

TESE 99

Proponente: NUDEM

Área: Cível

Súmula: É inconstitucional o parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96, que estabelece que, na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges, eis que tal previsão fere os direitos fundamentais à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana.

ASSUNTO

Direito cível, direito das obrigações, direito à saúde, direitos sexuais e reprodutivos.

ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A defesa dos direitos das mulheres é atribuição do defensor público prevista na Lei Complementar Estadual 988/2006 (artigo 5º, incisos III e VI, alíneas c, i, l), na medida em que se trata da proteção de direitos de vítimas de discriminação de gênero, de violência e opressão.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A conceituação dos direitos sexuais e reprodutivos não é tarefa fácil.

Somente nos anos 60 que as mulheres passaram a romper com a pretensa naturalidade da opressão feminina através da nova ordem liberal, que tinha como base fundamental discutir a desigualdade como componente das relações sociais, que antes eram baseadas na dominação de sexo.

A construção da idéia de gênero deu-se com o movimento de mulheres, principalmente na década de 70, quando estas buscaram espaço para a constituição de uma cidadania feminina.

A utilização da categoria de gênero vem a ser o resultado da construção histórica e cultural que objetiva compreender as designações e os pressupostos relativos ao sexo biológico como elemento definidor e naturalizador de características, qualidades e potencialidades de homens e mulheres, através da história e das diferenças culturais.

Como consequência dessa nova visão acerca dos direitos das mulheres, surgem no cenário mundial discussões acerca de ditos direitos e o aperfeiçoamento das legislações. Foi na Conferência Mundial de Direitos Humanos, no Teerã, em 1968, onde surgiu a primeira idéia do que viria a ser, internacionalmente, os direitos reprodutivos:

"Capítulo 16:

Os pais têm o Direito Humano fundamental de determinar livremente o número de seus filhos e os intervalos entre seus nascimentos."

Tal norma prevê a total liberdade de decisão do casal com relação a sua reprodução, ou seja, o direito individual de cada um decidir sobre seu próprio corpo, sem referir-se ao controle ou responsabilidades do Estado e tampouco aos direitos sociais.

A partir daí, outros documentos internacionais de direitos humanos também trouxeram previsões relativas a direitos sexuais e reprodutivos, como a seguir será explicitado.

Inicialmente, necessário esclarecer a diferenciação conceitual entre direitos sexuais e direitos reprodutivos.

Os direitos reprodutivos estão intimamente ligados à sexualidade do ser humano, sendo que englobam não somente as funções do aparelho genital ou do processo reprodutivo, mas também no direito de cada cidadão buscar o seu próprio prazer.

Ao considerarmos que o sexo entre homens e mulheres não é somente uma necessidade biológica, reconhecemos o direito de cada cidadão de ter prazer, manter relações sexuais, sem, necessariamente, o intuito da reprodução. Sendo assim, podemos claramente separar os direitos reprodutivos dos direitos sexuais.

O marco inicial desses inovadores direitos foi a liberdade de decisão das mulheres com relação a sua fecundidade e sua vida sexual. No Brasil e mundo, surgem, então, normas e preceitos legais para a proteção de ditos direitos, sendo os temas mais debatidos o aborto legal e o acesso a contracepção não coercitiva.

A separação da relação sexual com a reprodução foi determinada pelo advento da pílula anticoncepcional, que proporcionou a mulher o gerenciamento de sua reprodução.

O conceito de direitos reprodutivos implica obrigações positivas ao Estado, no sentido que imputa responsabilidades na promoção do acesso à informação e aos meios necessários para viabilizar as escolhas com relação à reprodução. Em contrapartida, os direitos sexuais decorrem de obrigações negativas, ou seja, o Estado não deve regular a sexualidade e as práticas sexuais, tendo o dever de coibir práticas discriminatórias que restrinjam o direito à livre orientação sexual.

