

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

ANA BEATRIZ GOMIERO DOS SANTOS

**A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 10º DA LEI Nº 9.263 DE 1996**

SANTOS/SP

2023

ANA BEATRIZ GOMIERO DOS SANTOS

**A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 10º DA LEI Nº 9.263 DE 1996**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação da Prof. Dr. Renato Braz Mehanna Khamis.

SANTOS/SP

2023

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

Número de chamada (biblioteca) Gomiero dos Santos, Ana Beatriz.

A Fundamentalidade dos Direitos Sexuais e Reprodutivos e a (In)Constitucionalidade do Artigo 10º da Lei Nº 9.263 de 1996 / Ana Beatriz Gomiero dos Santos. - 2023.

n. de f. 87

Orientador: Renato Braz Mehanna Khamis.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Santa Cecília, Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Saúde, Santos, SP, 2023.

1. Direitos Sexuais e Reprodutivos. 2. Esterilização Voluntária. 3. Laqueadura. 4. Inconstitucionalidade. I. Braz Mehanna Khamis, Renato. II. A Fundamentalidade dos Direitos Sexuais e Reprodutivos e a (In)Constitucionalidade do Artigo 10º da Lei Nº 9.263 de 1996

Elaborada pelo SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas - Unisanta

ANA BEATRIZ GOMIERO DOS SANTOS

**A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 10º DA LEI Nº 9.263 DE 1996**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas.

Aprovado com média _____

Santos, de de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Renato Braz Mehanna Khamis

Universidade Santa Cecília

Prof. Dr.

(avaliador interno)

Prof. Dr.

(convidado)

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Carla e Emerson, que me ensinaram o valor do estudo e se desdobraram para me oferecer as melhores oportunidades. Que eu possa sempre retribuir à altura.

Ao meu irmão Gustavo, por ser meu melhor amigo e companheiro.

Ao meu namorado Vinicius, pela parceria de todos os dias, por me incentivar, acolher e acalmar.

Ao orientador Prof. Dr. Renato Braz Mehanna Khamis, por quem sempre nutri especial carinho e admiração desde a graduação.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar se os direitos sexuais e reprodutivos podem ser considerados direitos fundamentais e, diante deste caráter, verificar se há alguma inconstitucionalidade nos requisitos fixados pelo artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996 para esterilização voluntária. Optou-se a focar no caso específico das mulheres, vez que é sobre elas que recai a maior parte do ônus decorrente da reprodução e da criação dos filhos. O método adotado é o dedutivo, mediante análise bibliográfica e jurisprudencial. Como resultado, aferiu-se que os direitos sexuais e reprodutivos estão protegidos pela Constituição Federal, com fundamento principalmente nos artigos 1º, inciso III e 226, §7º. Diante disso, verificou-se que os requisitos impostos pela Lei nº 9.263 de 1996 para laqueadura tubária são demasiadamente restritivos, o que foi apenas parcialmente sanado pela alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.443 de 2022. Concluiu-se, portanto, que os direitos sexuais e reprodutivos são direitos fundamentais, que a Lei nº 9.263 de 1996, mesmo em sua redação mais atual, representa afronta a eles, ensejando a inconstitucionalidade do inciso I de seu artigo 10.

Palavras Chave: Direitos sexuais e reprodutivos, direitos fundamentais, laqueadura tubária, Lei nº 9.263 de 1996.

ABSTRACT

The present work aims to analyze whether sexual and reproductive rights can be considered fundamental rights and, given this character, to verify if there is any unconstitutionality in the requirements established by article 10 of Law nº 9.263 of 1996 for voluntary sterilization. It was decided to focus on the specific case of women, since it is on them that most of the burden of reproduction and child rearing falls. The method adopted is the deductive, through bibliographical and jurisprudential analysis. As a result, it was found that sexual and reproductive rights are protected by the Federal Constitution, based mainly on articles 1, item III and 226, paragraph 7. Given this, it was found that the requirements imposed by Law No. 9,263 of 1996 for tubal ligation are too restrictive, which was only partially remedied by the legislative change promoted by Law No. 14,443 of 2022. It was concluded, therefore, that sexual rights and reproductive rights are fundamental rights, which Law nº 9.263 of 1996, even in its most current wording, represents an affront to them, giving rise to the unconstitutionality of item I of its article 10.

Keywords: Sexual and reproductive rights, fundamental rights, tubal ligation, Law No. 9,263 of 1996.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA, SOCIAL E LEGISLATIVA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS FEMININOS.....	11
1.1 Os Direitos Sexuais e Reprodutivos através da História	11
1.2 A Positivação dos Direitos Sexuais e Reprodutivos e seus Reflexos Práticos	14
2. OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	29
2.1 Teoria Geral dos Direitos Fundamentais	29
2.2 A Fundamentalidade dos Direitos Sexuais e Reprodutivos	50
3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APLICADO AO ARTIGO 10 DA LEI Nº 9.263 DE 1996	60
3.1 Breves Considerações sobre o Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro	60
3.2 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas em face da Lei nº 9.263 de 1996	69
3.3 Inconstitucionalidades Verificadas no Artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996	73
3.3.1 Inciso I – Idade mínima, exigência de filhos vivos, prazo e aconselhamento	73
3.3.2 Parágrafo 2º - Vedação no período pós-parto e aborto	79
3.3.3 Parágrafo 5º - Consentimento do Cônjuge	82
3.4 Modificações trazidas pela Lei nº 14.443 de 2022.....	85
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS.....	91
ANEXO A - LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996	96
ANEXO B - LEI Nº 14.443, DE 2 DE SETEMBRO DE 2022	103

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, diante do sistema patriarcal que se impõe à sociedade, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres foram (e continuam sendo) frequentemente apropriados, suprimidos e vilipendiados.

Os corpos femininos, por séculos, foram desapossados de suas donas, reduzidos à condição de objeto e submetidos às vontades e interesses dos homens ao seu redor: ora o pai, ora o marido.

Por mais que verifiquemos uma crescente na emancipação feminina e na liberdade e independência atribuídas às mulheres, as imposições do patriarcado ainda atuam e deixaram cicatrizes profundas, principalmente no exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Para sua plena efetivação, estes direitos, de tão recente positivação e elevados à alçada de direitos humanos pela proteção internacional, necessitam também de uma ampla regulamentação constitucional e infraconstitucional de caráter positivo, sendo necessário que o Estado atue ativamente para tanto.

O papel materno e familiar imposto às mulheres ao longo dos séculos, como se esta fosse sua própria natureza, deixou marcar muito profundas que resultam na dificuldade de efetivação de um direito em específico: o de controlar sua própria fertilidade, incluindo a opção por não gerar filhos.

A sociedade em geral e o próprio Estado parecem tomar como afronta a retomada do controle das mulheres sobre seus próprios corpos, passando a falhar em proporcionar acesso aos métodos contraceptivos disponíveis, principalmente no que se refere à laqueadura tubária, o mais efetivo e definitivo deles.

Neste contexto, o presente trabalho objetiva analisar se os direitos sexuais e reprodutivos possuem o *status* de direitos fundamentais perante a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Em um segundo momento, objetiva-se analisar os requisitos legais para o acesso aos procedimentos de esterilização voluntária, impostos pela Lei nº 9.263 de

1996, a chamada “Lei de Planejamento Familiar”, verificando se estes são (ou não) compatíveis com a Constituição Federal.

A hipótese a ser verificada é a de que os requisitos legais para laqueadura tubária são demasiadamente restritivos, impedindo de forma infundada o acesso de diversos grupos de mulheres ao procedimento, que é de significativa importância diante das altas taxas de efetividade na contracepção.

Diante disso, adota-se também a hipótese de que os direitos sexuais e reprodutivos possuem natureza fundamental, e que a referenciada restrição exacerbada é, portanto, incompatível com a ordem constitucional.

O método adotado é o dedutivo, baseado na leitura e análise bibliográfica acerca da teoria dos direitos fundamentais e do controle de constitucionalidade, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com posterior confrontação ao texto constitucional e à literalidade da Lei 9.263 de 1996.

O presente trabalho se divide em três capítulos.

O primeiro deles trata de analisar a evolução história e legislativa dos direitos sexuais e reprodutivos femininos, especialmente quanto à sua origem em tratados internacionais e a positivação perante o ordenamento jurídico interno.

O segundo capítulo, após breve análise à teoria geral dos direitos fundamentais e à jurisprudência constitucional, busca responder se os direitos sexuais e reprodutivos possuem caráter fundamental, usufruindo de especial proteção constitucional.

Finalmente, o terceiro capítulo objetiva analisar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade em tramitação que questionam dispositivos da Lei 9.263 de 1996, além de verificar se há de fato alguma incompatibilidade com a Constituição.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA, SOCIAL E LEGISLATIVA DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS FEMININOS

1.1 Os direitos sexuais e reprodutivos através da história

O patriarcado é um sistema de poderes e privilégios, que garante superioridade e soberania ao sexo masculino no âmbito das relações sociais, enquanto atribui à mulher o papel de submissão e inferioridade. Não é um fenômeno natural, mas sim uma construção progressiva que se desenvolveu por milhares de anos (GOMES, 2019, p. 1).

Indícios históricos pontam que, nos períodos paleolítico e neolítico, início da socialização da humanidade, a mulher era vista como detentora de um poder místico e sobrenatural atribuído a elas de forma exclusiva pelas divindades: o poder de gerar filhos. Neste contexto, a liberdade sexual feminina era ampla, e a mulher era vista como verdadeiro ponto central da sociedade, sem qualquer indício de submissão (LEITE, 2012. p. 32).

De início, as mulheres eram ativas na caça e pesca, inclusive com indícios arqueológicos no sentido de que não havia grande diferença na compleição física entre os sexos. Mesmo quando surge a divisão sexual de tarefas, as definidas como femininas ainda eram vistas como tão valorosas quanto as entendidas como masculinas (GOMES, 2019, p. 3/4).

Ainda segundo Gomes (2019, p. 4), há indícios históricos que corroboram para a existência, nesta época, de ginocracias, sociedades onde prevalecia a linhagem feminina, com círculo familiar reunido em torno da figura da matriarca.

Para compreender como a liberdade feminina partiu deste princípio, tão amplo e pleno, cominando na atual sociedade patriarcal que impõe submissão à mulher em todos os seus aspectos, faz-se necessária breve digressão histórica.

A partir dos elementos históricos disponíveis, Leite (2012, p. 32) levanta a hipótese de que tal contexto teria começado a se alterar durante a chamada “Revolução Neolítica”, com o advento da agricultura.

Há época, associava-se a fertilidade da terra à própria fertilidade feminina, de modo que a mulher permaneceu estritamente ligada ao poder de dar a vida, ainda de

caráter místico. Neste contexto, ainda não se observava dominação do gênero masculino sobre o feminino (LEITE, 2012, p. 32).

A grande ruptura se consolidou, segundo tal hipótese, quando o homem passou a perceber seu papel na procriação, até então ignorado. Aos poucos, surgem na sociedade feições patriarcais: as deusas mulheres passam a ser substituídas por deuses homens.

A descoberta da paternidade não ocorreu de forma homogênea e cronologicamente igual em todos os grupos humanos, de modo que o patriarcado teria demorado milênios para se fazer prevalecer, após muita resistência (GOMES, 2019, p. 5).

Segundo narra Leite (2012, p. 33), para o trabalho na agricultura, quanto mais filhos gerados pela família, melhor. A mulher então passa de mão-de-obra propriamente dita para fornecedora de mão-de-obra.

A restrição e opressão à liberdade sexual feminina se inicia verdadeiramente com o advento do instituto da “descendência legítima”. A fidelidade feminina foi a forma encontrada para garantir a paternidade biológica da prole, contexto no qual a mulher passa então a ser vista como propriedade de seu companheiro (LEITE, 2012, p. 34).

Assim como a ciência, no que tange à garantia da paternidade biológica dos filhos, a religião passou também a fornecer fundamento teórico ao patriarcado. A mulher passa a ser vista como ser humano com ímpeto sexual maligno e desenfreado, que necessita de pesada repressão.

A partir do estabelecimento de fato do patriarcado, a história passa a ser narrada por homens e do ponto de vista deles, ocasionando o apagamento ainda mais intenso das lutas e reivindicações femininas (GOMES, 2019, p. 8).

Avançando mais um pouco na história, durante a idade média, com fundamento no direito burguês, o matrimônio é definido como “contrato que permite que os homens disponham do corpo e alma das mulheres” (GOMES, 2019, p. 6/7).

Para a mesma autora (2019, p. 7), estabelece-se neste período verdadeira “escravidão doméstica feminina”, sendo a mulher tratada como bem comum, objeto intercambiável, propriedade e não sujeito de direitos.

Neste mesmo período histórico, o contexto não era muito diferente no Brasil colonial.

Há época, o planejamento reprodutivo sofria forte influência da Igreja, que considerava o sexo com finalidade apenas de procriação. O interesse social, no mesmo sentido, se fixava em famílias numerosas de modo a atender a demanda de trabalho no campo, ainda mais considerados os altos índices de mortalidade infantil (FRANZE et al., 2018, p. 4).

Para os mesmos autores, com a migração do campo para as cidades e o consequente aumento do custo de vida, passou a se observar a inserção das mulheres no mercado de trabalho. Estes fatores, somados, cominaram na diminuição das taxas de natalidade e redução das famílias.

Assim, em todo o mundo, o capitalismo reforça a desigualdade de gêneros já estabelecida, incorporando o patriarcado em seu projeto de sociedade, excluindo as mulheres no mundo produtivo e, nos raros casos de inclusão, oferecendo um mercado extremamente discriminatório e salários ínfimos, sendo comum inclusive que o marido recebesse o salário da esposa (GOMES, 2019, p. 9/10).

Para Gomes (2019, p. 9/10), sobra para as mulheres o trabalho doméstico, forçando-as à condição de pobreza, invisibilidade e dependência econômica.

No mundo todo, estas formas de apropriação do trabalho e corpo das mulheres foram apoiadas e sancionadas pelo Estado, que fixava, à época, seu interesse no aumento do coeficiente de trabalhadores, incentivando altas taxas de natalidade.

Inclusive no Brasil que, após o fim da Primeira Guerra Mundial, na Era Vargas, adotou política pró-natalista, com incentivo ao casamento e às famílias numerosas. Para atingir tal finalidade, desestimulava-se o trabalho feminino, inclusive com a distribuição de incentivos financeiros, chegando-se ao ápice de proibir o uso de métodos contraceptivos, por meio do Decreto Federal nº 20.291 de 1932 (FRANZE et al, 2018, p. 3).

Ainda segundo Franze et al (2018, p. 3), após este período, a tendência observada no mundo todo foi a popularização das teorias malthusianas¹ sobre o crescimento populacional mundial e, mais uma vez, o interesse dos Estados e da sociedade fixou-se na diminuição da natalidade, passando a se adotar políticas públicas nesse sentido.

Verifica-se, portanto, que o interesse social por aumento ou diminuição das taxas de natalidade não se firmou como uma constante através da história, mas sim como verdadeira montanha-russa que refletia diretamente nas políticas estatais e, conseqüentemente, nos direitos sexuais e reprodutivos garantidos (ou não) à população feminina em todo o mundo.

1.2 A positivação dos direitos sexuais e reprodutivos e seus reflexos práticos

No período pós Segunda Guerra Mundial, adveio a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada e publicada pela recém-criada Organização das Nações Unidas em 1948.

O documento encontra suma importância ainda hoje por fixar os parâmetros mínimos de dignidade comuns a todos os seres humanos de todos os povos, sem exceção.

Para o caso específico dos direitos femininos, a Declaração tratou de assegurar igualdade formal e, posteriormente, material entre ambos os sexos, sem, no entanto, se aprofundar quanto aos direitos sexuais e reprodutivos:

Artigo 2

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (....)

Artigo 16

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução. (...) (ONU, 1948).

¹ Teoria criada por Thomas Robert Malthus, que acreditava que a população mundial tinha potencial ilimitado de crescimento, enquanto a natureza nos fornecia recursos limitados de modo que, inevitavelmente, faltaria alimento para todos (SILVA et al., 2015, p. 115).

Para a luta das mulheres, porém, a simples garantia de igualdade formal não só é insuficiente como aprofunda as desigualdades observadas na prática (LEITE, 2012, p. 36).

