



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E A USURPAÇÃO ESTATAL:
PLANEJAMENTO FAMILIAR E A ESTERILIZAÇÃO SEM CONSENTIMENTO.**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Calebe Brito Ramos

Orientador: Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do aluno: 20151945

Dezembro de 2021

Lisboa

DEDICATÓRIA

Dedico com enorme satisfação este relatório investigativo de dissertação, em primeiro lugar, a minha família, que me ensinou a buscar através dos estudos, a valorização da vida, o conhecimento, bem como a lei do maior esforço.

Agradeço em especial à ajuda dos meus pais pelo apoio emocional e financeiro durante toda minha jornada de estudos na Universidade Autônoma de Lisboa, contribuindo com o crescimento cultural, filosófico e acadêmico.

Meu pai, por sua vez, muito embora tenha sonhado em ter um filho médico, a fim de continuar seu labor humanizado, me apoiou em todas as etapas da vida, especialmente nesta fase de maior luta, então, disse-me: “Meu filho, nunca desista dos seus sonhos”!

Seus ensinamentos encorajaram-me a finalizar uma etapa em minha vida, que a olhos incrédulos não seria possível realizá-la!

Ressalto nesta oportunidade, que jamais terei medo do que é para o bem, e um dia pretendo ensinar aos meus filhos que nunca tenham medo da vida, do saber, do lutar, de ser ético e do amar, para que não venham hesitar em lutar por seus sonhos e para o bem do seu próximo.

Destaco, mais além, a compreensão da minha família nuclear, na pessoa de Leidyane M. Silva Lins Ramos, meus filhos Levy, Davi e Ester Ramos, durante as horas dedicadas ao projeto de dissertação e as viagens realizadas a Portugal, que com toda a certeza, foi a maior experiência e crescimento pessoal que obtive ao longo de toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer, com toda satisfação, a paciência e desprendimento do dileto Professor Doutor, Alex Sander Xavier Pires, que não hesitou em transmitir as informações necessárias, no intuito de contribuir com seu vasto conhecimento técnico e jurídico na construção da referida pesquisa científica.

Agradeço também a todos os meus queridos professores, mestres e doutores da Universidade Autónoma de Lisboa, dos quais destaco o Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, Professor Doutor Manuel Valente, Professora Doutora Andreia Navarro, Professora Patrícia Dias e Professor Armindo pelos seus ensinamentos e os laços de amizade firmados, que desde o início do curso de mestrado em ciências jurídicas, recepcionaram-me com muito entusiasmo e dedicação, na difícil tarefa de transmitir a melhor hermenêutica jurídica, ressaltando que a qualidade deste corpo docente está sendo amplamente elevada na República Federativa do Brasil.

Ainda, agradeço os diletos amigos da Turma 10 da Universidade Autónoma de Lisboa, especialmente o amigo e irmão Rodrigo Lobato, este, que nos momentos mais difíceis desta caminhada sempre esteve ao meu lado.

Em Jó 42:2 temos que: “Bem sei eu que tudo podes, e que nenhum dos teus propósitos podem ser impedidos.”.

LISTA DE SIGLAS

BEMFAM - Bem-Estar Familiar

BR - Brasil

CC - Código Civil Brasileiro

CFM - Conselho Federal de Medicina

CPAIMC - Centro de pesquisa de Assistência Integrada à Mulher e à Criança

CPMI - Comissão Parlamentar Mista de Inquérito

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

Nº - Número

PAISM - Programa de Atendimento Integral à Saúde da Mulher

PGR - Procurador Geral da República

PT - Portugal

S. M. J - Salvo Melhor Juízo

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS - Sistema Único de Saúde

UAL - Universidade Autónoma de Lisboa

RESUMO

A presente pesquisa jurídica científica busca trazer aspectos centrais sobre o direito constitucional de liberdade à luz do direito fundamental ao planejamento familiar e a usurpação estatal na autonomia do próprio corpo, quando do procedimento de esterilização exarado no Termo de Consentimento estatuído no Brasil pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, na vigência da sociedade conjugal. O casal, conforme estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil é responsável pelo planejamento familiar em seus diversos aspectos, inclusive quanto à reprodução. Neste contexto, analisar-se-á que a esterilização é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde que haja consentimento do outro cônjuge, o que difere do ordenamento jurídico Português, posto que neste, consagra-se, além do direito constitucional de liberdade, a autonomia da vontade sobre o próprio corpo. Assim, após esta breve exposição sobre o tema, elevaremos o grau de concavidade da pesquisa, ressaltando como cerne da questão, os aspectos que envolvem o direito constitucional de liberdade de cada indivíduo, mesmo em uma relação conjugal, para dispor do seu próprio corpo, sem a necessidade de consentimento de seu cônjuge ou companheiro. Neste ponto, o assunto tem evoluído no Brasil, mas ainda com as barreiras impostas pelas leis que regem a matéria, sendo necessário a assinatura do Termo de Consentimento para esterilização em conjunto, o que em Portugal, não há óbice, vez que há a efetividade do direito constitucional de liberdade do indivíduo e sua autonomia de vontade sobre o próprio corpo, sendo que tal fato nos levará a um grau de comprometimento com o objetivo central de investigar o direito de liberdade na relação conjugal no Brasil, analisando as hipóteses de esterilização sem o consentimento do outro cônjuge ou companheiro, com fundamentação nas leis que o regem, doutrina e jurisprudência, além de identificar o conceito central do tema, compreendendo as hipóteses que autorizem a prática, com a consequente possibilidade de responsabilidade daquele que pratica às escuras. Via de consequência, a esterilização sem consentimento trará aspectos que envolvem questões de responsabilidade civil, sendo necessário realizarmos a abordagem legislativa no Brasil e Portugal. De essencial ressaltar que a referida questão é um instituto do direito, pelo qual se visa aclarar e até ser instrumento de mudança na cultura e pensamento dos brasileiros quanto ao planejamento familiar e o respeito a individualidade de cada cônjuge ou companheiro, preservando seu direito de liberdade, sem a aplicação, destarte, de medidas restritivas de garantias de direito em favor daquele que pratica o ato sem o consentimento do outro.

Palavras-chave: Esterilização voluntária. Livre planejamento familiar. Autonomia privada.

ABSTRACT

The present scientific legal research seeks to bring central aspects about the constitutional right of freedom in the light of the fundamental right to family planning and the state's usurpation in the autonomy of the body itself, during the sterilization procedure established in the Consent Term established in Brazil by Law 9.263, of January 12, 1996, during the conjugal partnership. The couple, as established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, is responsible for family planning in its various aspects, including reproduction. It will be analyzed that sterilization is allowed by the Brazilian legal system, as long as there is consent from the other spouse, which differs from the Portuguese legal system, by consecrating, in addition to the right to freedom, the autonomy of the will over one's own body. Thus, after this brief presentation on the topic, we will raise the degree of concavity of the research, highlighting as the core of the issue, the aspects that involve the individual's right to freedom, even in the marital relationship, having his own body without the consent of the other. At this point, the issue has evolved in Brazil, but still with the barriers imposed by the laws that govern the matter, it is necessary to sign the Consent Term for sterilization by the other spouse, which in Portugal there is no obstacle, respecting the right to freedom of the individual and his autonomy of will over his own body, and this fact will lead us to a degree of commitment with the central objective of investigating the right to freedom in the marital relationship in Brazil, analyzing the hypotheses of sterilization without the consent of the other spouse or companion, based on the laws that govern it, doctrine and jurisprudence, in addition to identifying the central concept of the theme, including the hypotheses that authorize the practice, with the consequent possibility of responsibility for those who practice in the dark. Sterilization without consent will bring aspects that involve civil liability issues, making it necessary to carry out the legislative approach in Brazil and Portugal. It is essential to emphasize that this issue is an institute of law, by which it aims to clarify and even be an instrument of change in the culture and thinking of Brazilians regarding family planning and respect for the individuality of each spouse or partner, preserving their right to freedom, thus applying restrictive measures of guarantees of rights in favor of the person who practices the act without the consent of the other.

Keywords: Right to Freedom. Family planning. Usurpation of the State. Autonomy of the will. Sterilization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - ESTADO E LIBERDADE: HÁ UM DIREITO GERAL A SER LIVRE?	14
1.1 CONCEITO E ORIGEM DO ESTADO.....	14
1.1.1 Estado Moderno.....	18
1.1.2 Estado Social.....	21
1.1.3 Estado Constitucional.....	23
1.2 DIREITO GERAL DE LIBERDADE.....	25
1.3 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E SEUS LIMITES.....	33
CAPÍTULO II - O INSTITUTO DA FAMÍLIA E O SURGIMENTO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR	41
2.1 FORMAÇÃO E HISTÓRIA DA FAMÍLIA	43
2.2 FAMÍLIA NA ATUALIDADE.....	45
2.3 BREVE HISTÓRIA SOBRE O SURGIMENTO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR	46
2.4 PLANEJAMENTO FAMILIAR E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL	47
2.5 RELEVÂNCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	49
2.6 O PLANEJAMENTO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (LEI Nº 9263/96).....	50
2.6.1 Contexto histórico do planejamento familiar	51
2.6.2 Regulamentação da Lei do planejamento familiar	55
2.6.3 Órgão competente para realizar o procedimento	59
2.6.4 Funções	60
2.6.5 Quem pode realizar o procedimento.....	61
2.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS AFETOS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR	65
2.7.1 Princípio da liberdade e da autonomia da vontade	69

2.7.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	72
2.7.3 Princípio da intervenção mínima do estado nas relações familiares (o direito das famílias mínimo).....	74
2.8 A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	75
2.8.1 Direitos da personalidade	76
2.8.1.1 Dos atos de disposição do próprio corpo.....	77
2.8.1.2 Direito à liberdade	79
2.8.1.3 Efetivação dos direitos no Brasil.....	81

CAPÍTULO III - ESTERILIZAÇÃO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR..... 83

3.1 ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA.....	86
3.2.1 Conselho da Europa.....	89
3.2.2 Proteção do direito ao consentimento informado no direito do Conselho da Europa	89
3.2.3 A União Europeia	89
3.3 O CONSENTIMENTO INFORMADO EM PORTUGAL.....	90
3.3.1 Código Penal Português	91
3.3.2 Direito administrativo português	95
3.4 FORMA DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	97
3.5 REQUISITOS IMPOSTOS PELA LEI PARA A ESTERILIZAÇÃO CIRÚRGICA	98
3.6 O CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE COMO REQUISITO PARA A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA DE ESTERILIZAÇÃO	100
3.7 A USURPAÇÃO ESTATAL DO DIREITO À LIBERDADE DE ESTERILIZAÇÃO SEM CONSENTIMENTO	101
3.8 VALIDADE DOS REQUISITOS PARA A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA FRENTE A AUTONOMIA DA VONTADE.....	106
3.8.1 Capacidade civil no código civil brasileiro e capacidade civil na lei do planejamento familiar	108
3.8.2 A manifestação de vontade e o desencorajamento à esterilização precoce.....	111
3.8.3 A autonomia da vontade e a autorização do cônjuge na vigência de sociedade conjugal.....	112
3.8.4 Caso Artavia Murillo e outro (fecundação <i>in vitro</i>) versus Costa Rica: a decisão	

da corte interamericana de direitos humanos e o poder de escolha dos indivíduos.....	114
3.9 QUESTIONAMENTOS ACERCA DA ADI 5.097	116
3.9.1 Subsídios das instituições que compõe a ADI.....	118
3.9.2 Pontos favoráveis a constitucionalidade da norma.....	120
CONCLUSÃO.....	123
REFERÊNCIAS.....	126

INTRODUÇÃO

A liberdade constitui direito fundamental, vez que é primordial para a dignidade do cidadão no Estado de Direito democrático, além de ser da estrutura deste, ao passo que, no âmbito da dignidade da pessoa humana, deve-se garantir a liberdade já que não há vida com dignidade sem que o cidadão não possa externar seus desejos.

Portanto, há muito tem se estudado o tema liberdade, especialmente no Estado de Direito democrático, vez que na democracia, a liberdade é direito fundamental, estando diretamente ligado à garantia de voz aos cidadãos em suas manifestações sociais.

Ocorre que, na atual conjuntura deste modelo de Estado, a garantia ao direito de liberdade do cidadão tem sofrido limitações, posto que, a bem da verdade, vive-se um *pseudo* Estado de Direito democrático, já que, subliminarmente, há sua usurpação na medida em que se pensa as políticas públicas e diretrizes de cada governo. E falando deste assunto no Brasil, em meio a uma conjuntura política extremista, quer seja de direita ou esquerda, há reflexos diretos na formação da ideologia que orbita o direito de liberdade.

John Stuart Mill¹, posiciona-se no sentido de que “é legítimo intervir contra a vontade das pessoas caso estejam a lidar com crianças, pessoas que não estejam em plena posse das faculdades mentais comuns (deficientes mentais, pessoas sob a influência de álcool ou drogas, etc.) ou sociedades bárbaras; caso seja necessário impor a realização de deveres sociais, como o dever de defender o país em caso de ataque”.

Nessa linha, a presente investigação se faz necessária, vez que o assunto tem sido recorrente na sociedade contemporânea, especialmente pelo fato das mais diversas formas de composição familiar, em consonância com o direito de liberdade, que por ora faz surgir novos modelos estruturais.

Busca-se analisar se o Estado Constitucional possui legitimidade para fechar as arestas por ele mesmo abertas quando o poder político, em atuação, quer seja de direita ou esquerda, permite apenas algumas formas de estrutura familiar, esquecendo-se da diversidade existente em um povo, bem como as implicações e impactos na vida da sociedade de forma negativa, analisando alguns casos emblemáticos na sociedade do século XXI.

Tal linha de pesquisa está ligada ao pensamento daqueles que defendem que “as funções do Estado devem ser tão esvaziadas, quanto possível, competindo-lhe apenas garantir a segurança dos cidadãos e o cumprimento dos contratos”².

¹ MILL, John Stuart - **Sobre a liberdade**. p. 09.

² MILL, John Stuart - *Op. cit.*, p. 11.

O ser humano está em constante evolução e passa por várias mudanças ao longo de sua vida. É sabido que durante esse processo evolutivo, muda a aparência, a mentalidade, o modo de ver a vida, mas algo que nunca perderá é sua característica pessoal de sujeito único, com qualidades e sentimentos próprios, intrínsecos à sua natureza, razão pela qual cada um é dono e responsável pela gerência de sua vida e de tudo que dela advém.

A família brasileira não foi, desde sempre, o que se é hoje, em virtude de haver um modelo patriarcal de família, onde existia a figura de um chefe responsável pelo sustento da casa e de uma esposa e filhos subordinados às determinações e modos de condução pelo chefe; após constantes mudanças e reformulações em seu padrão de existência, as famílias brasileiras sofreram inovações significativas e passaram a ter como estrutura a horizontalidade, por meio da igualdade entre os seres, proveniente mais fortemente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil que estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, não havendo que se falar em distinção de qualquer natureza.

Assim, diante de uma Constituição Federal que preza pela igualdade entre os seres, corroborando a incompatibilidade da família verticalizada no ordenamento jurídico, é necessário também que ela traga como se dará essa organização da família.

Deste modo, o marco para o surgimento do termo planejamento familiar no Brasil foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especificamente em seu artigo 226, § 7º, que afirma sucintamente ser ele uma escolha livre que os casais possuem para se planejarem enquanto família, devendo ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Frise-se que a Constituição Federal trouxe a previsão de um direito, mas não o regulamentava, razão pela qual, passados oito anos da vigência da Constituição da República Federativa do Brasil, foi no ano de 1996 que houve a aprovação da Lei nº 9.263/96, conhecida como a Lei do Planejamento Familiar.

Oriunda de um contexto nacional marcado por esterilizações realizadas de forma massiva e sem as consideradas informações adequadas pela população brasileira e, ainda, com o fim de reduzir os números desse procedimento, a Lei do planejamento familiar surgiu com vistas a regular o que outrora previu a Constituição Federal e definir os critérios para que os cidadãos pudessem exercer o direito ao planejamento familiar e, principalmente, aos direitos reprodutivos, sendo que até hoje essa lei é a diretriz do planejamento familiar no Brasil.

Neste sentido, além da previsão dos requisitos para a realização do procedimento, há, ainda, a previsão das penalidades, no caso de descumprimento, e a devida indicação de competência para implementação, execução e fiscalização da Lei do planejamento familiar.

A esterilização voluntária é um método contraceptivo e um dos direitos reprodutivos existentes no Brasil; para que seja realizada, necessita, por parte da pessoa interessada, do preenchimento de vários requisitos para que então seja considerada apta a receber o procedimento.

Quando uma norma é criada, ela deve seguir todo um processo de validade e devem ser observados cabalmente os requisitos para sua inserção no mundo jurídico; para tanto, não pode ser contrária, primeiramente, a Constituição Federal, e depois a outras normas e princípios, entre outros.

Muitas vezes, a necessidade de regulamentar uma situação fática e inseri-la no mundo jurídico é parte de todo um processo que visa atender uma população e suas demandas, sejam elas em menor ou maior escala, em caráter urgente ou não; ainda que diante de uma tentativa de atender a uma demanda maior, não se justifica deixar de observar todos os trâmites para a existência e validade de uma norma, sob pena de ser ela inválida.

Não raro, existem normas que são revogadas porque ferem outros direitos e vão contra princípios constitucionalmente consagrados, como pretende se analisar durante a execução deste trabalho.

Cumprido esclarecer que os princípios são essenciais para a realização da vida em sociedade e é na Constituição Federal, mandamento maior do Estado, que se encontram os primordiais princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade, da igualdade, sem prejuízo de outros existentes, sendo que é dever do Estado garanti-los e promovê-los.

A Lei do planejamento familiar impõe o preenchimento de requisitos para a esterilização voluntária de caráter subjetivo e objetivo, na constância ou não de sociedade conjugal, o que, ao que parece, pode ser um problema quando analisado sob a ótica da autonomia privada, garantida pela Constituição Federal por meio da Liberdade, enquanto direito e enquanto princípio.

Frente a um provável conflito entre a lei do planejamento familiar através de requisitos para a esterilização voluntária e a liberdade de decisão sobre o próprio corpo, que faz parte de uma esfera estritamente privada, é que se pretende discutir o assunto e, para tanto, o intuito é tecer considerações acerca do tema, sem o propósito de esgotá-lo, haja vista a dificuldade de encontrar bibliografias específicas que tratassem sobre o tema, muito embora há pluralidade sobre o tema liberdade e direitos fundamentais da personalidade e esterilização voluntária.

Tema da presente investigação, a liberdade ao planejamento familiar e a esterilização sem consentimento, sendo a liberdade aqui trabalhada com àquela liberdade geral, não

enquanto valor (estabelecida no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, mas como direito-garantia nos demais incisos do referido artigo), será aqui abordada a partir de uma perspectiva jurídico-constitucional (em especial, da teórica e dogmática dos direitos fundamentais), desenvolvendo-se os respectivos argumentos, não apenas com base na doutrina e jurisprudência (constitucional) especializada, mas referenciando, por vezes, para efeitos de indicação do reflexo jurídico-positivo das questões, algumas das concretizações constitucionais e legislativas de ordenamentos jurídicos de escomunal expressividade, tais como o brasileiro e o português, mas sem que isso implique em alguma metódica de direito constitucional comparado, vez que trataremos aqui do delineamento de um arquétipo de base teórico-constitucional e dogmático-constitucional da liberdade frente aos direitos da personalidade como direito fundamental numa sociedade democrática e pluralista, com enfoque no planejamento familiar e a esterilização voluntária sem consentimento.

Salienta-se consignar o enfoque teórico-dogmático assumido no presente trabalho, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, perscrutando-se a estrutura de direito fundamental da personalidade, a liberdade ao planejamento familiar e esterilização sem consentimento, o respectivo âmbito de proteção, a problemática relativa às restrições, refrações de controle e, em especial, a garantia do respectivo conteúdo essencial. Adensando ainda mais o enfoque temático da investigação, tratar-se-ão, em essência, duas questões centrais que aqui se encontram interligadas: primeiro, a questão relativa à liberdade de planejamento familiar, e segundo, a influência e a capacidade da referida garantia para a promoção do procedimento de esterilização voluntária sem consentimento, respeitando o direito fundamental da personalidade no âmbito de uma sociedade democrática e pluralista.

Em termos estruturais, a presente investigação se encontra dividida em três capítulos, dos quais, no Capítulo 1 será abordado o surgimento do Estado e a liberdade garantida aos indivíduos, especificamente como direito fundamental; no Capítulo 2 passar-se-á ao tratamento jurídico-constitucional do instituto da família e o surgimento do planejamento familiar sob a perspectiva teórico-dogmática dos direitos fundamentais da personalidade, questionando-se acerca do seu respectivo âmbito de proteção, eficácia e limites (restrições); no Capítulo 3 tratar-se-á sobre a esterilização no planejamento familiar no contexto do exercício do direito fundamental à personalidade, a liberdade em dispor o indivíduo sobre seu próprio corpo, sem o consentimento do cônjuge. Assim, ele será construído por meio de análise da lei do planejamento familiar e dos princípios atinentes à liberdade individual, especialmente a autonomia privada, para então verificar se, eventualmente, no contexto atual e sob o manto Constitucional vigente, os direitos e garantias individuais não foram feridos por

meio de Lei Infraconstitucional criada; apresentando-se na Conclusão os argumentos de fecho às questões suscitadas e problematizadas.

Por fim, no que tange à redação da presente, consignamos nossa escolha pelo português do Brasil.

CAPÍTULO I - ESTADO E LIBERDADE: HÁ UM DIREITO GERAL A SER LIVRE?

1.1 CONCEITO E ORIGEM DO ESTADO

Precipuamente, antes de adentrarmos no objeto deste capítulo “Direito de liberdade no Estado Constitucional”, faz-se necessário enfiarmos as diversas formas de conceituação do Estado. Isso porque, sem tal, poderíamos incorrer no conceito equivocado, sem objetivos precisos, o que por certo enfraqueceria as fronteiras jurídicas que devem ancorar o presente estudo.

Coloquialmente conceitua-se estado como “fase”, “maneira de ser”, “estágio” ou de “se apresentar”.

Decerto que, desde os romanos, o termo Estado brota do substantivo latino “*status*”, que provém do verbo “*stare*”, que, sinteticamente, traduz-se em “estar firme”. Assim, o termo Estado, sob a luz política dada nos tempos do antigo Império Romano, nos transporta à ideia de estável, estabilidade.

Com a memorável afirmação de Aristóteles de que “o homem é naturalmente um ser político”³ foi um dos primeiros a estudar a definição da ideia de impulso associativo natural do homem. Segundo ele, “o fim da sociedade civil é, portanto, viver bem. Todas as suas instituições são senão meios para isso, e a própria cidade é apenas uma grande comunidade de famílias e de aldeias em que a vida encontra todos estes meios de perfeição e de suficiência”⁴. Ademais, “o Estado é a forma mais elaborada da sociedade e tem como finalidade a felicidade na vida”⁵.

Em sua obra “O Príncipe”, publicada em 1513, Maquiavel introduz a expressão “Estado” na literatura científica, sendo um dos primeiros a sistematizar os fundamentos do Direito Público moderno e um dos precursores da ciência política⁶. Assim, toda sua obra orbita em torno do Estado, cuja maior preocupação foi em elaborar, levando em consideração o mundo real, a melhor forma de um Estado capaz de colocar ordem, tendo como estarte, a realidade concreta.

Não é demais destacarmos que o principal objetivo de Maquiavel, ainda, na qualidade de cientista político, era de inaugurar um Estado equilibrado, estável, cujo fim seria exterminar o ciclo de instabilidade e turbulência que imperava na dinâmica social em que

³ ARISTÓTELES - *A Política*. Tradução Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 09.

⁴ ARISTÓTELES - *Op. cit.*, p. 56

⁵ ARISTÓTELES - *Op. cit.*, p. 09.

⁶ “*Todos os Estados, os domínios todos que existiram e existem sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados...*” (MACHIAVELLI, Niccolo. O príncipe. São Paulo: Hemus. 1977, p. 11).

vivia.

Ainda, para Maquiavel, os seres humanos são naturalmente simuladores, volúveis, ingratos, covardes ante o perigo e ávidos por lucro. Nesta feita, a eclosão de todos os conflitos no antrio da sociedade refletem o desdobramento destes sentimentos, que colocam em tensionamento constante aqueles que almejam pelo domínio em face daqueles que se recusam a ser controlados.

Nesse paradoxo, emerge a seguinte celeuma: Qual seria o instrumento a ser utilizado para imperar a estabilidade nessa relação e fomentar um equilíbrio frente tais forças perenes de tensão?

Em Maquiavel, tal indagação seria respondida com a instituição do Principado ou da República, sempre levando em consideração o caso concreto.

No que tange a instituição do Principado, este somente ocorreria em casos de situações caóticas, onde houvesse violência e corrupção. Noutra giro, havendo controle, cenário estável, implementa-se a República.

Anteriormente a mencionada obra, que marca a gênese da Idade Moderna, utilizava-se expressões como *Land, Tence, Imperium, Reich* para designar o Estado em seu início conceutivo.

A complexidade do Estado, possuidor de diversas formas, dificulta a formulação de um conceito seguro, permitindo assim, uma abordagem por vários pontos de vistas.

É no século XVI que começa a surgir a ideia de Estado, exatamente pelo aumento da complexidade da vida em sociedade e das inevitáveis guerras de comandos entre os diversos nichos de poder até ali existentes, ameaçando pulverizar a necessidade de se concentrar o poder apenas nas mãos de uma pessoa.

Assim, surge três aspectos íncitos a nova forma de aglomeração humana, esta que servirá de parâmetro para os demais conceitos de Estado que serão desenvolvidos no futuro⁷. Referidos aspectos possuem conotação jurídica, social e política.

No que tange ao aspecto jurídico, o Estado, devidamente organizado, destina-se a manter, pela efetivação do direito, condições universais de ordem social. Resulta, assim, em um sujeito de direito, objeto de direito e produtor de direito.

O máximo de juridicidade deve ser buscado pelo Estado, vez que um dos seus principais objetivos está para a garantia aos valores fundamentais da pessoa humana, além de

⁷ Para certos doutrinadores, a ideia de Estado Moderno surge nos idos de 1648, exatamente com a chamada paz de Westfália, consolidado em dois tratados: Tratado de Onsbruck e de Munster. Ao serem assinados, limites foram fixados nos territórios resultantes das guerras religiosas bem como da Guerra dos Trinta anos, entre França e seus aliados e a Alemanha e seus aliados.

diminuir a margem de arbítrio e discricionariedade a fim de garantir a existência de limitação jurídica à ação estatal.

No decorrer do tempo e com a conseqüente evolução das diversas teorias que buscavam definir conceitualmente o que é Estado, a noção deste como sendo uma ordem jurídica fica cada vez mais consolidado, com a particularidade de que, sendo uma ordem, também precisa viver nela e se submeter a ela, respeitando-se todos os indivíduos e suas devidas particularidades, bem como as sociedades, até mesmo pelos demais Estados.

Estes aspectos, de forma bem aguçada, são explicadas por Dalmo de Abreu Dallari, que afirma que os “grandes problemas do Estado contemporâneo: ele existe em função dos interesses de todos os indivíduos que o compõem, e para o atendimento desses interesses busca a consecução de fins gerais; visando atingir esses objetivos, ele exerce um poder que pretende alcançar o máximo de eficácia, sobrepondo-se a todos os demais poderes e submetendo até aqueles que lhe dão existência; ao mesmo tempo, é a expressão suprema da ordem jurídica, assegurando a plena eficácia das normas jurídicas, mesmo contra si próprio”⁸.

Desta lição, pode-se perceber que a força preponderante do Direito com a formação do Estado fundamenta-se no fato deste permitir, no aglomerando de pessoas, passar da mera coexistência à coesão convêncional e alterar o poder, de mero aspecto fático à sua forma institucional.

É cristalino que a dificuldade em se definir Estado não está apenas em celeumas de ordem verbal, mas, também, juridicamente. Tal fato se dá em virtude de que o Estado, primeiramente, deve ser analisado em relação às diversas ordenações positivas existentes, vez que, cada uma, em abstrato, poderá ocupar um conceito diferente de Estado.

Para além de um ordenamento jurídico criado por cada Estado, a necessidade de se buscar um conceito perfeito e acabado possui variações de acordo com cada ponto de vista adotado por cada escola doutrinária, levando em consideração cada um dos elementos de formação.

Ainda, na tentativa de conceituar o Estado, Locke afirma que “sempre que um conjunto de homens se reúne em sociedade, momento em que cada um abandona o poder executivo que lhe é outorgado pela lei da natureza, transferindo-o para a comunidade, ali e só ali existirá uma sociedade civil ou política”⁹.

Em Bobbio, temos as duas fontes principais para a análise do Estado: as histórias das

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu - **O futuro do Estado**. p. 48-49.

⁹ LOCKE, John - **Segundo Tratado do Governo**: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. p. 108.

doutrinas políticas e das instituições políticas. Assim, referenciado autor afirma que “o Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos de famílias por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externa (a defesa). O nascimento do Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde ‘civil’ está ao mesmo tempo para ‘cidadão’ e ‘civilizado’”¹⁰.

Portanto, do até aqui exposto, há de se reconhecer as algumas controvérsias que orbitam em torno do tema da origem do Estado e seu conceito, contudo, admite-se que, o ser humano sempre primou por associar-se, independente de outros fatores, o que ensejou na criação dos primeiros conglomerados, e, via de consequência, a formação do Estado.

A temática do Estado, como dito alhures, pode ser abordada por diferentes formas, desde a tecnização do direito público e a consideração da figura do Estado como sendo pessoa jurídica, inclusive Bobbio, defendeu a ideia de ser necessária a distinção entre o aspecto jurídico e sociológico do Estado¹¹.

Da referência de análise de Bobbio, tem-se que o ponto de vista jurídico da concepção da atividade Estatal é um órgão de produção jurídica, ou seja, como sendo Estado de direito. Mas, como já exposto, também pode se ter a visão de que o Estado é uma forma de organização social, devendo ser estudado do ponto de vista sociológico.

Tal distinção também foi adotada por Weber, ao sustentar, na visão dos juristas, “a necessidade de distinguir o ponto de vista jurídico do ponto de vista sociológico”, sendo que, na visão dos sociólogos, “necessário a distinção entre validade ideal e validade empírica das normas”¹².

Noutro giro, na visão Kelseniana, reducionista de Estado, pelo que “o Estado é resolvido totalmente no ordenamento jurídico, desaparecendo como entidade diversa do direito”, a ideia que prevalece é a de que, mesmo entre os juristas, o Estado possui formação complexa de organização social, em que o “direito é apenas um dos elementos constitutivos”¹³.

Portanto, analisando tais teorias, da origem dos agrupamentos sociais, de certa maneira vão se incorporando às teorias de formação do Estado, especificamente à de formação originária, cujo pressuposto parte dos agrupamentos humanos, que seja de maneira natural ou

¹⁰ BOBBIO, Norberto - **Estado, Governo, Sociedade** - por uma teoria geral da política. p. 73.

¹¹ BOBBIO, Norberto - *Op. cit.*, p. 55.

¹² BOBBIO, Norberto - *Op. cit.*, p. 57.

¹³ BOBBIO, Norberto - *Op. cit.*, p. 57.

contratual. Além do que, não se pode olvidar, todavia, da possibilidade de formação derivada, ou seja, típica ou atípica.

Nesta feita, ante a complexidade e amplitude da conceituação e origem do Estado, restringiremos apenas a análise do Estado Moderno e o Estado Constitucional, tido como Estado Contemporâneo, pelo que tentar-se-á localizá-los no tempo e também, caracterizá-lo, a fim de que, ao final, seja analisado o direito de liberdade.

1.1.1 Estado Moderno

Tanto como a sociedade, o Estado possui estrutura dinâmica, sofrendo alterações durante toda sua história. Assim, o Estado Moderno nasce exatamente do período histórico da Idade Moderna, compreendido entre a queda do Império Romano Oriental (1453) e a Revolução Francesa (1789).

Rememorando, foi a época em que o feudalismo entrou em crise, em que o aumento dos centros urbanos começaram a surgir e também da descoberta do Novo Mundo (América). “A crise do feudalismo provocava o fortalecimento das cidades e estimulava a busca de novas formas de renda, inclusive, através de rotas alternativas de comércio. Ao mesmo tempo esta crise do feudalismo promovia o enfraquecimento do modo feudal de governar, ou seja, havia a tendência de que o senhor feudal tivesse cada vez menos poder”¹⁴.

Naquela época, o soberano era tido com autoridade máxima nos limites da nação, não tendo reconhecimento a autoridade eclesiástica e a autoridade do senhor feudal. Somente o soberano detinha esta autoridade e todos tinham que lhe obedecer.

No início do Estado Moderno, os Estados individuais se assumem como forma de governo a Monarquia Absoluta, não tendo o compartilhamento do poder e este reside totalmente na figura do rei.

Decerto que, na realidade, o Absolutismo era a averção da antiga concepção medieval de uma soberania fragmentada dos senhores feudais que possuíam o poder e a propriedade, aliando a Igreja, acabava por cometer atrocidades severas.

Nesta feita, surge, então, o Estado soberano, que não aceitava competidores, sujeitando a todos em defesa de uma certa estabilidade. É nessa concepção que Zagrebelsky afirma que “*frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeición*”¹⁵.

À luz do olhar e posicionamento jurídico, a soberania se expressa e se estabelece

¹⁴ CORVISIER, André - **História Moderna**. p. 45.

¹⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo - **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. p. 10.

através da manifestação da força política do Estado, donde se apresenta como sendo um sujeito unitário abstrato¹⁶, cujos atos serão realizados por seus órgãos.

É no Estado Moderno, por exemplo, que surge o sistema tributário, voltando, basicamente, para os pobres, excluindo a classe feudal de contribuir na efetivação dos atos daquele, ou até mesmo, sua existência e manutenção do poder.

Não é por menos que em tal período da história do Estado, várias foram as revoluções e conflitos no campo, pois a classe pobre não aceitava se submeter sozinha aos caprichos e manutenção da atividade estatal.

Quanto à economia, destaque para o Mercantilismo e seu papel, “regime de nacionalismo econômico que fazia da riqueza o principal fim do Estado”¹⁷. E como forma de demonstrar seu poderio diante dos outros Estados, o Estado Moderno passa a estimular a exportação de produtos. “A doutrina mercantilista afirma que a arte de governar deve aplicar-se no sentido da acumulação das moedas e de metais preciosos. A finalidade precípua do Estado, no entender dos mercantilistas, deveria ser a de encontrar os meios necessários para que o respectivo país adquirisse a maior quantidade de ouro e prata”¹⁸.

Sob esta ótica, Weber defende a ideia de que, no Mercantilismo “o Estado é tratado como se constasse única e exclusivamente de empresas capitalistas, a política econômica externa baseia-se no princípio destinado a ganhar a maior vantagem possível do adversário. O objetivo consiste em reforçar o poder do Estado”¹⁹.

Noutro giro, sob forte influência do Direito Romano, Bobbio afirma que o “racionalismo, através dos iluministas, propõe um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão, o código posto pelo Estado”²⁰.

Tal influência, introduzindo e recuperando o direito civil clássico, fomentou a expansão do capital livre, trazendo significativas diferenças na ideia de propriedade, contribuindo aos interesses, também, do desenvolvimento das relações capitalistas.

Ademais, a influência do Direito Romano no Estado Moderno também pode ser evidenciado a partir da visão política, posto que favoreceu a crescente tendência de se descentralizar o poder dos Estados Absolutos, na proporção em que este Direito se torna diferente entre o direito civil e o direito público.