Surge ainda o conceito de saúde reprodutiva, que pode se definida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidade ou doença, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. Conseqüentemente, a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de sua vida sexual satisfatória e sem riscos, de procriar, bem como implica a liberdade para escolher entre fazê-lo ou não, no período

e na frequência desejada. Nessa última condição, encontram-se implícitos os direitos do homem e da mulher de serem informados e de terem acesso a métodos de planejamento familiar seguros, efetivos, aceitáveis e de custos acessíveis, assim como o direito de buscarem/usarem métodos de sua escolha para a regulação da fecundidade que não estejam legalmente proibidos. Está também implícito o direito de receber serviços apropriados de atenção à saúde que permitam gravidez e parto sem riscos e ofereçam aos casais as melhores oportunidades de terem filhos saudáveis. Define-se com **atenção a saúde reprodutiva** o conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuam para a saúde e bem-estar reprodutivos mediante a prevenção e solução dos problemas de saúde reprodutiva. Inclui também a **saúde sexual**, cujo objetivo é a melhoria da vida e das relações pessoais, e não somente o aconselhamento e a atenção referentes à reprodução e as doenças sexualmente transmissíveis.

Portanto, a saúde reprodutiva relaciona-se à possibilidade de o indivíduo desfrutar de uma vida sexual satisfatória, podendo ainda decidir se quer ter filhos, quantos filhos deseja ter e com quem terá esses filhos. É essa a ideia de planejamento reprodutivo.

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

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

Trata-se de preceito que somente ganhou "status" constitucional em 1988. Com efeito, dispõe o artigo 226, parágrafo 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". As constituições anteriores (1934, 1937 e 1946) limitaram-se a prever o dever do Poder Público socorrer "as famílias de prole numerosa".

Como já ressaltado, documentos internacionais de direitos humanos também disciplinaram a matéria. A Convenção sobre Discriminação contra a Mulher, de 1979 (CEDAW- ratificada pelo Brasil em 01.02.1984 e promulgada pelo Decreto 4.377, de 13.09.2002) ordena que os Estados adotem medidas apropriadas para assegurar a informação e o assessoramento sobre o planejamento da família (artigo 10, h) e o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar (artigo 12, 1). A Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989 (ratificada pelo Brasil em 24.09.1990 e promulgada pelo Decreto 99.710, de 21.11.1990) ao tratar de

direito à saúde, determinou que os Estados a garantissem com vistas a desenvolver a assistência médica preventiva e serviços de planejamento familiar (artigo 24, 2, f).

Oportuno mencionar o Princípio 8 da Conferência das Nações Unidas sobre população e desenvolvimento (Cairo, 1994): "os Estados devem tomar medidas apropriadas para assegurar, sobre a base da igualdade do homem e da mulher, o acesso universal aos serviços de saúde, compreendidos os relacionamentos à saúde em matéria de reprodução, integrados pelo planejamento familiar e a saúde em matéria de sexualidade. Os programas de saúde da reprodução devem oferecer a mais vasta gama possível de serviços, sem nenhum recurso à coerção. Todo casal e todo indivíduo tem o direito fundamental de decidir livre e responsabilmente acerca do número de seus filhos, do espaço de seu nascimento e de dispor da informação, da educação e dos meios desejados na matéria." (g.n.)

No mesmo sentido, a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995) adotou em sua Declaração, no Princípio 15: "a igualdade dos direitos, de oportunidades e de acesso aos recursos, a partilha igual das responsabilidades familiares e a parceria harmoniosa entre as mulheres e homens são essenciais a seu bem-estar e de suas famílias, como ao fortalecimento da democracia." Dispõe o Princípio 96: "os direitos fundamentais das mulheres compreendem o direito de ter domínio de sua sexualidade, nela inserida sua saúde em matéria de sexualidade e procriação, sem nenhuma coação, discriminação ou violência e de tomar livremente, e de modo responsável as decisões neste domínio. A igualdade entre mulheres e homens no que concerne à sexualidade e à procriação, compreendido o respeito total da integridade da pessoa, exige o respeito mútuo, o consentimento e a partilha da responsabilidade dos comportamentos sexuais e de suas consequências." (g.n.)