Por esta razão é que adveio, anos depois, somente em 1979, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, atribuindo aos Estados signatários o dever de adotar ações afirmativas de modo a garantir a igualdade material entre os gêneros, bem como a proteção da população feminina em face das violências específicas.

No campo dos direitos reprodutivos, a Convenção tratou de atribuir especial proteção à gravidez, garantindo os direitos trabalhistas das mulheres neste âmbito e a adequada assistência médica:

Artigo 11 (...)

2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-partes tomarão as medidas adequadas para:

- a) Proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença de maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil;
- b) implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais; (...)
- d) Dar proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalhos comprovadamente prejudiciais para elas. (...)

Artigo 12

1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar.

2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados-parte garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância (ONU, 1979).

Nesta inconstante, à despeito dos documentos de direito internacional que já reconheciam e buscavam garantir os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, no direito interno, o Brasil se via afundado no profundo retrocesso social imposto pelo regime ditatorial militar, que vigorou de 1964 a 1985.

É o que identificam Bassi Vedana e Gervasoni (2020, p. 282):

Necessário enfatizar, outrossim, a misoginia presente durante o período repressivo. Na ditadura, a questão feminina era vista com um olhar

conservador, patriarcal, tendo elas um papel de donas de casa, promotoras de valores familiares tradicionais. Ademais, eram constantes as torturas e violências sexuais, as quais tinham como escopo sua humilhação e desestruturação, mediante a apropriação de seus corpos, consistindo, principalmente, em casos de estupro; utilização de choques elétricos nos órgãos genitais; inserção de animais vivos, como baratas e ratos, nos corpos das torturadas; nudez forçada; ameaças de violação; humilhações de cunho sexual e abortamentos forçados. (BASSI VEDANA e GERVASONI, 2020, p. 282)

Em 1980, perto do fim do regime ditatorial brasileiro, o movimento feminista começava a se fortalecer e intensificar, período em que foi cunhado o termo “direitos reprodutivos” entendido como, simplesmente, a autonomia das mulheres na tomada de decisão sobre ter ou não filhos, sua quantidade e momento de gera-los (FRANZE et al, 2018, pp. 1/2).

Pouco depois, o mesmo movimento passou a entender pela ampliação do conceito, de modo a incluir que a liberdade plena para a tomada de decisões neste âmbito deve ser cercada das informações necessárias, seguras e adequadas, bem como do acesso aos métodos e tecnologias disponíveis e liberdade quanto a qualquer tipo de violência, coação e discriminação (SOUZA e MADEIRA, 2021, p. 12).

Para as mesmas autoras, anos mais tarde é que foi cunhado o conceito de direitos sexuais, reconhecida, finalmente, a sexualidade como componente da subjetividade humana, que merece ser vivenciada de forma livre, sem imposições, medos, discriminações ou violências, de forma a garantir a livre expressão da orientação sexual, o livre exercício da sexualidade desvinculada da reprodução e acesso à educação sexual.

Neste ponto, há de se ressaltar que os direitos sexuais e reprodutivos sempre foram, desde o seu nascimento, pautas feministas.

Isto se dá em razão da divisão sexual do trabalho socialmente imposta, razão pela qual o papel da reprodução e da maternidade sempre foi atribuído à mulher e utilizado pelo patriarcado como forma de opressão (SOUZA e MADEIRA, 2021, p. 4).

Ainda segundo Souza e Madeira (2021, p. 5), de início, as principais pautas relacionadas aos direitos sexuais e reprodutivos levantadas pelo movimento feminista eram o direito ao aborto e o acesso à contracepção, o controle e autonomia sobre o próprio corpo, o exercício da sexualidade não limitada à reprodução e a liberdade quanto às escolhas reprodutivas.

Durante o período de redemocratização do Brasil, os movimentos pela emancipação feminina encontraram terreno fértil para propor tais discussões. Na Assembleia Nacional Constituinte até mesmo o direito ao aborto foi posto em pauta.

Discorrem sobre o tema Bassi Vedana e Gervasoni (2020, p. 283):

No contexto brasileiro, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) foi fundamental para a presença feminina, tanto no entorno quanto no interior da Assembleia Constituinte, tendo impulsionado, por meio da campanha Mulher e Constituinte, a eleição de 26 deputadas para contribuírem na formulação da nova Constituição. Formou-se, então, uma aliança entre as parlamentares e o movimento feminista, denominada “Lobby do Batom”, a qual oportunizou a interlocução das mulheres com o Estado, viabilizando a defesa dos seus direitos. (BASSI VEDANA e GERVASONI, 2020, p. 283)

Em razão desta participação, à duras penas garantida, é que nossa Constituição Federal, em muitos de seus dispositivos, versou e garantiu direitos defendidos pelas pautas femininas.

Talvez o mais importante deles, apesar de simplório e até mesmo óbvio, seja o inciso I do artigo 5º, dispositivo principal na garantia e proteção dos direitos fundamentais, que estabelece a igualdade formal entre os sexos, nos seguintes termos:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...) (BRASIL, 1988).

Dignos de nota, também, o *caput* e parágrafos do artigo 226, que versam sobre a família, fixando a igualdade de direitos e deveres entre os gêneros na sociedade conjugal e o próprio direito ao planejamento familiar, com recursos a serem disponibilizados pelo Estado:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (...) (BRASIL, 1988)

O disposto no §7º do dispositivo constitucional, no que tange ao planejamento familiar, posteriormente foi regulamentado por legislação federal, que será objeto de análise mais adiante.

Importa observar que, à despeito da presença feminina na Assembleia Nacional Constituinte, não há qualquer norma no texto constitucional que verse especificamente e de forma expressa sobre direitos sexuais.

Neste ponto, insta ressaltar o disposto no §2º do artigo 5º da Carta Magna:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Neste sentido, pouco depois, os direitos sexuais e reprodutivos passam a ser mundialmente reconhecidos como direitos humanos pela Organização das Nações Unidas, mediante a edição de dois documentos de suma importância.

Em 1994 realizou-se a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, na cidade do Cairo, no Egito. O encontro reuniu representantes de 179 países e deu origem a um relatório, no formato de um plano de ação, documento de máxima importância para o estabelecimento dos direitos sexuais e reprodutivos, pela primeira vez, como direitos humanos.

Neste sentido, dispõe o documento em seu capítulo VII:

7.2 (...) De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis. (...)

7.3 Tendo em vista a definição supra, os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos de acordos. Esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos. (...) A promoção do exercício responsável desses direitos por todo indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento familiar. Como parte de seus compromissos, toda atenção deve ser dispensada à promoção de relações mutuamente respeitadas e equitativas entre os sexos, particularmente, à satisfação de necessidades educacionais e de serviço de adolescentes para

capacitá-los a tratar sua sexualidade de uma maneira positiva e responsável.
(...) (ONU, 1994)

O documento supramencionado é o primeiro a reconhecer e atribuir a devida importância também aos direitos sexuais desvinculados da reprodução, passo importante em direção ao reconhecimento da necessidade de garantia da emancipação sexual feminina.

Um ano depois, em Beijing na China, realizou-se a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz (1995) que aprofundou as reflexões no campo dos direitos reprodutivos, mas principalmente dos direitos sexuais.

No documento resultante deste encontro, restou consignado que os direitos reprodutivos se referem não apenas à concepção, parto e amamentação, mas também sobre ao direito de decidir sobre sua própria reprodução e de acesso a informação neste âmbito. É o direito de se autodeterminar reprodutivamente e controlar o próprio corpo em seu potencial reprodutivo.

Sobre os direitos sexuais, o documento os define como o direito de autodeterminação no âmbito sexual, sem discriminação, coerção ou violência, usufruindo de uma vida sexual saudável e com acesso às informações necessárias para a manutenção da saúde.

O Brasil participou das duas Conferências e é signatário dos dois documentos decorrentes delas, que segundo Souza e Madeira (2021, p. 16), foram responsáveis por, gradativamente, forçar o reconhecimento das dimensões da sexualidade e reprodução como direitos humanos e condições de exercício da plena cidadania.

Ainda para as mesmas autoras, à despeito da reconhecida importância dos mencionados documentos internacionais, ambos adotam ainda perspectiva muito focada na saúde sexual e reprodutiva, sem se aprofundar nos aspectos de liberdade e autonomia sobre o próprio corpo, o que Souza e Madeira (2021, p. 5) atribuem às pressões religiosas exercidas à época.

Voltando o olhar mais uma vez para o direito interno, no campo específico das políticas públicas, há de se ressaltar que, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, no ano de 1984, foi criado o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher.

Em 2004, o programa foi modernizado conforme as novidades observadas no direito internacional e nas demandas sociais, sendo renomeado Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher.

Para Bassi Vedana e Gervasoni (2020, pp. 285/286):

Em atenção às modificações e demandas sociais, o Ministério da Saúde do Brasil elaborou, em 1984, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM). Com ênfase na questão de saúde sexual e reprodutiva e na população materno-infantil, o documento salienta a importância do oferecimento de uma tutela integral à saúde da mulher, desde a adoção de medidas educativas quanto à concepção e contracepção, investimento na capacitação dos profissionais envolvidos nas práticas de controle pré-natal e parto, até a incorporação de temas relacionados a câncer de colo de útero e de mama. Ainda, intentando suprir as necessidades das mulheres, o governo brasileiro criou, em 2004, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM), a qual, da mesma forma que o Programa anterior, tinha como objetivo a articulação e melhor execução de políticas públicas de saúde (BASSI VEDANA e GERVASONI, 2020, pp. 285/286).

Tal política pública visava fomentar ações de saúde que contribuíssem com a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, bem como a difusão de informações e inserção da demanda na agenda política nacional de forma pioneira e aprofundada.

O documento reconhece que a história das mulheres na busca pelos serviços de saúde é pautada pela discriminação, frustrações e violações de direitos. Entende-se que, por este motivo, no âmbito da nova Política Nacional, a atenção à saúde da mulher deve se pautar pelos princípios da humanização e da qualidade.

A Política de Atenção à Saúde da Mulher (2004) estabelece sua aplicação para mulheres em todos os ciclos de vida, observadas as especificidades de faixa etária e grupos populacionais. O documento pauta-se nos princípios dos tratados internacionais supramencionados, assegurando o direito à informação plena para que assegurado o direito de escolha:

“As práticas em saúde deverão nortear-se pelo princípio da humanização, aqui compreendido como atitudes e comportamentos do profissional de saúde que contribuam para reforçar o caráter da atenção à saúde como direito, que melhorem o grau de informação das mulheres em relação ao seu corpo e suas condições de saúde, ampliando sua capacidade de fazer escolhas adequadas ao seu contexto e momento de vida; que promovam o acolhimento das demandas conhecidas ou não pelas equipes de saúde; que busquem o uso de tecnologia apropriada a cada caso e que demonstrem o interesse em resolver problemas e diminuir o sofrimento associado ao processo de adoecimento e morte da clientela e seus familiares.” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, pp. 64/65)

Ainda no âmbito das políticas públicas, em 2005 tomou forma a Política Nacional dos Direitos Sexuais e dos Direitos Reprodutivos. Tal instrumento, muito mais enxuto

que o supracitado, tratou de definir saúde sexual como o estado físico, emocional, mental e social de bem-estar em relação à própria sexualidade, bem como estabelecer diretrizes sobre a atenção básica à saúde sexual e reprodutiva, acesso a esterilização voluntária, aborto legal e métodos contraceptivos, abordando a eficácia de cada um dos mais populares e disponibilizados pelo SUS.

À despeito dos referidos esforços e da evolução histórica certamente observada, ainda atualmente a população feminina, no Brasil e no mundo, encontra diversos obstáculos no acesso e garantia de seus direitos sexuais e reprodutivos, que os Estados tão claramente falham em assegurar.

Para Bassi Vedana e Gervasoni (2020, p. 288), apesar de a mobilização do movimento feminista ter contribuído de forma significativa para o progresso neste âmbito, principalmente nos países latino-americanos, o Brasil oferece ainda às suas cidadãs condições precárias e defasadas para acesso a todos os seus direitos fundamentais, principalmente os sexuais e reprodutivos.

Ainda segundo as mesmas autoras:

A difusão do movimento e a afirmação da agenda feminista contribuíram para que as especificidades das vivências femininas passassem a ser incorporadas nas questões legislativas e governamentais. Todavia, a despeito da criação de leis mais inclusivas e da implementação de políticas públicas destinadas à melhoria da realidade social das mulheres, ainda é manifesta, no atual contexto brasileiro, a existência de um quadro de negligência em relação aos direitos reprodutivos das mulheres (BASSI VEDANA e GERVASONI, 2020, p. 288).

Atualmente, observa-se diversos problemas nas ações de planejamento familiar promovidas pelo Estado brasileiro. O Sistema Único de Saúde garante a distribuição gratuita de métodos de contracepção, mas em razão da desinformação e da ausência da correta orientação médica, muitas vezes a população não consegue chegar até o serviço (BASSI VEDANA e GERVASONI, 2020, pp. 281/282).

Sem o efetivo acesso aos serviços públicos, que pressupõe a divulgação da informação adequada, a plena autonomia reprodutiva não pode estar assegurada.

Não se pode ignorar que, ainda que considerados os avanços legislativos, nosso país adota arcabouço legislativo muito restritivo ao exercício pleno dos direitos sexuais e reprodutivos, vez que o direito ao aborto, essencial neste âmbito, não resta ainda reconhecido.

No mais, conforme observam Bassi Vedana e Gervasoni (2020, p. 293), a efetividade das ações afirmativas direcionadas à população feminina depende diretamente da incorporação de um olhar de gênero às políticas públicas, com reconhecimento da cultura patriarcal e dos padrões discriminatórios vigentes na sociedade.

Sem isso, as inovações legislativas seguem somente no papel e não se observa o consequente impacto na realidade fática:

Não obstante a construção de um quadro legislativo mais favorável à população feminina, os dados apresentados demonstraram que, no Brasil, o impacto gerado por tais transformações ficou, em diversos contextos, limitado ao âmbito jurídico-normativo, não havendo uma efetiva superação das desigualdades de gênero e uma materialização da autonomia reprodutiva das brasileiras (BASSI VEDANA e GERVASONI, 2020, p. 294).

Não obstante, a realidade não é uma só para todas as mulheres brasileiras. Para entender a garantia ou não dos direitos sexuais e reprodutivos no plano prático, há de se considerar as interseccionalidades que se impõe.

Quando a raça, pesquisa de autoria de Souza e Alvarenga (2007, pp. 131/132) aponta que as mulheres brancas em geral entendem que as mulheres conquistaram uma falsa liberdade, vez que lhe seguem impostos os cuidados domésticos e dos filhos em sua integralidade, vendo o trabalho como forma de exercício de sua independência e liberdade.

Já as mulheres negras tendem a apresentar discurso menos preso às convenções de gênero, além de perceber e valorizar mais o alcance das conquistas.

Ao que parece, as mulheres brancas costumam focar nas defasagens observadas no exercício da liberdade feminina, enquanto as negras celebram mais intensamente as conquistas neste âmbito.

Outra peculiaridade a ser observada são as mulheres com deficiência.

Apesar de o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 6º, garantir os direitos reprodutivos a esta população, na prática, várias discriminações lhes são impostas.

Para Souza e Madeira (2021, p. 12), a maternidade, historicamente imposto à mulheres sem deficiência, é negada às mulheres com deficiência, que são ora vistas

como assexuadas, ora hiperssexualizadas, duplamente vulneráveis à violências sexuais.

Importa destacar ainda que, conforme Corrêa e Petchesky (1996, p. 169), os direitos sexuais e reprodutivos carregam consigo dimensões individuais, ligadas à integridade corporal e à autonomia pessoal, e dimensões sociais, ligadas à igualdade e à diversidade.

Segundo as autoras, é preciso se atentar que das dimensões de liberdade individual dos direitos não podem ser consideradas de maneira isolada enquanto os recursos e o poder permanecerem distribuídos desigualmente na sociedade, de modo que obrigações afirmativas dos Estados se tornam primordiais para sua efetivação.

De uma perspectiva contemporânea, começam a surgir também discussões acerca da conveniência da análise dos direitos sexuais em separado dos direitos reprodutivos e não como uma unidade homogênea.