Por certo, “este fenômeno apresentou componentes peculiares em cada Estado em

¹⁶ ZAGREBELSKI, Gustavo - **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. p. 10.

¹⁷ GASTALDI, J. Petrelli - **Elementos de Economía Política**. p. 50.

¹⁸ GASTALDI, J. Petrelli - *Op. cit.*, p. 50.

¹⁹ WEBER, Max. **Economia y Sociedad** - José Medina Echovarria e outros. p. 1053.

²⁰ BOBBIO, Norberto - **O Positivismo Jurídico**. p. 55.

particular”²¹. E por não atender mais às necessidades da época, a fórmula do Estado Absolutista, já no século XVIII, deixa ser tomada pela ideia do Iluminismo, valorizando, assim, a razão, evidenciando uma classe de leigos que não se beneficia das vantagens do Estado.

Com os excessos do Estado Absolutista, surgem as revoluções burguesas, fruto do inconformismo da burguesia, bem como pelo fato de que não tinha mais poder, somente riquezas. A partir destas revoluções, o “Liberalismo ganhou força social de modo gradual na medida em que as zonas mais desenvolvidas da Europa Ocidental e suas colônias passaram a orientar suas estratégias econômicas em direção à economia de mercado e a necessitar de uma nova concepção do mundo que substituísse a tradicional e não criasse obstáculos à nova realidade econômica emergente”²².

Percebe-se que, o Liberalismo passa a ter fortes ligações com às ideias burguesas e com o capitalismo, no que tange ao modelo sócio-econômico. Impera destacar que, mesmo no feudalismo, as ideias liberais já se contraponham frente às ideias dominantes e eram sufocadas pelo clero e nobreza, ocupantes da estrutura do Estado Absoluto.

Ainda, ressalta-se que a origem do Liberalismo se deu pelas ideias dos pensadores ingleses, juntamente com a evolução em que a Inglaterra atravessou no século XVII. A passagem do poder do rei para a aristocracia, dona de terras, dinheiro, privilégios e poder do Estado. Os impostos passam a ser aprovados pelo parlamento, não há remoção dos juízes, além de que, a liberdade de consciência passa a se basear em liberdade de opinião. Locke, neste contexto, estabelece o fundamento teórico da divisão dos poderes em Executivo e Legislativo, a fim de garantir as liberdades individuais, bem como a propriedade privada, estas que seriam as ideias compartilhadas mais a frente por Montesquieu²³.

Com a Revolução Francesa (1789), a política passa a se tornar coisa pública, com todos cidadãos envolvidos, substituindo a Monarquia pela República. O cidadão passa a ter a figura de sujeito de direitos, ao passo em que o Estado passa a assumir o papel de garantista de atividades que outrora eram vistas como atividades clericais.

A codificação das Leis substitui o privilégio da nobreza em Direito. A necessidade de eleições para eleger os representantes passa a ser difundida, muito embora, o direito de voto ainda não seja universal, o que enseja, tal prática, às lutas dos partidos. A administração pública passa a ser ocupada por funcionários orientados por regulamentos e treinados para o

²¹ PASOLD, Cesar Luiz - **Concepção para o Estado Contemporâneo: síntese de uma proposta**. p. 39.

²² CRUZ, Paulo Márcio - **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 92.

²³ CRUZ, Paulo Márcio - *Op. cit.*, p. 94.

desempenho de sua atividade.

Kant, ao se falar em Liberalismo e Estado Moderno, afirma que “o Direito aparece então como princípio geral e válido para todos. Liberdades, direitos naturais, pacto social voluntário. Todos estes fatores, revelados pelo renascimento, concorrem para que o Estado, como poder político, deixasse de ser um elemento de opressão à Sociedade, portanto, que tenha adotado por conta própria os instrumentos políticos para atingir seus fins”²⁴.

Com esta lição, tem-se que o Estado Liberal se caracteriza pela igualdade de todos perante a lei, fazendo os homens livres. O Estado não seria mais natural, mas necessário, cuja ação seria apenas de garantir os contratos privados e a propriedade, com um poder político limitado pelo Direito.

1.1.2 Estado Social

Baseado nesta realidade da época, as ideias liberais receberam forte oposição, vez que a igualdade perante a lei não significou igualdade econômica, muito menos igualdade de oportunidades. Tal desigualdade social, donde a burguesia tinha consentido que todos teriam cidadania civil, sem, contudo, ter cidadania política, resultava em sérias conturbações. O labor era tido como simples mercadoria, sujeito as diversas forma de procura e oferta. De modo que o tratamento dado pelos burgueses aos pobres era o mesmo como recebiam da nobreza no período do feudalismo e do absolutismo.

Lado contrário ao Liberalismo as ideias socializantes da época partiam do movimento que pretendia trocar a ordem social alicerçada na liberdade individual, na liberdade contratual e na propriedade privada, por outra ordem fundada no primado social, quando a propriedade e o controle dos meios de produção devem estar com o Estado.

É de se reconhecer que em todos os tempos as ideias igualitárias foram preconizadas e difundidas. Já nos tempos dos filósofos clássicos ou mesmo antes deles, com os sábios orientais ou os profetas de Israel, a busca por meios que promovam a igualdade entre os homens, reduzindo as injustiças sociais e as atrocidades do poder e da riqueza, sempre existiram.

É cediço, porém, que a abusividade no Liberalismo pelo desvio do uso das liberdades por ele próprio preconizadas, resultaram a séria desigualdade. A opressão das classes assalariadas, condições de trabalho cada vez mais agravadas, exploração dos operários e

²⁴ CRUZ, Paulo Márcio - **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 102.

trabalhadores, somatizado à busca capitalista incansável pelo lucro, motivaram a explosão da questão social moderna. Contudo, “a expressão socialismo surgiu pela primeira vez no início do século XIX, na Inglaterra, designando teorias que planejavam novos tipos de sociedade através de reformas de iniciativa privada, sem interferência do Estado, onde a prioridade estava na sociedade e não no indivíduo”²⁵.

Nesta feita, sendo o Socialismo uma corrente de pensamento irraizada de muitas expressões ideológicas concretas, várias foram as suas concepções, com divergências entre elas. “As principais concepções de Socialismo abrangem o Socialismo Utópico, Socialismo estatal, Socialismo Científico e o Socialismo Cristão”²⁶.

Os termos Comunismo e Socialismo no século XIX não eram diferenciados, a não ser que, para o Comunismo, este era mais revolucionário, enquanto que o Socialismo mais discussões intelectuais. Nessa esteira, Bobbio escreve que “o Socialismo era um movimento de burguês e o Comunismo um movimento da classe operária”²⁷.

Há de ser destacado, ainda, que o Marxismo nas primeiras décadas do século XIX era um movimento de ideias com fins culturais de ajuda mútua e conspiração contra a situação atual, especialmente em Paris.

Conforme assinala Cruz, “escrever sobre Marxismo é sempre uma experiência difícil e de muita responsabilidade”, aqui somente será traçado algumas considerações com o fito de localizá-lo e caracterizá-lo como fazendo parte importante do Estado Moderno²⁸.

“A filosofia política de Marx se concentrou na crítica ao capitalismo e a pregação pela tomada e supressão do Estado, órgão que serviria transitoriamente como instrumento de transformação social”²⁹.

A forma de transformação pensada por Marx seria o estabelecimento da Sociedade Comunista, em consequência da superação do Direito, sendo que este é sempre um Direito desigual, e do próprio Estado através da superação da sociedade de classes.

Conforme destacado alhures, cada Estado possui uma reação frente às diversas ideologias surgidas. Decerto que as ideias Socialistas resultaram em sensíveis alterações nos modos Liberais, quer sejam para manter a situação, quer sejam para estabilizar e acomodar os ânimos.

Pasold lembra que o “grande avanço do Estado Moderno foi o de estabelecer um

²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos - **Ideologia, Estado e Direito**. p. 125.

²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos - *Op. cit.*, p. 426.

²⁷ BOBBIO, Norberto - **Dicionário de Política**. p. 1197.

²⁸ CRUZ, Paulo Márcio - **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 134.

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio - *Op. cit.*, p. 141.

ordenamento constitucional, nos quais os direitos Individuais estavam devidamente especificados e consagrados como anteparos aos abusos do Estado anterior, no qual reinava o absolutismo e predominava a vontade e os apetites do Soberano, personificado no Rei ou Imperador, em detrimento dos legítimos anseios e necessidades do povo”³⁰.

Contudo, neste período de transformações, exatamente no momento em que vigora a crise da Democracia e a impopularidade do Estado, não ajustado às transformações econômicas e sociais, percebe-se a necessidade urgente de um ajustamento deste Estado às novas transformações, ou seja, as alterações econômicas e necessidades sociais.

Assim, surge a necessidade de Constituições, institucionalizando a ideia de Estado Social como resposta e proposta histórica ao processo de desenvolvimento. Pode-se dizer que a filosofia socializante do Estado significa a adaptação do Estado tradicional às novas condições econômicas e sociais da civilização.

1.1.3 Estado Constitucional

Em sequência, de um Estado Liberal que buscava, através da livre iniciativa privada, o amontoamento do lucro e a acumulação do capital para uma proposta de Estado intervencionista, paternalista que de certa forma, tolhia toda e qualquer atitude privada, há o surgimento de um novo Estado, com uma “característica peculiar, a Função Social, a qual se especifica em diversos campos de atuação”³¹.

Pasold afirma que, “as diversas propostas quanto à determinação da finalidade e do comportamento do Estado devem ser examinadas sempre tendo em vista as características peculiares da época considerada”³².

Nessa linha, defende este autor “a tese de que em 1916 encerra-se, pelo menos do ponto de vista Constitucional, o período do Estado Moderno e surge, a partir da Constituição Mexicana de 1917, um Estado que, pelas suas condições muito peculiares”³³, denomina-o de Estado Contemporâneo.

Mais além, para ele, na história constitucional mundial, a Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira que expressamente caracterizou em três formas distintas do Estado Contemporâneo. A saber: a) manter consagrados os Direitos Individuais; b) inserir como Direitos Fundamentais também os Direitos Sociais e/ou os Direitos Coletivos; e c) assegurar a

³⁰ CRUZ, Paulo Márcio - **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. p. 141.

³¹ PASOLD, Cesar Luiz - **Concepção para o Estado Contemporâneo**. p. 44.

³² PASOLD, Cesar Luiz - **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 21.

³³ PASOLD, Cesar Luiz - *Op. cit.*, p. 25.

efetiva realização desses Direitos, estabelecer e disciplinar a intervenção do Estado nos domínios econômico e social³⁴.

Tal tríade demonstra a tentativa de adequação do Estado às constantes transformações sofridas pela sociedade. Tanto o Estado quanto a sociedade estão cada vez mais fortemente unidos entre si através de relações complexas que se interrelacionam.

Cademartori leciona que a crise do Estado Liberal se tornou manifesta nas primeiras décadas do século XX. Um dos fatores causadores era o excessivo relativismo axiológico da lei que provocou um distanciamento do Estado da práxis social e econômica. Acrescenta-se a isso “a constatação do caráter conflitivo da realidade social em contraposição a uma ideia de Direito neutro frente a tais conflitos.”

Portanto, no Estado Constitucional, a Constituição assumiu um caráter normativo, passando a integrar um plano de juridicidade superior e fortalecida por acréscimo de princípios vinculantes e indisponíveis para todos os poderes do Estado³⁵.

Zagrebelsky relata que o traço notório do direito público atual não é a situação radical das categorias tradicionais, mas sim a perda de posição central. Categorias de direito constitucional para servirem como critério, devem encontrar uma simetria que já não derivam de um centro de ordenação indiscutível³⁶. Nesta feita, para o referido autor “o direito constitucional é um conjunto de materiais de construção, pelo edifício concreto nas obras da Constituição enquanto tal, sem uma política constitucional que versa sobre as possíveis combinações desses materiais”.

A lei se converte em objeto de mediação, já que esta era medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cedendo espaço à Constituição. Por sua vez, a Constituição, instância superior, assume o papel de manter ligadas e em paz, sociedades antes divididas em seu interior. Nessa situação o princípio constitucional é que deve assegurar a consecução desse objetivo de unidade³⁷.

As pressões e crises políticas sofridas pelo Estado nos tempos atuais resultam, automaticamente, sérias pressões e crises sociais. Nesse sentido, é cediço que o Estado sofra alterações e mudanças favoráveis à sua manutenção, adequando-se às situações existentes. Tais mudanças, por imposição da própria sociedade, visam a primazia do coletivo, ou seja, o Bem Estar.

³⁴ PASOLD, Cesar Luiz - **Concepção para o Estado Contemporâneo**. p. 40.

³⁵ CADEMARTORI, Luiz HENRIQUE Urquhart - **A Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. p. 63.

³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo - **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justiça. p. 13.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo - *Op. cit.*, p. 40.

Assim, “a questão do Bem Comum ou do Interesse Coletivo somente poderá ser convenientemente equacionada caso o Estado seja realmente encarado como instrumento da Sociedade toda, e não apenas de segmentos privilegiados por motivos de ordem econômica ou ideológica”³⁸.

Os traços característicos do Estado Liberal, liberdade individual, propriedade privada, garantias jurídicas e igualdade formal são submetidos ao patrimônio coletivo. “A justiça comutativa é substituída pela justiça distributiva, o Estado legislador é substituído pelo Estado gestor, ao Estado estático contrapõe-se o Estado das prestações sociais”³⁹.

Sendo o Estado criação da sociedade, Pasold assevera que, a condição instrumental do Estado só se consolidará na medida em que os anseios sociais sejam atendidos e se justificará por uma conformação jurídica oportuna com a sua origem e útil à sociedade⁴⁰.

Ainda, para o mesmo autor, a intervenção do Estado só se justifica para a realização do Bem Comum, sendo esse o objetivo básico do Estado Constitucional e que tem como objeto o agir e o estimular ações necessárias para alcançá-lo. O sujeito dessa relação é o homem individualmente considerado e inserido numa Sociedade⁴¹.

1.2 DIREITO GERAL DE LIBERDADE

O que é liberdade? Um direito, uma pretensão ou um bem objeto de posse e proteção? Decorre a liberdade necessariamente da existência da figura do Estado, ou não há qualquer relação entre ambos? Partindo da pressuposição de que “Estado” e “liberdade” são significantes distintos de um mesmo entrelaçado fenomenológico – o Direito como fato e como Ciência –, poder-se-ia tomar como possível a existência de um “direito geral de liberdade”?

Decerto que responder todas essas perguntas nos demandaria uma tarefa de incursão político-filosófica ao longo de uma larga e não linear evolução histórica, o que seria um tanto imprudente caso se o pretendesse fazer no âmbito do presente intuito investigativo, extrapolando as *lindes* epistemológicas do mesmo. Conquanto, alguns breves apontamentos nos podem ser benfazeja naquilo que é pertinente ao objeto do presente. Em essência, buscar-se-á, primeiro, questionar a qualidade da relação existente entre “Estado” e “liberdade”, e

³⁸ PASOLD, Cesar Luiz - **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 25.

³⁹ MOURA, Carmem de Carvalho e Souza - **O Estado Contemporâneo**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano4, n.35, 1 out. 1999. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/54>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁴⁰ PASOLD, Cesar Luiz - **Função Social do Estado Contemporâneo**. p. 34.

⁴¹ PASOLD, Cesar Luiz - *Op. cit.*, p. 43.

segundo, perquirir acerca da existência de um “direito geral de liberdade”.

No intuito de analisarmos a qualidade da relação entre “Estado” e “liberdade”, torna-se imprescindível atentarmos para a figura do Estado *per se* e as razões de seu surgimento. Neste sentido, devemos nos remeter, em momento incipiente da formação e idealização do “Estado”, às razões político-filosóficas ofertadas sob o pálio das teorias contratualistas, cuja *ratio existendi* do Estado estaria assentada em duas premissas: primeiro, a inviabilidade da subsistência do homem no estado de natureza; segundo, a concessão de legitimidade à autoridade civil por meio de um contrato ou pacto social.

Partindo do pressuposto de que no estado de natureza, dada a natural igualdade de condições dos indivíduos, a diferença de pretensões no que tange à satisfação de seus desejos e objetivos certamente conduziria a um “estado de guerra” onde “todo homem é inimigo de todo homem” (“*every man is Enemy to every man*”)⁴², e considerando que somente o medo da morte (“*Fear of Death*”)⁴³ seria capaz de inclinar o homem à obtenção da paz, Thomas Hobbes defendeu a necessidade de um “poder comum” instituído sobre todos os homens através de um “pacto” (“*Covenant*”)⁴⁴ e com capacidade suficiente para compelir pela força o seu cumprimento.

De acordo com Hobbes, a única maneira de obstar o caos advindo de tal estado de guerra do homem contra homem, evitando que as paixões de cada qual sejam sobrepostas pela violência, é a formação de um poder comum através da cessão dos poderes individuais de cada um a um homem ou a uma Assembleia de homens, a fim de que as múltiplas vozes individuais sejam reunidas sob apenas uma voz soberana⁴⁵. Assim, é pela construção dessa “comunidade política” (“*Commonwealth*”) que os poderes e faculdades daquele para quem é conferido o poder soberano são constituídos, baseando-se no pacto feito entre este (o soberano) e seus súditos.⁴⁶ Surge assim, sob a ideia de uma ordem comum ou poder comum, a figura incipiente do Estado. Entretanto, como se pode observar em Hobbes, tal figura de um poder estatal tem como pano de fundo uma visão apocalíptica da natureza humana, o que faz Hobbes conduzir seus argumentos à defesa de um exercício soberano praticamente despótico ou tirânico⁴⁷.

⁴² HOBBS, Thomas - *Leviathan*. London: Oxford University Press, 1965. p. 96.

⁴³ HOBBS, Thomas - *Op. cit.*, p. 98.

⁴⁴ HOBBS, Thomas - *Op. cit.*, p. 105.

⁴⁵ HOBBS, Thomas - *Op. cit.*, p. 131-132.

⁴⁶ HOBBS, Thomas - *Op. cit.*, p. 133.

⁴⁷ Neste sentido, FINKELSTEIN, Claire. Hobbes and the Internal Point of View. *Fordham Law Review*. Vol. 75, nº 3, 2006. p. 1212, salienta na obra de Hobbes a figura de um homem egoísta e com objetivos integralmente individualistas. Ainda, LERMACK, Paul. The Constitution Is the Social Contract So It Must Be a Contract...Right? A Critique of Originalism as Interpretative Method. *William Mitchell Law Review*. Vol. 33,

Partindo de um pressuposto um tanto distinto, posto que apesar de considerar a existência de um “estado de natureza” em que todos os homens são iguais e livres para dispor de seu próprio poder, alheio a qualquer jurisdição que não a sua própria vontade e imune a qualquer relação de subordinação em relação a terceiros⁴⁸, John Locke afirma que a liberdade natural não se equaliza a uma “licenciosidade” desprovida de limites, senão que se submete a uma lei natural que a todos obriga, lei essa que descansa na própria razão humana⁴⁹. Para Locke, diferentemente de Hobbes, o “estado de natureza” não é essencialmente um “estado de guerra”. O “estado de natureza” é caracterizado, segundo Locke, por exemplo, quando um grupo de homens, não se sujeitando a uma autoridade superior ou soberana, vivem pacificamente sob as leis da natureza, ou seja, dentro dos limites de sua própria razão; mas o “estado de guerra”, é aquele onde querendo impor a sua vontade sobre a liberdade natural alheia, o homem declara, intencionalmente, querer fazer uso da força para fins de domínio⁵⁰.

Não obstante tal diferença – entre “estado de natureza” e “estado de guerra” –, Locke argumenta que o *punctum saliens* a levar o homem a abandonar o “estado de natureza” e, assim, pela cessão parcial de sua liberdade natural, constituir uma autoridade civil capaz de evitar e coibir o “estado de guerra”, é justamente o receio de ficar constantemente sujeito a este último⁵¹. Assim, é neste desiderato que surge uma genuína “sociedade civil ou política” para Locke, onde homens reunidos cedem seu poder natural obtido em estado de natureza, autorizando que um “governo supremo” legisle, execute e julgue em seu nome⁵². Porém, considerada a relevância conferida ao “estado de natureza” onde o homem goza de uma liberdade natural submetida somente à sua própria razão (lei natural), Locke salienta que nenhum homem pode ser obrigado ou coagido a abandonar tal estado e assim integrar uma sociedade civil ou política, sendo indispensável para tanto o seu consentimento, este a se dar em mútuo acordo para com os demais homens através de um pacto social onde acordam constituir uma autoridade suprema, cuja “maioria possui o direito de agir e de decidir pelo

nº 4, 2007. p. 1413, aponta, em Hobbes, a existência de uma relação direta entre o soberano e seus súditos, onde ao primeiro compete dar ordens, e aos segundos somente as cumprir. Cfr., também, OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Vol. 1, 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. p. 321, afirmando que a doutrina de Hobbes aponta que “o soberano do Estado não está sujeito às leis civis, podendo, sempre que o queira, libertar-se da sua execução”.

⁴⁸ LOCKE, John - **Segundo Tratado do Governo**: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. p. 35.

⁴⁹ Cfr. LOCKE, John - *Op. cit.*, p. 36, apontando que “apesar de este ser um estado de liberdade, não é um estado de licenciosidade”.

⁵⁰ LOCKE, John - *Op. cit.*, p. 47.

⁵¹ LOCKE, John - *Op. cit.*, p. 49.

⁵² LOCKE, John - *Op. cit.*, p. 108.

todo”⁵³.

Há um ponto relevante no “contratualismo” de Locke que não pode escapar à nossa percepção analítica. Locke deixa evidente que a única razão pela qual o homem abdica de sua liberdade natural para assim constituir um poder político legitimado a coibir o “estado de guerra” é para que este mesmo poder soberano, por meio de sua atividade legislativa, executiva e judicial, proteja a sua propriedade, esta entendida pelo conjunto dos bens mais essenciais ao homem, quais sejam, a vida, a liberdade e seus bens materiais (posses)⁵⁴. Portanto, Locke assevera que, sendo este o fim da comunidade política e do poder nela constituído, jamais poderá encaminhar-se “para outra finalidade que não seja a paz, a segurança e o bem público do povo”⁵⁵. Destarte, distanciando-se de Hobbes, o “contratualismo” em John Locke não corresponde a uma obnubilada cessão da liberdade natural do homem à constituição de uma comunidade política dotada de poder de legislação, execução e punição, senão uma transferência de poderes condicionada a uma finalidade substancial que jamais pode ser deturpada e desviada: a proteção dos direitos inalienáveis do homem, quais sejam, a vida, a liberdade e a propriedade⁵⁶.

De acordo com Jean-Jacques Rousseau, neste ponto assemelhando-se à Hobbes, o “estado de natureza” é um estado naturalmente voltado ao perecimento do homem, posto que a primeira lei que o rege é a da autoconservação, sendo esta a “liberdade comum”, onde cada um é juiz de si mesmo⁵⁷. Assim, Rousseau, levando em consideração que os instrumentos voltados à conservação do homem naquele “estado de natureza” são tão somente a força e a sua liberdade natural de se sujeitar unicamente a si mesmo, afirma a necessidade de uma reunião de forças através de um pacto social, cuja associação, constituindo uma assembleia em unidade, passa a receber de cada qual a legitimidade a erigir um corpo de direção da “suprema vontade geral”⁵⁸. É necessário ressaltar que, para Rousseau, tal associação em um só corpo político, o Estado soberano, implica uma cessão integral da liberdade natural do homem, nascendo com aquele – o Estado – o fundamento de todos os direitos, já que somente

⁵³ LOCKE, John - **Segundo Tratado do Governo**: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. p. 117.

⁵⁴ LOCKE, John - *Op. cit.*, p. 143.

⁵⁵ LOCKE, John - *Op. cit.*, p. 147.

⁵⁶ Neste ponto, LERMACK, Paul - The Constitution Is the Social Contract So It Must Be a Contract...Right? A Critique of Originalism as Interpretative Method. **William Mitchell Law Review**. Vol. 33, n. 4, 2007. p. 1414, atenta que, na doutrina de John Locke, o desvio de finalidade no exercício das funções políticas concederia aos indivíduos o direito à rebelião. *Contrario sensu*, a inexistência de rebelião por parte do povo seria o indicativo de que o governo não se tornara abusivo.

⁵⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques - **Do Contrato Social: ou Princípios do Direito Político**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. p. 24.

⁵⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques - *Op. cit.*, p. 31-32.

com o poder político ganha o homem a sua liberdade civil e a propriedade⁵⁹. Ainda, distinguindo-se no ponto de Hobbes e Locke, Rousseau afirma que além de uma mera liberdade civil, a associação em comunidade pelo pacto social conduz o homem à aquisição de uma verdadeira liberdade moral⁶⁰.

A despeito de tal dedução – a liberdade civil do homem com o nascimento do poder político na figura do Estado –, Rousseau não deixa de reconhecer que o exercício da soberania, voltado unicamente à satisfação do bem comum⁶¹, deve saber distinguir o que em essência pertence ao homem como indivíduo e o que pertence à “pessoa pública” (poder político), erigindo como limite imanente ao exercício do poder estatal os direitos que aos súditos naturalmente devem ser reconhecidos na figura do homem⁶². Desta feita, pode-se afirmar que Rousseau se encontra em uma posição intermédia entre o absolutismo de Hobbes e o liberalismo de Locke⁶³, uma vez que, mesmo reconhecendo as mazelas do estado de natureza e alocando no poder político a legítima função da satisfação do bem comum, não chega ao ponto de substancializar tal legitimação pela perspectiva da proteção de direitos inalienáveis do homem, mas vincula a necessidade de uma acessão moral à liberdade individual através do Estado.

Até aqui, pelos olhos de Hobbes, Locke e Rousseau, vê-se um Estado formado na base de duas premissas: primeira, a necessidade de proteção do homem contra as mazelas de um “estado de natureza” essencialmente deturpado ou passível de ser deturpado; e a segunda, a cessão de uma liberdade natural do homem sobre si mesmo através de um ato voluntário de associação em um só corpo político, legítimo e soberano⁶⁴. Mas, e a liberdade? Vê-se que, tanto em Hobbes como em Rousseau, a liberdade natural do homem, aquela em estado de natureza, não é liberdade alguma, eis que a igualdade de condições e os desígnios egoístas de cada qual conduzem a uma ambiência de natural beligerância, enquanto a liberdade civil, aquela oriunda da instituição do governo supremo e soberano, se encontra vinculada à

⁵⁹ ROSSEAU, Jean-Jacques - **Do Contrato Social: ou Princípios do Direito Político**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005. p. 35.

⁶⁰ **Idem**. Cfr., ainda, CARBONNEAU, Thomas E. The Implicit Teaching of Utopian Speculations: Rousseau’s Contribution To The Natural Law Tradition. **University of Puget Sound Law Review**. Vol. 3, 1979. p. 150-151, asseverando que, para Rosseau, muito além de se voltar à garantia da ordem e da estabilidade, a legitimidade da ordem política se assenta na vinculação a um dever de promoção da integridade moral dos cidadãos.

⁶¹ ROSSEAU, Jean-Jacques - *Op. cit.*, p. 39.

⁶² Neste sentido, ROSSEAU, Jean-Jacques - *Op. cit.*, p. 43, afirma: “Trata-se, pois de bem distinguir os direitos respectivos do cidadão e do soberano, e os deveres que têm de desempenhar os primeiros em qualidade de súditos, do direito natural que devem possuir como homem”.

⁶³ CARBONNEAU, Thomas E - *Op. cit.*, p. 137.

⁶⁴ No ponto, interessante notarmos a contenção de AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 2. ed., 2. reimp. São Paulo: Globo, 2008. p. 120, para quem as doutrinas contratualistas da formação do Estado constituem mera ficção, pois “se o Estado fosse uma associação voluntária dos homens, cada um teria sempre o direito de sair dela, e isso seria a porta aberta à dissolução social e à anarquia”.

satisfação do bem comum (Rosseau) e à garantia da ordem e estabilidade sob o ilimitado exercício da soberania (Hobbes). Já em Locke, a despeito de existir uma esfera de liberdade natural do homem em estado de natureza, sujeita a perigo somente quando aquele descamba a um estado de guerra, a liberdade só de fato existe enquanto ao poder político de uma comunidade política lhe for conferida a legitimidade para a proteção daquilo que de mais caro existe ao homem: a vida, a liberdade e a propriedade. Em suma, só há liberdade efetiva dentro dos limites do próprio Estado, este contratualmente erigido.

Na investigação acerca das relações entre “Estado” e “liberdade”, vimos, notadamente pela perspectiva do contratualismo, como aquela segunda surge, se desenvolve, e como seus limites são delineados no contexto existencial daquele primeiro. Ou seja, tanto em Hobbes, como em Locke e Rousseau, ainda que a “liberdade” em si possua diferenças de significado e alcance, há sempre o elemento da autoridade civil, soberana, da comunidade política, do poder político como eixo legítimo da força e da coação a impedir que uma beligerância generalizada levasse o homem à sua própria destruição. Vê-se, portanto, o alvorecer de uma “liberdade civil” (*civil liberty*), onde os indivíduos possuem um espaço de desimpedida atuação uns para com os outros, mas também em sua relação com o Estado, desde que, quanto à última, não prejudique a satisfação dos interesses coletivos e do bem comum⁶⁵. Há, assim, liberdade no Estado. Mas o que é liberdade fora do Estado ou além do Estado? É a liberdade um bem puro que transcende o Estado ou é somente dele derivado?

Por óbvio que questionar os sentidos e significados da “liberdade” para além da figura do Estado, ou até mesmo na hipótese de sua inexistência, não implica em descambar para linhas teórico-filosóficas afetas a uma utopia anárquica ou niilista do Estado. Antes, pretende-se aqui perscrutar se “liberdade”, como significante que é, adquire significado antes ou somente depois da constituição de um poder político, o Estado.

Da banda do Direito Natural, sabe-se que preceitos gerais de retidão e justiça derivam, aprioristicamente, da razão humana. Em essência, tais preceitos decorreriam diretamente da razão humana como forma natural de limitação do homem no exercício de sua liberdade natural⁶⁶. E o que seria “liberdade” nesse enquadramento jusnaturalista? Por exemplo, para Kant, o conceito de liberdade é algo que foge a qualquer exemplificação experimentada, ou seja, é algo que somente pode ser apreendido no âmbito da razão pura, transcendendo,

⁶⁵ HEYMAN, Steven J - **Positive and Negative Liberty**. Chicago-Kent Law Review. p. 84-85.

⁶⁶ Cfr., neste sentido, HAMBURGUER, Philip A. Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions. **The Yale Law Journal**. Vol. 102, 1993. p. 922-923, apontando que os limites ao exercício da liberdade natural do homem derivariam da razão devido ao fato de o homem saber, no âmbito do exercício de sua própria razão, o que seria e que não seria ideal aos seus próprios interesses e desejos.

portanto, a todo processo de conceituação pela razão prática⁶⁷. De toda forma, pode-se perceber, em Kant, que a liberdade não advém da instituição do Estado ou mesmo como “bem” produto da lei positivada, senão que a eles preexiste, já que fundamenta a própria ideia de Direito pelo parâmetro da “lei universal da liberdade”⁶⁸. Na mesma linha, Fichte compreende a “liberdade” como elemento de parametricidade do Direito, nela vendo a sua essência: o equilíbrio entre as liberdades de cada qual⁶⁹. Vê-se, portanto, aqui, a afirmação de uma liberdade que transcende qualquer linde de poder declarado. Ou seja, vê-se uma liberdade *per se*, que constitui o indivíduo como ser dotado de razão e que pré-existe a figura do Estado.

Com espeque na razão humana, tal foi a *ratio* político-filosófica subjacente ao pensamento Iluminista que tanto influenciou as Revoluções do fim do século XVIII. Tanto no alvorecer do Constitucionalismo norte-americano⁷⁰ quanto no desenrolar do liberalismo da Revolução Francesa⁷¹, o pensamento racionalista-iluminista – de óbvia inspiração jusnaturalista – assumia a “liberdade” como um bem natural do homem, anterior ao Estado e disponível somente ao indivíduo para que dela fizesse bom uso dentro dos limites deduzidos de sua própria razão. Não por menos, assim foi o ideal vetorial da Revolução Francesa, haurindo a “liberdade”, ladeando a igualdade e a fraternidade, como valor intrínseco ao homem e ao espírito liberal-revolucionário⁷².

De fato, é difícil não dar razão à Razão iluminista no que toca ao fundamento da liberdade na natureza humana, como se ela decorresse de um estado de “natureza das coisas”. Compreender a liberdade como elemento constituído pelo Estado seria, em verdade, incorrer em uma contradição não só lógica, mas antes ontológica. Primeiro, apontar a liberdade como

⁶⁷ KANT, Immanuel - **A Metafísica dos Costumes**. p. 30.

⁶⁸ KANT, Immanuel - *Op. cit.*, p. 43, onde afirma: “O Direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade”.

⁶⁹ FICHTE, Johann Gottlieb - **Fundamento do Direito Natural**: Segundo os Princípios da Doutrina da Ciência. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 135: “O princípio criteriológico do Direito é que cada um limite a sua liberdade, o âmbito das suas ações livres, pelo conceito da liberdade do outro (de modo a que o outro, como ser absolutamente livre, possa subsistir a seu lado).”

⁷⁰ Ver, BERMAN, Harold J. The Impact of the Enlightenment on American Constitutional Law. **Yale Journal of Law & the Humanities**. Vol. 4, nº 2, 1992. p. 324, apontando, por exemplo, no contexto da Declaração de Independência de 1776, a assunção de um modelo deísta, dadas as referências à Natureza e Deus; racionalista, por proclamar verdades incontestáveis à luz da razão; individualista, ao pronunciar a igualdade de todos aos direitos à vida, liberdade e à satisfação de sua própria felicidade; e democrático, estabelecendo a livre decisão do povo quanto à definição do melhor governo aos seus interesses.

⁷¹ Como bem aponta CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed., Tomo I, 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010. p. 93: “Nasceu daqui a desconfiança pela tradição e a divinização da Razão-raciocinante, que levou os próceres da revolução francesa a redigir constituições segundo teorias consideradas mais perfeitas”.

⁷² GONTHIER, Charles D - Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy. **McGill Law Journal**. p. 569.

algo que do Estado decorre ou nasce seria negar a natureza essencialista do homem, como ser naturalmente livre em igualdade de ações; e segundo, uma suposta liberdade constituída pelo Estado equivaleria a contradizer o seu próprio processo de formação, uma vez que o Estado não pode criar o seu próprio criador, senão que é um produto de um ato de criação humana em condições de igual liberdade. Desta feita, não há Estado sem liberdade que lhe pré-exista. Daí decorre uma consequência de suma relevância: o Estado, por necessariamente advir de um natural estado de liberdade, não pode limitar o seu próprio fato criador (a liberdade) a ponto de fazê-lo desvanecer e perecer.

Conclui-se, portanto, que por pré-existir ao Estado, a “liberdade” lhe é constitutiva; mas seu exercício equilibrado, somente com o Estado e através do Estado pode ser levado a cabo⁷³.

Como valor, a “liberdade” funda o Estado, cuja proteção e promoção se dá através de uma pletera de direitos-garantia, daí o seu reflexo em distintas formas de operacionalização: liberdade de pensamento, liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade ideológica, liberdade religiosa, liberdade de associação etc. A Liberdade é um valor, enquanto as liberdades “derivadas” são direitos-garantia. Eis aí a essência do Estado de Direito, posto que fundado na liberdade como valor, e orientado, pelos direitos fundamentais, à sua proteção através do aparelho estatal⁷⁴. Passa-se, então, a questionar se, entre valor e direitos-garantia, há um “direito geral de liberdade” constitucionalmente assegurado.