O planejamento reprodutivo constitui expressão dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação e em nada se relaciona com qualquer ação de controle demográfico, o que, inclusive, é vedado expressamente pelo parágrafo único do artigo 2º, do diploma legal supracitado. Afirma Maria Berenice Dias que "o planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva..." (*Manual de Direito das Famílias*, 4ª edição, São Paulo, RT, 2007, pp.322/323).

Pedro Thomé Arruda afirma: "O Estado brasileiro desempenha, na célula social da família, um papel interventivo necessário, respeitando pari passu a esfera das liberdades dentro do núcleo familiar, conquista histórica e direito fundamental insculpido na Lei Maior (art.5º)." (*Aspectos Jurídicos do Planejamento Familiar no Brasil*, in *Família e Jurisdição III*, Belo Horizonte: Delk Rey, 2010, p.397).

Dessa forma, cabe ao Estado uma atuação positiva, no sentido de possibilitar a todos os cidadãos o amplo acesso às informações e a todos os métodos contraceptivos e conceptivos. Ademais, deve o Estado também atuar de forma negativa, abstendo-se de qualquer interferência no processo decisório dos homens e mulheres no tocante ao planejamento reprodutivo. A escolha dos indivíduos deve ser livre de qualquer forma de estímulo ou desestímulo estatal.

Trata-se de aplicação do princípio da intervenção mínima no âmbito do Direito de Família, pelo qual se entende que a intervenção do Estado nas relações

familiares somente deve ocorrer excepcionalmente, em situações extremas, como ultima *ratio*, uma vez que prevalece a regra geral da liberdade do indivíduo no âmbito da família. Por força do reconhecimento do princípio supracitado, identifica-se atualmente um Direito de Família Mínimo, no qual prevalece o exercício da autonomia privada dos indivíduos no âmbito da família, a fim de preservar a sua liberdade e a implementação de seus demais direitos fundamentais.

J.J.Gomes Canotilho e Vital Moreira ensinam: "O direito ao planejamento familiar é garantido em termos positivos e negativos. A dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais- informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas. A dimensão negativa traduz-se na garantia da liberdade individual, salientando-se sobretudo as capacidades cognitivas e a capacidade para a autodeterminação." (*Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, São Paulo: RT, Coimbra, 2007, v.1, p.858)

De toda sorte, salienta-se que o planejamento reprodutivo deve ser analisado em consonância com o direito fundamental à saúde, garantindo-se a todas as pessoas o amplo acesso a todos os métodos contraceptivos, assim como com o direito fundamental à educação, possibilitando que todos tenham informações adequadas para que exerçam seu direito ao planejamento reprodutivo de forma livre e consciente. Trata-se de expressão dos princípios da dignidade humana e da liberdade, assim como da paternidade/maternidade responsáveis.

As mulheres são, por certo, aquelas a quem mais interessa o amplo acesso às informações, meios e métodos relativos ao planejamento reprodutivo. Ana Claudia Silva Scalquette afirma: "Tendo sido examinados os principais princípios relacionados ao direito ao planejamento familiar, resta-nos concluir que a mulher é, indubitavelmente, aquela que mais sofre as consequências da decisão de ter um filho, pois é aquela que, em regra, carrega a criança em seu ventre durante os nova meses de gestação, que passa pelas dores do parto, que se submete a um procedimento cirúrgico, que tem o dever de alimentar o seu filho recém-nascido por meio da amamentação, ou que, principalmente, busca a realização da maternidade superando todos os obstáculos físicos, sociais e jurídicos, além de continuar desempenhando todos os papéis que, até então, exercia, como o de esposa e de profissional." (*Mulher e planejamento familiar*, in *Mulher, sociedade e direitos humanos: Homenagem à Professora Doutora Esther de Figueiredo Ferraz*, São Paulo: Rideel, 2010, p.447).