Entende Gomes (2021, p. 26/27), que a indiferenciação dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos tem o potencial de subordinar e condicionar os primeiros aos segundos, invisibilizando-os. Esta suposta unicidade atrai a abordagem da sexualidade e identidade de gênero limitada a uma visão médica e “cis-heteronormativa”.

Para a autora, os direitos sexuais como autônomos precisam abarcar e mobilizar práticas e identidades tradicionalmente excluídas, considerando perspectivas contra-hegemônicas, concebendo as minorias historicamente excluídas. É necessário um olhar integrado e contextualizado.

Ainda com este olhar contemporâneo, dentre o rol de direitos denominados sexuais e reprodutivos encontra-se igualmente o direito de não ter filhos, bem como o acesso aos meios necessários para o seu exercício, seja pela contracepção temporária, caracterizada, principalmente, pela pílula anticoncepcional, preservativo e dispositivo intrauterino (DIU), ou mesmo por métodos mais definitivos, como esterilização voluntária feminina, comumente conhecida como laqueadura tubária.

A laqueadura, também chamada de ligadura de trompas, é um método cirúrgico que consiste no corte das trompas de falópio funcionando para a contracepção por impedir de forma definitiva o contato do espermatozoide com o óvulo.

Trata-se método contraceptivo extremamente eficaz, chegando a atingir taxa de, no máximo, 0,5% de falha (Faculdade de Medicina da UFMG, 2017).

A alta eficácia se dá não apenas em razão da técnica cirúrgica definitiva como também da independência de qualquer conduta posterior da paciente que possa diminuir a eficácia, como acontece com os anticoncepcionais orais, cujo funcionamento depende da ingestão do comprimido diariamente e no horário certo.

Em razão disso, torna-se a laqueadura tubária importante instrumento de controle de natalidade a garantir a plenitude do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, garantindo a contracepção de forma extremamente eficaz.

No Brasil, porém, o acesso ao procedimento cirúrgico só é autorizado e garantido se preenchidos uma série de requisitos estabelecidos em lei.

Como vimos, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 e parágrafos, garante proteção e acesso ao direito ao planejamento familiar a todos os cidadãos.

Tal dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei Federal nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996, a chamada Lei de Planejamento Familiar, que merece nossa minuciosa análise.

Logo de início, em seus primeiros dispositivos, a legislação trata de definir planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garante direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (BRASIL, 1996) e estabelecer que tal acesso é direito de todo cidadão.

Do artigo 3º ao 9º, a lei assegura o acesso ao planejamento familiar por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), em todas as suas nuances, desde à assistência à concepção e contracepção até o controle de infecções sexualmente transmissíveis, inclusive no que tange ao acesso à informação.

No artigo 10, a legislação estabelece os requisitos para realização das cirurgias de esterilização voluntária, disposição mais relevante para este trabalho, nos seguintes termos:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

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

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei. (BRASIL, 1996).

Assim, tem-se que os requisitos autorizadores para realização de cirurgia de esterilização voluntária são os seguintes: capacidade civil plena, ao menos 25 anos de idade ou dois filhos vivos, prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico e consentimento expresso do cônjuge.

Além disso, veda-se a esterilização cirúrgica em mulher durante o parto ao aborto, salvo ocorridas sucessivas cesarianas anteriores. Tal disposição subsiste com a finalidade de impedir a realização de cesarianas desnecessárias apenas para que possa ser seguida do procedimento de ligadura de trompas.

Por fim, os requisitos de idade ou número de filhos são dispensados se verificado risco à saúde ou vida da mulher, a ser comprovado por relatório escrito e assinado por dois médicos.

No mais, os artigos seguintes determinam que toda esterilização será objeto de notificação compulsória ao SUS, além de vedar a indução ou instigação à prática de esterilização cirúrgica e a exigência de atestado de esterilização para qualquer fim.

Nos artigos 14 a 21, a legislação passa a tipificar crimes relacionados à prática de esterilizações cirúrgicas em desacordo com o legalmente estabelecido, quais sendo: realização esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no artigo 10 da lei (pena de reclusão de dois a oito anos e multa), deixar o médico de notificar o SUS sobre as cirurgias deste tipo que realizar (pena de detenção de seis meses a dois anos e multa), induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização (pena de reclusão de um a dois anos) e exigir atestado de esterilização para qualquer fim (pena de reclusão de um a dois anos e multa).

Analizadas estas disposições legais, não é difícil perceber que o espírito do legislador se firmou no intenso desestímulo às práticas de esterilização cirúrgica e restrição do acesso a tais técnicas ao extremo, atribuindo a estes procedimentos o caráter de excepcionalidade absoluta.

Em razão desta natureza, desde o início da vigência do diploma legal, surgiram diversas dúvidas e incertezas quanto a sua interpretação, decorrentes da própria prática médica diária.

Em 1998, por exemplo, o Conselho Regional de Medicina emitiu Parecer de nº 16, posicionando-se no sentido de que, mesmo quando a cirurgia de laqueadura tubária se dá intraparto (o que a lei só autoriza para casos de cesarianas sucessivas), faz-se necessário que seja colhido o consentimento do cônjuge e que seja respeitado o prazo de 60 dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico.

O mesmo órgão, em 1999, emitiu o Parecer de nº 22, tratando de estabelecer o que se entende por risco reprodutivo autorizador de cirurgia de esterilização voluntária, a dispensar os requisitos de idade ou número de filhos: a possibilidade de gravidez de alto risco materno, 5 ou mais gestações sucessivas, 5 ou mais abortamentos consecutivos, mais de 35 anos de idade materna ou situações obstétricas que produzam risco à vida da mãe.

No mesmo ano, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 48 de 1999, incluindo diversas técnicas para realização de cirurgia de ligadura de trompas no âmbito do SUS, repetindo os requisitos da Lei de Planejamento Familiar para a realização dos procedimentos.

No âmbito estadual, importa destacar a Resolução nº 05 de 2000, da Secretaria de Saúde do estado de São Paulo, que tratou de abrir a possibilidade de credenciamento de hospitais estaduais para a realização de cirurgias de esterilização voluntária, impondo como requisito que tais instituições forneçam também métodos contraceptivos reversíveis como alternativa.

Em 2001, o Conselho Federal de Medicina emitiu novo Parecer sobre o tema, de nº 18, reconhecendo que, uma vez caracterizado risco reprodutivo por indicação médica, as cirurgias de ligadura de trompas podem ser realizadas a qualquer momento, por qualquer método ou via cirúrgica de acesso. O órgão ressalta que a esterilização por risco reprodutivo sempre foi autorizada, mesmo antes da Lei de Planejamento Familiar, de modo que basta o reconhecimento da indicação médica e o consentimento expresso da paciente para que possa ser realizado o procedimento a qualquer momento, inclusive no pós-parto, pós-aborto ou puerpério.

Nova relevante manifestação sobre o tema veio a ocorrer somente em 2008, quando o Conselho Federal de Medicina emitiu o Parecer de nº 09, sustentando que não haveria impedimento para esterilização voluntária no pós-parto, desde que a manifestação da vontade tenha se dado fora dos períodos de gestação e parto. O órgão foi instado a se manifestar sobre o tema em razão de entendimento equivocado que estava sendo adotado pelo estado de Roraima, que proibia a esterilização cirúrgica pós-parto em qualquer hipótese.

O entendimento estadual mostrava-se infundado vez que estabelecia restrição não contida em lei, antes mesmo da qual se permitia esterilização por risco reprodutivo sem restrição de momento, além de mostrar-se mais custoso e contrário à prática, uma vez que, decidida a esterilização fora do período de parto ou aborto, o melhor método seria a laqueadura pós-parto periumbilical, evitando nova internação, novo preparo cirúrgico e nova intervenção.

Por fim, no campo dos planos de saúde, importa destacar duas Resoluções Normativas da Agência de Saúde Suplementar (ANS). A Resolução nº 167 de 2008 tratou de estabelecer os requisitos para esterilização voluntária no âmbito dos planos de saúde, repetindo os mesmos adotados pela lei. Além disso, pela Resolução nº 465 de 2021, a ANS estabeleceu a obrigatoriedade de cobertura da laqueadura pelos planos de saúde, mas não da cirurgia de reversão.

Os requisitos impostos pela Lei de Planejamento Familiar, conforme pode se auferir inclusive pelos diversos instrumentos infra legais que vieram a regulamentá-la, sempre estiveram rodeados de muita polêmica, justamente pelo caráter de excepcionalidade imposto pela lei, em face do direito das mulheres a livremente disporem do próprio corpo.

Entre os movimentos feministas tais requisitos, vistos como excessivamente excludentes, sempre foram extremamente criticados, principalmente no que tange à obrigatoriedade de consentimento do cônjuge, como se, pelo matrimônio, os corpos femininos passassem à propriedade de terceiros.

Pela atuação destes movimentos, que sempre incitaram muitos debates sobre o assunto, é que, em 02 de setembro de 2022, foi publicada a Lei Federal nº 14.443, que tratou de alterar a Lei nº 9.263/96 em alguns de seus pontos mais polêmicos.

A nova lei altera o artigo 9º, §2º da antiga, estabelecendo que a disponibilização de qualquer técnica ou método de contracepção dar-se-á no prazo máximo de 30 dias.

No mais, na alteração que mais nos interessa, a nova legislação alterou o artigo 10 da Lei de Planejamento Familiar, determinando que a esterilização cirúrgica será disponibilizada para pessoas com plena capacidade civil maiores de 21 anos ou com ao menos 2 filhos vivos, desde que observado o mesmo prazo de 60 dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico.

Além disso, retira-se a vedação aos procedimentos de esterilização cirúrgica durante o parto, desde que respeitado o referido prazo de 60 dias e revoga-se o §5º do artigo 10 Lei nº 9.263/96, retirando-se a obrigação de consentimento do cônjuge.

2 OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Teoria Geral dos Direitos Fundamentais

Para que possamos realizar a necessária análise quanto à fundamentalidade dos direitos sexuais e reprodutivos, principalmente no caso específico das mulheres, insta abordar, primariamente, a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.

Para Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 15), o tema dos direitos fundamentais tem grande proximidade com a política, vez que tais reivindicações foram impostas pela sociedade por meio de ferozes lutas, revoluções, guerras e outras rupturas históricas. Tal característica, porém, não desabona o assunto ou lhe torna menos jurídico:

Se a politicidade dos direitos fundamentais não pode ser negada, de outro lado não se constitui em uma qualidade específica da matéria, nem os torna menos jurídicos, já que todo direito tem caráter político. (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 18)

Conforme leciona Alexandre de Moraes (2000, p. 20/21), os direitos fundamentais surgem do pressuposto de que o poder outorgado pelo povo aos seus governantes não é absoluto e esbarra em várias limitações, entre elas, principalmente, uma série de direitos especialmente protegidos diante da fundamentalidade atribuída pelas Cartas Constitucionais.

O respeito a estes direitos pelo poder estatal é requisito necessário para a construção de um estado democrático de direito, com finalidade máxima na proteção da dignidade humana em seu sentido mais amplo:

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalta-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral. (MORAES, 2000, p. 21)

A terminologia “direitos e garantias fundamentais” é a usada predominantemente na Constituição Federal de 1988 e, por esta mesma razão, é o melhor termo a ser adotado neste estudo, visto que genérico, amplo e, em sua etimologia, capaz de indicar que nem todos os direitos são suficientemente vitais para serem protegidos em

sede constitucional, mas estes (os fundamentais), o são (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 47/48).

Assim, conceitua-se:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 49)

Tem-se, portanto, que Dimoulis e Martins (2011, p. 49) adotam definição formal de direitos fundamentais, compreendendo, basicamente, que todos os direitos reconhecidos e listados pela Constituição Federal são, por definição, fundamentais.

Discordam, portanto, da posição adotada por alguns doutrinadores no sentido de que haveriam direitos não constitucionalizados, mais ainda assim fundamentais, em razão de seu conteúdo, ou de que alguns direitos constitucionalizados não seriam fundamentais, pelo mesmo motivo.

Para os mesmos autores, tais direitos se pautam na finalidade de limitar o poder estatal, de modo a preservar a liberdade individual, e são especialmente protegidos em razão da supremacia constitucional, além de possuírem natureza peculiarmente abstrata e genérica (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 49 e 54).

Em sentido diverso, Renato Braz Mehanna Khamis (2017, p. 166) entende que a fundamentalidade de um direito pode decorrer de razões de ordem sistêmica, lógica ou ética.

Decorrerá do sistema quando a própria estrutura do ordenamento jurídico impuser a precedência de alguns direitos sobre outros. Decorrerá da lógica quando um direito (este considerado fundamental) for anterior a outros e figurar como fundamento de existência e validade dos subsequentes.

Por fim, decorrerá da ética quando fundar-se nos valores vigentes e socialmente aceitos por uma coletividade em um certo momento histórico, funcionando como garantia jurídica dos valores considerados essenciais para o bem viver naquela sociedade. Para o autor, é este o fundamento que reflete o significado de fundamentalidade arraigado contemporaneamente na consciência dos povos.

Assim, Khamis (2017, p. 167) define que o direito fundamental é um direito garantido por norma jurídica que reflete valor considerado essencial para o contexto social vigente naquele contexto histórico.

Alexandre de Moraes (2000, p. 39), por sua vez, conceitua:

O conjunto de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais. (MORAES, 2000, p. 39)

Para o autor, os direitos fundamentais carregam características muito específicas, sendo, portanto, imprescritíveis (vez que não se perdem pelo decurso de qualquer prazo), inalienáveis (vez que não há possibilidade de transferência), irrenunciáveis (vez que não podem ser objeto de renúncia por seus titulares), invioláveis (vez que não podem ser desrespeitados por legislação ordinária ou ato da administração pública), universais (vez que englobam todos os indivíduos), efetivos (vez que é imposto ao Poder Público que aja no sentido de garanti-los), interdependentes (vez que a Constituição lhes impõe intersecções) e complementares (vez que exigem interpretação conjunta) (MORAES, 2000, p. 41).

Verifica-se, neste caso, a adoção de um conceito de caráter material, mais pautado no conteúdo do direito em análise do que propriamente na formalidade de sua positivação. Tal definição nos parece mais adequada por permitir o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, não expressamente assegurados pela Constituição Federal, mas sim decorrentes de seus princípios e do próprio espírito atribuído ao texto pelo constituinte.

Verifica-se, portanto, a existência de um “sistema aberto de direitos fundamentais”, mais abrangente e adequado à realidade fática do que a taxatividade dos enunciados constitucionais expressos:

Os direitos fundamentais não se confundem com as normas que os asseguram. Em outros termos, não existe uma correlação necessária entre os direitos e os enunciados deontológicos que conformam sua proteção normativa. E isso decorre da própria previsão contida no § 2º do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, que, ao instituir o que se poderia chamar de sistema aberto de direitos fundamentais, revela a intenção do legislador constituinte de considerá-los como uma realidade mais abrangente do que as normas constitucionais que os garantem. (VALE, 2009, p.52)

É neste sentido que entende Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2016, p. 157):

A previsão de direitos fundamentais implícitos leva necessariamente à ideia de que há direitos que, por sua essência, seriam fundamentais, já que sua fundamentalidade independe de positivação numa Declaração, Constituição, Tratado ou Lei. Tais direitos, assim, são constituídos pela “matéria” (essência) fundamental. São, por isso, chamados de direitos materialmente fundamentais. (FERREIRA FILHO, 2016, p.157)

Assim, analisadas as diversas posições doutrinárias vigentes, para o presente trabalho entende-se como fundamental o direito que reflete valor socialmente entendido como essencial, desde que decorrente de disposição constitucional expressa ou dos princípios implícitos derivados da Constituição Federal.

Para a identificação destes direitos fundamentais implícitos, assim considerados em razão de seu conteúdo, muito útil é lição de Robert Alexy, que compreende que, para ser considerado fundamentais, um direito deve manifestar, ao menos, cinco características: 1) ser vinculado de forma direta à dignidade da pessoa humana; 2) portanto, concernir a todos os seres humanos; 3) ter valor moral; 4) se objeto suscetível de proteção e garantia pelo ordenamento jurídico e 5) possuir verdadeiro peso capital para a vida de cada indivíduo contemplado (FERREIRA FILHO, 2016, p.157/158).