A título de exemplo, no contexto da Lei Fundamental alemã de 1949, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink afirmam que a ordem constitucional (art. 2º, nº 1, Lei Fundamental) assegura um direito à “liberdade de atuação em geral”, através do qual é garantido um âmbito de livre atuação aos indivíduos sem que o Estado lhe oponha qualquer embaraço ou restrição, salvo aquelas exigidas dentro dos termos da própria Constituição⁷⁵. Naquela relação anteriormente referida, entre “liberdade” como valor e “liberdades” como direitos-garantia, Pieroth e Schlink deixam claro o papel a cumprir por tal direito à “liberdade de atuação em geral”, qual seja, o de servir como um genuíno “direito fundamental de acolhimento em face

⁷³ Pode-se aqui traçar uma analogia para com as palavras de Madison no Federalista nº 51. A liberdade é inerente ao homem e pré-existente ao Estado, mas como o este último não é formado por Anjos, é melhor então que exista para equilibrar aquela. Cfr. MADISON, James. O Federalista nº 51. In **O Federalista**. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2010. p. 330: “Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos”.

⁷⁴ Assim, bem pontua NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 73, ao afirmar que “só haverá Estado de Direito quando o objectivo de proteção da liberdade e direitos fundamentais do cidadão mobiliza na sua prossecução e garantia o empenhamento do Estado”.

⁷⁵ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard - **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175.

dos direitos fundamentais especiais”⁷⁶.

No âmbito da ordem constitucional brasileira, tal não parece ser diferente. A despeito do art. 5º, *caput*, CRFB/1988, fazer referência à inviolabilidade do “direito à liberdade”, desmembrando-o, em minúcias, ao longo dos subsequentes incisos em distintas liberdades, não escapa à nossa percepção que aquela liberdade (art. 5º, *caput*) foi acolhida como valor *per se*, enquanto as demais liberdades o foram como verdadeiros direitos-garantia. Questionar-se-ia, portanto, onde se encontra alocada tal “liberdade de atuação em geral” ou “direito geral de liberdade”.

Sob as vestes daquilo que há muito se refere por princípio da legalidade (art. 5º, II), a liberdade geral de ação ou direito geral de liberdade se assenta no pressuposto constitucional de que tudo aquilo que ao indivíduo não for exigido em “virtude de lei”, seja uma ação ou uma abstenção, lhe é permitido, eis que naturalmente livre⁷⁷. Entretanto, como o equilíbrio do exercício de sua liberdade só se torna possibilitado no contexto da atuação estatal, aquela liberdade que lhe é inerente sofre uma conformação em “virtude de lei” para que se lhe acomode no contexto de uma sociedade composta por indivíduos igualmente livres em suas ações. Em essência, o que a garantia de um direito geral de liberdade provoca é um reforço protetivo às liberdades (direitos-garantia) asseguradas pela ordem constitucional, relembrando, em toda atuação do poder público, que o “direito a ser livre” é a regra, e não a exceção⁷⁸.

1.3 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E SEUS LIMITES

Resultante da Constituição, o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais é abrangente, aplicando-se aos mais diversos domínios da vida. Noutra giro, tais direitos impõe ao Estado o dever de justificação jurídica das ingerências a que procede.

De sorte que, com os direitos fundamentais, há proteção do cidadão contra atos do próprio Estado, como por exemplo, a liberdade em geral, da qual nos restringimos à liberdade de constituir família.

⁷⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard - **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.175.

⁷⁷ Nesse sentido, ressaltando a relação necessária entre liberdade e legalidade, cfr. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel - **Curso de direito constitucional**. 8. ed., rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 500.

⁷⁸ **Idem**: “(...) o direito geral de liberdade não esvazia, pelo contrário, reforça o conjunto dos direitos de liberdade em espécie, que representam direitos fundamentais autônomos com seu respectivo âmbito de proteção”.

Gagliano e Filho⁷⁹ lecionam: “A família é sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as suas maiores angústias, frustrações, traumas e medos”.

Podemos inferir dessa forma, consensualmente ao raciocínio dos autores citados, que a influência familiar é fundamentalmente relevante, ao considerarmos que, em parte, nossos problemas atuais têm raiz no passado, na formação familiar, o que pode resultar inclusive no condicionamento de nossas escolhas e/ou organizações afetivas.

Na perspectiva da temática pela qual nos debruçamos, destacamos o pensamento de Locke sobre a passagem do Estado de Natureza para o Estado Civil, intermediada pelo Contrato Social, na qual estabelece que “todos os homens são livres, iguais e independentes por natureza. Deste modo, ninguém pode ser retirado de uma tal condição natural e submetido ao poder político de outro, a não ser através de seu próprio consentimento”⁸⁰.

Engels, ao tratar sobre o tema família, diz que esta “é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida em que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, pelo contrário, são passivos só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente”⁸¹.

Na mesma obra, Engels ainda acrescenta, fazendo alusão a Karl Marx, que tal fenômeno “acontece, em geral, com os sistemas políticos, jurídicos, religiosos e filosóficos”⁸².

De modo que, quando se fala na história da família, “as ciências históricas ainda se achavam, nesse domínio, sob a influência dos Cinco Livros de Moisés. A forma patriarcal da família, pintada nesses cinco livros com maior riqueza de minúcias do que em qualquer outro lugar, não somente era admitida, sem reservas, como mais antiga, como também se identificava – descontando a poligamia – como a família burguesa de hoje, de modo que era como se a família não tivesse tido evolução alguma através da história”⁸³.

Ainda, Engels afirma que “a síntese da sociedade civilizada é o Estado, que, em todas as épocas conhecidas, tem sido o Estado da classe preponderante e essencialmente, em todos os casos, a máquina de opressão da classe explorada e subjugada”⁸⁴.

⁷⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona - **Novo Curso de Direito Civil**. p. 38

⁸⁰ LOCKE, John - **Segundo Tratado do Governo**: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. p. 117.

⁸¹ ENGELS, Friedrich - **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. p. 30.

⁸² ENGELS, Friedrich - *Op. cit.*, p. 30.

⁸³ ENGELS, Friedrich - *Op. cit.*, p. 06

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz - **Ciência política e teoria geral do estado**. p. 41.

Decerto que, nos idos das décadas de 1970 e 1980, com os movimentos de direitos humanos, várias fora as mudanças na formulação e execução das políticas sociais, visando a proteção e defesa dos indivíduos e de grupos sociais minoritários. Com a queda dos regimes autoritários e o facelamento das ideologias de esquerda, tais movimentos passaram a se fortalecer, reforçando os princípios basilares do liberalismo político, alicerces do Estado Democrático de Direito.

Adiante, nos anos de 1980 e 1990, inicia-se um processo de revisão constitucional em diversos países ocidentais⁸⁵, tanto pela positivação dos direitos fundamentais, já existentes nas constituições de diversos países signatários da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, como principalmente pela instituição dos mecanismos jurídicos criados com objetivo de protegê-los.

Já ao final do século XX, há uma estruturação do Estado Democrático de Direito com base no centralismo dos direitos fundamentais e do religamento entre ética e direito, conduzida pela força normativa da Constituição, conjugada à expansão da jurisdição constitucional e ao desenvolvimento de uma nova dogmática da hermenêutica constitucional⁸⁶.

Nessa toada, com tal modelo de democracia representativa, a supremacia da Constituição é a âncora para a constitucionalização dos direitos, caracterizada pelo ordenamento jurídico unificado no sentido hierárquico, material e valorativo.

De modo que, na democracia, ao Poder Judiciário compete a responsabilidade de garantir a efetivação dos direitos, especialmente o direito à dignidade, devendo o Poder Executivo efetivar o cumprimento no seu dever constitucional, e às instituições em geral, do respeito à Constituição Federal.

Estas mudanças repercutem sobre a reprodução familiar, refletindo diretamente sobre as condições de vida das famílias. De modo que o cidadão passa a se identificar como sujeito de direitos, constituindo a base do compromisso do Estado com a reprodução social. Assim, o direito à dignidade da pessoa humana passa a nortear, de modo a demarcar uma mudança institucional, que corresponde ao desatrelamento da cidadania do seu vínculo ao mundo da produção.

De modo que, a nova perspectiva do Estado Democrático de Direito consubstancia-se

⁸⁵ VALLINDER, T. 1995. **When the Courts Go Marching In**. In: VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. New York : New York University.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito: o Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>.

na ampliação ao direito à proteção a todos os sujeitos que, elevados à condição de cidadãos, passam a ter o direito de viver dignamente.

A Carta Magna do Brasil⁸⁷ estabelece em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituída pelo Estado Democrático de Direito, destaca como seus principais fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Dias⁸⁸, sobre tal dispositivo, elenca que “a liberdade e a igualdade foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, de modo a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.”.

Decerto que o princípio da liberdade deve ser analisado em consonância com o princípio da igualdade, de modo que apenas haverá liberdade quando existir de forma igual e extensiva a todos os sujeitos pertencentes a determinado núcleo.

Dias⁸⁹ ainda reforça que: “A constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar.”.

E quanto à família, Dias⁹⁰ afirma que a Constituição, quanto ao respeito às relações estritamente familiares, imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e à família. [...]

Ora, esculpido no artigo 226, da Constituição Federal⁹¹, a família é a base da sociedade, tendo especial proteção.

Portanto, evidente que há importância atribuída à família pelo Estado, sendo esta o alicerce principal de toda a sociedade e que como tal, atribui dever constitucional ao Estado, conforme os ensinamentos de Gagliano e Filho⁹².

Nesse contexto, a liberdade demanda tratamento isonômico na esfera familiar, ou seja, requer que todos sejam efetivamente tratados como iguais. Referida liberdade, conforme Dias, estabeleceu e redimensionou a igualdade entre os cônjuges quanto ao respeito ao exercício do poder familiar, liberdade dos cônjuges no planejamento familiar e a escolha do regime matrimonial de bens. Ainda, constitui autonomia e isonomia na administração do patrimônio da família e liberdade para opção que julguem conveniente para a formação intelectual e

⁸⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988. In: Vade Mecum.** 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias.** p. 46.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice - *Op. cit.*, p. 40.

⁹⁰ DIAS, Maria Berenice - *Op. cit.*, p. 40.

⁹¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988. In: Vade Mecum.** 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

⁹² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona - **Novo Curso de Direito Civil.** p. 40

religiosa⁹³.

Extrai-se desta definição doutrinária, que o núcleo essencial deste trabalho, a liberdade, é um princípio fundamental no Direito de Família, sendo tal princípio propulsor de novos padrões familiares, onde o indivíduo é livre para desempenhar de forma autônoma sua vontade das mais diversas formas.

Quanto ao direito de liberdade no âmbito familiar, a Carta Maior do Brasil, em seu artigo 227, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros direitos, o direito de liberdade e à conveniência familiar, à dignidade, ao respeito.

Reflete o texto constitucional que nas relações de família, a liberdade deve prevalecer entre seus membros, não se resumindo apenas no tratamento pautado na igualdade entre os iguais, muito embora, a Constituição consagre também este princípio como direito fundamental.

De sorte que este princípio fundamental não se aplica a um domínio de vida determinado, pelo que não tem proteção específica, conforme leciona António Francisco de Sousa⁹⁴.

É cediço que o termo família há muito tem sofrido alteração em sua conceituação, posto que, na trajetória da sociedade, a concepção de família tem se moldado conforme a conjuntura em que ela está inserida, portanto, a família é constituída de forma diversificada. Assim, temos que “a família é um organismo jurídico, é um agrupamento que se constitui naturalmente, e cuja existência a ordem jurídica reconhece, sendo proclamada pela Constituição Federal como a base da sociedade”⁹⁵, além do que “é um conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum”⁹⁶, pelo que se inclui neste rol, cônjuges, filhos, netos, tios, sobrinhos, avós e primos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a família somente tinha reconhecimento quando advinha do casamento. Contudo, ao conceituarmos família, teremos mais de uma acepção, podendo ser classificada, à luz da legislação pátria, conforme sua constituição, a saber: Família Anaparental, Monoparental, Mosaica, Eudemonista, União Estável e Família Homoafetiva.

Em apertada síntese, conceituaremos em poucas palavras, posto que este não é núcleo

⁹³ DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. p. 46.

⁹⁴ DE SOUSA, António Francisco – **in Declaração Universal dos Direitos Humanos: estudos Comemorativos do 60º Aniversário** /coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente. Lisboa: EDIUAL, 2011. p. 23.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Instituições do Direito Civil: direito de família**. p. 28.

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva - **Op. cit.**, p. 25.

do presente trabalho, as classificações quanto à constituição da família, pelo que família anaparental consiste na “[...] convivência entre parentes, ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito”⁹⁷, donde elemento basilar é a afetividade.

Por família monoparental conceitua-se sendo aquela “constituída pelo homem ou mulher e seus descendentes, a qual se caracteriza de múltiplos modos: pela viuvez, pais ou mães solteiros ou separados e filhos”⁹⁸.

Já a família mosaica, segundo Rörhmann, decorre da peculiar organização do núcleo reconstituído por casais saídos de um casamento ou união anterior⁹⁹.

A família eudemonista “(...) surgiu um novo nome para essa tendência de identificar a família pelo seu envolvimento efetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º, do art. 226, da CF/88: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram”¹⁰⁰.

Quanto à união estável é aquela em que “duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, elas formam um núcleo familiar à semelhança do casamento, independentemente do sexo a que pertencem. Mister identificá-la como união estável, geradora de efeitos jurídicos”¹⁰¹.

E por fim, temos que a família homoafetiva “constituem uma unidade doméstica, não importando o sexo dos parceiros”¹⁰².

Nesta feita, ressalta-se que a Carta Maior republicana brasileira de 1988 levou em consideração a possibilidade do pluralismo familiar, ou seja, a sociedade passou a adotar várias estruturas familiares, adquirindo assim, novos contornos. Decerto que anteriormente, somente o casamento possuía tratamento digno, reconhecimento e proteção em detrimento a

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. p. 46.

⁹⁸ NADER, Paulo - **Curso de Direito Civil, Volume 5, Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense.

⁹⁹ FERREIRA, J. S. A. B. N.; RÖRHMAN, K - **As famílias pluriparentais ou mosaicos**. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.). V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA: família e dignidade humana, 2006, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice - **Comentários - Família pluriparental, uma nova realidade**. 29 de dezembro de 2008.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice - **União homossexual: o preconceito e a justiça**. p. 48.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice - **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

outros vínculos, os quais eram condenados à invisibilidade.

Dias¹⁰³, ao tratar sobre este aspecto modificador das estruturas familiares, sustentou que, “como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedades de fato. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais – agora chamadas de uniões homoafetivas – e as uniões paralelas – preconceituosamente nominadas de “concubinato adúltero”- são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias”.

No que tange ao casamento, é salutar mencionar que o Código Civil Brasileiro, em seus arts. 1.511 e 1.514 preceituam que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e que este se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declaram casados”¹⁰⁴. É um contrato solene que se dá pela união de duas pessoas de sexos diferentes que irão constituir família, vivendo em plena comunhão de vida. Prometem-se mútua fidelidade, assistência recíproca, criação e educação dos filhos¹⁰⁵.

Portanto, o casamento configura-se como um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado¹⁰⁶.

A doutrina trata o casamento como sendo “um negócio jurídico de direito de família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam por meio de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial, sendo que esta relação é personalíssima e permanente, e que traduz ampla e duradoura comunhão de vida”¹⁰⁷.

E por estar no ápice do ordenamento jurídico, a Constituição Federal brasileira consagra tanto o instituto da família como o seu planejamento, pelo que, no §7º, do art. 226, estabelece que este “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”.

Portanto, sendo o casamento um ato jurídico negocial solene, de livre manifestação de vontade, ou seja, um contrato, é que analisaremos se na esterilização de um dos cônjuges, há

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60547/principios-constitucionais-da-familia>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

¹⁰⁵ RIZZARDO, Arnaldo - **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁰⁶ LOBO, Paulo - **Direito Civil**: famílias. p. 99.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. p. 40.

necessidade de expressa anuência do outro para tal procedimento, como assim prevê o ordenamento jurídico brasileiro, em total rota de colisão com os direitos à liberdade, à autonomia do indivíduo e ao planejamento familiar, vez que orbita na relação contratual a autonomia da vontade e a negociabilidade jurídica.

De sorte que, com o objetivo de resguardar garantia especial a proteção da entidade familiar, o Constituinte Originário de 1988, alicerçou as diretrizes do direito das famílias, segundo Dias¹⁰⁸, nos seguintes eixos: “igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar; pluralismo das entidades familiares, merecedoras de proteção e o tratamento igualitário entre todos os filhos.”

Como condutor do Estado e sua atuação, o progresso é uma finalidade fundamental, sendo que importante parcela deste progresso se dá no âmbito jurídico.

Nesta esteira, é cristalino que qualquer texto derivado do constituinte originário pode retroceder, colocando em alcance jurídico inferior ao *status quo ante*, caracterizando atraso ao estado pré-constituinte.

Contudo, tal estabilidade não tem o condão de tornar a Constituição e as leis infraconstitucionais imutáveis, mas que seja oferecida segurança jurídica e garantias de que se um direito for alterado, este tramite por um longo estudo, com participação de entidades afins, para que venha beneficiar seus destinatários no final do processo.

Nos últimos anos, os direitos reprodutivos e a medicina reprodutiva têm sofrido significativo impacto no âmbito da investigação, na análise dos direitos humanos, bem com nas políticas públicas para a saúde e desenvolvimento sustentável da sociedade moderna.

Assim, o planejamento familiar é de suma importância não só para o casal, mas também para toda sociedade, ante a dimensão dos cuidados reprodutivos que orbitam este instituto.

Quanto à autonomia privada, esta foi se perdendo no sentido restritamente patrimonial com a convergência de direitos fundamentais nas relações privadas, pelo que passou a ter aplicação igual nas relações extrapatrimoniais, como as que orbitam o Direito de Família.

Nesse contexto, a família, para além de perfazer um plexo de direitos de cunho subjetivo, constituindo uma instituição sob proteção especial do Estado, passa a ter a ordem jurídica focada na dignidade da pessoa humana, valorando os membros da família individualmente¹⁰⁹.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice - **Manual de Direito das Famílias**. p. 51.

¹⁰⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha - **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAPÍTULO II - O INSTITUTO DA FAMÍLIA E O SURGIMENTO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O ser humano, desde os primórdios, vive em comunidade e se relaciona afetivamente com sua espécie, seja por meio de uma relação conjugal, de amizade, de trabalho, entre outras; durante a vida, é comum que um ser humano se junte à outro dada a condição humana, na maioria das vezes, de não se manter só, razão pela qual, movidos pelo instinto natural de dar continuidade a sua espécie ou por simplesmente terem medo da solidão, é que os seres humanos estabelecem relações afetivas no decorrer da vida¹¹⁰.

A família, do ponto de vista funcional, real, é um agrupamento informal, natural, e está em constante mudança, sendo que se organiza de modo que cada indivíduo ocupa seu espaço ou tem uma função, mesmo que não sejam ligados por laços biológicos¹¹¹.

Por essa razão, conforme bem pontuado por Maria Berenice Dias, a família legalmente regulamentada nunca pode corresponder à família natural, que existe antes do Estado e está acima da lei¹¹².

Orgânico ou não, seja casamento ou não, matrilinear ou patrilinear, monogâmico ou polígamo, monoparental ou multiparental, tanto faz. Tampouco importa o lugar ocupado pelo indivíduo nele, seja de pai, seja de mãe, seja de filho; o que importa é pertencer ao seu seio, é estar neste lugar idealizado onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e sentimentos, portanto, no caminho para a realização do seu projeto de felicidade pessoal¹¹³.

Significa que as relações familiares são intrínsecas ao ser humano, de modo que a tais relações são indissociáveis da figura humana e, portanto, de grande relevância. Tal relevância é que fez com que a sociedade necessitasse do Direito para (tentar) organiza as relações humanas e suas complexidades.

A partir de tal raciocínio, o direito de família é considerado imutável porque, ainda que mudem os costumes ou a mentalidade humana, sempre haverá uma inevitabilidade em se sentir pertencente a um determinado lugar, determinada casa, que é onde se busca sempre por abrigo¹¹⁴.

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 29.

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice - *Op. cit.*, p.29.

¹¹² DIAS, Maria Berenice - *Op. cit.*, p.29.

¹¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes - **Família e casamento em evolução**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Porto Alegre, 21 out 2001, n.p. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/14/Fam%C3%ADlia+e+casamento+em+evolu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 set. 2020>.

¹¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes - **Família e casamento em evolução**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Porto Alegre, 21 de outubro de 2001. P. 23. Disponível em:

Conforme já exposto, as relações interpessoais existiam e o matrimônio veio como forma de permitir que os vínculos afetivos fossem aceitos dentro de uma sociedade ultrapassada e também para que essas relações pudessem ser juridicamente reconhecidas¹¹⁵.

Neste sentido, inicialmente, a família tinha a característica de ser extensa, com vários membros, em que o número de integrantes significava mais força de trabalho e, conseqüentemente, mais chance de sobrevivência, e assim era considerada patrimonializada, ou seja, havia perfil com hierarquia e patriarcado¹¹⁶.

Já o termo planejamento familiar nem sempre existiu no Brasil e no mundo, de modo que passou por ressignificações para chegar a sua atual definição e inserção na sociedade, especificamente a brasileira, devendo ser analisado e conceituado, bem como apresentado a quais princípios está atrelado, sobretudo após sua previsão na Constituição Federal de 1988 e após, pela criação de seu instituto jurídico no ano de 1996, por meio da Lei do planejamento familiar¹¹⁷.

A CRFB de 1988 aponta que a sociedade brasileira é também plural, possivelmente como forma de reconhecer a complexidade das relações interpessoais e por essa razão houve o surgimento da regulamentação expressa do planejamento familiar no artigo 226, § 7º da Carta Magna¹¹⁸; a aparição do termo foi breve e se fazia necessária, diante de outros fatores, uma complementação do que foi estabelecido para o exercício do planejamento familiar na Constituição Federal de 1988¹¹⁹.

Iluminado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável¹²⁰, o planejamento familiar utilizou-se da liberdade para que os

<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/14/Fam%C3%ADlia+e+casamento+em+evolu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹¹⁵ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 1692.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice - *Op. cit.*, p. 1692.

¹¹⁷ COSTA, Ana Maria. **Planejamento Familiar no Brasil**. Revista Bioética, Vol. 4, n. 2, p. 1996. Disponível em:<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso em: 26 nov. 2020.

¹¹⁸ Art. 226, § 7º, CRFB/1988 - 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.

¹¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019a], p. 13. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2020.

¹²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019a], p. 13. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

cidadãos, enquanto indivíduos e dentro da sociedade conjugal, pudessem exercer a autonomia privada através da escolha consciente acerca do exercício da maternidade/paternidade, já que o aponta como uma liberalidade da pessoa, havendo, ainda, por parte do Estado, a responsabilidade de promoção dos recursos necessários para o exercício desse direito¹²¹.

As instituições jurídicas sempre se revelam como instrumentos que garantem e promovem o princípio da dignidade da pessoa humana, aqui inexoravelmente entendida como uma norma que ordena a garantia de espaços iguais de liberdade de ação distribuídos indistintamente a todos para o realização de seus planos de uma vida boa ou digna, na medida do possível, em um ambiente de intersubjetividades compartilhadas, que devem coexistir de maneira harmoniosa e pacífica¹²².

Frente um mundo complexo e com questões éticas, o direito das famílias sofreu muitas alterações com vistas a tentar seguir o avanço da sociedade, considerando a pluralidade e subjetividade das relações familiares e, não obstante, assim se faz necessária apresentação desse direito tão plural e ao mesmo tempo individual, como se pretende mostrar neste capítulo¹²³.

2.1 FORMAÇÃO E HISTÓRIA DA FAMÍLIA

Inicialmente, com a família pré-histórica, de cunho patriarcal, o que se tinha era um modelo onde havia hierarquia entre os entes e um poder muito forte do matrimônio, cujo peso era nitidamente observado, não se admitindo rompimento desta relação, que tinha por objetivo a formação de patrimônio, ainda que para tanto fosse necessário abdicar da felicidade pessoal dos membros da família¹²⁴.

Neste sentido, a família que existia era uma entidade patriarcal que não resistiu à primeira Revolução Industrial (séculos XVII a XIX)¹²⁵, uma vez que neste período houve a inserção da mulher no mercado de trabalho, levadas pelo surgimento em maior grau de mão de

¹²¹ COSTA, Ana Maria - Planejamento Familiar no Brasil. **Revista Bioética**, Vol. 4, n. 2, p., 1996. Disponível em:<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso em: 26 nov. 2020.

¹²² RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 29-30.

¹²³ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 1692.

¹²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 32.

¹²⁵ JORNAL MULIER - **Mulheres operárias**: do século XVII aos dias atuais. Rio de Janeiro, 02 mar 2013, p. 10. Disponível em:<<http://jornalmulier.com.br/mulheres-operarias-do-seculo-xvii-aos-dias-atuais/>>. Acesso em: 26 nov. 2019.

obra, onde a estrutura da família deixou de ser patriarcal para ser uma família central (casal e sua prole), prevalecendo o vínculo afetivo, cujo valor não se encontra presente apenas no momento em que o matrimônio é celebrado, mas sim perdurando por toda a vida¹²⁶.

Houve um avanço social no campo familiar e no que antes prevalecia o instituto matrimonial, afastando-se a relação afetiva propriamente dita, de modo que se passou a preocupar com os valores e sentimentos dos entes, cuja preocupação maior era a proteção da pessoa humana¹²⁷.

Assim, a família é responsável por moldar, de forma contínua, as questões humanas e o fenômeno familiar, e por essa razão seus costumes e experiências transcendem o tempo, razão pela qual a família, na sociedade moderna, impõe um modelo de família descentralizado, democrático, igualitário e desmaterializado¹²⁸.

Notório é que as famílias sofreram mudanças significativas ao longo do tempo em todos os aspectos, principalmente no que se refere ao valor sentimental atribuído a cada indivíduo enquanto ente familiar, conforme exposto anteriormente, ou seja, deixou de ser uma instituição patrimonial para ser um agente garantidor de proteção da pessoa humana¹²⁹.

A família apresenta as seguintes características no tempo, analisadas à luz do Código Civil de 1916 e na CRFB de 1988, bem como no Código Civil de 2002: antes era matrimonializada e passou a ser pluralizada; deixou de ser patriarcal e hierarquizada para ser democrática e igualitária; abandonou o caráter heteroparental para ser também homoparental; não somente biológica mas socioafetiva, onde perdeu sua característica de produção e reprodução para ser uma unidade socioafetiva e, por fim, deixou de ter caráter institucional para ser instrumental¹³⁰.

A tarefa mais difícil é mudar as regras do direito da família. Isso porque é o ramo do direito que fala com a vida das pessoas, seus sentimentos, enfim, com a alma do ser humano. O legislador é incapaz de acompanhar a realidade social ou de contemplar as preocupações da família contemporânea. A sociedade evolui, se transforma, rompe com tradições e vínculos, o que gera a necessidade de oxigenação das leis. A tendência é simplesmente prosseguir com a atualização normativa, sem absorver o espírito das mudanças silenciosas ocorridas no

¹²⁶ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 1692.

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de direito civil**. p. 33.

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - *Op. cit.*, p. 33

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 1692.

¹³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 45.

contexto social¹³¹.

Portanto, por meio da digressão histórica é possível perceber que o direito apresenta, na prática, certa dificuldade de acompanhar o desenvolvimento social e conseqüentemente, das relações humanas e familiares. Isto porque, as relações humanas se desenvolvem sempre de forma dinâmica e subjetiva, o que pode ser comprovado por meio da análise da concepção de família na atualidade.

2.2 FAMÍLIA NA ATUALIDADE

Para a realização de uma análise da concepção de família na atualidade, mostra-se necessária a apresentação de sua função social, uma vez que todo instituto jurídico existente tem uma função, sendo esta, por sua vez, entendida como finalidade, objetivo ao qual o instituto se mostra vinculado¹³².

Assim, a função social da família e a aplicação da norma familiarista deve estar alinhada ao tom fiador e solidário da Constituição Federal, garantindo a funcionalidade de seus institutos¹³³.

Conforme já exposto neste capítulo, definir família é tarefa difícil e pouco provável de se conseguir fazê-la, sobretudo na atualidade, onde muito se evoluiu e modificou as formas de constituição e manutenção da família.

Maria Berenice Dias explica que é mais ou menos intuitivo identificar uma família com o conceito de casamento. A lei nunca se preocupou em definir a família¹³⁴, mas ressalta que a família patriarcal, constituída pelo pai que provê o sustento e manutenção da família, enquanto a mulher está ao lado com seus descendentes, sofreu mutação e deixou de ter esse caráter hierarquizado (vertical) para se ter a mudança de cenários que se descortinou hoje, qual seja, da mulher que trabalha fora de casa, que arca e/ou contribuiu com a manutenção do lar, que é independente e que tem no homem um auxiliar para as tarefas domésticas¹³⁵.

Sob o manto da afetividade, a família precisa de um olhar pluralista porque permite a constituição de todos os tipos de relação, dando-se nova cara ao direito das famílias, como por exemplo as figuras das famílias homoafetivas (reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal

¹³¹ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 31.

¹³² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de direito civil**. p. 1712.

¹³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - *Op. cit.*, p. 1712

¹³⁴ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 132.

¹³⁵ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 1692.

como união estável, por meio de ADI 4277 e ADPF 132)¹³⁶, poliafetivas, tida como realidade masculina, onde há ou um casamento e uma união estável ou duas ou mais uniões estáveis, de forma duplicada: família, casa e entidade familiar¹³⁷ e a família eudemonista, definida como uma entidade familiar que vem para promover, em particular, a dignidade e o desenvolvimento pessoal dos seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como base fundamental para a obtenção da felicidade¹³⁸.

Deste modo, a concepção da família nunca foi algo estrito em razão da amplitude das relações humanas, o que sempre dá espaço para que tais relações sociais definam o conceito de família na atualidade. Assim, o que separa a noção familiar histórica da noção familiar na atualidade é a valorização da pessoa humana e do reconhecimento, por parte da Constituição Federal de 1988, da igualdade entre cada ser humano, notadamente dentro da família.

2.3 BREVE HISTÓRIA SOBRE O SURGIMENTO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A questão populacional, que engloba o Planejamento Familiar, foi pauta pela primeira vez na história, na Terceira Conferência Mundial sobre População, em Bucareste, no ano de 1974. Nesta Conferência foi traçado o Plano de Ação de Bucareste, que veio para estabelecer um convite aos países para que adotassem as chamadas políticas populacionais, sob a ótica do desenvolvimento socioeconômico¹³⁹.

Em 1984 houve, no México, outra conferência com o intuito de avaliar, dez anos depois, a implementação do Plano de Bucareste, verificando-se que houve a aderência de muitos países ao planejamento familiar ou aos programas de planejamento populacional, momento em que o Brasil se posicionou dizendo que o planejamento familiar havia sido incorporado aos serviços públicos de saúde¹⁴⁰.

Já no ano de 1994, ocorreu a Conferência de Cairo, tida como mais liberal e

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, 05 mai. 2011, p. 13. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>.

¹³⁷ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, 1692.

¹³⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de direito civil**. p. 1698.

¹³⁹ ALVES, José Augusto Lindgren - **Relações Internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Ibrí, 2001. 432 p. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/livro_lindgren_alves_decada_conferencias_onu.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁴⁰ ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações Internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Ibrí, 2001. 432 p. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/livro_lindgren_alves_decada_conferencias_onu.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

globalizada que as do México (1984) e Bucareste (1974), por trazer em seu Programa de Ação do Cairo a reafirmação dos direitos fundamentais estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), e abordando explicitamente os direitos reprodutivos como fundamento, sendo o primeiro documento universal a utilizar tal expressão¹⁴¹.

No Brasil, tem-se que o planejamento familiar surgiu ainda no período colonial, e até a República, viu-se a criação de programas governamentais como o salário-família e o auxílio natalidade e, após este período, adentrou de forma regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1996¹⁴², por meio de legislação própria, qual seja, Lei do Planejamento Familiar¹⁴³.

Já a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz uma concepção de planejamento familiar mais pautada na pessoa humana e na ideia de responsabilidade paterna.

2.4 PLANEJAMENTO FAMILIAR E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

O Planejamento Familiar, inicialmente, pode ser visto na esfera das aspirações familiares, particularmente relacionadas às necessidades de bem-estar físico e psicossocial de uma família¹⁴⁴. Ou seja, o planejamento familiar se firma como fonte de promoção de direitos básicos, tais como moradia, alimentação, estudo e lazer, exercido de maneira informada e consciente pelo indivíduo no âmbito de suas relações familiares¹⁴⁵.

O planejamento familiar, abordado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 226, § 7º, aponta que é uma decisão do casal, sendo proibida qualquer forma coercitiva para a realização do mesmo, bem como que é proibida a intervenção de terceiros na vida familiar, pautado no princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares e pela autonomia que os cônjuges possuem para exercerem livremente, por lei, o seu

¹⁴¹ ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações Internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Ibrri, 2001. 432 p. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/livro_lindgren_alves_decada_conferencias_onu.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁴² Lei nº 9263/96, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

¹⁴³ COSTA, Alcione; ROSADO, Lilian; FLORÊNCIO, Alexandre; XAVIER, Edleide. **História do planejamento familiar e sua relação com os métodos contraceptivos**. Revista Baiana de Saúde Pública, v.37, n.1, p.74-86, 2013. Disponível em: <<http://files.bvs.br/upload/S/0100-0233/2013/v37n1/a3821.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹⁴⁴ BARRETO, Francisca Sandra Cardoso. **A bioética da proteção e o programa de assistência ao planejamento familiar: a percepção das usuárias e profissionais dos ambulatórios e maternidades de Teresina-PI**. 2010. 80 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 13. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/7350>>. Acesso em: 12 set. 2020.

¹⁴⁵ COSTA, Ana Maria. Planejamento Familiar no Brasil. **Revista Bioética**, Vol. 4, n. 2, p., 1996. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso em: 26 nov. 2020.

planejamento familiar¹⁴⁶.

Neste sentido, a proibição de intervenção de terceiros está intimamente ligada à eficácia do casamento, já que, à luz do Código Civil de 2002, a sociedade conjugal é exercida pelo marido e pela mulher, em interesse do casal e/ou dos filhos, evidenciando que não cabe a terceiros interferir na relação, função exclusiva dos cônjuges, nos termos do artigo 1.567, *caput*¹⁴⁷, do Código Civil de 2002¹⁴⁸.

O artigo 1.565, *caput*¹⁴⁹, do Código Civil aponta que o casal assume mutuamente a responsabilidade pelos encargos da família¹⁵⁰, ao passo que o legislador ratificou o que a Constituição Federal disse em 1988 e o que a Lei do Planejamento Familiar disse em 1996, ou seja, apontou que o planejamento familiar é uma decisão exclusiva e livremente feita pelo casal, de forma que o Estado deve apenas disponibilizar recursos educativos e pecuniários para que as pessoas possam exercer tal direito, sem nenhuma coercitividade estatal¹⁵¹.

Assim, o conceito de planejamento familiar é amplo, por ser uma decisão livre do casal, que pode e tem a liberalidade de decidir a maneira de condução da vida conjugal, optando por ter muitos filhos, não ter mais filhos, não ter filhos, entre outras coisas.