Nesse sentido, toda mulher deve exercer o seu direito ao planejamento reprodutivo de forma consciente e livre de qualquer interferência, tanto do Estado como de qualquer outro indivíduo. A escolha sobre ter ou não ter filhos, ou sobre o número de filhos que terá, deve ser feita pela mulher, como titular do direito à liberdade de escolha e de disposição sobre o seu próprio corpo.

Com o objetivo de regulamentar o parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal, foi promulgada a Lei n.9.263, de 12 de janeiro de 1996.

A Lei n. 9.263/96, em seu artigo 10, disciplinou de forma detalhada a realização do procedimento de esterilização voluntária, a qual será executada por meio de laqueadura tubária, vasectomia ou outro método cientificamente aceito. Nota-se que o legislador elegeu a esterilização voluntária como última opção dentre os métodos contraceptivos, estabelecendo vários requisitos para sua efetivação.

Basicamente, a esterilização voluntária poderá ser feita em homens ou mulheres com capacidade civil plena, maiores de 25 anos ou com pelo menos dois filhos vivos, observado o prazo de mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade e a realização da cirurgia, período no qual haverá aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce.

A lei traz ainda no parágrafo 5º de seu artigo 10 a exigência de autorização expressa do cônjuge na vigência da sociedade conjugal para a realização do procedimento de esterilização voluntária.

Percebe-se que o legislador, ao disciplinar a matéria, procurou evitar a esterilização precoce; no entanto, indiretamente, acabou também por desestimular tal prática, o que vai de encontro ao preceito constitucional (artigo 226, §7º, da CF/88) e aos documentos internacionais de direitos humanos. Por certo, a esterilização cirúrgica, por ser método contraceptivo irreversível (ou de difícil reversibilidade), há de ser adotada pelo indivíduo de forma livre e consciente. Nesse sentido, deve o Estado garantir o amplo acesso à informação sobre tal método, e jamais interferir na escolha do indivíduo, de modo a desestimulá-lo ou desencorajá-lo.

Com efeito, tem-se revelado uma crescente preocupação com a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos dos cidadãos, notadamente com relação ao planejamento reprodutivo. Em documento elaborado pelo Ministério da Saúde (*Direitos sexuais e direitos reprodutivos: uma prioridade do governo*, Brasília: Ministério da Saúde, 2005), pontuou-se: "Entendendo o planejamento familiar como direito do(a) cidadão(ã) e dever do Estado, a política do planejamento familiar tem sido colocada como prioridade pelo Presidente da República em vários pronunciamentos públicos e pelo Ministério da Saúde."

Entretanto, indicadores revelam deficiências no tocante à efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos da população brasileira, principalmente para as camadas mais pobres.

A disciplina legal para a realização do procedimento de esterilização voluntária, trazida pelo artigo 10 da Lei n.9.263/96, mostra-se em desacordo com o disposto no artigo 226, parágrafo 7º da Constituição Federal, como já explicitado.

Nesse tocante, cumpre agora analisar um dispositivo em especial, a saber, o parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96, que assim dispõe:

"§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges."

A exigência aqui trazida vai de encontro à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana (artigo 1º, III, e artigo 5º, caput, da Constituição Federal), bem como ao conteúdo do artigo 226, §7º da nossa Constituição.

A seguir, serão analisadas as normas constitucionais violadas pelo conteúdo do parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96.

1-Do princípio da dignidade humana

Antes de iniciar a análise dos dispositivos constitucionais violados, deve-se ressaltar a importância dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.

A respeito, Ingo Wolfgang Sarlet aduz que "(...) *há como afirmar, sem medo de errar, que, a despeito da existência de pontos passíveis de crítica e ajustes, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna e pelo instrumentário que se colocou à disposição dos operadores do Direito, inclusive no que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento nacional.*" (SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.80).

Destarte, o ser humano está no centro do ordenamento jurídico nacional e internacional, de modo que tudo é pensado a fim de assegurar sua primazia e garantir seus direitos.

A dignidade humana foi erigida como fundamento do Estado Brasileiro, conforme preceitua o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal:

"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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político."