A despeito de se tratarem de requisitos de interpretação subjetiva, tais tópicos são de suma importância para a análise e definição de um direito como ordinário ou fundamental, ainda que decorrente da ordem constitucional implícita, mostrando-se como relevantes ferramentas de estudo.

Canotilho, por sua vez, reconhece também a existência de uma “fundamentalização material”, observada quando um direito se funda nos valores mais básicos de um Estado e de uma sociedade, assim aliando-se à porção doutrinária que reconhece a existência de direitos fundamentais para além dos positivados na Constituição Federal, mas derivados dela (PEIXOTO, 2010, p. 4988).

Para Peixoto (2010, p. 4989/4990), diferente dos direitos humanos, que são vistos muitas vezes como meras recomendações provenientes de órgãos internacionais, os direitos fundamentais possuem eficácia jurídica, diante de sua positivação interna. Possuem, portanto, caráter histórico e suprapositivo. Não são criados pela Constituição, mas meramente reconhecidos por ela de modo a vincular os três poderes a protegê-los e efetivá-los:

Os Estados não criam os direitos fundamentais, apenas reconhecem aqueles que a sociedade tem para si como os que salvaguardam seus bens e valores

mais admiráveis em face de um dado momento histórico (PEIXOTO, 2010, p. 4990).

Para André Rufino do Vale (2009, p. 72), as normas de direitos fundamentais são a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em um determinado momento histórico, positivados como instrumento para a realização das exigências éticas de dignidade entendidas por aquela determinada sociedade.

É diante desta significativa historicidade que se observa até mesmo na mais simplória conceituação do instituto, que se mostra relevante a análise do caminho histórico percorrido pelos direitos fundamentais até a concepção ampla e à qual se atribui significativa relevância verificada atualmente.

Para Alexandre de Moraes (2000, p. 24), a origem dos direitos individuais advém do Egito e da Mesopotâmia, aproximadamente em 3.000 a.C., com o Código de Hamurabi como primeira codificação nesse sentido, vez que, apesar de muito primitivo, tratou de estabelecer a proporcionalidade entre o delito e a pena.

Em um salto temporal, aproximadamente em 500 a.C., Buda já pregava a igualdade entre todos os homens, enquanto na Grécia, se observava o advento da democracia direta e a crença no direito natural. Em Roma, já existia complexo mecanismo de interditos para a tutela dos direitos individuais face às intervenções indevidas do Estado, contexto em que surgiu a Lei das Doze Tábuas, assegurando o direito dos cidadãos à liberdade e à propriedade (MORAES, 2000, p. 25).

Com o passar dos séculos e com o advento do cristianismo é que retornam com mais intensidade os pleitos por igualdade e dignidade da pessoa humana, de modo que, já na idade média, surgem diversos documentos de direitos humanos com o mesmo traço básico: a limitação do poder do Estado em face do indivíduo (MORAES, 2000, p. 25).

Para Dimoulis e Martins (2011, p. 22/25), porém, só se pode falar propriamente em direitos fundamentais, a despeito das sementes plantadas anteriormente, quando verificados na realidade fática três requisitos: 1) a existência do Estado, como aparelho centralizador de poder que controla o território e se impõe por meio da administração pública, tribunais, forças armadas, educação e propaganda; 2) a existência do indivíduo, como pessoas consideradas em si mesmas e não apenas

como partes de um grupo e 3) a existência de um texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduo, ou seja, uma Constituição.

Na concepção dos autores, essas três condições passam a coexistir somente a partir do século XVII, quando, então, surgem os primeiros documentos de direitos fundamentais (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 25).

Neste contexto, as declarações inglesas apresentaram-se como pioneiras, talvez pela anterior consolidação da Magna Carta, existente desde 1215, que já traduzia diversas garantias básicas, como a proporcionalidade entre o delito e a sanção, o devido processo legal, o acesso à justiça e a liberdade de locomoção (MORAES, 2000, p. 25).

O pioneirismo inglês fez surgir os primeiros documentos de direitos fundamentais, com o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701). Entre estes, se destaca o *Bill of Rights* pelas enormes restrições impostas ao poder estatal (MORAES, 2000, p. 25/27).

Pouco depois, passam a surgir os primeiros documentos de direitos fundamentais das Américas, mais especificamente nos Estados Unidos, com a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Constituição Americana (1787).

Na França, em 1789, surge então a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, documento de suma importância para a consagração normativa dos direitos fundamentais, principalmente pela abrangência e sistemática adotadas. Posteriormente, em 1791, a Constituição francesa surge para reforçar a positivação destes direitos (MORAES, 2000, p. 28).

Neste início, outra importante contribuição estadunidense foi o julgamento pela Suprema Corte do paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, ocasião em que restou consolidado o entendimento de que a Constituição é hierarquicamente superior a qualquer outra legislação federal. A partir deste entendimento é que surge o que hoje se conhece como o controle de constitucionalidade (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 25).

Consolidados os primeiros direitos individuais, diante do clamor social e do contexto econômico da época, começam a ser positivados os primeiros direitos sociais.

A primeira Constituição Federal que de fato preocupou-se em garantir expressamente direitos econômicos e sociais foi a mexicana, promulgada em 1917.

Imediatamente depois, surgem a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, proveniente da Revolução Russa, também em 1918, e a Constituição de Weimar, na Alemanha, de 1919 (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 29).

A concomitância no surgimento de tão semelhantes documentos, pautados na garantia dos direitos sociais, em diferentes partes do globo, configura forte sinal do caráter histórico dos direitos fundamentais, que se desenvolvem e evoluem conforme o contexto e as reivindicações da sociedade naquele determinado momento da história.

Sobre o surgimento e os primeiros esforços para positivação dos direitos fundamentais, é o que entende Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. (MORAES, 2000, p. 19)

Para o autor, os pensamentos e filosofias que deram origem à concepção de direitos fundamentais que atualmente conhecemos, se encontram em um ponto em comum: a patente necessidade de limitação do poder estatal e dos abusos cometidos pelo Estado, bem como a consagração dos princípios básicos de igualdade e legalidade.

Ainda segundo Alexandre de Moraes (2000), são três as principais teorias que buscam conceituar e explicar os direitos fundamentais. A primeira delas é o jusnaturalismo, segundo a qual entende-se que os direitos humanos fundamentais derivam de uma ordem superior universal, imutável e inderrogável e que, portanto, não são criados pelo legislador e não podem ser suprimidos por ele.

O positivismo, por sua vez, fundamenta os direitos fundamentais na ordem normativa enquanto manifestação da soberania popular. A importância da positivação

interna dos direitos mínimos foi inclusive reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU).

Por fim, segundo a teoria moralista, o fundamento dos direitos humanos fundamentais está na própria existência e consciência moral comum a todos os povos.

Esta concepção se confunde com o próprio jusnaturalismo. John Finnis conceitua os direitos naturais como um conjunto de princípios de razoabilidade prática que regem a vida humana em comunidade, garantindo condições básicas para que o indivíduo possa se desenvolver com dignidade, definição que encontra identidade no que Moraes (2000) chama de “teoria moralista”.

Entendemos que, tendo-se em vista o conceito de direitos fundamentais adotado neste trabalho, é a combinação destas teorias que os fundamenta originalmente de modo complementar, vez que não basta a fundamentação ética e valorativa, tampouco a derivação constitucional (expressa ou tácita) como manifestação da soberania popular, mas sim a combinação dos dois.

Uma vez concluída a análise do surgimento dos direitos fundamentais a nível mundial, ainda em atenção ao forte caráter histórico do tema, convém observar o processo de inclusão destes direitos junto às Constituições Federais brasileiras.

A Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 1824, a primeira a vigorar em nosso país, já trazia em seu bojo direitos fundamentais semelhantes aos contidos nas Constituições dos Estados Unidos e da França, mas muito limitados pela existência de um Poder Moderador, que ainda atuava de forma arbitrária, sem respeitar muitos dos limites impostos aos outros poderes (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 33).

Apesar disso, nossa primeira carta constitucional continha um rol de direitos fundamentais considerado extenso, que incluía os principais direitos e garantias individuais, tais quais a igualdade formal, legalidade, livre manifestação de pensamento, liberdade religiosa, liberdade de locomoção, proteção ao domicílio, prisão apenas em flagrante ou por ordem legal, o princípio do juiz natural, acesso a cargos públicos, abolição da tortura, individualização das penas, direito de propriedade, direito de petição, ensino primários gratuito, entre outros (MORAES, 2000, p. 32).

Segundo o mesmo autor, a Constituição republicana de 1891, por sua vez, além de apresentar maiores restrições ao poder estatal, consolidando a tripartição dos poderes e, portanto, extinguindo o Poder Moderador, trouxe importantes acréscimos a este rol de direitos, como o direito de reunião e associação, a gratuidade do casamento, o direito à ampla defesa, a abolição das penas de banimento e morte, a instituição de *habeas corpus* e do tribunal do júri, atribuindo tais garantias aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

A Constituição de 1934 apresentou avanços mais tímidos, mas ainda importantes, como a proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, a escusa de consciência, a irretroatividade da lei penal, a proibição da prisão civil por dívida, a impossibilidade de extradição do brasileiro, além de criar o mandado de segurança e a ação popular.

O sentido de evolução dos direitos fundamentais para extensão do rol constitucional resistiu até mesmo à Constituição ditatorial de 1937 que, além dos direitos já garantidos anteriormente, proibiu as penas perpétuas, apesar de aumentar as hipóteses em que estaria autorizada a pena de morte e criar tribunais de exceção (MORAES, 2000, p. 33).

Ainda segundo Moraes (2000, p.33), a Carta Constitucional de 1946 apresentou novos vieses ao introduzir e, em verdade, priorizar a proteção dos direitos sociais dos trabalhadores, além de positivar a proteção à família, o direito à educação e à cultura, atentando-se aos direitos humanos conhecidos como “de segunda dimensão”.

Por fim, a Constituição de 1967 manteve rol de direitos individuais e sociais semelhante às cartas anteriores, trazendo como novidade o sigilo das comunicações telefônicas e o direito a integridade moral e física dos presos. Tais direitos já declarados, porém, foram limitados e até mesmo revogados pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969, que incluiu possibilidades de restrição dos direitos e garantias individuais mais básicos (MORAES, 2000, p. 33).

Chegamos, portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 e vigente até atualmente. Conhecida como “A Constituição Cidadã”, nossa atual carta constitucional é a que apresenta o maior rol de direitos fundamentais já previsto no Brasil, apesar de não os sistematizar em apenas um

capítulo, estando espalhados por todo seu conteúdo, mas principalmente entre os artigos 5º, 6º e 7º.

Algumas novidades que merecem destaque são a especial proteção conferida às crianças, adolescentes e idosos, bem como ampliação da seguridade social, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), de suma importância para a garantia de diversos direitos fundamentais, tais quais à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Em sua amplitude, a Constituição Federal de 1988 foi inclusive alvo de críticas, principalmente por juristas pautados por ideologia neoliberal, quanto aos direitos sociais que positiva de forma muito ampla e inclusiva, como se houvesse um “excesso de direitos” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 34).

Neste ponto, há de se destacar que, ao mesmo tempo que os direitos fundamentais derivam dos direitos humanos reconhecidos na esfera internacional, nossa Constituição Federal trata de reconhecer, no §2º do artigo 5º, os direitos e garantias provenientes de tratados internacionais também como fundamentais.

Trata-se de uma relação de caráter dúplice, que nos impõe a necessidade de brevemente estudar os direitos internacionais dos direitos humanos.

Sobre o tema, leciona Moraes (2000, p. 36):

A evolução histórica dos direitos humanos fundamentais em diplomas internacionais é relativamente recente, iniciando-se com importantes declarações sem caráter-vinculativo, para posteriormente assumirem a forma de tratados internacionais, no intuito de obrigarem os países signatários ao cumprimento de suas normas. (MORAES, 2000, p. 36)

Observa-se, portanto, este caminho de evolução: de início, os documentos internacionais de direitos humanos possuíam mero caráter de orientação, sem vincular os Estados soberanos à sua observação.

Posteriormente, assumindo a forma de tratados internacionais, tais documentos passaram a gozar de caráter vinculante, dada a força política assumida pelos organismos internacionais, de modo a chegar ao nível de impor aos Estados a observância destes direitos mínimos.

Para Dimoulis e Martins (2011, p. 36), o direito internacional público passa a se desenvolver com mais relevância a partir do século XX, no período após a 2ª Guerra Mundial.

Tal desenvolvimento trouxe como consequência a crescente internacionalização dos direitos fundamentais, sob a nomenclatura de “direitos humanos”, que os mesmos autores conceituam como “conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas” (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 36).

Ainda segundo Dimoulis e Martins (2011, p. 36), daí se originou riquíssima produção normativa fundada no crescente interesse das organizações internacionais que dedicaram esforços para a criação de mecanismos de fiscalização e intensa produção doutrinária acerca do tema.

Neste âmbito, há de se destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, pioneira por reconhecer a dignidade humana inerente a todos e seus direitos iguais e inalienáveis com fundamento na liberdade, na justiça e no objetivo comum de paz no mundo. A Declaração possuía caráter não vinculativo, vez que suas disposições não são de implementação obrigatória dentre todos os Estados, e trouxe tão somente normas de direito material (MORAES, 2000, p. 36).

Após, sobrevieram diversas outras declarações e tratados internacionais de direitos humanos, muitos deles assinados pelo Brasil. Destaca-se o Pacto de San José da Costa Rica (1969), que estabeleceu a proteção internacional pautada nos direitos humanos no âmbito continental, criando órgãos competentes para apreciação de alegadas violações, quais sendo a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (MORAES, 2000, p. 39).

A força cada vez mais vinculativa atribuída internacional e doutrinariamente a tais documentos passou a impor a negociação do princípio da soberania nacional dos Estados membros de organismos internacionais, resultando na ampliação dos titulares de direitos, a possibilidade de responsabilização dos Estados de forma externa e a forte politização da matéria, submetendo os Estados resistentes à implementação destes direitos a significativas sanções políticas e comerciais (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 37).

Para os mesmos autores, observa-se, neste âmbito, o fenômeno da duplicação, assim observado:

Praticamente todos os direitos humanos garantidos em âmbito internacional são reconhecidos pelo direito interno de forma mais completa, com menos reservas legais e dotada de maiores garantias (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 38).

Tendo em vista todo este contexto de maior generalidade dos direitos reconhecidos internacionalmente, é que surge o princípio da complementaridade condicionada, constante no já mencionado § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que expressamente estabelece que os direitos e garantias previstos na carta constitucional não excluem outros decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Neste ponto é que convém analisar o processo de incorporação das declarações e tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno, bem como o status hierárquico que lhes é atribuído, nos termos da Constituição Federal.

Nos termos do artigo 83, inciso VII, da Constituição Federal, cabe exclusivamente ao Presidente da República a celebração de tratados internacionais, na figura de representante do Estado brasileiro.

Uma vez celebrados, cabe ao Congresso Nacional a incorporação destes documentos, para seu formal ingresso no ordenamento jurídico interno, mediante a edição de decreto legislativo a ser promulgado pelo Presidente do Senado, nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal.

Por fim, o Presidente da República edita decreto promulgando definitivamente o ato aprovado pelo Congresso, momento em que o tratado passa a ser dotado de executoriedade interna (MORAES, 2000, p. 303).

Tal processo, em regra, costuma levar anos, de modo que muitos dos tratados são submetidos, por elevado período de tempo, a um limbo, vez que assinados pelo Brasil, mas não formalmente incluídos no ornamento jurídico interno, sem produzir efeitos práticos.

Como exemplo, tem-se o recente caso da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, assinado pelo Brasil em março de 2007 e somente concluído o procedimento de ratificação em agosto de 2009.

Neste âmbito, surge intensa discussão acerca do *status* hierárquico atribuído aos tratados internacionais após sua ratificação nos termos da Constituição, definição de relevância significativa para, por exemplo, permitir (ou não) que tratados internacionais possam servir de paradigma para controle de constitucionalidade ou para aferir se são de observância obrigatória para o legislador ordinário.