O planejamento familiar está para além da decisão de ter ou não filhos, ainda que envolva os direitos reprodutivos, porque guarda íntima relação com o desenvolvimento da personalidade, portanto, exercendo-a através da autonomia da vontade, expressada pela liberdade¹⁵².

A natureza jurídica do planejamento familiar é complexa, pautada na autonomia privada

¹⁴⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019a], p. 13. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁴⁷ Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b], p. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁴⁹ Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

¹⁵⁰ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b], p. 12. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁵¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019a], p. 12. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2020.

¹⁵² RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 22.

e se insere no ordenamento jurídico como um direito fundamental, que necessita de atuação ativa do Estado com o fito de garantir aos indivíduos a promoção dos direitos de forma igual e em sua plenitude¹⁵³.

A Lei do Planejamento Familiar, para Maria Berenice Dias, proporciona a cada cidadão - não apenas ao casal - o planejamento familiar, que inclui métodos e técnicas de concepção e contracepção. Trata-se de legislação mais voltada para a implementação de políticas públicas de controle de natalidade¹⁵⁴.

Pode-se observar que a autora Maria Berenice Dias coaduna com o pensamento de Renata de Lima Rodrigues no que se refere ao planejamento familiar ser um direito de todo cidadão e algo complexo, que demanda atuação do Estado para que seja implementada as políticas públicas que visem a propiciar ao cidadão o exercício pleno deste direito.

2.5 RELEVÂNCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A CRFB de 1988, para além de trazer garantias sociais, conforme artigo 6º, assegurou os direitos individuais em seu texto, que podem e devem ser exercidos a qualquer tempo, por todo cidadão na tutela de direito próprio ou de outrem, desde que não o faça contrariando preceitos legais, ou seja, sem ferir os direitos de outrem, inclusive o de liberdade, mostrando que a *mens legis* foi a de proteger cada indivíduo enquanto ser único. Assim, conforme se observa da leitura do texto constitucional, o que se tem é uma Carta Constitucional que salvaguarda os direitos fundamentais¹⁵⁵.

De igual forma, cumpre esclarecer que para a aplicação de direitos fundamentais hoje, verifica-se que há a eficácia horizontal de tais direitos nas relações privadas, ou seja, não há uma aplicação dos direitos somente em relação ao Estado, mas também aos particulares¹⁵⁶.

Os direitos fundamentais têm relevante papel na construção de uma sociedade pautada nas garantias individuais e coletivas, tal qual a autonomia privada e neste ponto, afirma Renata de Lima Rodrigues que a valorização da dignidade humana vai no sentido da

¹⁵³ RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 22.

¹⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 392.

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil**. 4. ed. ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 110.

¹⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 110.

valorização da sua autonomia e responsabilidade¹⁵⁷.

As palavras de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald acerca da importância do valor humano atribuído à pessoa, sem desprezá-la, também reconhece o pluralismo social e que a lei deve proteger as escolhas existenciais de todos. O livre desenvolvimento da personalidade é um objeto a ser protegido pelo direito civil¹⁵⁸.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, ao se organizar em torno desse conjunto de direitos fundamentais, visa permitir mecanismos jurídicos que, diante de um contexto fragmentado por uma infinita pluralidade humana, garantam, na medida do possível, a individualidade de cada um¹⁵⁹.

Conforme salientou Renata de Lima Rodrigues acima, de fato a complexidade humana é infinita, pluralíssima e, portanto, torna-se impossível para o direito prever todas as ações que podem ocorrer e colocá-las como dispositivo legal, mas deve buscar resguardar, em maior número possível, todos os seus tutelados, individualmente e como sociedade.

Em não havendo previsão legal ou quando esta se mostrar contrária a algum direito garantido constitucionalmente, é que existem outras fontes do direito a serem analisadas, como Costumes, a Analogia, os Princípios, e neste sentido se analisará os princípios mais adiante, que também se fazem tão importantes no ordenamento jurídico brasileiro.

2.6 O PLANEJAMENTO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (LEI Nº 9263/96)

Em 1991, o então Deputado Federal Eduardo Jorge, à época, filiado ao Partido dos Trabalhadores, criou o Projeto de Lei nº 209, de 1991, cuja ementa apontava que estabelece normas e condições para o exercício dos direitos relativos à saúde reprodutiva da população brasileira¹⁶⁰.

¹⁵⁷ RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 41.

¹⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 110.

¹⁵⁹ RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 50.

¹⁶⁰ JORGE, Eduardo. **Projeto de Lei n. 209, de 1991**. Estabelece normas e condições para o exercício dos direitos referentes a saúde reprodutiva e coíbe o atual processo de esterilização indiscriminada da população brasileira e determina outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 06 mar. 1991, p. 13. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173183>>. Acesso em: 29 set.

O referido deputado criou o projeto visando regulamentar a questão da esterilização humana e direito à saúde reprodutiva, encaminhando-o à apreciação do Congresso Nacional em 07 de março de 1991¹⁶¹.

O então Projeto de Lei teve como signatários os seguintes deputados, além de Eduardo Jorge: Benedita da Silva, Sandra Starling, do PT; Maria Luiza Fontenele, do PSB; Jandira Feghali e Socorro Gomes, do PC do B e Lucy Choinascki, do PDT¹⁶².

No dia 07 de março de 2001, com a aproximação do Dia Internacional da Mulher, a deputada Jandira Feghali, do PC do B, anunciou o encaminhamento do Projeto ao Congresso Nacional. Diante da situação que atravessa as mulheres brasileiras, em particular as negras, sofrendo agressões permanentes por conta das esterilizações massivas realizadas por organismos internacionais, financiadas por capital estrangeiro, vários deputados, em (sic) coautor, elaborou projeto de lei que estabelece as regras e condições para o exercício do direito à saúde reprodutiva, desacelerando o atual processo de esterilização indiscriminada da população brasileira e dando outras providências. Os deputados que assinaram este projeto são: Eduardo Jorge, Benedita da Silva, Sandra Starling, do PT; Maria Luiza Fontenele, do PSB; eu, Jandira Feghali e Socorro Gomes, do PC do B; Lucy Choinascki, do PDT. Tem-se que, pelo menos, 44% das mulheres que usam métodos contraceptivos são esterilizadas, incluindo adolescentes e ainda em idade fértil. Essa agressão não deve ser apenas conhecida como resposta do Legislativo e a resposta é a aprovação desse projeto que agora anuncia o encaminhamento à Câmara¹⁶³.

Diante da necessidade de regulamentação do exercício do planejamento familiar e com o intuito de colocar a termo o uso descabido da esterilização voluntária, é que se originou a Lei nº 9.263/96, a ser analisada neste capítulo.

2.6.1 Contexto histórico do planejamento familiar

Surgiu na época da Revolução Cubana (1953 a 1959) um período de controle

2020.

¹⁶¹ ALVES, José Augusto Lindgren - **Relações Internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Ibrri, 2001. 432 p. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/livro_lindgren_alves_decada_conferencias_onu.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

¹⁶² FEGHALI, Jandira - [Apresentação de proposições: proposta de Lei de Planejamento Familiar]. **Diário da República Federativa do Brasil**, ano 46, n. 12, p. 1255, 7 mar. 1991. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07MAR1991.pdf#page=84>>. Acesso em: 20 set. 2020.

¹⁶³ FEGHALI, Jandira - [Apresentação de proposições: proposta de Lei de Planejamento Familiar]. **Diário da República Federativa do Brasil**, ano 46, n. 12, p. 1255, 7 mar. 1991. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07MAR1991.pdf#page=84>>. Acesso em: 20 set. 2020.

demográfico pelos Estados latino-americanos; isso se deu pelo fato desses países estarem precisando de ajuda financeira e os Estados Unidos da América se dispuseram a ajudá-los economicamente, com a ressalva de que, para serem ajudados, esses países precisariam adotar políticas com o fim de reduzir o crescimento demográfico, sob a alegação de que havia mais pessoas no mundo do que alimentos¹⁶⁴.

O crescimento populacional no Brasil não era diferente e assim como nos seus países vizinhos, estava a todo vapor. Frente a um cenário de crescimento populacional desenfreado, as mulheres brasileiras eram objeto de toda a discussão de controle da prole e passaram a assumir, ainda nos anos 1960, uma atitude social de rompimento do que lhe era atribuído desde o Brasil Colônia (1530 a 1822), qual seja, de ser mãe e dona de casa para aos poucos se inserirem no mercado de trabalho, iniciando seu exercício de cidadania. Assim, as mulheres passaram a se interessar por meios de anticoncepção e controle da sua fecundidade¹⁶⁵.

Neste diapasão, querendo exercer o controle da sua fecundidade, as mulheres acabaram esbarrando na barreira dos métodos anticoncepcionais, pois o serviço público não estava preparado para atendê-las, sendo que tais métodos eram oferecidos por empresas privadas, tais como Bem-Estar Familiar (BEMFAM)¹⁶⁶ e Centro de Pesquisas de Assistência Integrada à Mulher e à Criança (CPAIMC)¹⁶⁷. Toda essa conjuntura serviu de base para o início das discussões do direito à saúde e autonomia das mulheres e dos casais na definição do tamanho da prole, amparadas pela Reforma Sanitária Brasileira (década de 1970), responsável por dar à saúde o papel de direito de todo cidadão e dever de promoção pelo Estado¹⁶⁸.

A fim de ratificar a existência do controle demográfico no Brasil, é relevante pontuar que os militares da época da ditadura militar no Brasil, que durou de 01/04/1964 a

¹⁶⁴ COSTA, Ana Maria - **Planejamento Familiar no Brasil**. Revista Bioética, v. 4, n. 2, p., 1996. Disponível em:<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso em: 26 nov. 2020.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Bem-Estar Familiar. Criada em novembro de 1965 como uma organização não-governamental, de ação social e sem fins lucrativos, com sede no Rio de Janeiro, mas com atuação em âmbito nacional. Tem atividades voltadas à promoção da assistência social básica e especial para a defesa e promoção dos direitos sociais, socioambientais, sexuais e reprodutivos, individuais e coletivo, desenvolvendo projetos para a afirmação da saúde sexual e saúde reprodutiva como parte integrante dos direitos humanos, para o combate explícito as desigualdades de gênero e para a melhoria do convívio familiar, em especial, para adolescentes, jovens e idosos (BEMJOVEM).

¹⁶⁷ Centro de Pesquisas de Assistência Integrada à Mulher e à Criança. Financiou treinamentos de profissionais vinculados ao ensino da medicina, da enfermagem e de outras áreas afins, além de sustentar uma verdadeira rede de médicos que atuavam na realização de esterilização cirúrgica por laparoscopia, doando o equipamento e subsidiando as suas atividades. O CPAIMC foi ainda distribuidor de material contraceptivo para diversas outras instituições congêneres, usando de sua prerrogativa de isenção de impostos para importação, em virtude de sua titulação como entidade de utilidade pública, sem fins lucrativos.

¹⁶⁸ COSTA, Ana Maria. **Planejamento Familiar no Brasil**. Revista Bioética, Vol. 4, n. 2, p., 1996. Disponível em:<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso em: 26 nov. 2020.

15/03/1985, tinham uma ideia de controlar o número da população mais carente para não haver uma crise e adotaram uma expressão que se traduzia na segurança nacional estar em xeque em razão de grande agrupamento de pessoas de baixa renda e de famílias com grande número de integrantes¹⁶⁹.

Em 1983, o Ministério da Saúde lançou o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) propondo, pela primeira vez, a atenção também para as necessidades concernentes à saúde feminina, tais como as doenças de transmissão sexual, as doenças ginecológicas malignas, o abortamento, a gestação indesejada, a infertilidade e as morbidades clínicas articuladas ou não às atividades profissionais¹⁷⁰.

Embora tenha havido o lançamento do PAISM em 1983, o Estado não cuidou de regular o exercício dos direitos à saúde, especialmente da mulher, com escasso acesso aos métodos contraceptivos, em especial à população mais carente. Tal omissão deu início a desenfreada ligadura de trompas (laqueadura) no país, feitas sem critério e de forma indiscriminada por entidades internacionais privadas que atuavam no Brasil, causando o que ficou conhecido como esterilização em massa¹⁷¹.

Cumprе esclarecer que até a década de 1990, a esterilização por livre demanda era proibida, constituía-se crime previsto no Código Penal sob a tipificação de lesão corporal de natureza grave (à época tratada como mutilação), pois a justificativa era que a esterilização implicava em perda permanente de um membro¹⁷².

O caminho trilhado à época, como forma de não responder criminalmente, foi realizar a esterilização feminina imediatamente após uma cesariana, sendo um total de 97% das esterilizações realizadas em hospitais de Campinas/SP e 60% das esterilizações do Rio Grande do Norte e Pernambuco de modo que este tipo de parto passou a ser o mais utilizado no país¹⁷³.

As cesarianas citadas acima, muitas vezes realizadas apenas com o intuito de

¹⁶⁹ COSTA, Ana Maria - **Planejamento Familiar no Brasil**. Revista Bioética, Vol. 4, n. 2, p., 1996. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso em: 26 nov. 2020.

¹⁷⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Centro de Documentação do Ministério da Saúde. Assistência Integral à Saúde da Mulher: bases de ação programática. Brasília, DF, 1984, p. 13.

¹⁷¹ CRUZ, Eliana Alves - **O caso Janaína me lembrou que o Brasil já fez esterilização em massa – com apoio dos EUA**. The Intercept Brasil, 18 jul. 2018, p. 14. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>>. Acesso em: 23 set. 2020.

¹⁷² COSTA, Ana Maria. Planejamento Familiar no Brasil. **Revista Bioética**, Vol. 4, n. 2, p., 1996. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso em: 26 nov. 2020.

¹⁷³ BARROSO, Carmen - **Esterilização feminina: liberdade e opressão**. Revista de Saúde Pública, São Paulo, Vol. 18, n. 2, p.170-180. 1984. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101984000200009&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 29 ago. 2020.

esterilização posterior, provocava cirurgias desnecessárias, o que provocava nas mulheres a escolha entre a possibilidade de um parto normal ou de realizar uma laqueadura após um cesárea¹⁷⁴.

Frente a este contexto em que estava inserido o Brasil na década de 1980, após denúncias e estudos nos anos 1990, foi instaurada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para apurar a esterilização em massa no Brasil, que, em 1993, teve relatório aprovado apontando que 45% das brasileiras em idade reprodutiva, que encontravam-se em união estáveis, haviam sido laqueadas; sendo que um quinto delas tinham menos de vinte e cinco anos de idade, em uma ação de controle de natalidade em regiões mais pobres. Além disso, a proporção de mulheres negras era maior entre as esterilizadas¹⁷⁵.

O crescente uso da laqueadura tubária tem raízes fortes na prática médica e na exploração venal por médicos da alta demanda por contracepção em meio à falta de serviços de planejamento familiar atendendo mulheres de baixa renda¹⁷⁶.

Neste sentido, tanto Cruz¹⁷⁷ quanto Caetano¹⁷⁸ apontam que o uso exacerbado da esterilização era tido como prática recorrente, sem quaisquer informações repassadas as mulheres, ou seja, elas consentiam com a esterilização para controlar sua prole mas não tinham acesso pleno a informações acerca de todos os métodos de contracepção, o que fazia com que a esterilização fosse o método mais utilizado.

Dado esse contexto em que se encontrava o Brasil, e frente à necessidade de se estabelecer regras e condições para promoção da saúde reprodutiva visando coibir o uso desmedido e desinformado da esterilização em massa, criou-se o Projeto de Lei nº 209/1991.

A ementa do Projeto de Lei nº 209/1991 estabelece as regras e condições para o exercício dos direitos relacionados à saúde reprodutiva e evita o atual processo de

¹⁷⁴ COSTA, Ana Maria - **Planejamento Familiar no Brasil**. Revista Bioética, Vol. 4, n. 2, p., 1996. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso em: 26 nov. 2020.

¹⁷⁵ CRUZ, Eliana Alves - **O caso Janaína me lembrou que o Brasil já fez esterilização em massa – com apoio dos EUA**. The Intercept Brasil, 18 jul. 2018, p. 14. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>>. Acesso em: 23 set. 2020.

¹⁷⁶ CAETANO, André Junqueira - **Ascensão e queda da laqueadura tubária no Brasil? Uma avaliação das pesquisas de demografia e saúde de 1986, 1996 e 2006**. In: ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS, 17., 2010, [Caxambu, MG]. Anais [...]. [S.l.: s.n, 2010]. p. 1-17. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2323/2277>>. Acesso em: 22 out. 2020.

¹⁷⁷ CRUZ, Eliana Alves - **O caso Janaína me lembrou que o Brasil já fez esterilização em massa – com apoio dos EUA**. The Intercept Brasil, 18 jul. 2018, p. 14. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>>. Acesso em: 23 set. 2020.

¹⁷⁸ CAETANO, André Junqueira - **Ascensão e queda da laqueadura tubária no Brasil? Uma avaliação das pesquisas de demografia e saúde de 1986, 1996 e 2006**. In: ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS, 17., 2010, [Caxambu, MG]. Anais [...]. [S.l.: s.n, 2010]. p. 1-17. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2323/2277>>. Acesso em: 22 out. 2020.

esterilização às cegas da população brasileira e dá outras providências¹⁷⁹, sendo este aprovado com veto parcial do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso e transformando-se na Lei Ordinária nº 9.263/1996.

Portanto, a legislação é oriunda de uma necessidade e regular os direitos reprodutivos e se mostra necessário analisar sua regulamentação no Brasil.

2.6.2 Regulamentação da Lei do planejamento familiar

A família é um instituto que sofre desenvolvimentos de acordo com a época, sendo assim um fato sociológico. Luiz Edson Fachin aconselha no sentido de que: os profissionais da área do Direito, advogados, juízes, membros do Ministério Público, entre outros, devem estar preparados para uma abordagem aberta e interdisciplinar¹⁸⁰.

Tal instituto é visto como o alicerce da sociedade e sua existência atravessa séculos, podendo ser considerada uma das formações mais antigas. Entretanto, ao mesmo tempo, apesar de tão antiga, a família é completamente atual, visto que percorreu por várias mudanças em diferentes épocas, ajustando-se ao desenvolvimento social. Em cada momento histórico, novas necessidades, novos interesses e, conseqüentemente, uma peculiar estruturação familiar¹⁸¹.

Segundo César Fiuza, a noção de família é um instituto muito complexo, que apresenta variações conforme o povo e o momento histórico. O autor explica sobre a ideia de família para os nossos antepassados culturais e diz que a família era um corpo que ia muito além de pais e filhos. Sob a liderança do pai, a família era o conglomerado composto por sua esposa, filhos, filhas solteiras, noras, netos e outros descendentes, além de escravos e clientes. Filhas e netas casadas passam para o poder do marido ou padrasto, se ele estiver vivo. O paterfamilias era, portanto, o senhor absoluto da domus. Era o padre que presidia o culto aos ancestrais; era o juiz que julgava seus subordinados; era o administrador que dirigia os negócios da família¹⁸².

¹⁷⁹ JORGE, Eduardo - **Projeto de Lei n. 209, de 1991**. Estabelece normas e condições para o exercício dos direitos referentes a saúde reprodutiva e coíbe o atual processo de esterilização indiscriminada da população brasileira e determina outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 06 mar. 1991, p. 14. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173183>>. Acesso em: 29 set. 2020.

¹⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson - **Inovação e tradição do direito de família contemporâneo**. In: JUNIOR, Marcos Ehrhardt; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. (Org.) Leituras complementares de direito civil: direito das famílias. Salvador: Juspodivm, 2010. Cap. 1, p. 32 e 33.

¹⁸¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, WALSIR, Edson Rodrigues - **Direito Civil: famílias**. p. 1.

¹⁸² FIUZA, César - **Direito Civil: curso completo**. 17. ed. Belo Horizonte: Editora Revista dos Tribunais; Del Rey Editora, 2014, p. 1153.

O ordenamento jurídico brasileiro passou a prevê em sua estrutura o planejamento familiar com a Lei nº 9.263 no ano de 1996, de forma a complementar o que é regido no §7º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, a referida lei deixa alguns questionamentos no que tange seus dispositivos acerca da esterilização cirúrgica voluntária, que requerem esclarecimentos¹⁸³.

A criação dessa lei visa os cuidados que se deve ter com a família, no âmbito do planejamento familiar, que tem controle sobre a fecundidade e a saúde reprodutiva, buscando um controle basicamente direcionado em dois aspectos: a concepção e a contracepção. Além disso, procura trazer a conscientização da sociedade visando a formação de famílias de forma pensada, responsável e planejada.

Ocorre que nesta referida lei há a imposição de regras que limitam o exercício de direitos garantidos constitucionalmente e preceitos e garantias de da personalidade que restringe a liberdade individual na concepção. O objetivo do presente trabalho é justamente analisar algumas destas exigências que se referem ao consentimento expresso de ambos os cônjuges para a realização de cirurgias de esterilização voluntária, enquanto vigente a sociedade conjugal. Tal questionamento já foi apontado e está sendo contestado em âmbito do Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de constitucionalidade, a ADI 5.097.

Um dos objetivos da República, expresso no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal é construir uma sociedade livre, preservando uma interferência mínima estatal na autodeterminação do individual, oferecendo-o garantias e a facilitando. Porém, esse direito acaba por mitigar-se no artigo 10, da referida lei, que sujeita, principalmente a mulher, a requisitos para a realização de um procedimento que diz respeito ao seu corpo e suas decisões pessoais.

A importância da discussão do assunto é notória, pois o tema apresenta importância relevante tanto no aspecto jurídico, quanto no aspecto social, além de ser completamente atual. Muito se discute sobre direito ao próprio corpo e a crescente busca de liberdade e igualdade das mulheres na sociedade em que estamos inseridos. É cada vez maior a discussão sobre aborto e principalmente o aumento gradativo deste procedimento de maneira ilegal no território brasileiro e no mundo. A discussão e regulamentação deste tema pode vir a intervir nesse sentido, oferecendo a mulher maior informação e liberdade para a tomada de decisões que impactam em todos os aspectos de uma vida plena e com dignidade.

¹⁸³ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

A Lei nº 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar) impõe regras limitantes aos direitos previstos no art. 226, §7º, da Constituição Federal. Uma dessas limitações apresenta ideia central deste presente trabalho, que é o consentimento expresso de ambos os cônjuges para a esterilização cirúrgica, na vigência da sociedade conjugal, limitação essa ao direito de liberdade e de autonomia, que está sendo discutida atualmente por meio da ADI 5.097 no Supremo Tribunal Federal.

Conforme expressa Miriam Ventura, até o ano de 1979, o acesso aos insumos e meios de contracepção no Brasil dependiam de indicação médica, que deveria se vincular aos riscos que a gravidez traria a saúde daquela mulher, constituindo até mesmo tipificação penal para o acesso de contraceptivos por decisão livre da pessoa ou até mesmo do casal. A proibição do uso de substâncias ou processos destinados a evitar a gravidez foi revogado após a Lei Federal nº 6.734 de 1979. Já os métodos cirúrgicos contraceptivos, que são a laqueadura tubária e a vasectomia, continuam constituindo crime, caso realizado sem indicação médica atestada por dois profissionais e a autorização do cônjuge¹⁸⁴.

A trajetória da Lei de Planejamento Familiar tem como ponto de partida a abertura política e o processo de democratização do início de 1980, quando o tema passou a ser defendido dentro do contexto da saúde integral da mulher. O resultado foi o lançamento do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), lançado em 1983, que concebia a questão da saúde da mulher de forma integral, não se detendo exclusivamente às questões de concepção e contracepção. O PAISM se destinava a atender a saúde da mulher durante seu ciclo vital, não apenas durante a gravidez e lactação, dando atenção a todos os aspectos de sua saúde, incluindo prevenção de câncer, atenção ginecológica, planejamento familiar e tratamento para infertilidade, atenção pré-natal, diagnóstico e tratamento de Doenças Sexualmente Transmissíveis - DSTs, assim como de doenças ocupacionais e mentais. A noção “saúde integral da mulher”, no contexto do início dos anos 80, foi o conceito utilizado para articular os aspectos relacionados à reprodução biológica e social, dentro dos marcos da cidadania.¹⁸⁵

Também constitui um marco evolutivo a defesa do direito da pessoa ao planejamento familiar e o livre acesso a contraceptivos, onde foram aludidas denúncias relacionadas a ausência de alternativas do sistema público para o controle voluntário da fecundidade. Esses movimentos alegavam um elevado número de esterilizações femininas realizadas de forma

¹⁸⁴ VENTURA, Miriam – **Direitos reprodutivos no Brasil**. Brasília: UNFPA, 2009, p. 85.

¹⁸⁵ CORRÊA, Sonia; ÁVILA, Maria Betânia - **Direitos sexuais e reprodutivos**: pauta global e percursos brasileiros. In: BERQUÓ, Elza (Org.). *Sexo & vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2003. p. 17-78.

inadequada por instituições assistenciais dirigidas para a saúde da mulher. Todas essas manifestações acabaram por promover a inclusão do direito ao planejamento familiar na Constituição Federal e a abertura de uma Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI sobre o tema.

Essa CPI, instaurada pelo Poder Legislativo Federal confirmou que as mulheres se submetiam a esterilização cirúrgica, de forma inapropriada algumas vezes, por falta de opções disponíveis que fossem efetivamente seguras e reversíveis. Também foi constatado que o procedimento de laqueadura era comum durante a realização de cesárias, algumas vezes sem sequer o consentimento da mulher.

Posteriormente, a Pesquisa Nacional sobre Demografia e Saúde (PNDS), realizada no ano de 1996, confirmou que a alternativa mais utilizada pelas mulheres, seguida da pílula anticoncepcional e do preservativo, era mesmo a laqueadura tubária, realizada na grande maioria dos casos durante a cesárea¹⁸⁶.

Somente em 1996, foi regularizada a então vigente Lei Federal nº 9.263, visando assegurar o direito ao planejamento familiar, oferecendo ao cidadão o livre controle da sua fecundidade e o dever do Estado na promoção, orientação e acesso aos meios para esse controle. Desta forma, tornou-se o SUS (sistema único de saúde) o responsável por essa assistência, viabilizando o acesso aos métodos e as técnicas de contracepção, como faz alusão o artigo 3º, inciso I e o art. 9º, da referida lei.

Visto estes apontamentos históricos, a Lei Federal nº 9.263, de 1996, definiu planejamento familiar no art. 2º: “Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Não obstante o Planejamento Familiar ser apresentado na CRFB, o texto constitucional apenas aponta a existência de tal instituto e o apresenta de forma genérica, sem, contudo, regulamentá-lo. Para tanto, criou-se a Lei do Planejamento Familiar, de 12 de janeiro de 1996, para regulamentar o artigo 226, § 7º da CRFB, trazendo os apontamentos necessários sobre a prática do planejamento familiar e, ainda, da esterilização voluntária.

A Lei do Planejamento Familiar dispõe que o planejamento familiar é direito de todo cidadão e é entendido como conjunto de medidas de regulação da fecundidade que garantem direitos iguais para constituir, limitar ou aumentar o número de descendentes de mulheres,

¹⁸⁶ BRASIL, Ministério da Saúde, IBGE, BEMFAM, DHS, USAID, FNUAP, UNICEF. **Pesquisa Nacional sobre Demografia e Saúde**, 1996, ed. BEMFAM e Programa de Pesquisas de Demografia e Saúde (DHS), 2. ed. Rio de Janeiro, 1999.

homens ou casais¹⁸⁷.

A Lei nº 9263/96 traz uma série de condutas esperadas dos cidadãos e do poder público de modo a garantir a efetiva proteção do planejamento familiar, que se orientará por ações preventivas e educativas, com acesso isonômico a todas as informações existentes para a regulação da fecundidade, sendo promovido pelo Sistema Único de Saúde a capacitação para atendimento à saúde reprodutiva, de modo a garantir o livre exercício do planejamento familiar¹⁸⁸.

Portanto, a Lei nº 9263/96 inovou ao regular a efetiva proteção do planejamento familiar, ao passo que buscou conceder um atendimento mais especializado e consciente a quem busca amparo acerca do planejamento familiar, notadamente através do órgão responsável pelo atendimento.

2.6.3 Órgão competente para realizar o procedimento

Com a publicação da Lei nº 9.263/1996, ao Estado, por meio da rede pública de saúde, qual seja, o Sistema Único de Saúde, foi quem o legislador conferiu o poder para conscientizar, tanto hospitais, quanto os cidadãos, sobre o exercício do livre planejamento familiar, por meio de recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que respeitem a atenção à mulher, ao homem ou ao casal¹⁸⁹. Visando assegurar um atendimento capacitado e consciente aos cidadãos, é previsto ao Sistema Único de Saúde que realize a capacitação de recursos humanos a fim de garantir aos cidadãos um melhor atendimento quanto à saúde reprodutiva¹⁹⁰.

Frise-se que é competência da direção do Sistema Único de Saúde (SUS) estabelecer as normas gerais de planejamento familiar, bem como os mecanismos de fiscalização do

¹⁸⁷ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 14. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁸⁸ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 13. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 11. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 13. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

exercício desse direito, mas as ações de planejamento familiar deverão ser exercidas tanto por meio de instituições públicas quanto privadas, seguindo-se o padrão estabelecido pelo Sistema Único de Saúde, haja vista que a todos deverão ser garantidos tal direito, não podendo ser obrigatória a procura da rede pública se desejar utilizar de qualquer das ações do planejamento familiar¹⁹¹.

A Lei do planejamento familiar aponta que todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção, cientificamente aceitos, serão oferecidos, salvo se colocarem em risco à vida e saúde de outrem, garantindo a liberdade de opção¹⁹².

Assim, é permitida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros em ações e pesquisas de planejamento familiar, desde que autorizada, fiscalizada e controlada pelo órgão nacional de gestão do sistema único de saúde. Ao passo que as experiências com seres humanos que visem regular a fecundidade são controladas pelos SUS e deverão corresponder aos critérios estipulados pela Organização Mundial de Saúde¹⁹³.

Pelo exposto, verifica-se que a Lei nº 9.263/1996 veio para regulamentar o exercício do planejamento familiar, estabelecendo que a todos os cidadãos é garantido tal exercício, podendo se valer da rede pública ou privada para realizar procedimentos de esterilização ou fecundação, por exemplo, mas o órgão que tem o controle e responsável por estabelecer tais ações é o Sistema Único de Saúde¹⁹⁴.

2.6.4 Funções

O planejamento familiar, através da Lei nº 9.263/1996, veio para regular a fecundidade, seja para constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, vedado o uso do mesmo para controle demográfico¹⁹⁵.

¹⁹¹ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 14. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁹² BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 13. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 12. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 13. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em:

Especificamente, o planejamento familiar tem a função básica, segundo a Lei nº 9.263/1996 de prestar assistência à concepção e contracepção; ao atendimento pré-natal; a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; ao controle das doenças sexualmente transmissíveis; ao controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis¹⁹⁶.

Outra função do planejamento familiar advinda da Lei nº 9.263/1996 é de coibir a indução ou instigamento à prática da esterilização cirúrgica, pelo caráter irreversível que tem, razão pela qual só pode realizar a esterilização cirúrgica instituições que tem fornecimento de todos os meios de contracepção reversíveis¹⁹⁷.

Como se viu, um dos aspectos legais almejados pela Lei do planejamento familiar é o atendimento de qualidade, seguro, igualitário e informado a cada pessoa, a fim de evitar a esterilização desenfreada e sem informações ao indivíduo.

2.6.5 Quem pode realizar o procedimento

A partir do artigo 10, da Lei do Planejamento Familiar, tem-se as situações em que é permitida a esterilização voluntária no Brasil, indicando quais pessoas e em quais casos podem proceder à realização de tal procedimento, razão pela qual será apresentada pontualmente a fim de se conhecer cada um deles.

Inicialmente, podem realizar o procedimento de esterilização voluntária: homens e mulheres com capacidade civil plena, maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos¹⁹⁸.

Ressalta-se que deve ser observado um prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico para que, neste período, seja oportunizado à pessoa que tiver intenção de realizar o procedimento o acesso aos meios de regulação da fecundidade, que se dá através do auxílio prestado por equipe multidisciplinar e que visa desencorajar a esterilização imatura¹⁹⁹.

05 ago. 2020.

¹⁹⁶ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata

É permitida também a esterilização quando houver risco de vida ou para a saúde da mulher, ou do futuro conceito, de modo que o caminho correto é que tais riscos sejam relatados documentalmente por dois médicos através de um relatório, indicando que, de fato, a esterilização é o caminho aplicável ao caso²⁰⁰.

Frise-se que a Lei do planejamento familiar tem, por essência, a preconização da informação como mandamento, que pode ser observada ao longo de todo seu texto; prega pela informação acerca das possibilidades de prevenção por outros meios contraceptivos reversíveis e outros caminhos para controle da prole e sempre que pode enfatiza que o poder público e o privado devem conscientizar as pessoas para que escolham outros métodos contraceptivos, numa clara tentativa de desestimular a esterilização como método contraceptivo.

O § 1º, do artigo 10, da Lei do Planejamento Familiar, esclarece que, para se realizar a esterilização voluntária, a manifestação de vontade deve ser expressa e registrada por meio de documento escrito e, ainda, com firma reconhecida, o que demanda custos com cartório, ao passo que no parágrafo 3º, do mesmo artigo § 3º, essa manifestação de vontade não se aplica – claramente porque pode haver arrependimento posterior não passível de reversão, pelo caráter irreversível do procedimento de esterilização voluntária – caso haja algumas mudanças na capacidade de discernir devido à influência do álcool, drogas, estados emocionais alterados ou deficiência mental temporária ou permanente²⁰¹.

Tanto há a necessidade da capacidade civil para a realização da esterilização voluntária que esta não pode ser realizada em pessoas absolutamente incapazes sem autorização judicial²⁰² e não pode ser realizada durante o parto ou um aborto, salvo necessidade devidamente comprovada, o que corrobora que a necessidade e obrigatoriedade de efetiva consciência das implicações do procedimento para que, de fato, se realize o mesmo²⁰³.

Frise-se, ainda, que a esterilização voluntária pode ser realizada apenas por meio de laqueadura, vasectomia ou algum outro método contraceptivo cientificamente aceito, desde que não seja realizada a histerectomia (procedimento cirúrgico de remoção do útero como

do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p .12. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

²⁰⁰ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p .12. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

²⁰¹ Idem.

²⁰² Artigo 10, § 6º da Lei n. 9263/1996.

²⁰³ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 13. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

tratamento de saúde afeto ao sistema reprodutor) e ooforectomia (remoção de um ou dois ovários), já que estes dois são vedados²⁰⁴.

Objeto de demandas no Supremo Tribunal Federal, dentre elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5911 proposta pelo Partido Socialista Brasileiro²⁰⁵, para acabar com a exigência de autorização do cônjuge para realizar o procedimento sob a alegação de que fere direitos constitucionais como por exemplo a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a liberdade e o planejamento familiar, além de outros direitos sexuais e reprodutivos existentes²⁰⁶.

Tal arguição se dá porque, pela Lei nº 9.263/96, há a necessidade, para além da manifestação expressa de quem deseja realizar o procedimento, de que o cônjuge também autorize expressamente a realização da esterilização, quando há a constância da sociedade conjugal²⁰⁷.