Documentos internacionais de proteção dos direitos humanos também ressaltam a dignidade da pessoa humana.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

"Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

(...)

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade."

Também devem ser mencionados o art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o art. 45 da Carta da Organização dos Estados Americanos:

"Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas."

"Artigo 45

Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos:

a) Todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, nacionalidade, credo ou condição social, têm direito ao bem-estar material e a seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, igualdade de oportunidades e segurança econômica;"

Viena: Por fim, ressalte-se trecho da Declaração e Programa de Ação de

"Reconhecendo e afirmando que todos os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana, e que esta é o sujeito central dos direitos humanos e liberdades fundamentais, razão pela qual deve ser a principal beneficiária desses direitos e liberdades e participar ativamente de sua realização."

A dignidade humana "(...) concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres

humanos.” (MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 16).

Flávia Piovesan ressalta a “(...) *primazia do valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.*” (PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 11 e 12).

Marcos José Gomes Corrêa assim trata da dignidade: “(...) *Seja qual for o ângulo em que analisemos o homem, vemos que ele tem a mesma origem e a mesma natureza, possuindo um valor de dignidade, ou seja, não pode ser reconhecido como coisa mas sim como pessoa. Tal dignidade é atribuída ao homem pelas suas características de racionalidade, sendo o único ser que transforma o mundo em que vive e que comunica suas experiências a seus semelhantes. (...) Ora, se todos os seres humanos são portadores de dignidade, possuindo uma igualdade intrínseca, comungando das mesmas potencialidades, natural que tenham os mesmos direitos. (...) Hoje, com certeza, atribui-se a todo ser humano um predicado de dignidade e essa dignidade o transforma em pessoa, sujeito de direitos essenciais, direitos esses derivados da própria condição humana (...) A dignidade humana reclama para ela, do alto de sua autoridade, um setor inteiro do campo do direito: os direitos humanos, cuja missão é preservar a dignidade humana.*” (CORRÊA, Marcos José Gomes, *Direitos Humanos: Concepção e Fundamento*, in PIOVESAN, Flávia e IKAWA, Daniela (Coord)., *Direitos Humanos, Fundamento, Proteção e Implementação, perspectivas e desafios contemporâneos*, v. II, Curitiba: Juruá, 2007).

Maria Berenice Dias assim se manifesta “*Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só a vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz.*” (DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 25).

Feitas algumas considerações a respeito da dignidade humana e tomando-se como premissa a dignidade inerente a todo ser humano, independentemente de qualquer peculiar característica, passa-se a discorrer a respeito da inconstitucionalidade dos demais dispositivos supramencionados.

2-Da violação do direito à liberdade, à autonomia privada e ao planejamento reprodutivo, nos moldes do artigo 226, § 7º, da Constituição Federal

Prevê o artigo 5º, caput, da Constituição Federal:

“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, nos termos seguintes:” (g.n.)

A autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, sendo entendida como a capacidade do sujeito de direito de determinar o seu próprio comportamento individual. Segundo Daniel Sarmiento, “*esta autonomia significa o poder o sujeito de autogoverno de sua esfera jurídica, tendo como matriz*

a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas.” (Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada, in Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiologicas da Constituição, São Paulo:Malheiros, 2003, p.308).

O constituinte de 1988 procurou reforçar a tutela da autonomia privada do indivíduo, trazendo um rico e não exaustivo rol de direitos fundamentais no artigo 5º, e prevendo também a garantia das condições materiais para o exercício dessa liberdade, ao disciplinar os princípios norteadores da ordem social e da ordem econômica brasileiras.

Nesse sentido, todo indivíduo deve ter ampla liberdade para autodeterminar-se, para fazer as escolhas que vão reger a sua vida privada, sem qualquer ingerência indevida.