Insta destacar a disposição do § 3º do artigo 5º da carta constitucional, que fixa que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional mediante o quórum imposto para Emendas Constitucionais, ou seja, três quintos dos votos em dois turnos perante cada uma das Casas do Congresso Nacional, possuirão, assim como as Emendas, *status* constitucional.

Vê-se que o dispositivo impõe dois requisitos para que um tratado adquira *status* de Emenda Constitucional: a) que verse sobre direitos humanos e b) que seja aprovado pelo quórum de três quintos dos votos em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso.

O que ocorrerá, portanto, com tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum de Emenda? E com os tratados que não versem sobre direitos humanos?

É nesta esfera polêmica que o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar em 2008, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP.

Na ocasião concluiu-se pela tripla hierarquia dos tratados internacionais.

Caso trate sobre direitos humanos e haja aprovação com o quórum de Emenda Constitucional, não restam dúvidas sobre o nível hierárquico constitucional atribuído ao tratado, por expressa disposição.

O que o Supremo Tribunal Federal tratou de decidir foi que a) os tratados sobre direitos humanos e não ratificados no quórum constitucional, possuem *status* supralegal e b) os tratados que não versem sobre direitos humanos, independentemente da forma de ratificação, possuem *status* legal, equiparável a lei ordinária.

Na ocasião, houveram votos divergentes no sentido de atribuir a todo e qualquer tratado de direitos humanos o *status* constitucional, mas este entendimento restou vencido.

Assim apenas tratados de direitos humanos ratificados no quórum de Emenda Constitucional poderão servir de paradigma para o controle de constitucionalidade. Os demais tratados, por sua vez, de nível hierárquico supralegal ou legal, podem inclusive ser objeto de controle de constitucionalidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III, alínea b da Constituição Federal, analisar sua compatibilidade com a carta constitucional.

Uma vez entendidas as diferentes fontes de direitos fundamentais aceitas por nosso ordenamento jurídico, quais sendo a literalidade da Constituição Federal, a construção implícita derivada de seus princípios e os tratados internacionais de direitos humanos, importa destacar que, independentemente da fonte, os direitos fundamentais têm natureza de direito constitucional e, em regra, eficácia plena, bem como aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º da Constituição Federal (MORAES, 2000, p. 42).

Ainda segundo Alexandre de Moraes (2000, p. 42), dos direitos sociais em específico tendem a necessitar da regulamentação, mediante legislação infraconstitucional, para aplicabilidade, justamente por se tratarem de direitos positivos, que exigem a atuação efetiva do Estado, conforme será melhor analisado mais adiante.

Para Dimoulis e Martins (2011, p. 57):

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 57).

Esta feita, entendem os autores que os direitos fundamentais têm natureza de direito público subjetivo, individual, que vincula o Estado, seja obrigando-o a fazer algo ou a abster-se de atuar (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 57).

Tradicionalmente, adota-se a classificação dos direitos fundamentais, tais quais os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, em gerações. Dimoulis e Martins (2000, p. 31/33), porém, entendem que se trata de uma opção terminológica

problemática, como se houvesse a substituição de uma geração pela posterior, o que não reflete a realidade.

Dito isso, os autores entendem mais adequada a nomenclatura “dimensões”, que será adotada neste trabalho.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão seriam os individuais e políticos clássicos, as conhecidas liberdades públicas. São direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e sua própria personalidade, tais quais a vida, a dignidade, a honra e a liberdade, bem como os concernentes à formação e atuação da soberania popular, e existência, organização e criação de partidos políticos (MORAES, 2000, p. 43 e 45).

Ainda segundo Moraes (2000, p. 43 e 45), os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, são os econômicos, sociais e culturais, assim entendidas as liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direitos, pautadas na melhoria das condições de vida dos hipossuficientes e na concretização de um maior nível de igualdade social.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, mais recentes e modernos, são os pautados na solidariedade e na fraternidade, tais quais o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao progresso, à qualidade de vida, a paz, a autodeterminação dos povos e outros direitos difusos (MORAES, 2000, p. 45).

Não é esta, porém, a classificação doutrinária que mais nos interessa, a despeito da reconhecida relevância teórica e histórica.

Segundo Dimoulis e Martins (2011, p. 58), os direitos fundamentais de primeira dimensão são essencialmente os direitos de *status negativus*, por permitirem aos indivíduos a resistência a uma possível intervenção abusiva do Estado e, em contrapartida, impõe ao Estado a obrigação de abster-se de intervir.

Foi esta ânsia pela resistência em face da intervenção exagerada do Estado na esfera privada dos indivíduos que deu origem aos direitos fundamentais, caracterizando sua verdadeira função originária. Assim, muitos destes direitos, conforme já exposto, encontravam-se positivados já nas primeiras Declarações advindas do século XVIII (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 58).

Por sua vez, os direitos de *status positivus* são os chamados direitos sociais, ou direitos a prestações, assim entendidos os direitos fundamentais de segunda dimensão. Tem o condão de permitir ao indivíduo que exija uma determinada atuação do Estado, com o intuito de melhorar suas condições básicas de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício pleno da liberdade (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 60).

Segundo os mesmos autores, os direitos de *status positivus* podem gerar prestações materiais, assim compreendido o oferecimento de bens e serviços básicos a quem não pode adquiri-los (como alimentação, saúde e educação) ou o oferecimento universal de um serviço de monopólio estatal (como a segurança pública).

Tais direitos podem, também, originar prestações normativas, impondo ao Estado a criação de normas jurídicas para a tutela de direitos individuais (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 61).

Por fim, os direitos de *status activus* são os políticos ou de participação, assim entendidos não apenas o sufrágio e o direito de participar da formação da vontade política (referendos, plebiscitos e participação em partidos políticos), como também a possibilidade de participar ativamente da política estatal.

Historicamente, tais direitos foram reconhecidos também no século XVIII e, ao longo dos séculos, foram sendo estendidos a outros titulares, mediante a redução da idade mínima e a permissão para que pobres, mulheres e estrangeiros pudessem votar, bem como a criação de novos mecanismos de democracia direta (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 61).

Nesta mesma toada, ainda para Dimoulis e Martins (2011, p. 64), importa destacar a existência dos chamados direitos coletivos, tradicionalmente assim considerados os direitos de resistência, os políticos e alguns direitos sociais exercidos em grupo, tais quais o direito de reunião e de associação. Tratam-se de direitos propriamente individuais, porém com expressão coletiva.

Tal conceito sofreu evoluções e modernizações, ensejando o surgimento dos “novos direitos coletivos”: os difusos. Neste âmbito estão o direito ao meio ambiente, o direito do consumidor, o direito ao desenvolvimento e à paz, cujo exercício individual

é impossível. Segundo os mesmos autores, tais direitos apresentam problemática relevante quanto ao seu conteúdo, diante da dificuldade de definir até que ponto o titular individualmente considerado pode ou não ir, podendo surgir conflitos entre os próprios titulares.

Quando se fala nos titulares dos direitos fundamentais, a resposta óbvia que vem à cabeça é “todos”. Segundo Dimoulis e Martins (2011, p. 76), porém, tal entendimento não é o correto:

Do ponto de vista da dogmática, essa impressão é altamente enganosa. Com poucas exceções, a Constituição Federal garante os direitos fundamentais a determinadas categorias de pessoas, excluindo implicitamente os demais, isso é, não lhes oferecendo proteção em nível constitucional (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 76).

Os direitos negativos, dispostos no artigo 5º da Constituição, expressamente dispõe sobre seus titulares. A igualdade aplica-se a todas as pessoas, segundo a disposição de que “todos são iguais perante a lei”, enquanto os demais direitos estabelecidos no *caput* (vida, liberdade, segurança e propriedade) tem abrangência aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

Segundo Dimoulis e Martins (2011, p. 77), por interpretação do *caput*, os direitos dispostos nos incisos ao artigo 5º são também de titularidade dos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Dito isso, surge o questionamento sobre a extensão destes direitos também aos estrangeiros não residentes no Brasil. Para Dimoulis e Martins (2011, p. 82/83), tal extensão por analogia não se mostra possível, vez que a restrição tão somente aos brasileiros e estrangeiros residentes advém da literalidade do texto constitucional.

O que não quer dizer, por óbvio, que os estrangeiros de passagem pelo Brasil não têm garantidos seus direitos humanos, mas tão somente que a doutrina precisou adotar caminhos alternativos para esta proteção, tais quais a teoria dos direitos naturais, a dignidade humana genericamente considerada e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A titularidade dos direitos sociais, por sua vez, previstos principalmente no artigo 6º da Constituição Federal, é atribuída de forma genérica aos “desamparados”. Muitos destes direitos são voltados para grupos específicos, tais quais os direitos trabalhistas, para os trabalhadores; os direitos correlatos à maternidade, para as mães e os direitos

ligados à infância, para as crianças. Quando não há especificação de grupo, a titularidade é atribuída a todos que necessitem da prestação (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 85).

Ainda segundo Dimoulis e Martins (2011, p. 87/89), os direitos políticos são de titularidade de todos os nacionais, como requisito básico, além de outros requisitos (principalmente ligado à idade) dispostos nos artigos 14 e 15 da Constituição Federal. Os direitos coletivos, por fim, têm sua titularidade especificamente definida no texto constitucional ou na legislação ordinária que os regulamente.

Superada esta questão, é relevante a análise ao §1º do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que as normas de direito fundamental têm aplicação direta, imediata e vinculante.

Isso significa que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes, inclusive o legislativo, que não pode restringi-los. Além disso, seus titulares não precisam aguardar qualquer tipo de regulamentação ou autorização para que possam exercê-los.

Para Dimoulis e Martins (2011, p. 97), apesar desta expressa disposição constitucional, não é possível considerar que, na esfera fática, os direitos sociais e difusos tenham aplicabilidade direta e imediata. Isto porque suas disposições constitucionais têm baixa densidade normativa, de modo que necessitam de maiores regulamentações.²

Entendem os autores que só podem legitimamente ser consideradas de aplicabilidade imediata as normas de direitos fundamentais sociais que suficientemente definam o direito, fazendo surgir, desde então, o dever do legislador de regulamentá-lo e dos tribunais pátrios de forçarem seu cumprimento, se necessário for.

É neste âmbito que surgem as teorias vinculadas à reserva do possível, que prelecionam que, mesmo lhe sendo atribuída a aplicabilidade direta e imediata, os

² Considerada a classificação dada por José Afonso da Silva (1998, p. 82/84), tratam-se de normas programáticas, de eficácia limitada, necessitando da regulamentação pela legislação infraconstitucional para produção de efeitos integrais.

direitos fundamentais, neste âmbito principalmente os prestacionais, são limitados às possibilidades orçamentárias do Estado.

Ocorre que a “possibilidade” não é uma grandeza objetivamente aferível e que o Judiciário não tem poder direto sobre as opções orçamentárias dos outros poderes, não sendo de seu âmbito de atuação análise tão subjetiva frente ao texto constitucional. Neste sentido, a alegada impossibilidade do Estado de arcar com as despesas consequentes não pode ser fundamento para que não se concretizem direitos sociais, argumento sob o qual Dimoulis e Martins (2011, p. 99/100) não reconhecem o instituto da reserva do possível.

O sujeito passivo dos direitos fundamentais, por sua vez, é o próprio Estado, que tem o dever de respeitá-los, seja abstendo-se das intervenções desnecessárias ou cumprindo com as prestações constitucionalmente estabelecidas. Trata-se este do chamado eficácia vertical dos direitos fundamentais (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 104/115).

Mas não é este o único efeito atribuído aos direitos fundamentais. O chamado eficácia horizontal verifica-se nas relações entre particulares que devem pautar-se também nos direitos constitucionalmente assegurados.

Para Dimoulis e Martins (2011, p. 104/115), tal efeito ganha especial relevância quando há evidente desproporção de poder social entre particulares relacionados, ocasião em que se impõe a interpretação de cláusulas contratuais, por exemplo, de acordo com os direitos fundamentais. Trata-se de efeito de caráter mediato e indireto.

Insta destacar que, para qualquer interpretação de acordo com a Constituição Federal, há de se ter o cuidado de interpretá-la como um todo, de modo a compreender seu espírito e seus princípios implícitos, sob pena de, ao interpretar disposições isoladas, atribuir-lhe significado diverso à harmonia constitucional e desconexo com a realidade.

Nestes termos, é o entendimento de Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois somente através da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento, se encontrará o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia. (MORAES, 2000, P. 23)

Assim, a interpretação constitucional deve se ater à harmonia do texto constitucional com suas finalidades principais, sem deixar de adequá-lo à realidade, que está em constante mudança.

Para alguns autores, entre os quais se filiam Dimoulis e Martins (2000, p. 120), o Estado tem o dever de proteger ativamente os direitos fundamentais dos indivíduos contra ameaças de outros particulares. Trata-se de um dever estatal de tutela pautado na observância e proteção da dignidade da pessoa humana.

Em continuidade ao estudo da teoria geral, conforme já anteriormente dito, não há, em nosso ordenamento jurídico, direito, mesmo que fundamental, que se mostre absoluto. Os direitos fundamentais são, portanto, limitados, principalmente nas situações fáticas em que colidem com outros direitos fundamentais.

Nestes termos, para Dimoulis e Martins (2011, p. 145), são quatro as principais formas de limitação a direitos fundamentais.

A primeira delas é a definição do direito fundamental de forma genérica no texto constitucional. Nesta hipótese, cabe à legislação ordinária a sua concretização, definição de conteúdo e função, como o que ocorre com o direito de propriedade na Constituição Federal de 1988. Nesta hipótese, enquanto não houver a devida regulamentação, o direito fundamental encontra-se limitado.

Nesta mesma toada, outra forma de limitação é a chamada “reserva legal”, instituto pelo qual o texto constitucional permite ao legislador comum que insira restrições, por legislação ordinária, à área de proteção de determinado direito fundamental.

Esta autorização pode ser expressa, quando o texto constitucional incluir expressões como “nos termos da lei”, ou tácita, quando a própria formulação der a entender esta possibilidade. Sem a autorização constitucional, o legislador não pode fixar limite em abstrato, cabendo apenas ao judiciário e ao executivo a limitação em concreto em caso de colisão entre direitos fundamentais (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 146).

Ainda para Dimoulis e Martins (2011, p. 161) colisão entre direitos fundamentais, por sua vez, ocorre quando o exercício de um direito por seu titular afeta ou restringe o direito de outro. As principais ferramentas para solução, nesta hipótese, são a

interpretação sistemática da Constituição Federal e a adoção do critério da proporcionalidade, de modo que um ou ambos os direitos restaram parcialmente limitados para permitir a concomitância.

Especificamente, sobre a proporcionalidade, entende-se que não se trata de um princípio, mas sim de um critério de interpretação, uma técnica de julgamento, resultante da própria substância dos direitos fundamentais:

A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção dos direitos fundamentais (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 179).

Para os mesmos autores, não cabe limitação por colisão quando já houver limitação por reserva legal. São hipóteses alternativas, que não podem se sobrepor, sob o risco de impor exageradas restrições ao exercício de direitos.

Conforme entende Alexandre de Moraes (2000, p. 46), quando houver conflito entre direitos fundamentais, faz-se necessário que se adote o princípio da concordância prática ou da harmonização, cunhados no Brasil pelo português JJ Canotilho, segundo os quais se coordena os bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de um em relação aos outros.

Tais princípios são semelhantes à técnica da proporcionalidade, mas não idênticos, se diferenciando pela natureza do instituto (aqueles são princípios, este é técnica de julgamento). Para fins do presente trabalho, adotaremos a proporcionalidade como forma mais adequada para a resolução de problemas de colisão entre direitos fundamentais.

Por fim, a última forma de limitação é a concorrência, quando um titular pode valer-se de dois ou mais direitos fundamentais em face de uma mesma intervenção estatal não fundamentada, ocasião em que, de fato, os direitos acabam por se limitar, diante de sua concomitância, mas sem trazer qualquer prejuízo ao titular (DIMOULIS e MARTINS, 2011, p. 162).

Importa, porém, destacar que nenhuma das formas de limitação jamais pode atingir o conteúdo essencial de um direito fundamental, sob pena de se ver esvaziada sua finalidade, o que, indubitavelmente, configura afronta à ordem constitucional.