Justificada na exposição de motivos para aprovação da Lei do planejamento familiar, que conforme exposto neste capítulo, precedeu uma fase de esterilizações realizadas sem critérios no Brasil, com incentivo à prática cirúrgica, de modo que esta lei veda haver o induzimento ou instigação à esterilização voluntária²⁰⁸. Da leitura do artigo 10, juntamente com seus incisos e parágrafos, da Lei nº 9.263/1996, explanados acima, verifica-se que a esterilização voluntária não está disponível para todas as pessoas civilmente capazes e que queiram realizar o procedimento por depender questões para além do exercício da autonomia da vontade, de modo que àqueles que desejam realizar a esterilização, mas não se enquadram nas características exigidas pela Lei do Planejamento Familiar, restam-lhes optarem por métodos contraceptivos que não o cirúrgico, de caráter reversível, que é claramente objetivado por essa lei ao expor que na procura pelo procedimento cirúrgico a equipe

²⁰⁴ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

²⁰⁵ Informação retirada do site do **Supremo Tribunal Federal**, publicado na data de 16 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375595>>.

²⁰⁶ FERNANDES, Marcella - **Autorização de marido para mulher fazer laqueadura podem enfim cair**. Huffpost, 17 abr. 2018, p. 43. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/04/17/acao-do-psb-no-stf-pode-acabar-com-autorizacao-do-marido-para-laqueadura_a_23413607/>. Acesso em: 30 set. 2020.

²⁰⁷ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 13. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

²⁰⁸ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 14. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

multidisciplinar deverá aconselhar o cidadão para que ele não realize a esterilização²⁰⁹.

Lado outro, em alguns casos, ainda que haja o preenchimento dos requisitos objetivos, que são aqueles especificados na Lei nº 9.263/1996, as pessoas que querem realizar o procedimento ainda precisam preencher os requisitos subjetivos, que é passar pelo crivo da equipe multidisciplinar, geralmente composta por psicólogos (as), assistentes sociais, médicos (as), conforme artigo 10, I, da Lei 9.263/96, sem prejuízo das reuniões nos grupos de reflexão, por isso a exigência de lapso temporal de sessenta dias inserida no serviços de regulação da fecundidade²¹⁰.

Previstas as hipóteses em que o Estado, por meio da Lei do planejamento familiar permite a realização da esterilização voluntária, nos casos de não observância dos requisitos e procedimentos para se realizar tal procedimento, aplica-se a ideia de Kelsen de que para toda regra, há uma sanção. Neste diapasão, não observar o artigo 10, da Lei nº 9.263/1996 para a realização da esterilização, constitui crime²¹¹ com causa de aumento se realizada sem observância das hipóteses previstas no parágrafo 2º²¹², parágrafo 3º²¹³, parágrafo 4º²¹⁴, parágrafo 6º²¹⁵ e por último, realizado por meio de cesárea indicada exclusivamente para que se realize o procedimento esterilizatório²¹⁶.

Ocorre que, ainda que a Lei nº 9.263/96 tenha inovado no sentido de buscar efetivar direitos e garantias constitucionais no que se refere ao planejamento familiar, ainda existe uma parcela da população que não é abarcada por esta Lei, pois não se enquadram nos requisitos expostos durante este capítulo, o que gera um problema social, qual seja, o cerceamento de direitos constitucionais como a autonomia da vontade, a dignidade da pessoal humana, entre outros.

²⁰⁹ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 15. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Com pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave. (redação dada pelo artigo 15 da Lei nº 9263/1996.

²¹² Durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 da Lei nº 9263/1996.

²¹³ 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.

²¹⁴ Através de histerectomia e ooforectomia.

²¹⁵ Em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial.

²¹⁶ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 15. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

2.7 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS AFETOS AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Para iniciar, necessário é um breve apontamento sobre os direitos fundamentais e, vale explicar que para José Emílio Medauar Ommati, os direitos fundamentais são valores, não estão em conflito e são absolutos²¹⁷.

Ainda segundo o autor José Emílio Medauar Ommati, os direitos fundamentais só podem ser assim considerados sob uma perspectiva absoluta, porque se não o for, haveria uma limitação ao gozo desses direitos fundamentais e isso é incompatível com o que preceitua esses próprios direitos, bem como porque não devem ser aplicados eventualmente, por meio da proporcionalidade, pois abriria brecha para decisões judiciais passíveis de serem arbitrárias²¹⁸.

Antes de se apresentar quais são os princípios afetos ao planejamento familiar, é de suma importância apresentar o que são os princípios e para que servem, bem como a sua normatividade no ordenamento jurídico brasileiro, entre outros.

Inicialmente, é importante esclarecer que existem princípios constitucionais e princípios gerais do direito, mas não podem ser confundidos porque estes são utilizados em momentos de lacunas, subsidiariamente aplicáveis quando não há norma sobre determinado assunto e aqueles estão no cume do sistema jurídico²¹⁹.

Os princípios desempenham três papéis, segundo Luís Roberto Barroso: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete²²⁰. Assim, para Luís Roberto Barroso, os princípios podem ou não estar explícitos na Constituição Federal, mas expressam os valores que existem no ordenamento jurídico através do reflexo dos ideais da sociedade e suas finalidades²²¹.

Os princípios conferem unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e amenizando as tensões normativas. Em parte, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve ser pautada pela identificação do princípio maior que rege o tema estudado, indo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra. regra concreta que vai reger as espécies²²².

²¹⁷ OMMATI, José Emílio Medauar - **Uma teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 47.

²¹⁸ OMMATI, José Emílio Medauar - *Op. cit.*, p. 47.

²¹⁹ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 392.

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. p. 329.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto - *Op. cit.*, p. 329

²²² BARROSO, Luís Roberto - *Op. cit.*, p. 329

Assim, tem-se que os princípios se prestam a uma finalidade dentro de um ordenamento jurídico, e sua importância se revela na medida em que tem funções específicas.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, em que prevalece a legalidade substantiva, os princípios servem como parâmetro normativo para avaliar a validade de todas as normas jurídicas, ocasionando a inconstitucionalidade de todos os dispositivos que lhes sejam contrários²²³.

Deste modo, é notório que os princípios desempenham papel fundamental dentro de um ordenamento jurídico por ser uma representação de justiça. Denominado “princípio” um padrão que deve ser observado porque é uma demanda por justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade²²⁴.

Tornaram-se essenciais para a aproximação do ideal de justiça, não tendo força exclusivamente adicional. Adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo, formando uma base axiológica e abandonando o estado de virtualidade em que sempre foram relegados²²⁵.

Cumpra esclarecer que os princípios alcançaram o *status* de norma jurídica e então passaram a ter eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata, de modo que as normas constitucionais são separadas em princípios e regras sem, contudo, haver hierarquia entre eles, embora possam ter utilidades distintas²²⁶.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é lógica por natureza. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares específicas, mas diferem na natureza do conselho que oferecem. As regras se aplicam tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estabelece, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida e, neste caso, não contribui para a decisão. Os princípios têm uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se cruzam, quem resolve o conflito deve levar em conta a força relativa de cada um²²⁷.

Verifica-se, então, que as normas são aplicadas através da subsunção, enquanto os princípios são aplicados através da ponderação e isso se mostra mais claramente quando há conflito entre leis, pois aí se verifica a hierarquia, a cronologia e a especialidade para determinar qual se usa, mas quando se trata de conflitos entre princípios constitucionais, há

²²³ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 29.

²²⁴ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**. p. 36.

²²⁵ DIAS, Maria Berenice - *Op. cit.*, p. 39.

²²⁶ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. p. 329.

²²⁷ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**. p. 41-42.

que se verificar a ponderação para saber o peso que cada um tem²²⁸.

Frise-se que deve haver uma determinação do que pode ser objeto de ponderação e em que medida. Assim, o fato de haver a aplicação de princípios não significa que as regras foram deixadas de lado, mas deve o ordenamento jurídico fazer a distribuição balanceada entre princípios e regras²²⁹. Deste modo, os princípios assumem papel essencial de se fazer justiça e garantir que a todos seja dada a mesma importância na hora de se decidir uma situação.

Ao tratar sobre a tese dos direitos por meio dos princípios e políticas, verifica-se que Ronald Dworkin traz relevante diferenciação entre argumentos de princípio e argumentos de política. Segundo o autor, argumentos políticos justificam uma decisão política, mostrando que a decisão promove ou protege um objetivo coletivo da comunidade como um todo. Argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante o direito de um indivíduo ou grupo²³⁰.

Portanto, com base em Ronald Dworkin, entendo que os direitos fundamentais são princípios ou argumentos de princípio, e os juízes devem sempre decidir os casos que lhes são submetidos com base em princípios, a fim de fazer valer os direitos de cidadãos. Nessa perspectiva, as políticas ou argumentos políticos servem para concretizar os princípios e direitos fundamentais²³¹.

Os princípios são considerados universais e servem para definir regras em que a sociedade civil irá seguir, não sendo passível de contestação²³².

Ainda neste campo das funções dos princípios, tem-se que: princípios são mais do que regras. Eles estabelecem diretrizes gerais sob as quais todas as regras devem se basear. Os princípios também podem ser entendidos como regras básicas, verdades fundamentais ou mesmo mandamentos para otimizar o material. Estão presentes na Constituição, que tem grande carga principiológica, estabelecendo os pontos mais fundamentais do direito, bem como em diversas outras leis, que identificam os princípios inerentes à natureza do seu domínio²³³.

Neste sentido, os princípios atuam mais fortemente nos casos judiciais mais difíceis e

²²⁸ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 329.

²²⁹ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 329.

²³⁰ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**. p. 129.

²³¹ OMMATI, José Emílio Medauar - **Uma teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 41.

²³² MENDES, Jerônimo - **O que são princípios, valores e virtudes?** p. 34. Disponível em: <<https://www.jeronimomendes.com.br/principios-valores-e-virtudes/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

²³³ FUNÇÕES dos princípios. **Trilhante**, c2019. [aulas do curso Princípios do Direito do Trabalho]. Disponível em: <<https://www.trilhante.com.br/curso/principios-do-direito-do-trabalho/aula/funcoes-dos-principios>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

em casos como esses, os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões sobre direitos e obrigações legais particulares²³⁴.

Verifica-se que os princípios tem papel elementar na realização do exercício dos direitos fundamentais, devendo buscar atender, da melhor forma, o caso concreto, sem abandonar o fato de que em algumas situações, uma regra não aplicará um princípio. Em outros, um princípio pode prejudicar o impacto de uma regra²³⁵.

Por muito tempo, a compreensão do direito se dava através da subsunção, ou seja, havia uma norma (premissa maior) e os fatos (premissa menor), assim, a premissa maior era aplicada à premissa menor, sendo que, com os princípios se ampliando, verificou-se que a subsunção não estava mais sendo capaz de cuidar dessa situação, de modo que passou-se à razoabilidade ou proporcionalidade²³⁶.

Neste sentido, cumpre esclarecer que a razoabilidade ou a proporcionalidade é uma forma de garantia da proteção dos direitos fundamentais, uma vez que são flexíveis ao ponto de aceitarem que haja um poder discricionário do magistrado com o fim de atender melhor o caso concreto²³⁷.

Melhor explanando a razoabilidade, este princípio será invocado e causará a invalidação de atos legislativos e administrativos quando, nas palavras de Luís Roberto Barroso: a) não há correspondência entre o fim perseguido e o instrumento utilizado (aptidão); b) a medida não é exigida ou necessária, havendo um meio alternativo, menos restritivo, de se chegar ao mesmo resultado (necessidade/tamponamento do excedente); c) não há proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é mais importante do que o que se ganha²³⁸.

Os princípios constitucionais tidos como materiais são os visam ao seu destaque e abrangência no mundo com o objetivo de determinar o sentido das normas²³⁹. Assim, se classificam em fundamentais, gerais e setoriais. Os fundamentais são vinculantes e tratam tanto de organização política do Estado quanto os objetivos fundamentais da república; os gerais são discriminações dos fundamentais; já os setoriais são aqueles que dispõem sobre determinado assunto, como por exemplo a Administração Pública, tributação, ordem

²³⁴ DWORCKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**. p. 46.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 333.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto - *Op. cit.*, p. 333.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto - *Op. cit.*, p. 333.

²³⁸ BARROSO, Luís Roberto - *Op. cit.*, p. 335.

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto - *Op. cit.*, p. 387.

econômica, dentre outros²⁴⁰.

Em suma, os princípios podem ter eficácia interpretativa que subordina a aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico aos valores e objetivos nele contidos²⁴¹, e a negativa, o que paralisa a incidência de qualquer regra incompatível com eles²⁴².

Diante de tais considerações, mostra-se necessária a explanação dos princípios intrínsecos ao planejamento familiar, bem como a sua definição e importância, conforme a seguir elencados.

2.7.1 Princípio da liberdade e da autonomia da vontade

Para se falar em liberdade, inicialmente, é necessário destacar que ela está intimamente ligada à igualdade, pois se complementam, já que não é possível existir liberdade sem igualdade entre todas as pessoas, bem como não é possível falar em igualdade se todos não são livres, ou seja, se houve uma violação da liberdade²⁴³.

Liberdade, ao contrário do que se pode achar, não significa fazer o que se quer sem nenhuma restrição, mas que seja exercida com responsabilidade, respeito mútuo e consideração ao outro também sujeito de direitos²⁴⁴.

Neste sentido, Maria Berenice Dias esclarece que só é possível falar em liberdade se houver, na mesma proporção, igualdade, de modo que o papel do direito é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual²⁴⁵.

Segundo o dicionário da língua portuguesa AURÉLIO²⁴⁶, tem-se que liberdade é a faculdade de cada um decidir ou agir de acordo com sua própria determinação: sua liberdade, ninguém era estúpido. Poder de agir, dentro de uma sociedade organizada, de acordo com a própria determinação, dentro de limites.

Sobre o uso dos direitos concedidos à uma pessoa, Ronald Dworkin aponta que se uma pessoa tem direito a algo, então o governo está errado em negar-lhe esse direito, mesmo que seja do interesse público fazê-lo²⁴⁷.

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto - **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. p. 387.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto - *Op. cit.*, p. 387.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto - *Op. cit.*, p. 387.

²⁴³ OMMATI, José Emílio Medauar - **Uma teoria dos direitos fundamentais**. p. 41.

²⁴⁴ OMMATI, José Emílio Medauar - *Op. cit.*, p. 41.

²⁴⁵ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 46.

²⁴⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - **Mini Aurélio Escolar Século XXI**: o minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2003, p. 1028.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald - **Levando os direitos a sério**. p. 414.

Neste sentido, considerando a existência de requisitos para o exercício do planejamento familiar no tocante à esterilização voluntária, e que aparentemente, esses requisitos limitam o exercício do direito à liberdade e à autonomia da vontade, necessário é deslindar sobre o princípio constitucional da liberdade, tido como inviolável e garantido a todos²⁴⁸.

Sobre liberdade, dentre outras coisas, tem-se ela como o fundamento constitucional da autonomia privada, apresentada como um dos principais atributos do ser humano²⁴⁹.

Por essa razão, a garantia do exercício da liberdade deve se dar pelo Estado enquanto legitimado para tanto, a fim de que cada indivíduo possa usufruir dessa liberdade, exercendo-a por meio da autonomia da vontade, conforme salienta Heloísa Helena Barboza ao dizer que a autonomia da vontade é uma expressão de liberdade e só deve ser limitada em face de tais demandas²⁵⁰. A liberdade é um direito substancial, do ser humano e indivisível por meio da personalidade jurídica, lhe sendo garantido a autodeterminação e escolha livre das opções e circunstâncias que agregam sentido à sua existência²⁵¹. Para Moraes²⁵² a liberdade nada mais é que poder fazer suas próprias escolhas individuais, sem interferência de qualquer espécie, exercendo-as como bem entender.

Corroborando a ideia de Maria Celina Bodin de Moraes no tocante à liberdade de escolha e, ainda, sob a ótica de um planejamento familiar livre, tem-se em Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenthal²⁵³ que é certo que cada um tem liberdade existencial para escolher a entidade familiar que melhor cumpre as suas funções individuais.

Já no âmbito familiar, Maria Berenice Dias aponta que a liberdade surgiu e foi responsável por inserir uma nova roupagem na chamada autoridade parental, de modo que se passou a ter mais solidariedade e igualdade de tratamento entre os entes familiares²⁵⁴.

²⁴⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019], p. 13. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2020.

²⁴⁹ TARTUCE, Flávio - **Direito civil**: direito de família. Vol. 5, p. 50.

²⁵⁰ BARBOZA, Heloísa Helena - **A Autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil**. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Bioética e Direitos da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. cap. 3, p. 54.

²⁵¹ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 32.

²⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de - **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil - constitucional dos danos morais. p. 107.

²⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 110

²⁵⁴ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 392.

Lado outro, caminhando paralelamente à liberdade, tem-se o princípio da autonomia da vontade, que é o fato do indivíduo poder agir segundo a sua vontade, ou seja, verifica-se que é uma consequência do fato de ser livre, possuir liberdade²⁵⁵.

A autonomia da vontade traz na bagagem a questão do íntimo, do que a própria palavra esclarece, ou seja, ressaltar o valor da vontade individual, o fato de ter a mesma prevalência sobre as demais pessoas quando se pensa na vida privada, pois como este princípio está inserido no âmbito da vida privada, é de suma importância poder desenvolver-se pessoalmente, de maneira autônoma, com a possibilidade de relacionar-se da forma e com quem entender²⁵⁶.

Pode-se dizer que, segundo Cristiano Chaves de Farias; Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, este princípio foi o que mais passou por alterações no ordenamento jurídico brasileiro, conforme a sociedade foi se desenvolvendo. Ainda assim, tem seu concreto e absoluto valor, mas ele começou a se explicar sempre de seus limites, de onde poderia ir²⁵⁷.

Por fim, digamos que há quem diferencia terminologicamente a autonomia da vontade da autonomia privada. Diz-se que o primeiro ficaria ultrapassado, como símbolo do individualismo dos séculos passados, enquanto o segundo - a autonomia privada - refletiria a função social dos contratos. Nesse sentido, a autonomia da vontade seria entendida como o modelo teórico próprio do liberalismo, quando há superdimensionamento da autonomia da vontade, quando há pouca ou nenhuma realização dos princípios constitucionais. A autonomia da vontade também expressa a ideia de vontade psicológica interna²⁵⁸.

É fundamental garantir aos indivíduos a possibilidade de exercerem as mesmas liberdades e o mesmo nível de proteção jurídica. Só quando há igualdade de oportunidade e fiscalização é que se assegura um espaço objetivamente favorável ao livre desenvolvimento da personalidade e, com isso, ao exercício da autonomia privada ao máximo²⁵⁹.

A efetividade do exercício do direito à privacidade é determinante para o exercício da autonomia pessoal no que se refere à tomada de decisões relevantes para a qualidade de vida

²⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito civil**. p. 110.

²⁵⁶ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 32.

²⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 136.

²⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - *Op. cit.*, p. 137.

²⁵⁹ FERREIRA, Pedro Henrique Menezes - **Autodeterminação terapêutica**: novos caminhos para a efetiva tutela da saúde?. 2018. 186 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Cap. 4, p. 106.

de cada indivíduo. A privacidade inclui a maneira como o indivíduo se vê e como decide se projetar na sociedade, sendo condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade²⁶⁰.

Aponta Maria Berenice Dias que mesmo que o Estado tenha interesse em preservar a família, vale a pena considerar se ele tem legitimidade para invadir o halo de privacidade e intimidade²⁶¹. Portanto, nas palavras de Flávio Tartuce, a base constitucional da autonomia privada é a liberdade, um dos principais atributos do ser humano²⁶².

Verifica-se, pelo exposto, que a autonomia da vontade está intimamente ligada a liberdade, de modo que ter autonomia é um reflexo do fato de se ser livre, ter o poder de escolha e decisão da própria vida, como uma forma de promoção da dignidade da pessoa humana.

2.7.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana revela-se no sentido de que toda vida humana tem valor e, portanto, deve ser respeitada, não podendo sofrer nenhuma violação, para que se viva bem, sem prejuízo do fato de que a dignidade humana pressupõe responsabilidade individual no desenvolvimento de projetos de felicidade²⁶³. A dignidade humana é um vetor que lança luz sobre soluções²⁶⁴.

Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000), e, ainda, toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, não podendo, ninguém, ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação²⁶⁵.

Deste modo, é que a seguir será apresentado o princípio da dignidade da pessoa humana, cuja função é criar as condições que permitam o pleno exercício da personalidade

²⁶⁰ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 68.

²⁶¹ DIAS, Maria Berenice – **Manual de direito das famílias**. p. 31.

²⁶² TARTUCE, Flávio - **Direito Civil – direito de família**. Vol. 5. p. 50.

²⁶³ OMMATI, José Emílio Medauf. p. 89.

²⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 277.

²⁶⁵ BRASIL. **Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992, p. 13. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 06 ago. 2020.

humana²⁶⁶.

Segundo Dias²⁶⁷, a dignidade da pessoa humana é o princípio mais universal que existe, pois é através dele que advém os princípios da liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade. Por fim, destaca que é o maior fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo tal princípio consagrado como valor nuclear da ordem constitucional.

A dignidade da pessoa humana visa garantir dois aspectos: o de promoção e o de proteção, este entendido como garantia aos cidadãos de receberem um tratamento digno, zelando pela integridade física e psicológica de cada ser dentro de sua individualidade; aquele entendido como responsável por possibilitar a realização plena da vida por meio da liberdade, (res)significando sua existência.²⁶⁸.

O ser humano é extremamente complexo, e para muitos é importante não só como vivem, mas também o quão bem as pessoas vão se lembrar da vida desse sujeito. Mais uma vez, a dignidade da pessoa humana requer não só o respeito pela vida biológica, mas também pela vida biográfica²⁶⁹.

A vida está para além do fator biológico estar vivo, pois ela é composta por realizações pessoais, sentimentos que fazem com que o indivíduo seja feliz, potencializado, e para isso se mostra extremamente necessária que a dignidade humana seja resguardada previamente, porque é através dela que os sujeitos se realizam, conforme salienta Cristiano Chaves de Farias; Felipe Braga Netto; Nelson Rosenvald²⁷⁰, referente aos valores da dignidade só estão realmente protegidos se forem preventivamente, e não de forma repressiva e imperfeita.

Fazendo a ligação do direito das famílias com os direitos humanos, Maria Berenice Dias aponta que estes estão interligados, feito cordão umbilical, e que os direitos humanos tem em seu âmago a dignidade da pessoa humana²⁷¹.

A dignidade humana, como princípio normativo, projeta múltiplas dimensões horizontais e verticais, de direito público e privado, impondo não só abstenções (para não violar a dignidade), mas também, cada vez mais, ações (no sentido de promovê-lo). A

²⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 889.

²⁶⁷ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 44.

²⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 889.

²⁶⁹ OMMATI, José Emílio Medauar - **Uma teoria dos direitos fundamentais**. p. 98.

²⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 199.

²⁷¹ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. p. 392.

dignidade é protetora e promocional. É protetora no sentido de garantir um tratamento respeitável e não degradante para cada ser humano, ao mesmo tempo que protege sua integridade psicofísica. É promocional no sentido de permitir que a pessoa adquira condições de vida e projete o rumo que deseja em sua existência²⁷². Assim, a dignidade humana se apresenta em toda a sociedade, para seus componentes, através de sua promoção, que é feita através do Estado e da proteção a todo ser humano.

2.7.3 Princípio da intervenção mínima do estado nas relações familiares (o direito das famílias mínimo)

Acentuado pelo artigo 226, § 7º, da CRFB²⁷³, que dispõe sobre a liberdade garantida ao casal no que tange ao planejamento familiar, bem como no artigo 1.513, do Código Civil brasileiro (2002), que diz que é proibido a qualquer pessoa, pública ou privada, interferir na comunhão de vida estabelecida pela família.

Nota-se que a *mens legis* buscou resguardar a família, tida como a base da sociedade²⁷⁴, por meio da intervenção mínima, salvaguardando a autonomia privada²⁷⁵.

Buscou-se, ainda, fazer com que a família deixasse de ser o modelo formal e estático que era para que seja um meio de promoção da pluralidade, da dignidade, solidariedade e afetividade²⁷⁶.

Neste sentido, estabelecer requisitos para a esterilização voluntária, demonstra uma atuação direta do Estado na esfera privada de cada indivíduo.

Faz-se necessário, então, questionar a medida da intervenção pública em um campo privado, porque, conforme se depreende da leitura de Cristiano Chaves de Farias; Felipe Braga Netto; Nelson Rosenvald, esta ação do Estado no âmbito das famílias deve ser pautada

²⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 199.

²⁷³ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b], p. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020

²⁷⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019a], p. 10. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

²⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de direito civil**. p. 23.

²⁷⁶ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 17.

pelo respeito à dignidade das pessoas, não sendo possível impor comportamentos que violem a liberdade de autodeterminação humana²⁷⁷.

Neste sentido, estabelecer requisitos para a esterilização voluntária demonstra uma atuação direta do Estado na esfera privada de cada indivíduo.

2.8 A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

No capítulo anterior, foram apresentados apontamentos sobre a historicidade do direito ao planejamento familiar, assim como suas mudanças históricas a partir das necessidades sociais e as consequências atuais da lei vigente desde a década de 90, além das mudanças que a sociedade sofreu durante a sua evolução. Desta forma, é de suma importância compreender também como essas regulamentações afetam o direito fundamentais e da personalidade que efetivam a dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade constituem um ponto de convergência entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, não mais havendo distinção rígida entre Direito Público e Direito Privado, nesse caso. Para que se obtenha tutela pública, os direitos de personalidade devem ser reconhecidos como direitos fundamentais a serem tutelados pela Carta Magna²⁷⁸.

Neste tópico, será proposta a análise dos direitos de personalidade, objetivando uma análise específica do seu caráter fundamental, previstos na esfera constitucional e na legislação cível.

O ideal de justiça se relaciona aos direitos naturais, os quais são inerentes ao homem, pois derivam da condição humana, de modo que são anteriores ao Estado e não podem ser derogados por ele, são direitos abstratos e universais de todos, além de imprescritíveis e inalienáveis, não escampam da natureza humana²⁷⁹.

Outrossim, os direitos podem ser classificados em civis, políticos e sociais. Os primeiros são os que dizem respeito à personalidade do indivíduo (liberdade pessoal, de pensamento, de religião, de reunião e de liberdade econômica), através dos quais lhe é garantida uma esfera de discricção e piolhos, desde que seu comportamento não viola os direitos dos outros. Os direitos civis obrigam o Estado a agir sem impedimentos, a se abster.

²⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de direito civil**. p. 1696.

²⁷⁸ BORCAT, Juliana C; ALVES, Alinne C - **Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e manifestação da dignidade**. Instituição Toledo de Ensino – ITE. Marília. Univem. 2013, p. 20.

²⁷⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner - **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. p. 20.

Os direitos políticos (liberdade de associação partidária, direitos eleitorais) estão ligados à formação de um Estado democrático representativo e implicam a liberdade ativa, a participação dos cidadãos na determinação dos objetivos políticos do Estado. Os direitos sociais (direito ao trabalho, à assistência, aos estudos, à proteção à saúde, à liberdade da pobreza e do medo), amadurecidos pelas novas demandas da sociedade industrial, implicam, por outro lado, comportamento ativo do Estado para garantir aos cidadãos uma situação de certeza²⁸⁰.

2.8.1 Direitos da personalidade

O Código Civil de 2002, diferentemente do Código de 1916, empregou um capítulo inteiro aos direitos da personalidade. Como não há uma definição taxativa no CC atual sobre o conceito e sobre seus objetos, cabe à doutrina apresentar essa variável infundável de concepções²⁸¹.

A pessoa humana, além de ter seu patrimônio protegido, também deve ter sua essência resguardada. A legislação civil modificou-se axiologicamente, deixando de possuir um caráter totalmente patrimonialista e adequando-se ao estilo da CF, que se preocupou com o ser humano enquanto indivíduo, através da instituição do princípio norteador de toda legislação: a dignidade da pessoa humana²⁸².

Os direitos da personalidade, por não possuírem conteúdo econômico imediato e não se distinguem da pessoa do seu titular, distinguem-se dos direitos de participação. São inerentes à pessoa humana, estando perpetuamente ligados a ela. Sua existência é proclamada pela lei natural. Entre outras coisas, são liberados o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra²⁸³.

Embora não positivadas, certas prerrogativas individuais sempre foram reconhecidas e tratadas pelo ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência. Os direitos da personalidade são considerados inalienáveis, não podendo ser comercializados e merecem de proteção legal. Além de invioláveis, intransmissíveis e irrenunciáveis.

Após breve explanação sobre as características desses direitos, é necessário apontar a classificação, pela doutrina quanto aos direitos da personalidade. Após inúmeros estudos

²⁸⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco - **Dicionário de política**. Vol. 1, 11. ed., Brasília: Editora UnB, 1998, p. 354.

²⁸¹ ZANINI, Leonardo E. de A - **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. p. 7.

²⁸² GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo curso de Direito Civil**: abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil. Vol. 1: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

²⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro**. Vol. 1 : parte geral. p. 15.

sobre o tema, pode-se classificá-los em três categorias: direitos físicos, psíquicos e morais.²⁸⁴

Segundo o autor, os direitos físicos dizem respeito a composição corpórea do indivíduo, destacando-se os recursos físicos, que são extrínsecos aos direitos da personalidade. Já os psíquicos são voltados a interioridade e subjetividade do indivíduo, abrangendo os sentimentos, a inteligência e as decisões. Por fim, os direitos morais, que estão voltados ao meio social, englobando seu valor na sociedade, considerando os aspectos e projeções que são feitas no convívio social.

Essa classificação também é adotada por Gagliano e Pamplona Filho, que reforçam ser baseada na tricotomia corpo/mente/espírito. Considerando que esses pontos são ressaltados ao direito da personalidade, mas o rol não se delimita a ele, sendo que há uma constante evolução quanto a proteção dos valores dos direitos fundamentais, que são inesgotáveis²⁸⁵.

O código civil refere-se aos direitos da personalidade em um capítulo disciplinando os atos de disposição do próprio corpo, nos artigos 13 e 14, o direito a não submissão ao tratamento médico de risco presente no art. 15, o direito ao nome e ao pseudônimo, art. 16 a 19, a proteção a palavra e a imagem no art. 20 e a proteção a intimidade expressa no art. 21.

O direito à vida possuiu uma maior supremacia entre os demais, uma vez que é dele que emanam os demais.

Não há qualquer distinção quanto à forma em que dá início à vida, seja ela natural ou artificial, *in vitro* ou inseminação artificial. É um direito indisponível, uma vez que se deve analisá-lo sob a ótica de um direito à vida e não sobre ela. Também resta ineficaz qualquer declaração de vontade do seu titular no sentido de cerceamento desse direito, eis que a vida, mesmo com o consentimento é inextinguível, seja por si ou por outrem. O indivíduo não vive apenas para si, mas para cumprir função própria da sociedade.²⁸⁶

2.8.1.1 Dos atos de disposição do próprio corpo

O direito ao próprio corpo ou à integridade física está atrelado ao direito à vida, desta forma dispõe o artigo 13, do Código Civil de 2002. O art. 13 diz que 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.

Esse artigo, ao mesmo passo que afirma o caráter irrenunciável do direito à integridade

²⁸⁴ BITTAR, Carlos A - **Os direitos da personalidade**. p. 13.

²⁸⁵ GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo curso de Direito Civil**: abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil. Vol. 1. Parte Geral. p. 17.

²⁸⁶ BITTAR, Carlos A - **Os direitos da personalidade**. p. 14.

física, acaba por relativizar tal característica no momento em que dispõe sobre atos de disposição do corpo para fins de transplante, e dá a lei a capacidade de autorização que possibilite a renúncia aos direitos da personalidade.

Fabio Ulhôa Coelho dispõe que a esterilização voluntária é uma forma de exercer direitos sobre o corpo. O ordenamento jurídico reconhece como legítimo o interesse da pessoa em tratar separadamente, em seu corpo, duas dimensões da função sexual: a reprodução da espécie e o prazer; mais precisamente, o interesse de tratar essas dimensões separadamente, a fim de neutralizar uma e otimizar a outra. Qualquer pessoa que queira desfrutar do prazer sexual sem correr o risco de ter filhos pode se submeter a cirurgias de esterilização²⁸⁷.

O direito à integridade física inclui a proteção jurídica da vida, do próprio corpo vivo ou morto, seja em sua totalidade ou em relação aos tecidos, órgãos e partes passíveis de serem separados e individualizados, ou ainda se alguém tem ou não o direito de se submeter a exames médicos e tratamento²⁸⁸.

O direito ao próprio corpo 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 corpo²⁸⁹.

O indivíduo busca tratamento médico ou procedimentos cirúrgicos com o fito de evitar sucumbir mediante doenças que diminuam sua saúde ou até mesmo encerrem sua vida. É importante salientar que qualquer procedimento médico deve ser autorizado pelo paciente, informando-o sobre todas as circunstâncias presentes e futuras que representem algum perigo, o chamado consentimento-informado. Sobre essa prerrogativa, no entanto, cabem ponderações importantes²⁹⁰.

Também existe o direito da disposição às partes separadas do corpo, consideradas coisas submissas à propriedade do titular. Integram o rol exemplificativo os membros do corpo, bem como os elementos que o integram, como membros artificiais e os órgãos. A desvinculação do corpo pode ser voluntária ou acidental, sendo que naquela, poderá ocorrer em casos de transplante, sempre sob forma de doação, obedecendo às regras do procedimento e com o fim de preservar da vida do indivíduo, com o consentimento deste. Voluntariamente, também pode ser procedida nas circunstâncias de doação de sangue, medula espinhal, leite materno, sêmen, entre outros²⁹¹.

²⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhôa - **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. p. 188.

²⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto - **Direito civil brasileiro**. Vol. 1. Parte Geral. p. 194.

²⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto - *Op. cit.*, p. 194

²⁹⁰ GOMES, José J - **Direito Civil**: introdução e parte geral. p. 20.

²⁹¹ BITTAR, Carlos A - **Os direitos da personalidade**. p. 15.

É possível que se faça ainda uma correlação com o direito de disposição do próprio corpo com o direito de proteção a vida privada que consiste em tornar inviolável a vida privada da pessoa natural, prevendo a possibilidade de requerimento frente ao órgão judiciário para que se faça cessar formas de violação a esse direito. Encontra respaldo juntamente com o direito de imagem, exposto no artigo 21, do Código Civil de 2002.

Devemos apresentar duas dimensões em que esse direito é exercido, a saber: a esfera íntima e a esfera privada. Na primeira, o indivíduo atua para satisfazer suas necessidades e interesses existenciais, sem repercussões no âmbito da sociedade, enquanto nesta, o comportamento da pessoa é externalizado no domínio dos outros, por isso mesmo é necessário limitar a ação individual a fim de evitar lesar a esfera externa²⁹².

Por muitos anos, 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 n° 9.263/96, a prática da esterilização foi autorizada, todavia, condicionada a alguns requisitos.

Com efeito, qualquer pessoa que goze plenamente das suas faculdades mentais e tenha condições concretas e autênticas para tomar as decisões que lhe dizem respeito, tem o direito fundamental de dispor do próprio corpo como bem entender, desde que não o faça. não. infringir direitos de terceiros e o Estado não pode, salvo em determinadas situações muito específicas, interferir no exercício desse direito²⁹³.

2.8.1.2 Direito à liberdade

Outro direito que recebe respaldo é o direito à liberdade, seja em sua concepção individual ou coletiva. Dentre eles, pode-se citar a liberdade religiosa, de pensamento, sexual, política, de culto, de locomoção, de trabalho, de exercício de atividade profissional, de comércio, de estipulação contratual, de organização sindical, de imprensa, dentre tantos outros previstos no rol do art. 5º, da CF/1988. Segundo o art. 5º “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”,

De tal forma a Declaração Universal dos Direitos Humanos também dispõe em seu art. 1º: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de

²⁹² GOMES, José J. - **Direito Civil**: introdução e parte geral. p. 21.