Na seara da autonomia privada do indivíduo, insere-se a sua autonomia corporal, a qual, na lição de Ana Carolina Brochado Teixeira, significa que *“o corpo pertence à própria pessoa e é ela quem deve lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, dentro do que a realiza.” (Saúde, Corpo e Autonomia Privada, Rio de Janeiro:Renovar, 2010, p.52).*

O indivíduo tem o poder de governar o seu próprio corpo e a sua própria saúde, ou seja, é ele o senhor de seu corpo, livre de ingerências, sejam elas advindas de outro indivíduo ou do Estado.

Sendo dotado de plena autonomia corporal, o indivíduo também goza da liberdade de definir como será a sua vida sexual; se quer ter filhos; quantos filhos quer ter e com quem terá esses filhos. Trata-se, como já explicitado, do direito ao planejamento reprodutivo, o qual, igualmente, deve ser exercido de forma livre e incondicionada.

Prevê o artigo 226, parágrafo 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”.*

Não deve o Estado estimular ou desestimular condutas relativas ao exercício do direito ao planejamento reprodutivo; cabe a ele, tão somente, proporcionar ao indivíduo os recursos educacionais e de saúde para que tal direito possa ser adequadamente exercido. Da mesma maneira, será indevida qualquer ingerência de outro indivíduo sobre o exercício do direito ao planejamento reprodutivo.

Tanto tal assertiva é verdadeira que a Lei 11.340/2006 (conhecida como Lei Maria da Penha) traz a seguinte previsão em seu artigo 7º, inciso III:

“Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

....

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

Destarte, condicionar a realização da cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro (no caso, do cônjuge) constitui ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo, constitucionalmente assegurado pelo artigo 226, § 7º da Constituição Federal.

Cabe à mulher, e tão somente a ela, decidir o que fará com seu próprio corpo, bem como fazer todas as opções relativas ao planejamento reprodutivo de forma livre e incondicionada.

Nem se argumente que a existência de sociedade conjugal e a affectio maritalis justificaria a exigência legal de anuência do cônjuge. Isso porque o conceito atual de família dissociou-se do escopo reprodutivo, sendo caracterizada pela existência de um vínculo de afeto entre seus membros. Assim, surge a família eudemonista, que é aquela que tem como objetivo principal a plena realização e felicidade de seus membros, valorizando-se o indivíduo e tornando a família não mais um fim em si mesma, mas sim um meio para que seus integrantes alcancem a felicidade. Dessa forma, a família, e também o casamento, "*identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca*" (DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 53).

Assim, o atual modelo de família não mais guarda compatibilidade com a necessidade de procriação, nem com a indevida ingerência entre seus membros, no sentido de limitar a plena garantia da liberdade, da igualdade, da dignidade e da busca da felicidade.

Destarte, por todos os argumentos expostos, conclui-se pela inconstitucionalidade do parágrafo 5º do artigo 10 da Lei n.9.263/96.

FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Como é sabido, a Defensoria Pública, em especial o Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher, deve atuar em favor da defesa de todos os direitos da mulheres, assegurando, assim, a proteção integral de seus direitos, principalmente seus direitos fundamentais.

Assim, condicionar a realização da cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro (no caso específico da Lei 9.263/96, do cônjuge) constitui ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento

reprodutivo, constitucionalmente assegurado pelo artigo 226, § 7º da Constituição Federal.

Diante disso, a alegação de inconstitucionalidade quando solicitada pela mulher usuária da Defensoria Pública e que necessita realizar a cirurgia de laqueadura, mas entende ser dispensável a concordância do seu marido, eis porque este se recusa a fazê-lo ou porque este tem paradeiro desconhecido, em que pese ainda permaneceram legalmente casados.

SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

A alegação de inconstitucionalidade deverá ser feita sempre que a mulher que deseja fazer a cirurgia de laqueadura, porém está enfrentando dificuldades na sua realização, pois está sendo dela exigida a declaração de seu cônjuge manifestando concordância para a realização de cirurgia.

Assim, é sugestão que a alegação seja feita já no início da ação, a qual será discutida no âmbito cível, pois mais do que a relação familiar existente, a questão a ser discutida versa sobre direitos fundamentais da mulher.