Neste contexto, compete ao Poder Judiciário garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos fundamentais, principalmente nos casos mais controversos e polêmicos, quando há a chamada colisão entre direitos, sem que a legislação ordinária possa excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de lesão de direitos.

Assim, eis o que ensina Alexandre de Moraes:

O controle de constitucionalidade configura-se como verdadeira e primordial garantia de supremacia dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal, que além de configurarem, conforme já analisado, limites ao poder do Estado, são também parcela da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de direito (MORAES, 2000, P. 53).

2.2 A Fundamentalidade dos Direitos Sexuais e Reprodutivos

Sobre os direitos fundamentais não expressos na Constituição, entende Alexandre de Moraes:

Os direitos e deveres expressos na Constituição Federal não excluem outros de caráter constitucional decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, desde que expressamente previstos no texto constitucional, mesmo que difusamente (MORAES, 2000, p. 301).

Assim sendo, para o presente trabalho, mostra-se relevante o enquadramento (ou não) dos direitos sexuais e reprodutivos enquanto direitos fundamentais, o que passa a ser objeto de análise a partir de agora.

Em primeiro momento, importa observar que a expressão “direitos sexuais e reprodutivos” não consta da Constituição Federal de 1988, apesar de previstos direitos correlatos à temática, como o direito ao planejamento familiar, o que será melhor abordado mais adiante.

A expressão, porém, aparece em outras legislações federais de significativa relevância, como a Lei nº 11.340 de 2006, a conhecida “Lei Maria da Penha” que dispõe em seu artigo 7º:

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; (...)

Os direitos sexuais e reprodutivos constam também expressos na redação da Lei nº 13.146 de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, nos seguintes termos:

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

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; (...)

A menção expressa ao termo, cunhado no âmbito do direito internacional público, em dois instrumentos legais de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais dos vulneráveis no Brasil, mesmo sem que a Carta Constitucional o mencione, faz pensar se tal posituação não advém dos princípios constitucionais implícitos.

Fato é que, conforme já brevemente exposto no capítulo anterior do presente trabalho, o reconhecimento e a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos surgiu no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em breve recapitulação, importa destacar as disposições da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, que, no que tange especificamente aos direitos sexuais e reprodutivos, em seu artigo 11, a Convenção tratou de atribuir especial proteção à gestação, garantindo os direitos trabalhistas das mulheres neste âmbito, com a proibição de demissões por motivo de gravidez, a licença maternidade e a proteção contra trabalhos prejudiciais à saúde da gestante.

Em seu artigo 12, o documento ainda determina que os Estados-parte adotem medidas no intento de eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, inclusive no campo do planejamento familiar, garantindo a gestante toda a assistência médica necessária à gravidez e a lactância.

Tratam-se de disposições que, por sua própria natureza, se enquadram no âmbito dos direitos sexuais e reprodutivos, vez que versam sobre a autonomia feminina quanto à decisão de ter ou não filhos, sua quantidade e o momento de gerá-los, munidas das informações adequadas para o exercício destes direitos.

O Brasil é signatário da Convenção, que restou incorporada ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 89.460 de 20 de março de 1984, que, posteriormente, restou revogado pelo Decreto nº 4.377 de 13 de setembro de 2002 para retirar algumas de suas reservas, que se mantiveram apenas sobre à disposição do artigo 29, parágrafo 2, relativo a solução de conflitos por arbitragem.

Destaca-se que a Convenção restou aprovada pelo quórum ordinário, sem observância ao dispositivo do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, de modo que possui status hierárquico supralegal, vez que versa sobre direitos humanos, nos termos do entendimento já abordado firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, em 1994, sobreveio o Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, documento responsável por atrair os direitos sexuais e reprodutivos de forma definitiva para o âmbito dos direitos humanos.

O documento trouxe relevantes disposições acerca do direito à adequada assistência à saúde reprodutiva e sexual, envolvendo desde o planejamento familiar, com acesso aos métodos contraceptivos disponíveis, até a prevenção contra infecções sexualmente transmissíveis.

Em 1995, um ano depois, pelo relatório resultante da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, tais reflexões se aprofundaram mais ainda, no sentido de relacionar tais direito é autodeterminação reprodutiva e sexual, livre de qualquer coerção, discriminação e violência, e com o garantido acesso às informações e meios necessários.

O Brasil participou das duas Conferências e é signatário dos dois documentos decorrentes delas. Talvez por se tratarem de relatórios e planos de ação resultantes de encontros promovidos no âmbito internacional e não propriamente de tratados e declarações, em seu sentido formal, os documentos não foram objeto de ratificação e consequente inserção no ordenamento jurídico interno.

Assim, estes dois documentos, que são de suma importância para o reconhecimento e garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, mantiveram-se no plano de meras orientações, sem eficácia junto à ordem jurídica nacional.

No entanto, em decorrência direta da participação do Brasil na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994) e das recomendações contidas em seu plano de ação é que sobreveio o Decreto nº 1.607 de 28 de agosto de 1995, que instituiu a Comissão Nacional de População e Desenvolvimento (CNPD). Tal norma demonstra a influência da Conferência nas políticas públicas pátrias.

Concluída esta breve regressão, observa-se que nenhum dos relevantes documentos internacionais referentes à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos foi ratificado pelo Brasil com status de emenda constitucional.

Assim, por mera análise ao status hierárquico que tais documentos ocupam no ordenamento jurídico brasileiro não é possível chegar à conclusão acerca da fundamentalidade ou não dos direitos em análise.

Descartando-se a previsão expressa, que não existe nem no texto constitucional nem em tratados ou declarações internacionais de mesmo status, nos resta analisar se os direitos sexuais e reprodutivos decorreriam, então, dos princípios constitucionais implícitos, conclusão que os conduziria à sua caracterização como direitos fundamentais.

Para tal análise, portanto, precisamos retornar à própria definição de direitos fundamentais.

Conforme já exposto, para Alexandre de Moraes (2000, p. 39), tem-se que os direitos fundamentais têm por fundamento básico o respeito à dignidade humana e sua proteção em face de eventuais arbítrios do Estado, bem como o estabelecimento de condições mínimas de vida a todos os indivíduos.

Nos termos já analisados, tal definição admite a existência de direitos materialmente fundamentais que, apesar de não expressos na Constituição Federal, derivam da proteção à dignidade humana e de outros princípios derivados de seu texto.

São direitos que, por sua essência, mostram-se fundamentais, vez que vinculados à garantia da dignidade da pessoa humana, tão prioritariamente protegida no artigo 1º, inciso III da nossa Carta Constitucional, como fundamento da República Federativa do Brasil.

É este, sem dúvidas, o caso dos direitos sexuais e reprodutivos.

Apesar de não expressamente e de forma geral protegidos pelo texto constitucional, vinculam-se de forma visceral à dignidade atribuída a todos os indivíduos, de modo que a autodeterminação, a liberdade, o acesso à informação adequada e a ausência de discriminações e coerções quando do exercício da sexualidade e da opção por ter ou não filhos são, indubitavelmente, direitos essenciais a uma vida digna.

É neste sentido que entende Francisco Davi Fernandes Peixoto:

Baseando no paradigma pós-positivista que reconhece a materialidade jusfundamental ao lado da formal, referentemente aos direitos sexuais e reprodutivos, inobstante para significativa parte da doutrina sejam meros direitos humanos, esses são verdadeiros direitos fundamentais, pois decorrem diretamente dos preceitos constitucionais expressos na Carta Magna e no ordenamento jurídico em geral brasileiro. (PEIXOTO, 2010, p. 4993)

Importa destacar que está presente nos direitos sexuais e reprodutivos o mesmo caráter histórico contido nos direitos fundamentais em geral: sua definição e amplitude acompanha as evoluções através da história, variando conforme o entendimento da sociedade naquele determinado momento histórico.

Conforme o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2016, p. 157/158), Alexy fixou cinco requisitos para que um direito possa ser considerado fundamental, quais sendo: a vinculação à dignidade da pessoa humana, a atribuição a todos os seres humanos, possuir valor moral, ser suscetível de promoção e garantia pelo ordenamento jurídico e possuir peso relevante para a vida dos indivíduos.

Todos estes requisitos estão presentes nos direitos sexuais e reprodutivos.

A vinculação à dignidade da pessoa humana, conforme já exposto, é evidente, vez que exercício livre da sexualidade e da reprodução são elementos essenciais à garantia de uma vida digna. São direitos, igualmente, concernentes a todos os seres humanos, a despeito do presente trabalho focar-se no caso específico das mulheres.

Ao mesmo tempo que possuem valor moral, vez que a sexualidade e a reprodução são tópicos essencialmente vinculados aos princípios e ao espírito de uma sociedade e de seus indivíduos, há também a possibilidade e necessidade de proteção jurídica neste âmbito, tanto na proteção da dignidade sexual, quanto no planejamento familiar, com garantia de acesso à informação adequada e aos métodos contraceptivos disponíveis.

Por fim, é inegável o peso da temática na vida cotidiana dos indivíduos, tanto no que se refere à sexualidade, quanto na reprodução, vez que a grande maioria, se não a totalidade, dos seres humanos eventualmente exercerá sua sexualidade e formará família, reproduzindo-se ou não.

No mais, apesar de não proteger expressamente e de forma geral os direitos sexuais e reprodutivos concernentes a todos os cidadãos, nossa Carta Constitucional versa sobre diversos direitos correlatos à temática e, conseqüentemente, vinculados à dignidade humana:

A ideia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada do casamento, seja da união estável entre homem e mulher, pois, 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 (CF, art. 226, §7º). (MORAES, 2000, p. 60)

Além da evidente ligação com a dignidade, os direitos sexuais e reprodutivos vinculam-se também, a diversos outros direitos reconhecidamente fundamentais, conforme entende Francisco Davi Fernandes Peixoto:

No que se refere ao ordenamento jurídico nacional, os direitos sexuais e reprodutivos estão intimamente ligados não só ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana das mulheres, mas também a outros princípios e direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, como o princípio da igualdade entre homens e mulheres (art.5º, caput), o direito à saúde (art. 5º, III) e a liberdade em relação ao planejamento familiar (art. 226, §7º). (PEIXOTO, 2016, p. 4994).

Conclui-se, portanto, que os direitos sexuais e reprodutivos são de fato direitos fundamentais, ligados à igualdade material, ao planejamento familiar e à autonomia para a expressão sexual e reprodutiva, de modo que cerceá-los caracteriza flagrante violação à Constituição Federal, situação que, infelizmente, não é incomum, o que, segundo Peixoto (2016, 4995), decorre da herança patriarcal e machista perceptível na sociedade brasileira, que segue tentando impor às mulheres o padrão comportamental entendido como adequado.

Importa destacar que o conservadorismo religioso tem papel muito relevante na manutenção destes padrões patriarcais que dificultam sobremaneira a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais que são.

Para Bastos, Ventura e Brandão (2017, p. 314/315), os direitos sexuais e reprodutivos são atualmente o alvo privilegiado do conservadorismo moral e religioso que, a despeito da laicidade do Estado, influi na elaboração e aplicação das leis.

Em razão disso, as autoras entendem que a implementação destes direitos requer uma ação política “emancipatória, criativa e transformadora”, que seja capaz de enfrentar os tabus religiosos, garantindo aos indivíduos o exercício livre de sua sexualidade e capacidade reprodutiva com autonomia e dignidade, sem comprometê-los por força de tradições e credos religiosos:

Quando a laicidade do Estado está formalmente garantida, mas a prática política, inclusive a legislativa, encontra-se comprometida por concepções religiosas conservadoras, a vivência e usufruto destes direitos [sexuais e reprodutivos] revela-se problemática. (BASTOS, VENTURA e BRANDÃO, 2017, p. 315)

No mesmo sentido, entendem Piovezana e Aldana (2014, p. 199):

A separação formal entre Estado e Igreja não se dá por decreto, ela perpassa por todo o tecido social nas dinâmicas concretas que se dão entre os governantes e as hierarquias eclesiais, ainda mais quando se trata dos assuntos que as igrejas consideram objeto direto do seu interesse, como é o caso da vida sexual e reprodutiva. (PIOVEZANA e ALDANA, 2014, p. 199)

Assim, sendo inegável que o ideário religioso influencia na produção legislativa e nas políticas públicas adotadas pelo Estado, a despeito da laicidade constitucionalmente garantida, faz-se necessário especial esforço para a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos independentemente de qualquer tabu, principalmente no âmbito da saúde pública.

Tão relevante é a temática, que o Supremo Tribunal Federal, na figura de “guardião da Constituição”, já foi instado diversas vezes a manifestar-se sobre violações de direitos neste âmbito, em algumas delas proferindo decisões de notório brilhantismo que trataram de expressamente reconhecer os direitos sexuais e reprodutivos como fundamentais, motivo pelo qual merecem nossa análise.

A primeira das decisões que merece destaque é a proferida no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 do Distrito Federal, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, tendo como objeto o aborto de feto anencefálico.

A decisão, proferida em 2012, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, de forma pioneira concluiu pela atipicidade do aborto nos casos em que, por má formação congênita, constatar-se que o feto não possui cérebro.

O que importa destacar é a fundamentação adotada, que se fundou na liberdade sexual e reprodutiva e na autodeterminação da gestante, entendendo o Ministro Relator que não há colisão real entre direitos fundamentais, mas apenas aparente, tendo em vista que, neste caso, não é passível de proteção o suposto direito à vida do feto anencefálico.

Para chegar a tal conclusão, o acórdão fundou-se nos documentos resultantes das Conferências internacionais promovidas pela ONU na década de 90, expressamente reconhecendo os direitos sexuais e reprodutivos deles derivados como verdadeiros direitos fundamentais:

Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, representou um passo decisivo no processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos básicos da pessoa humana, notadamente dos direitos fundamentais da mulher, dentre os quais, como já referido, inscrevem-se os direitos sexuais e reprodutivos, com todas as consequências que deles resultam. (BRASIL, 2012, p. 18)

Outro acórdão que merece destaque é o proferido no *Habeas Corpus* 124.306, do Rio de Janeiro, datado de 2016, também sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio e redação do Ministro Roberto Barroso.

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre suposto crime de aborto voluntário, referente a gestação ainda no primeiro trimestre, ocasião em que a paciente suscitava afronta aos seus direitos sexuais e reprodutivos, buscando o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Em entendimento verdadeiramente revolucionário, a Suprema Corte entendeu que a criminalização, no caso em tela, afronta os direitos fundamentais das mulheres, principalmente no que tange ao planejamento familiar, em desrespeito à autodeterminação reprodutiva.

Tratou ainda, de reconhecer que o ônus da gravidez recai de forma praticamente exclusiva sobre a mulher, de modo que seus direitos neste âmbito devem ser reconhecidos mais intensamente:

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade. (BRASIL, 2016, p. 18)

O acórdão trata também expressamente de consignar que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres são direitos fundamentais, e merecem proteção como tais:

De outro lado, o parâmetro normativo constitucional de controle da interpretação conforme consiste nos seguintes direitos fundamentais: a) liberdade privada como direito fundamental: autonomia e direito ao próprio corpo; b) direito à saúde da mulher – direito ao respeito à integridade física, psíquica e moral; c) direitos sexuais e reprodutivos da mulher; d) direito à proteção à vida desde a concepção – tutela da vida intrauterina. e) privação arbitrária da vida - dignidade da pessoa humana; f) direito à igualdade na acepção substancial. (BRASIL, 2016, p. 35)

Tem-se que, portanto, sem sombra de dúvidas, que nossa Corte Constitucional já reconheceu, por mais de uma ocasião, a fundamentalidade dos direitos em análise, o que corrobora a construção doutrinária já abordada.

Superada esta discussão e definitivamente adotado o entendimento pacífico de que os direitos sexuais e reprodutivos são de fato direitos fundamentais, importa prosseguir com breve análise quanto às suas características.

Conforme já abordado, Dimoulis e Martins (2011, p. 31/33) adotam a classificação dos direitos fundamentais em dimensões.

São de primeira dimensão os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, as chamadas liberdades públicas; de segunda os direitos econômicos, sociais e culturais; e de terceira os direitos difusos de solidariedade e fraternidade, assim classificados os direitos ao meio ambiente, ao progresso, à paz e etc.