²⁹³ LIMA, George Marmelstein - **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?** 3 nov. 2008, p. 1.

razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

É importante uma análise breve sobre a evolução do direito das mulheres a liberdade. As mulheres passaram a reivindicar seus direitos de liberdade, dignidade e igualdade.

Essa evolução de direitos começou através do estatuto da mulher casada, evoluindo para o código civil, a lei do divórcio e a atual constituição vigente. Com o Estatuto da Mulher Casada em 1962, foram revogadas normas discriminatórias que vedavam o exercício plena da mulher a liberdade.

O primeiro passo importante para a quebra da hegemonia masculina data de 1962, quando a Lei nº 6.121 foi promulgada. O denominado Estatuto da Mulher Casada, restituiu plena capacidade à mulher, que se tornou colaboradora na administração da sociedade conjugal. Embora a custódia dos filhos menores fosse deixada para a mulher, sua posição permaneceu subordinada. Foi removida a necessidade de autorização conjugal para o trabalho e instituído o que se chamava de propriedade reservada, que constituía o patrimônio adquirido pela esposa com o produto do seu trabalho. Esses bens não levavam em consideração as dívidas do marido, embora provavelmente fossem contraídas em benefício da família²⁹⁴.

A lei do divórcio proporcionou aos cônjuges o direito de se separarem e constituírem uma nova formação familiar. Por fim, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, III, prevê a dignidade da pessoa humana, trazendo os direitos fundamentais, entre eles, a igualdade entre homens e mulheres tanto em direitos quanto em obrigações e qualquer legislação contrária a esta previsão é considerada inconstitucional.

Para Tereza Rodrigues Vieira, é necessário que o direito ande de mãos dadas com o bom senso, assegurando a veracidade dos fatos, a liberdade de cada um sobre seu próprio corpo deve curvar-se diante das legítimas necessidades da vida social e da ciência²⁹⁵.

O exercício desta liberdade transita entre caracteres lícitos e ilícitos, portanto, a liberdade em agir, deve ser mensurada de forma cuidadosa e não extremista, eis que a liberdade de um encontra os limites da esfera de liberdade de outro. Desta forma, é possível a expansão das potencialidades físicas e negociais, desde que estejam de acordo com as normas públicas impostas²⁹⁶.

²⁹⁴ DIAS, Maria Berenice - **A mulher no Código Civil**. p. 13.

²⁹⁵ VIEIRA, Tereza Rodrigues - **Nome e sexo: mudanças no registro civil**. p. 223.

²⁹⁶ GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo - **Novo curso de Direito Civil: abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil**. Vol. 1 Parte Geral. p. 17.

2.8.1.3 Efetivação dos direitos no Brasil

É necessária que se faça uma análise preordenada de como os direitos fundamentais estão sendo efetivados dentro das esferas judiciárias no Brasil. A organização estatal foi estruturada a partir da tripartição dos poderes executivo, legislativo e judiciário, idealizada por Montesquieu, não sendo passível de supressão, eis que constantes nas chamadas cláusulas pétreas constitucionais, fruindo de proteção idêntica aos direitos fundamentais.

O grande avanço de Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, com base nessa hipótese aristotélica, o grande pensador francês inovou ao dizer que tais funções estariam intimamente ligadas a três corpos distintos, autônomos e independentes. Cada função corresponderia a um órgão, não mais centrado nas mãos do soberano. Tal teoria surge em oposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, inscritas na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16²⁹⁷.

Embora pressupõe-se que os poderes públicos atuem de forma independente e em harmonia, visto que a uma crescente dinâmica social, os mesmos atuam de maneira singular. Diante disso não é incomum que um indivíduo recorra ao poder judiciário para resolver questões que não tiveram o devido aparo na esfera administrativa.

Dessa maneira fica implícito que os direitos básicos e fundamentais não encontram respaldo social, almejando um posicionamento Estatal por parte do poder Judiciário, na qual o juiz, munido de questões sociais e políticas, terá de arguir as questões.

A discussão envolve uma escolha: o que é melhor para a sociedade, ativismo judicial ou contenção judicial? Qual juiz queremos? Aquele que, com argumentos racionais e associados à proteção da pessoa humana, aplica diretamente a Constituição, concretizando os direitos fundamentais e extraindo todas as suas potencialidades da Lei Fundamental? Ou alguém que, abstendo-se de examinar as questões políticas, não se engaja em um discurso constitucional, sob o argumento de que direito e política não estão ligados e que devemos esperar²⁹⁸.

Diante a exposição deste capítulo, é possível concluir que o poder judiciário não cumpre com a demanda de garantias as quais o ser humano tem direito, para que se consolide o direito

²⁹⁷ LENZA, Pedro - **Direito constitucional esquematizado**. p. 481.

²⁹⁸ JUNIOR, Dirley da Cunha - **Ativismo Judicial e concretização dos direitos fundamentais**. Brasil Jurídico, 2015, p. 13. Disponível em: <<https://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que seguem esse preceito.

Nenhum ser humano deve ser privado de exercer seus direitos constitucionais e não deve ser punido o indivíduo que mediante a ineficácia do Estado age a fim de promovê-los. São inerentes aos direitos fundamentais a aplicação imediata e o caráter absoluto dos mesmos, partindo de uma vinculação aos poderes públicos.

Diante disso, a aplicação dos direitos de liberdade e disposição ao próprio corpo, que são as teses principais dispostas nesse presente trabalho, necessitam e requerem aplicação imediata não devendo ser vinculado a poderes públicos para que ocorra sua efetivação, as normas ordinárias preexistentes não deveriam mitigar ou servirem de pré requisitos para a concretização de um direito em esfera geral.

CAPÍTULO III - ESTERILIZAÇÃO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar, princípio consagrado na Constituição Federal da República Federativa do Brasil²⁹⁹, bem como na legislação infraconstitucional³⁰⁰, garante aos indivíduos o direito de decidirem quanto a sua descendência, modo de criar a prole, qual a religião irão seguir, pelo que estes exprimem um tipo de autonomia de vontade individual em que a própria Carta Maior intitula como direito ao planejamento familiar, estando este alicerçado nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Norberto Bobbio ao conceituar direito afirma que “a existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por “existência” deve entender-se tanto o mero fato exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação. Assim como não existe pai sem filho e vice-versa, também não existe direito sem obrigação e vice-versa. A velha ideia de que existem obrigações sem direitos correspondentes, como as obrigações de beneficência, derivavam da negação de que o beneficiário fosse titular de um direito”³⁰¹.

Discorrendo ainda sobre o tema, Bobbio completa afirmando que “uma coisa é direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido, outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção”³⁰².

Quanto ao princípio do planejamento familiar, cumpre-nos destacar novamente o que preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, §7º, que é livre decisão do casal, cabendo apenas ao Estado subsidiar meios para que estes possam exercer tal direito, vedado, inclusive, qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁹⁹ Art. 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988: “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”.

³⁰⁰ Art. 1.565, § 2º, do Código Civil Brasileiro: “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”.

³⁰¹ BOBBIO, Norberto - **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. p. 79-80.

³⁰² BOBBIO, Norberto - *Op. cit.*, p. 83.

Desta premissa temos duas vertentes intrigantes, o qual é o objeto deste trabalho, senão vejamos.

A primeira diz respeito ao fato de que sobre o planejamento familiar, compete exclusivamente ao casal decidir sobre tal, vedada qualquer forma coercitiva de qualquer entidade, quer seja oficial ou privada. De maneira que aos cônjuges, cabe o direito de escolher a forma como irão formar sua família.

Nesse ponto, Jorge Miranda estabelece que a “teoria dos direitos subjetivos públicos é tanto um esforço de explanação sistemática dos direitos das pessoas perante as entidades públicas (e das próprias entidade públicas), adequadas ao estágio de então do Direito da Alemanha, como uma reação contra o Direito natural”³⁰³.

Para Miranda, nesta teoria, somente o “Estado tem vontade soberana e todos os direitos subjetivos públicos fundamentam-se na organização estatal”³⁰⁴. De maneira que, “o emprego do termo *direitos subjetivos públicos* como sinônimo ou em paralelo a *direitos fundamentais*”.

Ainda, há direitos que participam ou podem participar de uma dupla natureza, “é o caso dos direitos dos cônjuges, dos direitos dos pais em relação aos filhos”, sendo estes direitos subjetivos privados, enquanto manifestados em relações de Direito privado. “E são, ou podem ser considerados, direitos fundamentais, enquanto o Estado fica obrigado à sua proteção através de normas constitucionais”³⁰⁵.

Quanto a segunda premissa, temos que compete ao Estado o dever de garantir de que os indivíduos possam escolher e planejar como quiseram sua família, quer seja quanto ao número de filhos, quanto a eleição da religião, oferecer base educacional e saúde para todos.

Portanto, ao estabelecer que o planejamento familiar estaria fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o constituinte originário instituiu ao patamar da dignidade da pessoa humana a satisfação e o exercício do direito ao planejamento familiar, a ser assegurado pelo Estado.

O art. 1º, da Declaração Universal precisa e explicita a concepção de pessoa da Constituição, recolhendo as inspirações de diversas filosofias e, particularmente, de diversas correntes jusnaturalistas³⁰⁶.

³⁰³ MIRANDA, Jorge - **Curso de direito constitucional - Estado e constitucionalismo, constituição, direito fundamentais**. p. 238. ISBN 9789725405123.

³⁰⁴ MIRANDA, Jorge - *Op. cit.*, p. 239.

³⁰⁵ MIRANDA, Jorge - *Op. cit.*, p. 240.

³⁰⁶ MIRANDA, Jorge - *Op. cit.*, p. 279.

Portanto, o planejamento familiar é princípio garantidor do cidadão, incluso dentre os direitos fundamentais, não se podendo negar-lhe aplicação do regime da eficácia jurídica reforçada de que são dotados tais direitos, elementos que devem ser associados aos Princípios da Integridade Física e da Dignidade da Pessoa Humana, isso sem levar em conta os Princípios da Liberdade e da Igualdade.

Esse regime jurídico especial destina-se especificamente a conferir eficácia aos direitos fundamentais - de cuja normatividade depende a supremacia constitucional, a identidade da Constituição e a fórmula política do Estado Democrático de Direito. Marcelo Lima Guerra³⁰⁷ aponta a aplicabilidade imediata e a condição de cláusulas pétreas como duas das garantias que compõem esse regime jurídico especial no Brasil, sendo certo que ele assume feições diferenciadas conforme o direito positivo de cada Estado constitucional.

O planejamento familiar, tal qual estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece ser o planejamento familiar decisão dos que se unem em sociedade familiar. Entretanto, não se pode confundir o instituto do planejamento familiar com o planejamento reprodutivo.

Ora, planejamento familiar não se restringe única e exclusivamente à procriação, mas também orbita sobre a questão de ter ou não filhos, quantos serão gerados, a programação econômica etc, englobando o planejamento reprodutivo.

E é na Constituição Federal, ao tratar sobre o planejamento familiar que estão diretrizes que devem ser observadas pelo legislador ordinário, das quais temos, sem a necessidade de uma lupa, a liberdade de decisão dos cônjuges e a responsabilidade do Estado em prover recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Nesse contexto, o legislador infraconstitucional estabeleceu na Lei nº 9.263/96 a função estatal de promover mecanismos para assegurar a livre escolha pertinente à filiação, tornando-se uma usurpação ao direito de dispor sobre o próprio corpo, ao exigir o consentimento do cônjuge para proceder com a esterilização voluntária.

É importante destacarmos, antes de adentrarmos ao núcleo do presente trabalho, a questão da preservação do conteúdo essencial de um direito, já que estamos tratando do direito de liberdade, da dignidade da pessoa humana e o planejamento familiar.

Por conteúdo essencial de um direito, Jorge Miranda advoga a tese de ser “faculdade ou o acervo de faculdades atribuídas em razão de um bem jurídico relevante, quer dizer, uma

³⁰⁷ GUERRA, Marcelo Lima - **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. p. 83. ISBN 978-8520323304.

realidade antropológica que, no sistema constitucional de valores, merece garantia e proteção frente ao poder político e a qualquer outra manifestação de poder”³⁰⁸.

Assim, não é pelo fato de que “as pessoas convivem na mesma comunidade e ainda porque os direitos pertencem ao mesmo sistema, os direitos de cada pessoa têm por limites os direitos das demais pessoas (...) e conteúdo (...) de cada direito tem por fronteiras o conteúdo de outros direitos”³⁰⁹.

Logo, o dever de respeito entre os indivíduos não obsta, todavia, no caso concreto, choques de direitos, surgindo no domínio dos direitos fundamentais, tal como a reserva da intimidade da vida privada e até mesmo o direito de dispor do próprio corpo.

3.1 ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

Conforme dito alhures, o planejamento familiar é garantia constitucional e infraconstitucional, pelo que a Legislação³¹⁰ que trata sobre o tema, em seu art. 2º, estabelece que o planejamento familiar é 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”.

Ora, sendo o planejamento familiar um direito consagrado constitucionalmente, conforme já *sus* mencionado e, estando todas as questões que orbitam o tema referente à reprodução abrangido no conceito levantado por tal princípio, podemos concluir que o planejamento familiar, como princípio constitucional, reverte-se não só de um cunho negativo (um não fazer do Estado), mas também de uma visão positiva, já que, sendo o direito à saúde (inclusive a saúde sexual) revestido de caráter fundamental, deve o Estado prover meios para tal, garantindo procedimentos que seja tanto para fecundação, como para esterilização.

A esterilização voluntária esta disciplinada no art. 10, da Lei nº 9.263/96, na qual garante o procedimento para homens e mulheres (vasectomia e laqueadura, respectivamente), contudo, com algumas condicionantes, na qual destacamos a entabulada no parágrafo 5º, posto que determina que na constância da “sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.”.

³⁰⁸ MIRANDA, Jorge - **Curso de Direito Constitucional - Estado e constitucionalismo, constituição, direito fundamentais**. p. 310.

³⁰⁹ MIRANDA, Jorge - *Op. cit.*, p. 311.

³¹⁰ Lei nº 9.263/96.

Importa mencionar que a própria lei em estudo, determinar que a inobservância dos requisitos estabelecidos, geram sanções tanto as instituições de saúde como ao médico que realiza o procedimento, conforme se extrai do artigo 15³¹¹, da Lei nº 9.623/93.

No caso da esterilização, os indivíduos estão atrelados a algum tipo de licença ou anuência do cônjuge, ou outro parente autorizado, em total rota de colisão com o princípio da autonomia da vontade e, como vimos alhures, princípio este consagrado na Constituição como direito fundamental.

Da análise da referida norma sobre a esterilização, extrai-se como condição *sine qua non* para efetivar tal procedimento cirúrgico a apresentação à pessoa interessada um Termo de Consentimento³¹², bem como para o assentimento de todos os indivíduos elencados no artigo 10, da referida norma, especialmente no caso de convivência conjugal, deixando a margem o direito a dignidade da pessoa humana, da autonomia sobre seu próprio corpo, já que, para qualquer outro tipo de procedimento cirúrgico, estética ou não, nada é exigido, tendo somente a autorização do próprio interessado.

Cediço que o fundamento do direito ao corpo é a vida e, conforme estabelecido na cláusula pétrea do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, há amparo a tal princípio supremo do Estado Democrático Brasileiro. Ao passo que podemos afirmar que o direito ao corpo também é protegido por tal dispositivo constitucional, com extensão aplicada ao direito da integridade física e ao direito de dispor do próprio corpo.

Com base nisso, no campo da ética médica, vários foram os estudos dedicados a autonomia, vez que a aplicação singular que o instituto recebe em meio as decisões travadas entre o paciente e o médico, quando dos meios e formas de realização do tratamento clínico e até mesmo da pesquisa biomédica.

No campo da moral, vários foram os questionamentos que buscaram fornecer um mínimo de proteção aos indivíduos, pelo que resultou na elaboração de doutrinas bioéticas tendentes a fixar padrões de conduta a serem adotados pelos profissionais da saúde, pelo que destaca-se a obra de Tom L. Beauchamp e James F. Childress³¹³, lançada em 1979, onde se consagra os fundamentos do princípio do respeito à autonomia.

Nesta doutrina, a autonomia se constitui como sendo “a regra pessoal do eu livre tanto de interferências controladoras por outros como de limitações psicológicas ou físicas (que

³¹¹ **Lei n. 9.623/96, 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.

³¹² Documento oferecido pelo médico ou pela instituição de saúde, na qual o paciente declara o desejo de ser submetido à vasectomia/laqueadura por livre e espontânea vontade.

³¹³ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F - **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

impeçam decisões significativas) [...] O indivíduo autônomo atua livremente de acordo com um plano por ele escolhido”³¹⁴.

Ainda, há uma citação de Habermas que afirma que “uma autonomia privada bem protegida contribui para assegurar a geração de autonomia pública tanto quanto, reciprocamente, o exercício apropriado da autonomia pública ajuda a garantir a gênese da autonomia privada”³¹⁵.

Logo, no Brasil, há clara violação ao direito fundamental de liberdade, à sua autonomia privada ao ter que assinar o Termo de Consentimento informado com a anuência de um terceiro, especialmente nos casos em que o indivíduo encontra-se na vigência de uma sociedade conjugal.

Por seu turno, em Portugal, conforme se verificou durante a pesquisa do presente trabalho, não há necessidade de autorização ou conhecimento pelo cônjuge/companheiro quando da submissão do indivíduo ao procedimento de esterilização.

O Consentimento Informado para os portugueses é resultado de uma decisão voluntária, tomada por uma pessoa autônoma e capaz, pelo que nos posicionamos a favor, já que encontra amparo cristalino no ordenamento jurídico. Tal decisão somente é tomada após o indivíduo passar por um processo informativo e deliberativo, cujo objetivo é a aceitação de um procedimento médico específico ou experimentação, tendo conhecimento da natureza do mesmo, das suas consequências e dos seus riscos³¹⁶.

Frise-se que o consentimento informado em Portugal possui como base três elementos fundamentais, a saber: a informação, a compreensão e o livre consentimento. Estando presente tais elementos, qualquer decisão está assegurada nos pressupostos de liberdade de escolha e de auto-responsabilização.

A verdadeira escolha só pode ser feita em liberdade. Se o indivíduo opta por se submeter ao procedimento de esterilização, seu livre consentimento só pode ocorrer na ausência de coações físicas, morais ou temporais, sob pena de violação das garantias fundamentais constitucionais.

³¹⁴ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. - **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 138.

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen - **Facticidad y validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. p. 168.

³¹⁶ SAUNDERS CM, Baum M, Houghton J. Consent - **Research and the doctor-patient relationship**. In: **Gillon R. Principles of health care ethics**. p.457-470.

3.2 CONSENTIMENTO INFORMADO NA UNIÃO EUROPEIA

3.2.1 Conselho da Europa

O Conselho da Europa é uma organização inter-governamental para os Estados europeus. O Comitê de Ministros do Conselho da Europa e a Assembleia Parlamentar nos anos 90 elaboraram na área de saúde, a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, que trata sobre os direitos dos pacientes, genoma humano e investigação científica. Em 04 de abril de 1997 em Oviedo 10 Estados membros da União Europeia assinaram a Convenção: Dinamarca, Finlândia, França, Grécia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Espanha e Suécia³¹⁷.

A Convenção apresenta em seu art. 1º, a proteção da pessoa na sua dignidade e identidade face às aplicações da biologia e da medicina. O art. 5º, trata do consentimento informado como proteção da integridade física e moral da pessoa³¹⁸.

3.2.2 Proteção do direito ao consentimento informado no direito do Conselho da Europa

O Conselho da Europa defende o direito ao consentimento informado como pressuposto de todo ato médico e que uma intervenção biomédica praticada sem o consentimento do indivíduo constitui uma ingerência na sua vida privada³¹⁹.

3.2.3 A União Europeia

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia apresenta o consentimento informado como direito à integridade do ser humano no campo da medicina e da biologia e, assim dispõe o artigo 3º, da Carta sobre o Direito à integridade do ser humano: Todas as pessoas têm direito ao respeito por sua integridade física e mental; No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados os seguintes elementos, nomeadamente: o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei; a proibição das práticas eugênicas, nomeadamente as que visam a seleção de pessoas; a proibição de transformar o corpo humano ou suas partes, como tal, em fonte de lucro; e a proibição da clonagem reprodutiva de seres humanos.

³¹⁷ PEREIRA, André Gonçalo Dias - **O consentimento informado na relação médico-paciente**: estudo de direito civil. p. 80-83.

³¹⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Op. cit.*, p. 85-87.

³¹⁹ PEREIRA, André Gonçalo Dias - *Op. cit.*, p. 89.

3.3 O CONSENTIMENTO INFORMADO EM PORTUGAL

O consentimento informado no ordenamento jurídico português deriva dos direitos especiais de personalidade como o direito à integridade físico-psíquica, conforme tutela o artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa, que dispõe sobre o dever de respeitar a livre vontade do paciente (autodeterminação) em matéria de sua saúde³²⁰.

O artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa consagra a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e dispõe que: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

O artigo 24.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa afirma a inviolabilidade da vida humana e o artigo 25.º, n.º 1 também tutela a inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas. Já o artigo 26.º tutela outros direitos especiais de personalidade, como por exemplo, o desenvolvimento da personalidade; a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano em face do desenvolvimento das tecnologias e na experimentação científica.

O direito português recepcionou a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, outorgada em Oviedo em 4 de abril de 1997, que entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 1º de dezembro de 2001. Esta convenção é conhecida pelas iniciais CDHB (Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina) que apresenta como signatários os Estados membros do Conselho da Europa, outros Estados e a Comunidade Europeia. A CDHB é um importante instrumento jurídico sobre os direitos individuais. A CDHB dedica o capítulo II, especificamente, ao consentimento informado (artigo 5º ao 9º).

O artigo 5º da CDHB trata da necessidade do consentimento informado em qualquer intervenção na área da saúde e dispõe que a qualquer tempo o paciente poderá revogar o seu consentimento. O artigo 5º diz que qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser realizada após a pessoa em causa ter dado o seu consentimento livre e esclarecido. Essa pessoa deve primeiro receber informações adequadas sobre o objetivo e a natureza da intervenção, bem como sobre suas consequências e riscos. O interessado pode revogar livremente o seu consentimento a qualquer momento.

³²⁰ RODRIGUES, João Vaz - **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português** (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). p. 49-51.

A CDHB estabelece nos artigos 6º e 7º as regras para a incapacidade, sendo que no artigo 6.º diz que a proteção de pessoas que não têm capacidade para dar seu consentimento e o artigo 7 trata da proteção de pessoas com transtornos mentais. Sem prejuízo das condições de proteção previstas em lei, incluindo procedimentos de monitoramento e controle, bem como remédios, qualquer pessoa que sofra de transtorno mental grave não poderá ser submetida, sem seu consentimento, a uma intervenção para fins de para tratar a mesma doença, a menos que a ausência desse tratamento coloque seriamente em risco a sua saúde.

Já o artigo 8º da CDHB trata das situações de urgência em que o consentimento não pode ser obtido, prevalecendo o privilégio terapêutico. O artigo 8.º informa que quando, devido a uma situação de emergência, não for possível obter o consentimento adequado, a intervenção clinicamente essencial para o benefício da saúde da pessoa em causa pode ser realizada imediatamente.

O artigo 9º da CDHB dispõe sobre a vontade anteriormente manifestada na intervenção médica. O artigo 9.º diz que será tido em consideração o desejo anteriormente manifestado quanto a uma intervenção médica por parte de um doente que, no momento da intervenção, não esteja em condições de manifestar a sua vontade.

3.3.1 Código Penal Português

O Código Penal português tutela determinados bens jurídicos que podem ser lesados pela atuação médica, pois a ação médica pode interferir na esfera físico- psíquica do paciente.

O artigo 150º do Código Penal português estabelece que as intervenções e os tratamentos médicos-cirúrgicos, que forem realizados com finalidade terapêutica e respeitem a *leges artis* não serão considerados como ofensa à integridade física. A *leges artis* pode ser entendida como a atuação conforme as regras tidas por adequadas pela ciência médica. Assim, estabelece, expressamente, o artigo 150º, nº 1 do Código Penal português que intervenções e tratamentos que, de acordo com o estado de conhecimento e experiência da medicina, sejam indicados e realizados, nos termos das *leges artis*, por médico ou outra pessoa legalmente autorizada, com o objetivo de prevenir, diagnosticar, superar ou aliviar doenças, sofrimentos, lesões corporais ou fadiga ou transtorno mental não são considerados lesões corporais.

A intervenção médica não será considerada como crime de ofensa à integridade física, quando apresentar os quatro elementos apresentados no artigo 150º, nº 1 do

Código Penal português que são: indicação médica; respeito pela *leges artis*; qualificação técnico-profissional do interventor; e visar uma teologia médico-medicamentosa³²¹.

O artigo 150º, nº 2 do Código Penal português estabelece que, se a atuação médica mesmo com intenção terapêutica vier a desrespeitar a *leges artis*, criando perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde, serão punidos os agentes com pena de prisão ou pena de multa. Com efeito, o artigo 150º, nº 2 do Código Penal português estabelece que são punidas com penas as pessoas mencionadas no número anterior que, tendo em vista os fins nele indicados, procedam a intervenções ou tratamentos em violação das *leges artis* e criem perigo de morte ou de lesão corporal grave ou para a saúde. . . reclusão até 02 anos ou multa até 240 dias, se não lhes for imposta pena mais severa por força de outra disposição legal (Redação da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro).

Quando ocorrer a violação da *leges artis* acompanhada da ausência de intuito terapêutico, a intervenção médica for praticada com dolo poderá ser tipificada como: 1- crime de ofensa à integridade física simples (art. 143º do Código Penal português); 2- crime de ofensa à integridade física grave (art. 144º do Código Penal português); 3- agravamento pelo resultado se produzir morte (art. 147º do Código Penal português); 4- crime de ofensa à integridade qualificada, quando forem produzidas em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente (art. 145º do Código Penal português) e 5- crime de ofensa à integridade privilegiada (art. 146º do Código Penal português).

Caso o tratamento médico for praticado com negligência, poderá ser tipificado no art. 148º do Código Penal português por ofensa à integridade física por negligência, conforme dispõe o artigo que quem, por negligência, prejudicar o corpo ou a saúde de outra pessoa, seja punido com pena de prisão até um ano ou com a de multa não superior a 120 dias; No caso previsto no número anterior, o tribunal pode dispensar a sanção quando: O agente for médico no exercício da profissão e o ato médico não causar doença ou incapacidade para o trabalho de mais de 8 dias; ou A infração não resultar em doença ou incapacidade para o trabalho superior a 3 dias; Se o ato resultar em lesão corporal grave, o policial é punido com pena de prisão até 02 anos ou multa até 240 dias; O processo penal depende de uma reclamação.

O consentimento informado poderá justificar a lesão à integridade física em todos

³²¹ RODRIGUES, João Vaz - **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português** (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). p. 59.

os tipos criminais descritos acima, conforme dispõe o artigo 149º, nº 1 do Código Penal português: “Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível.”

E o nº 2 do artigo 149º do Código Penal português relaciona a ofensa ao corpo com os bons costumes, assim dispondo que ao decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde é contra a moralidade, são levadas em consideração as motivações e objetivos do agente ou da vítima, bem como os meios empregados e a extensão previsível da ofensa.

O consentimento descrito no artigo 149º do Código Penal português para ser válido deve ser livre e esclarecido, conforme dispõe o artigo 38º, nº 2 da Parte Geral do Código Penal português que diz que o consentimento pode ser expresso por qualquer meio que reflita uma vontade séria, livre e informada do titular do direito legalmente protegido, e pode ser livremente revogado até que o ato tenha sido praticado.

Caso a atuação médica for realizada conforme a *leges artis* e com sucesso poderá ser censurável quando não apresentar o consentimento informado e esclarecido, pois o consentimento não é elemento integrante da *leges artis*. O consentimento informado pertence ao campo da autodeterminação. Neste caso o tratamento médico não é qualificado jurídico-penalmente como ofensa à integridade física, conforme dispõe o artigo 150º, nº 1 do Código Penal português³²².

Já o artigo 156º, nº 1 do Código Penal português estabelece sobre as intervenções e tratamentos médicos-cirúrgicos arbitrários quando ausente o consentimento do paciente, sendo neste caso punível penalmente com prisão ou pena de multa. As pessoas indicadas no artigo 150 que, tendo em vista os fins nele indicados, realizar intervenções ou tratamentos sem o consentimento do paciente são punidos com pena de prisão até 03 anos ou a bem.

O autor português esclarece sobre a autodeterminação do paciente no consentimento informado que viabiliza a atividade médica dirigida à respectiva esfera de integridade físico-psíquica – constitui um bem jurídico autonomamente protegido pela lei penal³²³.

Caso o médico, por negligência grosseira, ou seja, convencendo falsamente do consentimento informado, sua atuação será punível com pena de prisão ou pena de multa, conforme artigo 156º, nº 3 do Código Penal português que se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão

³²² RODRIGUES, João Vaz - **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português** (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). p. 70-71.

³²³ RODRIGUES, João Vaz - *Op. cit.*, p. 71.

até 6 meses ou com a de multa até 60 dias.

Nos casos de tratamentos ou intervenções médicos-cirúrgicos arbitrários, o procedimento criminal depende de queixa, conforme artigo 156º, nº 4 do Código Penal português.

O consentimento informado é causa de justificativa de ilicitude quando não violar o respeito pelos bons costumes, conforme dispõe o artigo 38º da Parte Geral do Código Penal português: Além dos casos especialmente previstos em lei, o consentimento exclui a ilegalidade do ato quando se refere a interesses jurídicos livremente disponíveis e o ato não infringe os bons costumes; O consentimento pode ser expreso por qualquer meio que reflita uma vontade séria, livre e informada do titular do direito legalmente protegido, e pode ser livremente revogado até a execução do fato; O consentimento só é eficaz se for dado por alguém com mais de 16 anos e tiver a visão para avaliar seu significado e escopo no momento em que é dado; e Se o consentimento do oficial não for conhecido, ele é sujeito à pena aplicável à tentativa.

O artigo 38º do Código Penal português enumera alguns requisitos necessários para o consentimento informado ser válido como a manifestação de vontade séria, livre e esclarecida, e esta pode ser revogável a qualquer tempo.

O autor português, João Vaz Rodrigues, explica que o consentimento informado deverá respeitar igualmente a autonomia do consentinte, sentido em que a vontade deste tem de ser formada com integral consciência do sentido e alcance da intervenção pretendida³²⁴.

O Código Penal português atribui importância igual ao consentimento presumido, conforme estabelece o artigo 39º que dispõe: O consentimento efetivo é equivalente ao consentimento presumido; O consentimento presumido quando a situação em que o agente está agindo pressupõe razoavelmente que o titular do direito legalmente protegido teria efetivamente consentido com o fato se conhecesse as circunstâncias em que o exerce.

O artigo 157º do Código Penal português estabelece sobre o dever do esclarecimento no consentimento informado, sendo necessário esclarecer ao paciente sobre o diagnóstico, das conseqüências e riscos possíveis do tratamento, assim dispõe o artigo que para os fins do artigo anterior, o consentimento é eficaz somente quando o paciente foi devidamente informado do diagnóstico e da natureza, âmbito, extensão e possíveis conseqüências da intervenção ou tratamento, a menos que isso não envolva a

³²⁴ RODRIGUES, João Vaz - **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português** (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). p. 73.

comunicação de circunstâncias que, do conhecimento do paciente, poriam em perigo sua vida ou poderiam causar sérios danos à saúde, física ou mental.

3.3.2 Direito administrativo português

No campo do direito administrativo português, o Estado tem o dever de assegurar o direito à proteção da saúde a todos os cidadãos, segundo, o artigo 64º, nº 3 da Constituição da República portuguesa que dispõe que para assegurar o direito à proteção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição econômica, à medicina preventiva, curativa e reabilitadora; Garantir uma cobertura racional e eficaz de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; Orientar a sua ação para a socialização dos custos da assistência médica e medicamentosa; Disciplinar e fiscalizar as formas comerciais e privadas dos medicamentos, vinculando-os ao serviço nacional de saúde, de forma a garantir, nos estabelecimentos de saúde públicos e privados, padrões adequados de eficácia e qualidade; Disciplinar e controlar a produção, distribuição, comercialização e uso de produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; e estabelecer políticas de prevenção e tratamento de drogas.

O sistema de saúde português é constituído pelo Serviço Nacional de Saúde, pelas entidades públicas, entidades privadas e pelos profissionais liberais, conforme a Lei de Bases da Saúde (Lei nº 48/90, de 24 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei nº 27/2002, de 8 de novembro) Base XII, nº 1.

A Lei de Bases de Saúde estabelece nos direitos dos utentes sobre o consentimento informado, dispondo que o utente tem a liberdade de decidir ou recusar o tratamento, ser informado dos tratamentos possíveis para seu caso e do prognóstico do seu estado, conforme a Base XIV: Escolher, no quadro do sistema de saúde e de acordo com os recursos existentes e de acordo com as regras organizacionais, o serviço e os prestadores de serviço; Decidir receber ou recusar os cuidados que lhes são oferecidos, exceto nos casos previstos em lei; Ser tratada pelos meios adequados, com humanidade e prontidão, com correção técnica, sigilo e respeito; Ter respeitado estritamente a confidencialidade dos dados pessoais revelados; e Esteja informado sobre sua situação, possíveis alternativas de tratamento e a provável evolução de sua condição.

A Base XIV, nº 2, alínea c) da Lei de Bases de Saúde estabelece os deveres dos utentes que devem “colaborar com os profissionais de saúde em relação à sua própria

situação”. E os profissionais de saúde devem respeitar os direitos das pessoas e dos doentes, conforme Base XVI, nº 3 da Lei de Bases de Saúde.

A Direção Geral de Saúde elaborou uma circular informativa (nº 15 de 23 de março de 1998) sobre a utilização do consentimento informado e esclarecido; e também elaborou a *Carta dos direitos e deveres dos doentes* para ser divulgada nos centros de saúde e hospitais³²⁵.

A *Carta dos direitos e deveres dos doentes* enumera como direitos dos doentes:

1. Respeito pela dignidade humana: O doente tem direito a ser tratado no respeito pela dignidade humana.
2. Respeito pelas convicções culturais, filosóficas e religiosas: O doente tem direito ao respeito pelas suas convicções culturais, filosóficas e religiosas.
3. Cuidados apropriados ao estado de saúde: O doente tem direito a receber os cuidados apropriados ao seu estado de saúde, no âmbito dos cuidados preventivos, de reabilitação e terminais.
4. Prestação de cuidados continuados: O doente tem direito à prestação de cuidados continuados.
5. Informação sobre os serviços de saúde existentes: O doente tem direito a ser informado acerca dos serviços de saúde existentes, suas competências e níveis de cuidados.
6. Informação ao doente: O doente tem direito a ser informado sobre a sua situação de saúde.
7. Segunda opinião: O doente tem direito de obter uma segunda opinião sobre a sua situação de saúde.
8. Consentimento livre e esclarecido: O doente tem direito a dar ou recusar o seu consentimento, antes de qualquer ato médico ou participação em investigação ou ensino clínico.
9. Confidencialidade: O doente tem direito à confidencialidade de toda a informação clínica e elementos identificativos que lhes respeitam.
10. Acesso à informação clínica: O doente tem direito de acesso aos dados registados no seu processo clínico.
11. Respeito pela privacidade: O doente tem direito à privacidade na prestação de todo e qualquer ato médico.

