discrimulhe r.htm>> Acesso em 20 Jul 2015

____. **Declaração Universal do Direito dos Homens**, 1948 . Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf > Acesso em 2 ago. 2015

VALDES, Lysian Carolina. O contrato e o novo perfil principiológico: a dignidade humana como limite à autonomia privada e proteção dos direitos da personalidade. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009

VIEIRA, Elisabeth Meloni. **O arrependimento após a esterilização feminina**. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/csp/v14s1/1341.pdf> >. Acesso em: 29 julho de 2015.

VILLELA, W.; ARILHA, M. **Sexualidade, Gênero e Direitos Sexuais e Reprodutivos**. In: BERQUÓ, E. (Org.). *Sexo & Vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas- SP: Editora da Unicamp, 2003.

YAMAMOTO, Sergio Toshio. **A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263**. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: an interagency statement**. Geneva: WHO, 2014. p. 15-16. Disponível em < <http://zip.net/blr270> > ou < http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112848/1/9789241507325_eng.pdf >. Acesso em 19 de nov 2015.