Os direitos fundamentais podem também possuir *status negativus*, quando permitirem aos indivíduos resistir em face do Estado, ou *status positivus*, quando permitirem ao indivíduo exigir determinada atuação estatal.

Pois bem: no caso dos direitos sexuais e reprodutivos, a análise não pode ser tão taxativa, diante da variedade significativa de garantias englobadas neste âmbito.

Quando se fala na autodeterminação, no direito sobre o próprio corpo, no exercício de uma sexualidade livre de coerções e violências, certamente estamos falando de direitos fundamentais de primeira dimensão. São direitos e garantias individuais, liberdades públicas pertencentes a cada um dos cidadãos, individualmente considerados.

Estes direitos impõem ao Estado o dever de abster-se de intervir nesta esfera, de modo a permitir que o indivíduo os exerça como julgar mais adequado. Eis o caráter negativo a eles atribuído.

Já no que tange ao planejamento familiar, a análise é mais complexa. Isto porque não basta que o indivíduo possa exercer o direito de decidir sobre ter ou não filhos, seu momento e espaçamento entre eles. Faz-se necessário também que tal decisão seja pautada na informação adequada e no acesso aos métodos contraceptivos disponíveis.

Verifica-se, portanto, que se trata de um direito social e, conseqüentemente, de segunda dimensão, vez que surge o dever estatal prestacional de garantir o acesso à informação e à contracepção por meio das políticas públicas adequadas, sem as quais o direito não se concretiza.

Demonstra-se, então, o caráter negativo destes direitos em específico.

Na mesma toada, a titularidade dos direitos sexuais e reprodutivos, como direitos fundamentais que demonstram ser, depende das diversas nuances contidas na categoria que se opte por analisar.

O que importa ressaltar é que tais direitos pertencem tanto aos homens quanto às mulheres, optando o presente trabalho por focar-se no específico caso feminino em razão do contexto histórico e social já pormenorizadamente exposto que reprime o exercício da sexualidade pelas mulheres aos mesmo tempo que lhes atribui a maior parte da responsabilidade pela reprodução.

Por fim, destaca-se que, como todo direito fundamental, possuem efeito vinculante quanto aos três poderes da República, impondo que o executivo adote políticas públicas para assegurá-los, vedando a restrição por lei ordinária pelo legislativo e cabendo ao judiciário assegurá-los nos termos da Constituição Federal e seus princípios implícitos.

Apesar de não ser este o enfoque adotado no presente trabalho, os direitos sexuais e reprodutivos possuem também efeito horizontal, impondo sua garantia mesmo nas relações entre particulares, de modo que é vedado que um indivíduo exerça pressões, coerções ou discriminação sobre a sexualidade alheia e seu exercício, bem como sobre seu direito de decidir ter ou não filhos e o momento de fazê-lo.

Tal efeito faz-se presente, por exemplo, nos tipos penais que protegem a dignidade sexual e na vedação da exigência de exame de gravidez para admissão trabalhista.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APLICADO AO ARTIGO 10 DA LEI Nº 9.263 DE 1996

3.1 Breves Considerações sobre o Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro

O controle de constitucionalidade figura-se como instrumento imprescindível para a garantia da estabilidade da ordem constitucional e do próprio estado democrático de direito.

Neste sentido, entende Luís Roberto Barroso:

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. (BARROSO, 2019, p. 24)

Assim sendo, para preservar esta unidade e harmonia, o interprete da norma infraconstitucional precisa executar exercício mental para verificar sua constitucionalidade antes mesmo de aplica-la tendo em vista que, segundo o mesmo autor, aplicar uma norma inconstitucional é verdadeiramente deixar de aplicar a Constituição Federal.

Neste contexto, o controle de constitucionalidade é instrumento tão relevante justamente porque a história demonstra que os governantes são falhos e corrompíveis, mostrando-se necessário que a sociedade tenha acesso a mecanismos eficazes para intervir quando necessário.

É neste sentido que ensina Gilmar Ferreira Mendes:

A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores de poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica. É por isso que, tal como apontado por Peter Schneider, o Estado de Direito caracteriza-se, ao contrário de um sistema ditatorial, pela admissão de que o Estado também pratica ilícitos [...] É exatamente essa experiência que legitima o desenvolvimento e a consolidação em diferentes sistemas jurídicos, de institutos como o direito à proteção judiciária e o controle de constitucionalidade das leis. (MENDES, 1993, p. 41)

Ainda segundo o autor, não basta que a Constituição Federal consagre garantias essenciais para o sistema democrático, é preciso que ela concretize sua pretensão de

eficácia, impondo-se e ocupando espaço especial no ordenamento jurídico. Isso se dá pelo controle de constitucionalidade.

O instituto baseia-se em duas premissas: a supremacia e a rigidez constitucionais.

A supremacia se conceitua pela posição hierárquica mais elevada da constituição federal dentro do sistema normativo, atuando como fundamento das demais normas. Por força disso é que nenhuma lei ou ato é válido se em desconformidade com ela (BARROSO, 2019, p. 26).

Ainda segundo Barroso (2019, p. 26), a rigidez, por sua vez, se demonstra pelo processo de elaboração e reforma diverso e mais complexo que o atribuído às normas infraconstitucionais, justamente com fundamento em sua importância destacada.

Além disso, não se pode descartar que a Constituição Federal traz em seu corpo a normatização de uma série de direitos fundamentais, cuja proteção atribui também fundamento ao controle de constitucionalidade:

Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. (BARROSO, 2019, p. 26)

O instrumento pode ter como objeto tanto leis, nos casos mais típicos, como também atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, sejam normativos ou meramente administrativos. Mesmo decisões judiciais podem ser objeto de recursos pautados na constitucionalidade.

Assim, vê-se que o controle de constitucionalidade, tal como regrado na Constituição Federal, é amplo e alcança qualquer legislação ou ato do Estado, proveniente de qualquer dos três poderes. Todos estão passíveis de ter analisada sua compatibilidade com a ordem constitucional.

Tal instrumento, bem como o constitucionalismo em si, não existe desde os primórdios das sociedades. Houve um paradigma, depois replicado e popularizado ao redor do mundo.

No caso do controle de constitucionalidade, este paradigma foi o caso *Marbury vs. Madison*, julgado pelo Suprema Corte norte-americana.

No julgamento, em suma, a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer controle de constitucionalidade, negando a aplicação de leis entendidas como contrárias à Constituição, atribuição que decorre da própria lógica do sistema.

Nesta ocasião é que se reconheceu a supremacia da Constituição, como lei fundamental e suprema de uma nação, a consequente nulidade de qualquer lei infraconstitucional que a contraria e a atribuição do Poder Judiciário como intérprete final da ordem constitucional, dizendo o direito e o sentido das leis (BARROSO, 2019, p. 36).

Segundo o autor, apesar de a Suprema Corte voltar a declarar uma lei inconstitucional somente 50 anos depois, foi a partir daí que a tese do controle de constitucionalidade ganhou o mundo. Apesar de enfrentar resistências políticas e doutrinárias, passou a ser adotada em grande escala.

Em seu cerne, tem-se, portanto, que o controle de constitucionalidade existe para extirpar do ordenamento jurídico qualquer contradição em face da Constituição Federal. Dito isso, importa analisar mais de perto o fenômeno da inconstitucionalidade, vício perseguido pelo mecanismo em questão.

A supremacia da Constituição irradia sobre todas as pessoas públicas ou privadas. Porém, no caso da teoria da inconstitucionalidade, são objeto de análise apenas os atos emanados dos órgãos de poder estatal. Eventuais atos privados contraditórios à ordem constitucional, são objeto de análise e sanção por outros instrumentos (BARROSO, 2019, p. 40).

Conforme Gilmar Ferreira Mendes (1993, p. 46), no campo específico dos direitos fundamentais, como já abordado no capítulo anterior, tem-se que mesmo eles são limitados. As limitações possíveis, porém, não podem atingir o núcleo essencial do direito, sob pena de esvaziamento de seu conteúdo. Daí deriva uma inconstitucionalidade.

Ainda segundo o mesmo autor:

[...] Deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (*Zweck-Mittel Zusammenhag*), deve ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não-razoáveis). Trata-se, à evidência, de aplicação do

princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no juízo de constitucionalidade. (MENDES, 1993, p. 48)

A inconstitucionalidade é um vício aferido no plano da validade da norma ou ato, vez que falta elemento a preencher os requisitos que a lei impõe para que seja recebido como dotado de perfeição. Por consequência, projeta-se para o plano da eficácia (BARROSO, 2019, p. 45).

Para Luís Roberto Barroso (2019, p. 47), o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma difere se sua mera revogação, que decorre, em regra, de uma nova manifestação de vontade do próprio órgão que a proferiu.

Isto porque atos inconstitucionais são nulos de pleno direito, sendo impossível a sua convalidação. Considera-lo válido, mesmo que momentaneamente, significaria negar a ordem constitucional naquele determinado período.

Essa construção encontra relevância no fato de que a declaração de inconstitucionalidade, pelos motivos já expostos, tem efeitos retroativos. Isto porque a decisão, neste caso, trata apenas de reconhecer situação pré-existente (BARROSO, 2019, p. 50).

Não se descarta, porém, que em algumas situações peculiares, os tribunais constitucionais possam atenuar esse caráter retroativo para preservar a boa-fé, a justiça e a segurança jurídica, como de fato o Supremo Tribunal Federal tem agido.

Ainda segundo Barroso (2019, p. 57), há também técnicas de declaração de inconstitucionalidade que não importam no reconhecimento de nulidade, como a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto. Sua aplicação se dá, igualmente, em prol da segurança jurídica.

A inconstitucionalidade, porém, não é um fenômeno homogêneo. São diversas as classificações relevantes neste aspecto, dotadas de importantes especificidades.

Segundo Barroso (2019, p. 62), a inconstitucionalidade será formal quando atinente ao procedimento adotado em desconformidade com a Constituição, podendo ser orgânica, quando relativa às regras de competência, ou propriamente dita, quando relativa ao processo legislativo.

Mesmo verificados estes vícios já na tramitação do projeto de lei, o Poder Judiciário só poderá intervir na tramitação no caso específico de Emenda

Constitucional que viole cláusula pétrea. Caso contrário, a intervenção só poderá se dar, mediante provocação, após a vigência.

Por outro lado, a inconstitucionalidade material caracteriza-se pela incompatibilidade entre o conteúdo da lei ou ato em análise e a Constituição Federal (BARROSO, 2019, p. 63).

Nada impede, porém, que determinada lei ou ato seja inconstitucional por ambos os fundamentos, concomitantemente.

Ainda para Luís Roberto Barroso (2019, p. 68/72), a inconstitucionalidade pode se dar por ação, quando está em uma conduta positiva passível de censura à luz da Constituição, ou por omissão, quando está em uma conduta negativa caracterizada pela omissão na entrega de uma prestação que a Constituição impõe, como na inércia quanto à elaboração de atos normativos necessários a realização dos comandos constitucionais.

Há ainda outros critérios que classificam as inconstitucionalidades como totais ou parciais, diretas ou indiretas, originárias ou supervenientes.

Independentemente da classificação, fato é que tais incompatibilidades com a Constituição não podem ser admitidas e aceitas no ordenamento jurídico, sob pena de macular o ordenamento jurídico, enfraquecendo o próprio estado democrático de direito.

É por este motivo que a ordem constitucional admite uma série de modalidades e instrumentos para o controle de constitucionalidade.

Quanto ao órgão responsável, o controle pode ser dar de forma política (não judicial), como ocorre no veto de lei pelo Poder Executivo sob o fundamento da inconstitucionalidade, ou na reprovação do projeto junto à Comissão de Constituição e Justiça, no âmbito do Poder Legislativo.

A regra, porém, é que o controle seja judicial, pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos legitimados para tanto (BARROSO, 2019, p. 86/88).

Ainda conforme Luís Roberto Barroso (2019, p. 88/92), o controle de constitucionalidade também pode ser dar de forma preventiva, antes da conversão do projeto em lei (como ocorre na Comissão de Constituição e Justiça, no veto por

inconstitucionalidade ou no Mandado de Segurança impetrado por parlamentar para suspender a tramitação) ou de forma repressiva, quando a lei já está em vigor, para paralisar a sua eficácia (em regra, neste caso, judicialmente).

Dentro do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade pode ocorrer de duas maneiras muito distintas e que se diferem inclusive quanto aos efeitos.

O controle difuso se dá por todo e qualquer juiz ou tribunal, que pode reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e deixar de aplicá-la. Ocorre por via incidental, na apreciação de casos concretos quando a inconstitucionalidade se mostra como uma questão prejudicial que precisa ser apreciada para a resolução do litígio em específico. A eventual decisão proferida produz efeitos apenas entre as partes envolvidas na lide.

O controle concentrado, por sua vez, é exercido por um único órgão de competência constitucional, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Se dá por via principal/ação direta, no âmbito da qual se analisa a inconstitucionalidade em abstrato, fora de um caso concreto, por um processo objetivo no qual não há lide. Pode ocorrer pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (BARROSO, 2019, 92/100).

Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 45) destaca que, no controle difuso, a decisão proferida não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta para fora do processo em que foi proferida. A lei, mesmo considerada inconstitucional, continua produzindo efeitos e o entendimento não vincula nenhum juiz ou tribunal.

Neste contexto, porém, o Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, pode suspender a executividade de lei declarada inconstitucional no controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, gerando efeitos *ex nunc*, não retroativos.

Já no controle concentrado, a decisão faz coisa julgada material, com eficácia *erga omnes* e efeito *ex tunc*, retroagindo ao início da vigência da lei (GRINOVER, 2011, p. 46).

Ainda segundo Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 48), a coexistência do sistema difuso e do concretado na ordem constitucional brasileira torna o sistema completo em termos de eficácia, mas causa algumas distorções, como, por exemplo, a repetição de demandas.

Para Luiz Roberto Barroso (2019, p. 108), apesar as possíveis distorções, o controle de constitucionalidade encontra legitimidade na tutela dos direitos fundamentais, principalmente das minorias, impedindo que os desígnios da parcela majoritária da sociedade sufoquem suas pretensões:

A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional. (BARROSO, 2019, p. 108/109)

Ainda para o mesmo autor, é por este motivo que, no âmbito do controle, o Poder Judiciário, que o exerce com mais frequência, exerce função de natureza política:

É certo que os métodos de atuação e de argumentação empregados por juízes e tribunais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política. Embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. (BARROSO, 2019, p. 111)

No caso específico do Brasil, a Constituição Federal de 1988 tratou de criar sistema híbrido para o controle de constitucionalidade, combinando a via incidental difusa com a via principal concentrada, em verdadeira fusão do sistema norte-americano e do sistema europeu.

Nossa carta constitucional trouxe também inovações em alguns pontos do sistema, como a ampliação dos legitimados ativos para a propositura de ações do controle concentrado que, anteriormente, se resumia ao Procurador Geral da República e passou a admitir diversos outros sujeitos, nos termos do artigo 103.

Outras inovações se concretizaram na possibilidade de modulação de efeitos temporais pelo Supremo Tribunal Federal e o advento das súmulas vinculantes (BARROSO, 2019, p. 139/144 e 156).

Vê-se, portanto, que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil é extremamente moderno e abrangente, combinando referências de outros

Estados para a criação de um mecanismo próprio e eficiente à realidade brasileira. Mas nem sempre foi assim.

Segundo Barroso (2019, p. 575), durante a ditadura militar que perdurou no país de 1964 a 1985, o direito não era considerado espaço capaz de promover o avanço social, tornando-se um reduto do pensamento conservador. A Constituição era vista como mera mistificação, um instrumento de dominação ideológica repleto de premissas não honradas.

No período pós-ditatorial, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se iniciou uma luta teórica e judicial pela conquista da efetividade das novas normas constitucionais. Mesmo o Supremo Tribunal Federal relutava em aceitar seu papel nessa concretização, o que aos poucos foi sendo superado (BARROSO, 2019, p. 577).

Ainda conforme Barroso (2019, p. 580), trata-se de influência do neoconstitucionalismo, que preza pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. O direito passa a ser visto como instrumento de avanço social e com função promocional:

Os valores, fins públicos e comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. (BARROSO, 2019, p.580)

Neste novo sistema, é de se destacar a função do Supremo Tribunal Federal que, sem ser eleito, tem o poder de invalidar atos do Congresso e do Presidente, eleitos por milhões de pessoas.