³²⁵ RODRIGUES, João Vaz - **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português** (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente). p. 77-78.

12. Sugestões e reclamações: O doente tem direito por si ou por organizações representativas, a apresentar sugestões e reclamações.

A *Carta dos direitos e deveres dos doentes* enumera como deveres dos doentes:

1. O doente tem o dever de zelar pelo seu estado de saúde, por forma a garantir o seu bem-estar e o seu restabelecimento.

2. O doente tem o dever de fornecer aos profissionais de saúde todas as informações relevantes para a obtenção de um correto diagnóstico e adequada terapêutica.

3. O doente tem o dever de respeitar os direitos dos outros doentes.

4. O doente tem o dever de colaborar com os profissionais de saúde, respeitando as prescrições que lhe são indicadas e por si livremente aceites.

5. O doente tem o dever de respeitar as regras de funcionamento das instituições prestadoras de cuidados de saúde a que recorre.

6. O doente tem o dever de proceder ao pagamento dos encargos que derivem da prestação dos cuidados de saúde, quando for caso disso.

É importante destacar na *Carta dos direitos e deveres dos doentes* o dever de informar ao doente sobre a sua situação de saúde, sendo que a informação prestada deve ser clara, levar em conta o grau de instrução e as condições psíquicas e clínicas do doente. A informação deve conter o diagnóstico, prognóstico, tratamentos, riscos e alternativas de tratamento. O doente também tem o direito a não querer ser informado do seu estado de saúde e poderá indicar uma terceira pessoa a quem a mesma deverá ser prestada.

Outro ponto importante da *Carta* a destacar-se é sobre o consentimento livre e esclarecido que é imprescindível antes da realização do ato médico, em que o doente irá decidir se aceita ou recusa o tratamento, podendo de acordo com sua vontade alterar sua decisão posteriormente. O direito à autodeterminação é assegurado ao doente com o consentimento livre e esclarecido.

3.4 FORMA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado escrito é mais seguro para o profissional e poderá ser um meio de prova caso ocorra uma demanda judicial ou administrativa.

No direito espanhol, a Conferência de Consenso de INSALUD, em 1993, estabeleceu algumas orientações sobre o consentimento informado escrito que deve conter

o diagnóstico e o tratamento proposto ao paciente, assegurando que o paciente entendeu a natureza e o propósito do procedimento proposto. O formulário escrito serve como registro do processo de obtenção do consentimento informado na medida em que o paciente autonomamente decide se aceita ou não o tratamento. E também serve como uma proteção do profissional³²⁶.

O formulário de consentimento informado deve apresentar duas partes no documento. A primeira parte se destina ao paciente e deverá conter informação sobre o problema, tratamento e procedimentos alternativos, a técnica a ser realizada, duração de tempo, descrever os benefícios esperados, riscos possíveis e a possibilidade de o paciente reconsiderar a qualquer momento sua decisão. A segunda parte deve registrar que o consentimento informado foi emitido efetivamente com as declarações, nome completo do paciente, declaração que leu e compreendeu todo o exposto e as explicações, expressão explícita de seu consentimento voluntário para a realização do tratamento proposto, assinaturas do paciente ou responsável legal e do profissional, local e data³²⁷.

Conforme o advogado, James Bowlin, da AAO – *American Association of Orthodontists*, é recomendável que além das assinaturas do paciente ou do responsável legal e do ortodontista, também tenha a assinatura de uma testemunha³²⁸.

As informações que irão estar no consentimento informado sobre o paciente devem ser individualizadas, contendo informações adequadas para seu caso específico. Os formulários padrões e formulários genéricos não devem ser utilizados, pois não refletem as informações personalizadas do paciente.

3.5 REQUISITOS IMPOSTOS PELA LEI PARA A ESTERILIZAÇÃO CIRÚRGICA

Na lei de planejamento familiar o tema da esterilização cirúrgica é melhor apresentado a partir do seu artigo 10: “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)”.

Como todo dispositivo legal que autoriza e legitima determinada prática, a lei do planejamento familiar também previu as circunstâncias e requisitos que devem ser atendidos

³²⁶ CUMPLIDO, Manuel J - **Consentimiento informado**: derecho médico, evolución histórica desde la Antigua Grécia a la actualidad, aspectos jurídicos y legales nacionales e internacionales, teoría del consentimiento informado, información al paciente. p. 166.

³²⁷ CUMPLIDO, Manuel J - *Op. cit.*, p. 168-169.

³²⁸ TURPIN, David L - **The evolution of intormed consent. American Journal of Orthodontics Dentofacial Orthopedics**. p. 643.

para efetivar a esterilização voluntária. Sublinha-se que o art. 10, compôs o conteúdo do veto presidencial, que, posteriormente, não foi mantido pelo Congresso Nacional.

O inciso primeiro do artigo aborda os dois requisitos principais para a realização da cirurgia:

- a) Homens e mulheres que visam se submeter à esterilização, devem possuir capacidade civil plena e serem maiores de vinte e cinco anos de idade. Será possível a dispensa desse critério etário se o casal possuir, pelo menos, dois filhos vivos. Analisando a parte final do primeiro inciso, aduz-se que o legislador, preocupado com a mudança repentina da vontade do paciente a ser esterilizado, definiu um prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico. No decurso deste prazo, as entidades deverão propiciar acesso a diferentes métodos de regulação de fecundidade, bem como atendimento por equipe multidisciplinar, objetivando o desencorajamento à esterilização precoce;
- b) quando da emissão de relatório médico, subscrito por pelo menos dois profissionais de medicina, que prognosticam o fato de que uma futura gestação oferece risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto.

No que diz respeito a manifestação de vontade, o dispositivo requer que a mesma seja registrada em documento firmado, somente após o requerente estar totalmente ciente e informado sobre os riscos que incorre o ato cirúrgico, seus efeitos colaterais, as dificuldades de reversão e métodos de contracepção diversos que não possuam caráter definitivo e que se o requerente desejar, podem ser revertidos.

O § 2º, do art. 10, veda o procedimento de esterilização feminina na ocasião do parto ou aborto, excepcionada a hipótese de necessidade comprovada em razão de cesarianas sucessivas anteriores. Acerca desta proibição, relevante se faz destacar o parecer nº 09/08, emitido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre a prática. O pronunciamento traz a informação de que a lei do planejamento familiar somente traz a proibição da esterilização durante o parto ou aborto, sem abordar o período puerperal, qual seja, o intervalo entre o parto e o quadragésimo segundo (42º) dia após o parto. Contudo, esta proibição foi regulamentada através de Portaria nº 48/99, emitido pelo CFM³²⁹.

Entende-se, portanto, que a intenção do Ministério da Saúde de proibir a ligadura intraparto e puerperal, após a extração do feto e da placenta, já estamos no puerpério, mesmo que o útero não tenha sido sintetizado, era para evitar as cesáreas excessivas características da

³²⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Parecer, Nº 9/08. Brasília, 9 maio 2008, p. 3. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2008/9_2008.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

assistência obstétrica no Brasil³³⁰.

O § 4º, do art. 10, define que o procedimento de esterilização somente será efetuado através da vasectomia, da laqueadura ou de outro método cientificamente aceito, vedando o procedimento através da histerectomia ou ooforectomia.

Enquanto na vivência de sociedade conjugal, a esterilização somente será procedida mediante o consentimento expresso de ambos os cônjuges. As observações acerca do § 5º serão analisadas posteriormente, visto que é o objeto principal do estudo deste presente trabalho.

Após essa análise, a lei de planejamento familiar traz em seu capítulo II os crimes e penalidades, que são impostos quando ocorre a inobservância dos preceitos citados anteriormente. O art. 15 diz que realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997.

3.6 O CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE COMO REQUISITO PARA A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA DE ESTERILIZAÇÃO

Com a análise e exposição dos pontos principais da Lei de Planejamento familiar sobre o tema, é necessário o aprofundamento do estudo no que tange a discussão sobre o consentimento do cônjuge como requisito obrigatório para a realização da cirurgia de esterilização, elencando no art. 10, §5º.

No texto do artigo, é imposto que na vigência da sociedade conjugal, a esterilização dependerá do consentimento expresso de ambos os cônjuges. Destaca-se que é necessário a discussão sobre a constitucionalidade de tal exigência.

A exigência que se refere o artigo afronta o direito à liberdade sexual, que inclui os direitos reprodutivos, e o direito ao próprio corpo, referindo-se também a disposição ao próprio corpo, sendo que torna o exercício da prática individual condicionado ao consentimento de terceiro. É importante ressaltar que quando ocorre a violação desses direitos, que são compreendidos como direitos fundamentais, fere o princípio que norteia a legislação brasileira, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

As decisões judiciais que versam este tema estão se direcionando nesse sentido. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proveu um recurso obrigando o município a realização

³³⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Parecer, Nº 9/08. Brasília, 9 maio 2008, p. 4. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/2008/9_2008.htm>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ao procedimento de esterilização voluntária, postulado pela apelante. No acórdão, o voto do relator Desembargador Marcelo Rodrigues aponta que há conflito de normas, entre os princípios constitucionais de proteção da entidade familiar, e do planejamento familiar, com os direitos individuais, inclusive quanto a liberdade individual e de disposição do próprio corpo³³¹.

3.7 A USURPAÇÃO ESTATAL DO DIREITO À LIBERDADE DE ESTERILIZAÇÃO SEM CONSENTIMENTO

Todo indivíduo é sujeito de direito, pelo que faz parte de uma relação jurídica capaz de adquirir, modificar e extinguir direitos. Assim, indaga-se acerca da existência de um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo.

A esta indagação, o Código Civil brasileiro, em seu art. 13, estabelece que “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”. Analisando o referido dispositivo legal, mais uma vez nos deparamos com a seguinte indagação: é constitucional a proibição elenca no referido dispositivo?

Ora, o ser humano, sendo um animal com habilidade de comunicação, inteligência, consciência e memória, durante sua evolução no decorrer da história, desenvolveu uma capacidade inata de tomar decisões racionais. Tanto que na seara da autonomia privada ou liberdade de escolha tem-se uma das notas mais importantes da dignidade da pessoa humana.

George Marmelstein leciona que “a autonomia da vontade é a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências”³³². Por esse entendimento, temos o reconhecimento de um direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, até o limite de que este fazer não prejudique os interesses de terceiros, ou seja, cada um pode ser seu próprio senhor, agindo como um ser responsável por suas próprias escolhas, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade de outrem.

³³¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n.º 10647130082793002**, da 2ª Câmara Cível. Apelantes: Vanessa Aparecida Mosqueti. Apelado: Município São Sebastião Paraíso, MG. Relator: Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, 29 jun. 2015, p. 3.

³³² MARMESLSTEIN, George - **Curso de direitos fundamentais**. p. 101.

Um dos principais defensores da autonomia privada nesse sentido foi Stuart Mill, que na obra *Ensaio sobre a Liberdade*, escrito durante o Século XIX, sustentou que “sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”³³³.

José Afonso da Silva aduz que “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”³³⁴.

Nessa conjuntura, entende-se que não pode o Estado, por exemplo, compelir uma pessoa a deixar de praticar atos de autoflagelação, sob o argumento de que não possui direito sobre o seu próprio corpo.

Os direitos fundamentais³³⁵, consagrados na Constituição de 1988, representam a proteção legal dos direitos do homem e asseguram uma série de direitos, entre eles, os direitos da personalidade. Note-se, desde já, que todo direito de personalidade é direito fundamental, mas o contrário não se pode afirmar. Canotilho, aliás, manifesta-se neste sentido, ao afirmar que “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”³³⁶.

Sem fugir do assunto, faz-se necessário, neste ponto, diferenciar dois ramos do Direito: o Constitucional (com a sistematização dos direitos fundamentais) e o Civil (na garantia dos direitos de personalidade). Por outro lado, Maurício Mazur leciona que “sem violar a distinção estrutural entre as espécies de direitos, a unidade da ordem jurídica autoriza que alguns ou todos os direitos da personalidade sejam qualificados como direitos fundamentais e possibilita que os direitos fundamentais sejam contidos aos direitos de personalidade, numa operação de transposição (e não de sobreposição) de uma espécie à outra”³³⁷.

Ainda, segundo Mazur, “não se tem a intenção de demonstrar a predominância de uma espécie de direito sobre a outra, ao invés, prestigia uma dogmática incentivadora de

³³³ MILL, John Stuart - *Ensaio sobre a liberdade*. p. 28.

³³⁴ SILVA, José Afonso da - *Curso de direito constitucional positivo*. p. 232.

³³⁵ José Afonso da Silva (in: *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 178) prefere a expressão direitos fundamentais do homem alegando que é mais adequada porque “além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana”.

³³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 394.

³³⁷ MAZUR, Maurício - *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge - RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. p. 26.

relacionamento entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, como um valioso instrumento de reforço à tutela geral da personalidade em diferentes ramos do Direito”³³⁸.

Certo de que “os direitos de personalidade são concebidos pelo direito civil para as relações entre particulares, enquanto os direitos fundamentais são concebidos para as relações entre particulares e o Estado, embora uns e outros possam vincular sujeitos diversos conforme sua posição de paridade ou supremacia”³³⁹.

Por fim, entende Mazur que “o ingresso dos direitos da personalidade no normativo constitucional gera imediatamente o reforço de sua tutela, que supera o âmbito das relações particulares e passa a atuar também contra ofensas ou ameaças provindas dos entes públicos”³⁴⁰.

Nessa esteira, não se pode cogitar sobre uma possível dicotomia entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, posto que, diferentemente, estes se completam, não há oposição.

Após procedermos sucintamente com esta breve análise, conclui-se que o direito à proteção e incolumidade do corpo é direito fundamental e de personalidade, concomitantemente, pelo que não se pode olvidar a vida humana é um bem jurídico fundamental, inviolável, do qual decorrem os demais direitos da pessoa humana.

Ainda, analisando sobre a ótica do corpo como direito fundamental, o indivíduo também tem como direito fundamental a liberdade, conforme já suscitando nos itens acima.

Com esta premissa do direito de liberdade, o indivíduo é capaz de tomar decisões a respeito do seu próprio corpo, sem a necessidade de um consentir de terceiro.

E mais uma vez questionamos: pode o indivíduo, pautado no direito fundamental de liberdade, da autonomia da vontade, dispor de forma ilimitada de seu próprio corpo ou existem limites na legislação em vigor para esta utilização, em nome de uma fundamentação maior que a vontade?

A autonomia do corpo nada mais é do que decidir sobre como e quando dispor dele, reger a própria vida, com liberdade e independência, o que claramente é assegurado pelo ordenamento jurídico positivado, levando em consideração o princípio da vida humana como um valor em si mesmo.

³³⁸ MAZUR, Maurício - **A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais**. In: MIRANDA, Jorge - RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. FRUET, Gustavo Bonato. Direitos da personalidade p.26.

³³⁹ MAZUR, Maurício - *Op. Cit.*, p. 32.

³⁴⁰ MAZUR, Maurício - *Op. Cit.*, p. 32-33.

Daí porque, determinar que o indivíduo necessite de consentimento de terceiro para poder se submeter a procedimento cirúrgico de esterilização, a nosso sentir, ferir de morte o direito constitucional de liberdade e autonomia da vontade.

Nesta esteira, entendemos que o profissional da saúde, responsável pelo procedimento cirúrgico de esterilização deve exercer seus deveres nos termos do ordenamento vigente³⁴¹, pelo que destacamos o Código de Ética Médica. Contudo, deve o profissional da saúde respeitar a vontade do paciente e, conseqüentemente, as decisões que vierem a ser tomadas por ele.

Ainda que a legislação que trata sobre a esterilização voluntária determine a necessidade de que, na vigência da sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges, inclusive com sanções a serem aplicadas ao profissional que não observar tais requisitos.

Repisa-se, entendemos que a exigência do consentimento do cônjuge para a esterilização voluntária constitui ofensa à dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, bem como do planejamento familiar, revelando-se retrocesso social da proteção conferida pela Constituição da República.

Não é demais suscitar outra questão que orbita o tema, posto que nos termos do § 7º, do art. 226, da Constituição Federal brasileira, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado fornecer os recursos educacionais e científicos para o exercício de tal direito.

Ainda, é de suma importância mencionar que existem dois projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados para suprimir este dispositivo legal da norma em comento, quais sejam: PL 3637/2012 e PL 7364/2014. Também, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos, pende de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade do artigo guerreado.

Por seu turno, na ADI 5.097, o Ministério Público Federal já se posicionou no sentido de que a ingerência estatal pretendida pela Lei nº 9.263/96 tornou-se usurpação ao direito de

³⁴¹ Registra-se que o corpo do ser humano deve ser respeitado pelo médico. Cf. Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.931/2009, Cap. I, Dos Princípios Fundamentais: VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>. Acesso em: 25 mai. 2018.

disposição do próprio corpo, consubstanciada na exigência de consentimento de cônjuge ou companheiro(a) para realizar esterilização voluntária.

Logo, tem-se que pela primazia dos princípios da liberdade individual, dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar, o procedimento almejado pela parte, independentemente da autorização ou não do cônjuge, deve ser autorizado. E tal entendimento tem sido adotado na jurisprudência pátria³⁴².

Portanto, a ordem constitucional impõe ao Estado o dever de desenvolver instrumentos que priorizem as manifestações de vontade daqueles que formem núcleo familiar, não cabendo ao Estado 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).

Ressalta-se, incumbe ao Estado única e exclusivamente 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 Constituição Federal.

Na Constituição Portuguesa, em seu art. 36, o constituinte estabeleceu que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”. Nessa toada, o legislador infraconstitucional entabulou na Lei nº 03, de 24 de março de 1984, em seu artigo 10º que “a esterilização voluntária só pode ser praticada por maiores de 25 anos, mediante declaração escrita devidamente assinada, contendo a inequívoca manifestação de vontade de que desejam submeter-se à necessária intervenção e a menção de que foram informados sobre as consequências da mesma, bem como a identidade e a assinatura do médico solicitado a intervir”. Ainda, que “a exigência do limite de idade constante do nº 1 é dispensada nos casos em que a esterilização é determinada por razões de ordem terapêutica”.

O fato é que a pessoa tem liberdade para poder determinar o caminho que deseja traçar a respeito da disposição do seu próprio corpo, sem esquecer que a vida humana guarda

³⁴² Apelação cível - obrigação de fazer - esterilização voluntária - laqueadura de trompas - requisitos da lei 9.263, de 1996 - direito da mulher - consentimento do cônjuge - retrocesso social - direitos individuais - dignidade da pessoa humana - planejamento familiar - direito de liberdade - interesse familiar e social - art. 1º, inciso III, art. 5º, *caput* e incisos I, X, da Constituição da República - art. 1.567 e parágrafo único do Código Civil de 2002 - ponderação de princípios - apelação à qual se dá provimento.

1. A esterilização voluntária regulamentada pela lei 9.263, de 1996 é um direito social conquistado pela mulher e que deve ser garantido pelo Estado como corolário do planejamento familiar.

2. A exigência do consentimento do cônjuge para a esterilização voluntária constitui ofensa à dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, bem como do planejamento familiar, revelando-se retrocesso social da proteção conferida pela Constituição da República. (TJ-MG. AC: 10647130082793002 MG, Relator: Marcelo Rodrigues, Data de Julgamento: 23/05/2015, Câmaras Cíveis / 2ª Câmara Cível, Data da publicação: 26/06/2015) (grifo nosso).

especial proteção constitucional. Em razão disto, o ordenamento jurídico coíbe a prática de atos que possam vir a comprometer o bem maior que é o direito à vida. Isto acontece basicamente por meio dos bons costumes e da lei, procurando regulamentar os limites possíveis de disposição do corpo humano, contra todo e qualquer comportamento em sentido contrário, como sua destruição ou a violação de sua integridade³⁴³.

3.8 VALIDADE DOS REQUISITOS PARA A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA FRENTE A AUTONOMIA DA VONTADE

No direito de família moderno, a figura vertical da família, representada por um chefe de família no topo e os demais entes nos demais patamares, fazendo com que haja uma relação piramidal, deixou de ser o padrão para que haja uma relação onde todos possuem pé de igualdade e participação, caracterizando a pluralidade, conforme estabelecido pela Constituição Federal de 1988³⁴⁴.

O planejamento familiar é direcionado tanto a mulher quanto ao homem enquanto indivíduos e enquanto casal, ou seja, é uma escolha e decisão de cada ente sobre sua vida e sobre o casal, quando há a presença da sociedade conjugal³⁴⁵.

Neste sentido, o exercício do direito de planejamento familiar é primeira parte do individual, por meio da liberdade, e da autonomia da vontade, razão pela qual a atuação do Estado não deve ser imperativa e se sobrepor à vontade dos indivíduos, a fim de evitar uma arbitrariedade estatal na liberdade individual, que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro³⁴⁶.

A autonomia da vontade, consequência da liberdade do indivíduo, tem caráter extrapatrimonial, porque é direito fundamental estabelecido na CRFB/88. Assim, ao Estado

³⁴³ Neste sentido: “(...) o direito de disposição está subordinado à regra que determina que o uso das coisas deva ser feito de acordo com sua natureza e finalidade, conservando o ser humano em relação a isto o seu livre arbítrio e a sua responsabilidade moral. O legislador apenas intervirá para vedar a prática de atos materiais ou jurídicos que se constituam num perigo social” (SZANIAWSKI, 2005, p. 471).

³⁴⁴ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 32.

³⁴⁵ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁴⁶ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 34

cabe apenas promover meios de garantir a todo cidadão o exercício de seus direitos³⁴⁷.

O poder de escolher e decidir sobre sua própria vida é uma das formas de exercício da dignidade humana porque demonstra a preciosidade da vida e faz com que as pessoas tenham condições materiais e intelectuais para desenvolverem-se, buscando a realização de vida e felicidade de acordo com seus preceitos e crenças³⁴⁸.

Por seu turno, a autonomia da vontade do indivíduo deve vir acompanhada de informação, de noção sobre seus direitos e possibilidades, em um meio de igualdade de relação e tratamento para que assim possa viver conforme suas aspirações³⁴⁹.

O cerne da autonomia é a atitude crítica do indivíduo para com o mundo, que se resume na rejeição da aceitação passiva e irrefletida das ingerências ou autoridades exógenas, na busca da construção da própria identidade, da alteridade e da dignidade³⁵⁰.

A dignidade da pessoa humana, princípio constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil³⁵¹, bem como do ordenamento jurídico brasileiro é uma diretriz que dá sentido à toda interpretação legal infraconstitucional e constitucional, portanto, os direitos essenciais de todo ser humano, como o direito à liberdade e o acesso à informação, são manifestações claras e consequências imediatas da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, em consonância com o artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, é assegurado a todos o acesso à informação³⁵²; Assim, o acesso à informação sobre seus direitos é imprescindível para que o indivíduo possa valer-se contra arbitrariedades e intervenções de terceiros em um campo intimamente privado, como é o caso do planejamento familiar.

Conforme explanado durante o trabalho e neste capítulo, o planejamento familiar é

³⁴⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, p. 14. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁴⁸ SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da - **Do direito a não sentir dor**: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental. 2014. 141f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2014, p. 34.

³⁴⁹ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 111.

³⁵⁰ RODRIGUES, Renata de Lima - *Op. Cit.*, p. 34.

³⁵¹ 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;

³⁵² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019a], p. 11. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

uma escolha de cada indivíduo, ou seja, é um campo absolutamente privado, mas que ainda sofre intervenções de terceiros, sendo que essa intervenção se mostra antagônica ao exercício da autonomia da vontade³⁵³.

A autodeterminação é identificada com o projeto de vida alcançado ou desejado pela pessoa. Nem o Estado nem outros indivíduos podem interferir nessas escolhas (a interferência, se ocorrer, será ilegal). A lei não pode obrigar todos a terem estima e respeito (entendidos como categorias psíquicas) pelos outros, mas pode sancionar e punir atos de desrespeito e desprezo. Nossa Constituição acolhe e promove o pluralismo³⁵⁴.

Portanto, necessário é o questionamento se as liberdades individuais, exercidas por meio da autonomia da vontade, sofrem limitações por parte do Estado que, de antemão, pela Constituição Federal e pela própria Lei do Planejamento Familiar, em seu artigo 5º, tem dever de promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que garantam a livre prática do planejamento familiar³⁵⁵.

Por tudo isso, é de suma importância analisar em que medida os requisitos da Lei do Planejamento familiar quanto à esterilização voluntária têm o condão de ferir a autonomia da vontade.

3.8.1 Capacidade civil no código civil brasileiro e capacidade civil na lei do planejamento familiar

O Código Civil estabelece, em seu artigo 5º, que a minoria cessa aos dezoito anos, quando a pessoa está habilitada a praticar todos os atos da vida civil³⁵⁶.

A capacidade civil tem íntima relação com os direitos fundamentais e a autodeterminação do indivíduo, pois ela se traduz na capacidade de cada um exercer, por si mesmo, os atos da vida civil³⁵⁷.

³⁵³ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 18.

³⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 328.

³⁵⁵ BRASIL. **Lei n. 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 11. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, p. 14. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**.

Frise-se que a capacidade civil é um desdobramento da personalidade, sendo exercida de uma forma independente por cada indivíduo, visando assegurar o fato de ser poder ser, na sociedade, sujeito (ativo ou passivo) de direitos e deveres³⁵⁸.

Não sendo caso de incapacidade absoluta³⁵⁹ ou relativa³⁶⁰, e completados os dezoito anos exigidos pelo Código Civil brasileiro, todos são aptos para transigir, negociar, entre outros.

Lado outro, trazendo o tema objeto deste trabalho, é possível verificar que a Lei do Planejamento familiar aponta como um dos requisitos para realização da esterilização voluntária a capacidade civil plena e a idade mínima de 25 (vinte e cinco) anos de idade³⁶¹.

Conforme acima salientado, o ordenamento jurídico brasileiro atual é claro ao determinar a idade com que as pessoas atingem a capacidade civil, ou seja, a capacidade para praticar e se responsabilizar por seus deveres e suas obrigações na sociedade.

Se a pessoa, ao atingir a idade de 18 (dezoito) anos e não se enquadrar nos casos de incapacidade civil, seja ela relativa ou absoluta, claro está seu direito de exercer os atos da vida civil, conforme consolidado no artigo 5º do Código Civil brasileiro³⁶².

Deste modo, e pela garantia constitucional do direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana³⁶³, usufruídos, entre outros casos, por meio da autonomia da vontade, resta cristalino que a lei do planejamento familiar, ao estabelecer em seu artigo 10³⁶⁴ a idade de 25 (vinte e cinco) anos fere dispositivo infraconstitucional acerca da capacidade civil, uma vez que a *mens legis* na lei do planejamento familiar não observou preceito legal – aqui leia-se o Código Civil – e se edificou em cima de uma clara limitação ao exercício da capacidade civil.

4. ed. ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 39.

³⁵⁸ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 15. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 43.

³⁵⁹ Art. 3º do Código Civil: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

³⁶⁰ Art. 4º do Código Civil: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

³⁶¹ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁶² Art. 5º do código Civil A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

³⁶³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, p. 12. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁶⁴ 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.

Finalmente, havendo o preenchimento do requisito da capacidade civil, nos moldes definidos pelo Código Civil brasileiro, qual seja, ter dezoito anos completos³⁶⁵, apto está o indivíduo para decidir e definir os atos da vida civil os quais deseja realizar, fazendo com que a idade estabelecida pela lei do planejamento familiar, sem fundamento algum, se mostra inválida e antagônica a dispositivo de lei infraconstitucional³⁶⁶.

Neste sentido, vale citar que o ordenamento jurídico brasileiro adota o modelo kelseniano acerca das normas, ou seja, adota uma pirâmide para definir a hierarquia das leis conhecida como a pirâmide de Kelsen³⁶⁷.

Assim, a pirâmide de Kelsen tem a Constituição no topo, como fundamento de validade do restante das normas, não podendo outra norma inferior ser elaborada de forma contrária a Constituição e, por essa razão, as demais normas são infraconstitucionais³⁶⁸.

Abaixo da Constituição estão os tratados internacionais, pois a Constituição Federal em seu artigo 5º, § 3º, estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, receberão o *status* de emendas constitucionais³⁶⁹.

As regras imediatamente abaixo da Constituição (infraconstitucional) e dos tratados internacionais de direitos humanos são leis (complementares, ordinárias e delegadas), medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções legislativas, tratados internacionais em geral incorporadas ao ordenamento jurídico e decretos autônomos³⁷⁰.

A lei do planejamento familiar é ordinária e, portanto, abaixo da Constituição Federal, razão pela o inciso I, do artigo 10, daquela lei se mostra discrepante ao mandamento constitucional e ao próprio Código Civil, conforme razões expostas anteriormente neste capítulo.

³⁶⁵ BRASIL. **Lei n.10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, p. 13. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁶⁶ FIUZA, César - **Direito civil**: curso completo. p.33.

³⁶⁷ CUNHA, Douglas - **A pirâmide de Kelsen – Hierarquia das normas aplicada ao direito brasileiro**. Jusbrasil, 23 ago. 2018, p. 11. Disponível em:<<https://doutlascr.jusbrasil.com.br/artigos/616260325/a-piramide-de-kelsen-hierarquia-das-normas>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

³⁶⁸ CUNHA, Douglas - **A pirâmide de Kelsen – Hierarquia das normas aplicada ao direito brasileiro**. Jusbrasil, 23 ago. 2018, p. 13. Disponível em:<<https://doutlascr.jusbrasil.com.br/artigos/616260325/a-piramide-de-kelsen-hierarquia-das-normas>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

³⁶⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019a], p. 11. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2020.

³⁷⁰ CUNHA, Douglas - **A pirâmide de Kelsen – hierarquia das normas aplicada ao direito brasileiro**. Jusbrasil, 23 ago. 2018, p. 14 Disponível em:<<https://doutlascr.jusbrasil.com.br/artigos/616260325/a-piramide-de-kelsen-hierarquia-das-normas>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

3.8.2 A manifestação de vontade e o desencorajamento à esterilização precoce

A Constituição da República Federativa do Brasil definiu que a manifestação de vontade é livre, primeiro porque advém da liberdade inerente aos brasileiros, conforme artigo 5º³⁷¹, da CRFB/88, e segundo porque, este mesmo mandamento constitucional é claro ao dizer que é livre a manifestação do pensamento³⁷², da vontade³⁷³.

Assim, havendo capacidade plena e conscientização resultante do acesso à informação, enquanto um direito e por determinação legal³⁷⁴, definir que cabe à equipe multidisciplinar desencorajar a esterilização precoce³⁷⁵ mostra evidente confronto à autonomia da vontade e a autodeterminação do indivíduo.

É um princípio que traz um olhar para o futuro, abrindo os caminhos - dentro dos limites das possibilidades regulatórias da lei - para que as pessoas sejam realmente livres para desenvolver o seu potencial (sonhos, planos e escolhas íntimas)³⁷⁶.

Neste sentido, verifica-se que é direito de cada pessoa estabelecer os moldes de seu livre desenvolvimento pessoal, atrelado ao fato de que é uma decisão exclusivamente individual escolher como – e se – se quer desenvolver.

A lei do planejamento familiar, ao prevê que uma equipe multidisciplinar aja no sentido de desencorajar a esterilização precoce traz à baila a discussão de que, o Estado, por meio de seus agentes, está interferindo diretamente na vida privada e não está observando a autonomia da vontade do indivíduo.

Existem muitas formas e meios de se desenvolver como pessoa e são garantidos pela ordem civil-constitucional. A escolha desses modos e formas deve ser feita pela própria

³⁷¹ Art. 5º da CRFB/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

³⁷² Art. 5º, IV da CRFB/88: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

³⁷³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, p. 11. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁷⁴ Art. 4º da **Lei n. 9263/96**: 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.

³⁷⁵ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, p.11. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de Direito Civil**. p. 271.

pessoa, de forma livre e autodeterminada. Nem o Estado nem os outros (pais, por exemplo) podem influenciar essas escolhas, quando há, por parte de quem escolhe, discernimento, maturidade e autodeterminação. É, claro, um princípio intimamente ligado à dignidade e à liberdade existencial. Aqui, a rica individualidade de cada um de nós é protegida³⁷⁷.

Por fim, a autonomia da vontade do indivíduo remete ao direito à intimidade e à vida privada³⁷⁸, já que é uma liberdade de não-intromissão e de autonomia³⁷⁹, ou seja, a Constituição Federal define que o planejamento familiar é uma escolha livre do casal³⁸⁰, bem como que a própria lei do planejamento familiar define que ao Estado cabe o papel de promoção e orientação para assegurar, de maneira livre, o exercício do planejamento familiar³⁸¹.

Assim, tais dispositivos são claros ao garantir e enfatizar a liberdade de escolha, mas a lei do planejamento familiar está em dissonância com a autonomia da vontade e a livre decisão do indivíduo ao prever que tenha uma equipe multidisciplinar para, dentre outras funções, trabalhar o desencorajamento da esterilização precoce.

3.8.3 A autonomia da vontade e a autorização do cônjuge na vigência de sociedade conjugal

Ao estabelecer que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza³⁸², a Constituição Federal do Brasil apresenta o princípio da igualdade (ou isonomia), bem como que define a igualdade entre homem e mulher no que se refere a direitos e obrigações³⁸³.

Vale ressaltar que liberdade e igualdade caminham juntas, feito complemento, não havendo que se falar em rivalidade entre elas, ou seja, um existe concomitante ao outro, e não

³⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson - **Manual de direito civil**. p. 271.

³⁷⁸ Art. 5º, X, da CRFB/88 - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³⁷⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio - **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. p. 267.

³⁸⁰ Art. 226, § 7º, da CRFB/88 - 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.

³⁸¹ Art. 5º da Lei 9263/96 - 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

³⁸² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, p. 11. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁸³ OMMATI, José Emílio Medauar - **Uma teoria dos direitos fundamentais**. p. 39.

se houver um não há o outro, pois não se mostra possível falar de igualdade sem falar de liberdade³⁸⁴.

No atual estado democrático de direito, o reconhecimento absoluto da vontade não é compartilhado como uma fonte intocável de direitos e deveres, como o racionalismo liberal queria, mas como um espaço de igual liberdade subjetiva de ação, reconhecida pela ordem jurídica a todos, levando em consideração um contexto de igualdade material e intersubjetividades que coexistem e são compartilhadas³⁸⁵.

Assim, havendo igualdade entre os cônjuges e, ainda, sendo eles livres e independentes, é necessário se observar o direito à intimidade de cada um, pois ela é parte da vida privada³⁸⁶.

Neste diapasão, os indivíduos, ainda que na sociedade conjugal, não perdem o caráter de ser indivisível, único e dono de si, pois é isso um direito de personalidade, da vida privada, e assim, é absoluto, indisponível, imprescritível e intransmissível³⁸⁷.

Assim, a lei do planejamento familiar ao estabelecer que o cônjuge deve autorizar o procedimento esterilizatório caso haja a constância da sociedade conjugal transfere para outrem a responsabilidade do corpo de cada um, e deste modo, a autonomia da vontade de um indivíduo fica suprimida caso o outro indivíduo não autorize, o que mostra evidente distopia no exercício da liberdade individual e os direitos decorrentes dela.

Corroborando este entendimento, José Adércio Leite Sampaio esclarece que a privacidade está, via de regra, indisponível, o que significa que não inclui as faculdades de extinção, de disposição a favor de outrem ou mesmo, para ela e perante ela, ser obrigada³⁸⁸.

Resta demonstrado que a vida privada é indivisível, indisponível e não passível de terceirização, razão pela qual, estabelecer ao cônjuge o dever de autorizar o procedimento esterilizatório no outro, descaracteriza toda a individualidade do ser humano e de sua vida privada.

³⁸⁴ OMMATI, José Emílio Medauar - **Uma teoria dos direitos fundamentais**. p. 39.

³⁸⁵ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 119.

³⁸⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio - **Direito à intimidade e à vida privada**: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. p. 358.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ *Ibidem*.

3.8.4 Caso Artavia Murillo e outro (fecundação *in vitro*) versus Costa Rica: a decisão da corte interamericana de direitos humanos e o poder de escolha dos indivíduos

A título de demonstração de como a vontade do indivíduo deve prevalecer sobre as determinações estatais arbitrárias, adiante será analisado o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Artavia Murillo e outros (fecundação *in vitro*) versus Costa Rica, que teve sentença proferida na data 28 de novembro de 2012. Na referida sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos sustentou em sua decisão que o Estado da Costa Rica, ao declarar inconstitucional as regulamentações que autorizavam a técnica de fecundação *in vitro* (FIV) no país, violou direitos humanos, dentre os quais se inserem vida privada e familiar, integridade pessoal em relação à autonomia pessoal, saúde sexual, além do alegado direito de se beneficiar do progresso científico e tecnológico e do princípio da não discriminação³⁸⁹.

O Decreto Executivo n° 24029-S da Costa Rica, embora passível de crítica diante de suas rigorosas regulamentações, autorizava o uso da técnica de fecundação *in vitro* entre os cônjuges. Dentre suas regulamentações, a mencionada norma determinava, por exemplo, que o número máximo de embriões que poderiam ser produzidos a cada ciclo seria limitado a seis. Determinava, ainda, que todos os embriões fecundados deveriam necessariamente ser implantados no útero materno, vedando a não utilização para seus devidos fins. Trata-se de uma regulamentação ainda mais severa que a brasileira, que, além de não delimitar o número de embriões fecundados, autoriza o congelamento dos embriões não utilizados e a utilização de outros para procedimentos científicos, como assim entendeu o Supremo Tribunal Federal. Porém, mesmo que criticável, o decreto autorizava a utilização da técnica, sendo que o reconhecimento de sua inconstitucionalidade gerou ainda mais prejuízos³⁹⁰.

A demanda levada à Corte Interamericana de Direitos Humanos tinha por objeto, justamente, a violação da igualdade entre as supostas vítimas das arbitrariedades estatais, tendo em vista que, em uma perspectiva biológica, estas vítimas se encontravam em desvantagem e, com o avanço tecnológico, tal desvantagem poderia ser superada³⁹¹.

Em sua defesa, o Estado da Costa Rica alegou que a inconstitucionalidade fora declarada apenas em relação aos casos em que as pessoas em tratamento acabavam por não

³⁸⁹ RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 61.

³⁹⁰ Idem.

³⁹¹ Idem, p. 43.

utilizar todos os embriões, descartando os demais não implantados. Não havendo a perda dos embriões, o procedimento seria entendido por constitucional³⁹².

Neste sentido, resta cristalina a violação das garantias individuais dos costarriquenhos, pois o Estado impôs óbices à realização do procedimento, logo, inviabilizava a sua efetiva utilização.

Assim, entendeu a Corte Interamericana, ao decidir que os procedimentos, como a fecundação *in vitro*, são positivos ao garantir que as pessoas com dificuldades de alcançar a reprodução através dos métodos tradicionais pelas relações sexuais alcancem, com o avanço tecnológico, o sonho de ter uma prole³⁹³. A decisão foi de encontro à decisão proferida pela Suprema Corte da Costa-Rica, que entendia que a fecundação *in vitro* violava à vida e a dignidade do ser humano, incumbindo, inclusive, à sociedade civil o dever de proteger os embriões descartados. Aos embriões era garantido o direito de não ter a sua vida descartada pelo Estado³⁹⁴.

Ato contínuo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos acabou por decidir de forma convergente aos direitos humanos e aos princípios tratados, especialmente ao livre planejamento familiar. A decisão foi fundamentada no artigo 11, da Convenção Americana. O artigo protege o cidadão em razão das arbitrariedades do Estado sustentando que as intervenções abusivas devem ser combatidas. É reconhecido o direito dos cidadãos a organização de sua vida individual e social, incluindo a organização de seu grupo familiar³⁹⁵.

Conforme exposto durante a elaboração deste capítulo, de maneiras diferentes e em vários momentos de sua redação, a lei do planejamento familiar estabelece requisitos para que os indivíduos possam realizar o procedimento esterilizatório que, conforme explanado no deslinde deste capítulo, vão contra direitos fundamentais como a liberdade, a capacidade civil, o *livre* planejamento familiar, bem como se mostram contrários ao princípio da autonomia da vontade porque, mesmo querendo e havendo capacidade civil plena, ainda assim, surge o impasse de aguardar o que pode-se chamar de período de espera, pois é imprescindível, segundo a lei, que haja um período de acesso ao serviço de regulação da fertilidade, incluindo aconselhamento por uma equipe multidisciplinar, para desencorajar a esterilização precoce³⁹⁶.

³⁹² RODRIGUES, Renata de Lima - **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar**: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, p. 61.

³⁹³ Idem. p. 44.

³⁹⁴ Idem.

³⁹⁵ Idem.

³⁹⁶ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da

Ainda conforme apresentado neste capítulo, houve e ainda há a intervenção direta do Estado na vida privada, que, ao nosso sentir, mais inviabiliza o exercício ao livre planejamento familiar do que o promove, porque estabelece requisitos sem precedentes que fazem inferir um caráter controlador do Estado no que se refere a questão de ter filhos, uma vez que, impor vários limites para a realização da esterilização voluntária, é o meio pelo qual o Estado encontrou para garantir que um número muito menor de pessoas realizem o procedimento e, conseqüentemente, faz com que não haja grande redução na sua taxa de natalidade, sendo, portanto, um meio de controle demográfico que, frise-se, é vedado em nosso ordenamento jurídico³⁹⁷.

Concluindo, neste capítulo foi demonstrado como os requisitos para a esterilização voluntária, elencados na Lei do Planejamento Familiar, ferem os princípios da liberdade e da autonomia da vontade, da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, o que ratifica a invalidade da lei por ser incompatível com direitos e garantias fundamentais como a liberdade, a vida privada, a autonomia, entre outros.

3.9 QUESTIONAMENTOS ACERCA DA ADI 5.097

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097 está em tramite no Supremo Tribunal Federal atualmente, visando discutir a limitação imposta pela Lei nº 9.263/96 que impõe o consentimento do cônjuge para o procedimento de esterilização voluntaria. Essa ADI foi proposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos - ANADEP no ano de 2014 e seu objeto é especificamente a declaração da inconstitucionalidade do parágrafo 5º, do artigo 10, da Lei nº. 9.263/96.

De forma preliminar, a ANADEP se coloca com legitimada para a propositura da ação, alegando cumprir todos os requisitos, visto que configura uma associação de âmbito nacional, que não possui fins lucrativos e representa todos os defensores públicos do país. Além de evidenciar a pertinência temática da norma com os objetivos sociais da entidade, tendo em seu estatuto a proteção e defesa da mulher entre suas finalidades.

Em seus apontamentos acerca do tema, a ANADEP relata que a NUDEM (Núcleo Especializado de Promoção e Direitos da Mulher) realizou estudos sobre a legislação que está

República, p. 11. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

³⁹⁷ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, p. 11. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

sendo discutida e apresentou tese de inconstitucionalidade no VI Encontro Estadual dos Defensores Públicos do Estado de São Paulo, demonstrando além da pertinência temática a sua legitimidade em se tratando do assunto de garantias do direito da mulher.

A autora apresenta em sua tese inicial, conceitos de direitos sexuais e reprodutivos percorrendo a historicidade das conquistas de direitos das mulheres, principalmente no que diz respeito ao gerenciamento da reprodução após o surgimento da pílula anticoncepcional. Aponta também um ponto essencial acerca da ideia de planejamento familiar como uma ideia mais ampla, já que o exercício do poder familiar se dá de inúmeras formas, como por exemplo, a decisão individual de não ter filhos ou de constituir uma família.

Com relação a intervenção estatal, a autora aponta o duplo sentido da obrigação do Estado, que pode se dar de maneira positiva ou negativa. A atuação positiva se refere ao dever de promoção à informação e aos meios necessários que viabilizam o exercício dos direitos reprodutivos, já a negativa refere-se ao Estado se abster da regulamentação e da intervenção na sexualidade do indivíduo.

Por meio da inicial, a autora também apresenta o reconhecimento das mulheres em papel de protagonismo na questão do planejamento reprodutivo, sendo que são as que mais sofrem com as consequências físicas, sociais e jurídicas sobre a decisão de ter filhos. Concluindo que cabe somente a mulher essa decisão sobre o seu corpo e o planejamento da sua vida reprodutiva.

Sobre essa ótica, estabelece-se o questionamento aduzido sobre a lei de planejamento familiar, alegando que os requisitos impostos para a efetiva realização de cirurgia de esterilização voluntária visam o desencorajamento, a escolha precoce, ocasionando a dificuldade e desestimulando sua prática. Com isso demonstra uma clara interferência na escolha do indivíduo por parte do Estado, mostrando estar em desacordo com o artigo 226, §7º, da Constituição Federal que veda formas coercitivas por parte das instituições oficiais ou privadas, elencando ao planejamento familiar sua forma livre. Outrossim, também faz referência a violação de outras normas constitucionais como o artigo 1º, inciso III e o *caput* do artigo 5º, que versam sobre a liberdade de escolha, disposição do próprio corpo, autonomia da vontade privada e a dignidade humana. Vale salientar que é previsto aos direitos fundamentais a garantias das condições materiais para exercício dessas liberdades.

Em relação a sociedade conjugal a ANADEP justifica que hoje a família não se vincula mais ao escopo reprodutivo, podendo ser caracterizada pelo vínculo afetivo entre seus membros.

Destaca-se ainda que a lei do Planejamento Familiar, cria em seu artigo 15, um tipo

penal em branco, tornando a conduta de esterilização voluntária em desconformidade com os dispositivos do artigo 10, crime punível com até oito anos de reclusão e multa. Segundo o art. 15: “realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave” (BRASIL, 2019b).

Foi requerido ao final da inicial o pedido de concessão de medida liminar que suspendesse os efeitos da norma e no mérito a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 5º, do artigo 10, da Lei nº 9.263/96. Porém tal pedido foi indeferido pelo relator do processo, o então Ministro Celso de Mello, por meio de decisão monocrática, por entender que o lapso temporal desde a edição da norma tornaria inviável a aplicação do *periculum in mora* que configura a liminar.

Até o presente momento, quatro instituições ingressaram no feito como *amicus curiae*: O IBDFAM, a NUDEM, e o IBCCRIM e no ano de 2008 o Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília. A participação dessas entidades contribui para uma decisão mais adequada que contribuirá para o estado democrático de direito.

3.9.1 Subsídios das instituições que compõe a ADI

A admissão da presença do amigo da corte reverencia o princípio da segurança jurídica das decisões jurisdicionais, tendo em vista o prestígio do debate constitucional propiciado pela sua admissibilidade no processo objetivo de constitucionalidade³⁹⁸.

Várias instituições ingressaram na ação direta de constitucionalidade 5.097 com *amicus curiae*, expressão em latim para “amigo da corte” que diz respeito a uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário. Isso acaba por contribuir na representatividade dos interesses coletivos e viabiliza a justiça. Muitas contribuições foram abarcadas por elas que contribuem para a fundamentação e o respaldo da inicial.

O IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família, foi aceito como *amicus curiae* na ADI 5097, em fevereiro de 2015, sendo a primeira instituição a ingressar no feito como amigo da corte, e contribuiu com o debate trazendo valiosas considerações em sua petição: a legislação específica, Lei nº 9.263/1996 objeto da ação, condiciona o consentimento expreso

³⁹⁸ SOUSA, Douglas Cavallini de; VOLPIN, Lucas Rodrigues - A figura do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade federal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 56, 2008, p. 3. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5032>. Acesso em: 10 dez. 2020.

de ambos para que seja feita a esterilização. Por outro lado, pelo princípio da legalidade, do Código Civil atual, pode-se extrair o fundamento legal para recepcionar a autonomia privada como princípio fundamental do Direito de Família: art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Parece contraditório o mesmo Estado exigir o consentimento para esse tipo de procedimento. É algo que afronta o princípio da legalidade do mandamento constitucional³⁹⁹. Além disso, a IBDFAM, critica a forma de intervenção do Estado no aspecto do consentimento de ambos os cônjuges.

Outra instituição que se manifestou no mesmo sentido foi o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) que complementou os argumentos da inicial, porém sua análise se direciona principalmente contra a forma de criminalização da conduta contida no artigo 15, da Lei nº 9.263/93, que tipifica o exercício da liberdade individual sexual e reprodutiva. Nesse particular, tanto a exigência legal do consentimento do cônjuge para realização da esterilização voluntária, quanto a criminalização da conduta de realizar a cirurgia sem o referido consentimento são incompatíveis com as conquistas dos direitos das mulheres. Há uma questão de gênero subjacente a essa indevida exigência legal. A luta das mulheres pela igualdade de gênero encontra no lema “nosso corpo nos pertence” uma importante bandeira. O direito penal não pode intervir na escolha da mulher quanto ao exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos, ainda que ela seja casada. Em uma sociedade patriarcal e misógina, essa norma penal parece encontrar na mulher a sua destinatária. O tipo penal criminaliza a escolha da mulher quanto ao seu próprio corpo. Seu corpo não lhe pertence mais.

Na petição apresentada pelo IBCCRIM, também se destaca a intervenção mínima do direito penal e a que o direito penal não pode ser empregado para realizar política pública de planejamento familiar, devendo atuar de maneira subsidiária, sob o princípio da *ultima ratio*. Desta forma acaba por violar o princípio da subsidiariedade, já que o bem jurídico em questão que está sendo tutelado poderia encontrar respaldo em outros ramos do direito. O uso da lei criminal para proteger a função reprodutiva é desproporcional, desnecessário e inconstitucional, o que é uma forma precipitada de implementar a política pública de planejamento familiar.

O último instituto a ingressar como amigo da corte foi CaDir/UNB, (Centro acadêmico

³⁹⁹ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 7.. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

de direito da universidade de Brasília no ano de 2018, que agregou a discussão em tramite no STF nos moldes da ideia de que o reconhecimento da individualidade se condicione a vontade de terceiros, mesmo que esse terceiro seja o cônjuge. Afirma em sua tese que o exercício do estado nessa situação deve ser mitigado tomando que essa exigência seria inconstitucional.

Uma mulher pode compreender voluntariamente a esterilização. É uma decisão relevante em sua vida e o Estado deve participar multiplicando os elementos de informação para que a decisão seja cada vez mais livre. Falar de “desanimador” (última parte do inciso I do art. 10 da lei 9.263 / 1996) já é estigmatizante. O estigma que as mulheres têm o dever de procriar. Não há. Ela tem o dever de gozar de seus direitos, que incluem o direito de ser livre, de ter respeitada a autonomia de sua vontade, de ter sua dignidade reconhecida e de viver em uma nação onde o Estado não fará planos com sua própria barriga⁴⁰⁰.

3.9.2 Pontos favoráveis a constitucionalidade da norma

O Senado Federal foi intimado a prestar manifestações a respeito, após o Ministro Relator Celso de Mello proferir o entendimento de que a matéria já havia sido processada dentro dos tramites constitucionais pelo Congresso Nacional.

Em suas alegações, o Senado Federal mostrou-se contrário as alegações apresentadas na inicial, onde afirma que não há qualquer violação a normas constitucionais, visto que o dispostos no artigo impugnado se aplicam a homens e mulheres de forma geral.

Visto esta constatação, acaba por desconsiderar diferenças sociais que ainda são presentes na sociedade, embasando seu ponto de vista em dados do IBGE que mostram que o número de esterilizações femininas e masculinas realizadas no Brasil, são diferentes. Se não fosse o bastante, ainda faz alusão as laqueaduras forçadas ou não informadas adequadamente. Nesse sentido, sem qualquer vínculo com a razoabilidade, aduz que são necessárias mais exigências para um melhor bem- estar social, já que a esterilização envolve diversos riscos. Porém, parece não ter levado em consideração que o objeto da ação diz respeito ao parágrafo 5º, do artigo 10, da Lei nº 4 9.263/96 que visa o consentimento do cônjuge e não aos demais dispositivos que se referem a necessidade de orientações, informações e recursos para uma escolha livre e consciente, sendo obvio que o consentimento do interessado deve ser protegido.

Em um dos apontamentos feitos pelo Senado, ocorre a afirmação de que nenhuma

⁴⁰⁰ BRASIL. **Lei n. 9263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2014], p. 7. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

norma constitucional está sendo violada, sendo que a norma que está sendo impugnada atinge homens e mulheres de forma paritária. Além de tudo, continua sustentando a afirmação de que a autonomia da vontade não é absoluta e que a família compõe a base social e que carece de proteção estatal. Da mesma forma, a Advocacia Geral da União - AGU apresenta alegações que mencionam a livre decisão do casal e que a natureza da sociedade conjugal a consentimento de ambos os cônjuges, já que o método interfere em aspectos pessoais de ambos, sendo a favor das exigências de consentimento.

Com todas essas alegações o Senado e a AGU parecem alienados e de certa maneira desinformados sobre as mudanças sociais, ignorando questões básicas de liberdade, de condições de gênero, dos efeitos que trazem uma gravidez indesejada e a forma indevida que o estado se impõe sobre escolhas particulares, que cabem somente ao indivíduo.

Dessa forma, considerando os argumentos apresentados acerca dos principais pontos da aplicação do artigo 10, da Lei de Planejamento familiar no que se refere seus dispositivos acerca da esterilização cirúrgica voluntária, partimos desse para chegar a uma conclusão acerca da anuência ou não do cônjuge em relação a realização deste procedimento.

O planejamento familiar é garantido constitucionalmente, tendo seu *status* de direito fundamental impetrado, uma vez que os direitos sexuais e reprodutivos se vinculam ao direito de liberdade, autonomia, autodeterminação e dignidade da pessoa humana, tornando o desrespeito a essa garantia um desrespeito a dignidade plena do indivíduo.

O dispositivo em questão acaba por impor uma restrição aos direitos das pessoas que são plenamente capazes de gerir seus atos dentro da sociedade conjugal, passando a vincular as decisões de um em detrimento do outro, em se tratando de direitos pessoais.

Não devemos ignorar o fato que a Lei nº 9.263/96, trouxe diversos benefícios em relação aos direitos sexuais e reprodutivos uma vez que possibilitou maiores recursos e medidas educacionais para fins informativos que garantem o planejamento familiar. Foi a partir da lei de planejamento familiar que ocorreu a ampliação de métodos contraceptivos que afeta diretamente e consideravelmente a proteção contra doenças sexualmente transmissíveis. Porém, não se podemos ignorar o protagonismo feminino, quando a questão envolve direitos reprodutivos, vez que somos apontados a desigualdade de gênero.

Contudo, a mesma lei impõe a submissão, principalmente da mulher, a vontade do cônjuge, mediante todas as questões que envolvem as desigualdades de gênero. E essa imposição acaba por legitimar as relações desiguais dentro do âmbito familiar e violar o direito de autonomia da vontade, impedindo-a de decidir de forma livre sobre questões relativas à sua vida sexual e o direito ao seu próprio corpo.

Importante salientar que todos esses aspectos que constituem o planejamento familiar fazem parte da vida íntima conjugal, não se tornando razoável que o Estado disponha sobre algo com características tão individuais. Nos casos de conflito relacionados a essas questões, a competência para dirimir é do núcleo familiar e não Estatal. Podemos relacionar com diversas outras situações que acarretam conflitos no planejamento familiar e que não cabe ao estado intervir, como de fato o mesmo não intervém, tornando o conflito passível de demanda cível, mesmo que seja por meio de divórcio.

Vale também ressaltar que, como fez menção o IBCRIM, não é necessário o consentimento do cônjuge para que seja realizada a cirurgia de mudança de sexo, que também possui caráter permanente, tornando o nosso ordenamento jurídico contraditório.

Mediante todas as avaliações pertinentes elencadas, conclui-se que essa restrição é indevida e desproporcional, contribuindo para a assimetria conjugal e acabando por favorecer gestações indesejadas que poderiam ter sido evitadas, que levam na pior das hipóteses a abortos inseguros, gerando riscos à saúde pública.

Por todo o exposto, devemos concluir que o artigo 10, da Lei do Planejamento familiar conflita com os princípios fundamentas expressos constitucionalmente, uma vez que não se legitima ao Estado o dever de intervenção na liberdade da pessoa sobre questões acerca da disposição do próprio corpo. Nenhum direito deve sobrepor a dignidade da pessoa humana, sujeitando o seu exercício a anuência de terceiro.

CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa, delineamos os aspectos gerais da liberdade no Estado Constitucional, o direito fundamental da personalidade e o planejamento familiar com a esterilização voluntária sem consentimento em detrimento da autonomia privada, a fim de verificar se tais requisitos ferem ou não o direito geral de liberdade. Isso porque, em tempos, a sociedade plural que se apresenta hoje a construir penetra suas raízes para além de uma visão humanista das relações interpessoais. Tal sociedade encontra na pluralidade de opinião e na diversidade cultural, ideológica e religiosa o seu eixo vertebral e o fundamento das instituições que lhe oferecem suporte. O ponto axiológico fundamental, o marco de referência, é, então, a inexistência de uma única visão do bem comum e, mesmo, do bem individual.

Assim, tendo sido assumidos os valores inerentes ao constitucionalismo democrático, pluralista e liberal, sob o acume axioma da dignidade da pessoa humana, buscamos descrever os elementos e os pontos sob os quais aquele direito fundamental se ergue, tais como a amplitude do respectivo suporte fático e do seu âmbito de proteção, a assunção da teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, a “reserva geral imanente de ponderação” e a garantia do conteúdo essencial. Em termos de operacionalização protetiva, identificamos os reflexos do princípio da vedação do excesso (proporcionalidade) como forma de controle das restrições opostas ao direito fundamental à personalidade no que tange à necessidade ou não de disposição do corpo, sem o consentimento de terceiros. Tais são os elementos estruturais da liberdade em geral numa sociedade democrática e pluralista, exigências incondicionais de um modelo jurídicoconstitucional liberal.

Deste modo, não tendo como objetivo esgotar o assunto buscou-se fazer uma construção da família no Brasil, desde o período colonial brasileiro, em que havia a figura vertical das relações familiares, ou seja, havia uma hierarquia nas relações, até os modelos de famílias existentes na atualidade, onde há uma figura horizontal das famílias, cujos sujeitos tem pé de igualdade de tratamento e as figuras maternas e paternas estão em um patamar de equivalência nas responsabilidades e afazeres domésticos.

Frente às várias mudanças da família no cenário mundial, apresentou-se neste trabalho como se deu o surgimento do planejamento familiar ao redor do mundo e no Brasil, bem como assim definido primeiramente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e somente em 1996 ter regulamentação própria acerca do tema planejamento familiar.

Analisados os princípios fundamentais dos textos normativos brasileiro e português, interpretamos que o direito ao planejamento familiar e a autonomia quanto a

esterilização voluntária sem consentimento é efetivado quando a pessoa humana tem condições de exercer liberdade, autonomia, igualdade, segurança e propriedade. O arcabouço constitucional de ambos os países, quando disciplina sobre a vida digna, não se valida de analogia à mera sobrevivência, mas eleva a condição humana ao mais ápice do patamar de subjetividade. Tanto que, de forma exemplificativa, a Constituição Federal de 1988 disciplina sobre as condições de uma vida socialmente plena, com acesso à saúde, moradia, educação, saúde, alimentação, lazer, transporte, entre outros. Referidos elementos objetivam a promoção do bem-estar, valor este constitucional entabulado em seu preâmbulo.

No que tange ao planejamento familiar, cumpre informar que este adveio de uma necessidade de regular as práticas cirúrgicas com o objetivo de esterilização feminina, de modo que a Lei se originou dentro de um contexto crítico no que se refere às famílias.

Foi objeto de análise do presente trabalho a Lei do planejamento familiar e seus artigos, principalmente no que se refere aos requisitos para que se possa realizar o procedimento esterilizatório, para verificar quem pode, sob quais condições e quem realizará o procedimento, bem como a necessidade de se saber qual órgão é competente para tanto.

Após detida análise da norma, passou-se então para o cerne deste trabalho, qual seja, contrapor a carga principiológica frente as imposições que a lei do planejamento familiar coloca aos brasileiros, o que não ocorre em outros países, como é o caso de Portugal. Deste modo, analisar a relevância dos princípios e como eles se inserem no ordenamento jurídico, bem como a força interpretativa dos princípios é de fundamental importância para analisar se há, por parte da lei do planejamento familiar, uma afronta a princípios constitucionalmente consagrados, como a liberdade, a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana, a intervenção mínima do direito público no direito das famílias, entre outros.

Assim, após a construção principiológica e demonstração da sua relevância no meio jurídico, verifica-se que, dado o valor constitucional dos princípios e dada a relevância do tema, uma vez que os requisitos da esterilização voluntária ferem os princípios explanados no corpo deste trabalho, resta configurada a violação dos direitos fundamentais, por meio dos princípios.

Ademais, o presente trabalho teve o objetivo de expor, pautado no respeito na liberdade, na autonomia da vontade do indivíduo e na dignidade da pessoa humana que a esterilização voluntária sem consentimento deve ser permitida no Brasil como foi em Portugal. Ao passo que entendemos que cabe a cada indivíduo decidir o que é melhor para si, para a sua própria vida e família. Não reconhecer o direito da pessoa de dispor sobre seu

próprio corpo quanto a esterilização, quando decidida sobre não querer mais procriar, especialmente quando há divergências entre os cônjuges quanto a ter ou não filhos.

Neste sentido, a conclusão que se chega é que os requisitos para a esterilização voluntária não devem perdurar, uma vez que possuem pressupostos que em nada estão de acordo com o atual ordenamento jurídico brasileiro, pois a idade estabelecida não é compatível com a capacidade civil no Código Civil, a necessidade de autorização do cônjuge é clara afronta à autonomia da vontade, bem como fazer com que a pessoa se submeta, por período demasiado longo, a acompanhamento médico a fim de atestar a sua capacidade para realizar o procedimento cirúrgico deixa de observar a vontade do indivíduo.

Conclui-se assim que, se o Estado se coloca como prestador da proteção das pessoas, usurpar as suas liberdades mais essenciais, especialmente aquelas que não atingem nem causam danos a terceiros, entendemos ser uma prática degradante e abusiva para a condição humana. Cada indivíduo deve ter seus princípios fundamentais preservados e aplicados de forma a proteger e garantir o bem comum e, para além, a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências**. Brasília: Ibri, 2001. 432 p. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/livro_lindgren_alves_decada_conferencias_onu.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **O planejamento familiar no Brasil**. [Rio de Janeiro:] Instituto de Economia, UFRJ, [2010?]. Disponível em:

<http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/texto_pf_jeda_05jun10.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 2. ed., 2. reimp. São Paulo: Globo, 2008.

BARBOZA, Heloísa Helena. A Autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *In*: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coord.). **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. cap. 3, p. 53-65.

BARRETO, Francisca Sandra Cardoso. **A bioética da proteção e o programa de assistência ao planejamento familiar: a percepção das usuárias e profissionais dos ambulatórios e maternidades de Teresina-PI**. 2010. 80 f. Dissertação (Mestrado em Bioética) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em:<<https://repositorio.unb.br/handle/10482/7350>>. Acesso em: 12 set. 2020.

BARROSO, Carmen. Esterilização feminina: liberdade e opressão. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, Vol. 18, n. 2, p. 170-180, 1984. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489101984000200009&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 29 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Salvador, 2007. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/>

neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEMJOVEM. O que é bemfam? *In*: BEMJOVEM. **Blog do programa BEMJOVEM**. [20--]. Disponível em:<<https://bemjovem.wordpress.com/o-que-e-a-bemfam/>>. Acesso em: 22 set. 2020.

BERMAN, Harold J. The Impact of the Enlightenment on American Constitutional Law. **Yale Journal of Law & the Humanities**. Vol. 4, n. 2, 1992.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Centro de documentação do Ministério da Saúde**. Assistência Integral à Saúde da Mulher: bases de ação programática. Brasília, DF, 1984.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2019a]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 06 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, 05 mai. 2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 25 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar. **Notícias STF**, 15 abr. 2018. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375595>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípios e como funciona. Disponível em:<<http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Tradução Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

CADEMARTORI, Luiz HENRIQUE Urquhart. **A discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**. 3. tir., Curitiba: Juruá, 2003.

CAETANO, André Junqueira. Ascensão e queda da laqueadura tubária no Brasil? Uma avaliação das pesquisas de demografia e saúde de 1986, 1996 e 2006. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE ESTUDOS POPULACIONAIS, 17., 2010, [Caxambu, MG]. **Anais [...]**. [S.l.: s.n., 2010]. p. 1-17. Disponível em:
<<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2323/2277>>. Acesso em: 22 out. 2020.

CAETANO, Marcello. **Manual de ciência política e direito constitucional**. 6. ed. Tomo I, 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

CARBONNEAU, Thomas E. The Implicit Teaching of Utopian Speculations: Rousseau's Contribution To The Natural Law Tradition. **University of Puget Sound Law Review**. Vol. 3, 1979.

CORVISIER, André. **História moderna**. São Paulo: Difel, 1980. p. 45.

COSTA, Alcione; ROSADO, Lilian; FLORÊNCIO, Alexandre; XAVIER, Edleide. História do planejamento familiar e sua relação com os métodos contraceptivos. **Revista Baiana de Saúde Pública**, Vol. 37, n. 1, p. 74-86, 2013. Disponível em:

<<http://files.bvs.br/upload/S/0100-0233/2013/v37n1/a3821.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2020.

COSTA, Ana Maria. Participação social na conquista das políticas de saúde para mulheres no Brasil. **Ciência e saúde coletiva**, Rio de Janeiro, Vol. 14, n. 4, jul./ago. 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000400014>.

Acesso em: 13 out. 2020.

COSTA, Ana Maria. Planejamento Familiar no Brasil. **Revista Bioética**, Vol. 4, n. 2, 1996. Disponível em:

<http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>.

Acesso em: 26 nov. 2020.

CRUZ, Eliana Alves. O caso Janaína me lembrou que o Brasil já fez esterilização em massa – com apoio dos EUA. **The Intercept Brasil**, 18 jul. 2018. Disponível em: <<https://theintercept.com/2018/07/18/laqueaduras-esterilizacao-forcada-mulheres/>>.

Acesso em: 23 set. 2020.

CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CUNHA, Douglas. A pirâmide de Kelsen – Hierarquia das normas aplicada ao direito brasileiro. **Jusbrasil**, 23 ago. 2018. Disponível em:

<<https://douglascr.jusbrasil.com.br/artigos/616260325/a-piramide-de-kelsen-hierarquia-das-normas>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

DE SOUSA, António Francisco. **In Declaração Universal dos Direitos Humanos: estudos Comemorativos do 60º Aniversário/coordenação Manuel Monteiro Guedes Valente**. Lisboa: EDIUAL, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: o preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

DIAS, Maria Berenice. **Violência doméstica e as uniões homoafetivas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Comentários - família pluriparental, uma nova realidade**. 29 de dezembro de 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60547/principios-constitucionais-da-familia>>. Acesso em: 09 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. ver. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

FEGHALI, Jandira. [Apresentação de proposições: proposta de Lei de Planejamento Familiar]. **Diário da República Federativa do Brasil**, ano 46, n.12, p. 1255, 7 mar. 1991.

Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD07MAR1991.pdf#page=84>>. Acesso em: 20 set. 2020.

FERNANDES, Marcella. Autorização de marido para mulher fazer laqueadura podem enfim cair. **Huffpost**, 17 abr. 2018.

Disponível em:<https://www.huffpostbrasil.com/2018/04/17/acao-do-psb-no-stf-pode-acabar-com-autorizacao-do-marido-para-laqueadura_a_23413607/>. Acesso em: 30 set. 2020.

FERREIRA, J. S. A. B. N.; RÖRHMANN, K. **As famílias pluriparentais ou mosaicos**. In: PEREIRA, R. da C. (Coord.). V Congresso Brasileiro de Direito de família: família e dignidade humana, 2006, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

FERREIRA, Pedro Henrique Menezes. **Autodeterminação terapêutica: novos caminhos para a efetiva tutela da saúde?**. 2018. 186 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Cap. 4.

FICHTE, Johann Gottlieb. **Fundamento do direito natural: segundo os princípios da doutrina da ciência**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

FINKELSTEIN, Claire. Hobbes and the Internal Point of View. **Fordham Law Review**. v. 75, n. 3, 2006.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 15. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FUNÇÕES dos princípios. **Trilhante**, c2019. [aulas do curso Princípios do Direito do Trabalho]. Disponível em:<<https://www.trilhante.com.br/curso/principios-do-direito-do-trabalho/aula/funcoes-dos-principios>>. Acesso em: 01 dez. 2020.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economía política**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONTHIER, Charles D. Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy. **McGill Law Journal**. Vol. 45, 2000.

HAMBURGUER, Philip A. Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions. **The Yale Law Journal**. Vol. 102, 1993.

HEYMAN, Steven J. Positive and Negative Liberty. **Chicago-Kent Law Review**. Vol. 68, n. 1, 1992.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Porto Alegre, 21 out 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/14/Fam%C3%ADlia+e+casamento+em+evolu%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 set. 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. London: Oxford University Press, 1965.

JORGE, Eduardo. **Projeto de Lei n. 209, de 1991**. Estabelece normas e condições para o exercício dos direitos referentes a saúde reprodutiva e coíbe o atual processo de esterilização indiscriminada da população brasileira e determina outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 06 mar. 1991. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173183>>. Acesso em: 29 set. 2020.

JORNAL MULIER. **Mulheres operárias**: do século XVII aos dias atuais. Rio de Janeiro, 02 mar 2013. Disponível em: <<http://jornalmulier.com.br/mulheres-operarias- do-seculo-xvii-aos-dias-atuais/>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.

LERMACK, Paul. The Constitution Is the Social Contract So It Must Be a Contract...Right? A Critique of Originalism as Interpretative Method. **William Mitchell Law Review**. Vol. 33, n. 4, 2007.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo**: ensaio sobre a verdadeira origem, alcance e finalidade do governo civil. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

MADISON, James. O Federalista nº 51. In **O Federalista**. 3. ed. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores, 2010.

MENDES, Jerônimo. **O que são princípios, valores e virtudes?**. Disponível em: <<https://www.jeronimomendes.com.br/principios-valores-e-virtudes/>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil- constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 107.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000. Disponível em: <http://www.redeblh.fiocruz.br/media/decl_d_human.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Vol. 1, 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

Pesquisa nacional de demografia e saúde da criança e da mulher. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/pnds/metodologia.php>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. 5.

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

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Autonomia privada e direito ao livre planejamento familiar: como as escolhas se inserem no âmbito de autodeterminação dos indivíduos na realização do projeto parental?**. 2015. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social: ou princípios do direito político**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Daniel Neves. "Revolução Cubana". **Brasil escola**. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/revolucao-cubana.htm>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **Do direito a não sentir dor**: fundamentos bioéticos e jurídicos do alívio da dor como direito fundamental. 2014. 141f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. Vol. 5, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VALLINDER, T. 1995. **When the Courts Go Marching In**. In: VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York : New York University.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad**. José Medina Echovarria e outros. 4. ed. México: Fondo da Cultura e Economía, 1969.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción Marina. Gascón. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.