A legitimidade para isso se funda justamente na proteção dos direitos fundamentais, como mínimo ético social, e na proteção às regras do jogo democrático, ainda mais em um contexto de crise na representação política, onde os eleitos parecem não defender os interesses de quem os elegeu:

Essa crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos gerou, como primeira consequência, em diferentes partes do mundo, um fortalecimento do Poder Executivo. Nos últimos anos, porém, e com especial expressão no Brasil, tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em curioso paradoxo, o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram

mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. (BARROSO, 2019, p.615)

Para Barroso (2019, p. 618), o Judiciário, por muitas vezes, representa mais à vontade popular que os próprios representantes eleitos. Isto porque os juízes de primeira instância são admitidos por concurso público, o que tem efeito democratizador.

Além disso, exige-se do julgador motive suas decisões, não cabendo a ele impor suas convicções pessoais. Assim, atua o Judiciário, principalmente a corte constitucional, como representante argumentativo da sociedade, a quem se confere a missão do controle de constitucionalidade concentrado.

3.2 As Ações Diretas de Inconstitucionalidade Ajuizadas em face da Lei nº 9.263 de 1996

Ao longo da vigência da Lei nº 9.263 de 1996, a chamada “Lei de Planejamento Familiar”, a constitucionalidade de alguns de seus dispositivos foi contestada de forma relevante pelo sistema concentrado por duas vezes.

A primeira delas se deu pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.097, ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP) em 2014. A ADI em questão visa questionar o §5º do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996, que estabelece a obrigatoriedade do consentimento do cônjuge para a realização de procedimentos de esterilização voluntária.

No corpo da petição inicial, em primeiro momento, a ANADEP justifica sua legitimidade ativa para a propositura de ADI, nos termos do artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal e do artigo 2º da Lei nº 9.868 de 1999, como entidade de classe de âmbito nacional que de fato é.

Justifica, também, a pertinência temática vez que, dentre suas finalidades, está atuar em proteção e defesa da mulher, além de a Defensoria Pública, como um todo, atuar com o primeiro objetivo de presar pela dignidade da pessoa humana.

No mérito, a ANADEP inicia expondo que conceituar direitos sexuais e reprodutivos é uma tarefa difícil, surgindo as primeiras definições no âmbito do direito internacional, conforme já exposto no presente trabalho. A conceituação começa pelo

direito individual de decidir sobre o número desejado de filhos e os intervalos entre seus nascimentos e vai, aos poucos, se tornando mais ampla.

Apesar de, de início, tais direitos não serem tratados como propriamente sociais, a ANADEP entende que os direitos reprodutivos implicam obrigações positivas do Estado, com a promoção do acesso à informação e aos métodos contraceptivos necessários. Os direitos sexuais, por sua vez, decorrem de obrigações negativas, devendo se abster o Estado de regular a sexualidade dos indivíduos e coibir discriminações.

Sustenta a ANADEP que, apesar de a Constituição Federal de 1988 adotar a expressão “planejamento familiar”, o termo mais atual seria “planejamento reprodutivo”, vez que tal direito pode ser exercido fora do contexto familiar, de modo que os indivíduos, neste âmbito, têm o poder de inclusive optar por não ter filhos e não constituir família.

Define-se, portanto, o “planejamento reprodutivo” como o conjunto de ações de regulação da fecundidade, possibilitando o livre exercício do direito de constituição, limitação e aumento da prole, pela mulher, pelo homem, ou pelo casal. Tal direito está assegurado no artigo 226, §7º da Constituição Federal, novidade que não existia na ordem constitucional anterior.

A ANADEP defende que o Estado tem que possibilitar o acesso a informação e métodos contraceptivos, mas não pode interferir no processo decisório neste âmbito, conforme o Princípio da Intervenção Mínima no Direito de Família.

Para a Associação, é às mulheres quem mais interessa acesso a informações e métodos no âmbito do planejamento reprodutivo, pois são elas que sofrem mais diretamente as consequências da reprodução, com a gestação, parto, amamentação de criação:

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. (ANADEP, 2014, p. 14)

Neste sentido, entende a ANADEP que a Lei nº 9.263 de 1996 busca evitar a esterilização precoce, mas acaba na verdade por desestimular-na no âmbito geral, o que ofende a Constituição Federal e diversos tratados internacionais dos quais o

Brasil é signatário. Sustenta-se que o Estado deve garantir informações sobre o método contraceptivo escolhido, mas jamais interferir na escolha do indivíduo.

Tal interferência, para a Associação, caracteriza ofensa à dignidade da pessoa humana, à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada, à dignidade humana e ao planejamento familiar (artigos 1º, inciso III, 5º e 226, §7º, da Constituição Federal).

A ANADEP acrescenta que todo indivíduo deve ter ampla liberdade para autodeterminar-se e fazer as escolhas que regerão sua vida privada, nisso se inserindo a autonomia corporal:

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. (ANADEP, 2014, p. 22)

A Associação aponta contradição do dispositivo contestado em face da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006), que define como violência sexual o ato de impedir que a mulher use método contraceptivo, no sentido absolutamente contrário da Lei de Planejamento Familiar, que no §5º de seu artigo 10, impõe tal intervenção como requisito.

A ADI seguiu seu regular processamento até o advento da Lei nº 14.443 de 2022, que revogou o §5º do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996, motivo pelo qual restou julgada prejudicada.

A segunda ocasião em que a Lei nº 9.263 de 1996 teve sua constitucionalidade questionada no sistema concentrado, foi por meio da ADI 5911, ajuizada em 2018, pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB). Diferente da anterior, esta ADI tratou de levantar questionamentos não apenas sobre a exigência de consentimento do cônjuge (artigo 10, §5º), como também sobre a idade mínima de 25 anos ou dois filhos vivos (artigo 10, inciso I).

Primeiramente, o PSB trata de justificar sua legitimidade ativa para atuar no controle concentrado de constitucionalidade, como partido político com representação no Congresso, nos termos do artigo 103, inciso VIII, da Constituição Federal e artigo 2º, VIII da Lei nº 9.869 de 1999.

No mérito, o partido inicia a argumentação demonstrando os benefícios da esterilização voluntária, vez que métodos contraceptivos são mecanismos de concretização da dignidade da pessoa humana, de modo que sua limitação configura afronta direta a ordem constitucional.

O PSB prossegue estabelecendo que a esterilização voluntária é, por definição, um método contraceptivo com benefícios específicos tais como a não alteração do ciclo menstrual nem dos níveis hormonais, a diminuição do risco de câncer de ovário e a eficácia de 99,5%. Ainda assim, seu acesso enfrenta obstáculos legais e burocráticos relevantes:

Conclui-se, portanto, que a esterilização voluntária é método anticoncepcional eficaz, autorizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, envolve procedimentos médicos simples e é amplamente utilizada no mundo, razão pela qual não se mostra razoável que o Estado crie e albergue obstáculos legais que limitem, induzam ou oprimam a escolha da mulher sobre o seu método contraceptivo, tal qual fazem os dispositivos impugnados. (PSB, 2018, p. 08)

Destaca-se, também, os impactos socioeconômicos dessa dificuldade de acesso, vez que conforme o Censo Demográfico de 2010, a taxa de fecundidade varia inversamente ao grau de instrução e à renda familiar, razão pela qual as dificuldades e obstáculos impostos ao planejamento familiar repercutem mais severamente nas famílias mais pobres:

Nesse contexto, o respeitado médico Dráuzio Varella já se posicionou no sentido de que a falta de acesso ao planejamento reprodutivo é “a mais odiosa de todas as violências que a sociedade brasileira comete contra a mulher pobre. (PSB, 2018, p. 12)

Sobre a exigência de consentimento do cônjuge para realização do procedimento de esterilização, o PSB sustenta haver afronta à dignidade da pessoa humana, não cabendo ao Estado intervir na decisão individual de ter filhos ou não, que é de caráter personalíssimo:

O aludido dispositivo representa indevida intervenção estatal na liberdade individual e na autonomia privada. Além do mais, ao desconsiderar nossa lamentável realidade, em que as mulheres são ainda hoje colocadas em condição social de inferioridade perante o homem, a norma vulnera o direito constitucional à igualdade material. (PSB, 2018, p. 15)

Além disso, o partido verifica também ofensa à autonomia privada, vez que cabe ao indivíduo tomar decisões sobre sua própria vida e corpo, de modo que exigir o consentimento do cônjuge reforça a submissão da mulher, seu corpo e sua sexualidade às vontades do esposo, em ofensa, inclusive à igualdade material.

O PSB aponta também a já abordada contradição do dispositivo com artigo 7º, inciso III da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340 de 2006), que define como violência sexual o ato de impedir que a mulher se utilize de qualquer método contraceptivo, conduta que a Lei nº 9.263 de 1996 trata como verdadeiro requisito.

A inovação nesta ADI, no entanto, repousa na impugnação também do inciso I do artigo 10 como inconstitucional.

Conforme sustenta o partido político, o artigo 5º do Código Civil fixa a maioria aos 18 anos de idade, com habilitação para a prática de todos os atos da vida civil, adoção inclusive. Verifica-se, portanto, de incongruência e arbitrariedade na fixação dos 25 anos como idade mínima para esterilização voluntária, avanço que instaura uma série de problemas:

É preciso se atentar ainda para as graves consequências geradas pela excessiva restrição normativa. Estudos apontam que no Brasil a idade média da primeira relação sexual é de 14 anos para os homens e de 15 anos para as mulheres. Diante disso, ao impor que o indivíduo tenha atingido a idade mínima de 25 anos para realizar a esterilização cirúrgica, o Estado obriga àqueles que não desejam ter filhos, que se submetam à utilização de métodos contraceptivos por um período médio de aproximadamente 10 anos. (PSB, 2018, p. 24)

A imposição de utilização de outros métodos contraceptivos por tanto tempo pode trazer consequências indesejadas, vez que a pílula anticoncepcional, por exemplo, carrega uma série de efeitos colaterais.

Além do mais, conforme sustenta o PSB, a exigência de dois filhos vivos desconsidera a vontade de quem não deseja ter filho nenhum, assunto que é de livre decisão individual e impõe um inexistente “dever de procriação”.

Finaliza o autor informando que, no âmbito do direito comparado, legislações estrangeiras não adotam estes critérios para procedimentos de esterilização voluntária.

A ADI segue seu regular processamento, sendo que, em 2022, a Procuradoria Geral da União deu parecer pela prejudicialidade quanto ao §5º, diante da revogação pela Lei nº 14.443 de 2022, e pela procedência no restante. A ação, atualmente, aguarda julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

3.3 Inconstitucionalidades Verificadas no Artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996

3.3.1 Inciso I – Idade mínima, exigência de filhos vivos, prazo e aconselhamento

Eis o disposto no inciso I do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce; [...]

O inciso impõe, de uma só vez, uma série de requisitos para o acesso aos procedimentos de esterilização voluntária. Passaremos, mais adiante, a analisar a constitucionalidade de cada um deles.

Primeiramente, porém, importa destacar mais uma vez o disposto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal, que traz as principais disposições sobre o tema no âmbito constitucional:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Tem-se, portanto, que o planejamento familiar é direito de livre decisão do indivíduo ou do casal, competindo ao Estado tão somente propiciar recursos educacionais e científicos para seu exercício, vedada qualquer tipo de coerção.

No mais, o planejamento familiar deve se pautar na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal) e na paternidade responsável.

Conforme já analisado no capítulo anterior, percebe-se no dispositivo um caráter positivo de atuação Estatal, no sentido de garantir acesso à informação adequada e aos métodos científicos necessários, mas, principalmente, um forte caráter negativo, no sentido de atribuir ao particular a decisão, sem qualquer intervenção ou coerção por parte do Estado ou de quem quer que seja.

Como entendem Silva e Silva (2014, p. 13 e 18), o planejamento familiar e o livre acesso aos métodos contraceptivos devem fazer parte de uma escolha pautada na liberdade individual, com fundamento na dignidade da pessoa humana, como preleciona o Plano de Ação da Conferência do Cairo de 1994.

Para os autores, a Constituição Federal de 1988 é explícita ao garantir tal direito na esfera íntima das liberdades individuais do casal, sem que nenhum ditame estatal ou social possa interferir, garantindo a necessária autonomia.

Dito isso, vê-se que o dispositivo legal impõe como um primeiro requisito para a esterilização voluntária a capacidade civil plena e o mínimo de 25 (vinte e cinco) anos de idade.

A imposição de tal idade, porém, é arbitrária e infundada, vez que, por força do artigo 5º do Código Civil, a menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos, quando o indivíduo fica habilitado à prática de todos os atos da vida civil, inclusive a adoção.

Trata-se de evidente contradição, vez que, por esta análise, aos 18 (dezoito) anos o sujeito pode decidir por adotar uma criança, mas lhe é retirada a possibilidade de optar pelo procedimento de esterilização, caso tenha decidido por não ter filhos.

No mais, conforme argumenta o PSB na ADI 5911 de 2018, estudos apontam que a idade média da primeira relação sexual no Brasil é de 15 (quinze) anos para mulheres, de modo que fixar a idade mínima para esterilização aos 25 (vinte e cinco) anos, significa impor a utilização de outros métodos contraceptivos por cerca de 10 (dez) anos.

Muitos destes métodos, como a própria pílula anticoncepcional, apresentam uma série de efeitos colaterais, inclusive graves, como trombozes e hemorragias, que não são observados no caso da laqueadura.

Além disso, a imposição dos 25 (vinte e cinco) anos como idade mínima não possui qualquer explicação científica ou lógica. Parece-nos uma escolha arbitrária e aleatória, vinculada à subjetividade do legislador que, por alguma razão, decidiu em seu íntimo que esta seria a idade ideal para tal decisão.

Ora, se aos 18 (dezoito) anos cessa a menoridade do indivíduo, que com isso adquire plena capacidade civil, podendo, inclusive, adotar, porque motivo, na mesma idade, não poderia optar por não ter filhos, submetendo-se à esterilização voluntária?

Trata-se, portanto, de intervenção indevida do Estado na esfera de autonomia do indivíduo e em sua dignidade, demonstrada afronta aos artigos 226, §7º e 1º, inciso III, da Constituição Federal, em evidente inconstitucionalidade material.

O dispositivo legal avança, impondo alternativamente ao requisito de idade mínima, a existência de ao menos dois filhos vivos.

Ocorre que o direito fundamental ao planejamento familiar, por óbvio, não contempla apenas quem opta por ter dois filhos ou mais, mas também quem escolhe por ter apenas um filho ou mesmo nenhum.

É neste sentido que preleciona o próprio Plano de Ação da Conferência do Cairo de 1994, que em seu princípio 8 assegura a todos os indivíduos o direito de decidir livremente sobre o número e espaçamento de seus filhos, o que inclui, por dedução lógica, a opção por não se reproduzir.

Verifica-se, neste caso, mais uma intervenção indevida do Estado no âmbito do planejamento familiar, no que tange à quantidade de filhos desejada pelo indivíduo ou casal, impondo um mínimo de dois filhos como o adequado de forma mais uma vez arbitrária e infundada.

Cabe ao Estado, como no caso do requisito anteriormente analisado, tão somente o papel de prestar as informações adequadas para que a livre decisão, como exercício da autonomia individual, seja tomada de forma consciência dos riscos, resultados e, principalmente, da irreversibilidade da medida.

Deste modo, a imposição de número mínimo de filhos, como bem asseverou o PSB na ADI 5911 de 2018, configura coerção estatal em assunto de livre decisão individual, impondo ao sujeito um verdadeiro “dever de procriação”, sem qualquer respaldo constitucional, em clara afronta à dignidade da pessoa humana.

Em decorrência da construção implícita da própria ordem constitucional, em conjunto com os tratados de direito internacional assinados pelo Brasil, tem-se que a decisão sobre ter ou não filhos e, se sim, em qual quantidade, fixa-se na esfera da autonomia privada dos indivíduos e dos casais, baseada em sua própria responsabilidade e convicções pessoais. Não cabe ao Estado interferir em opção tão íntima.

Verifica-se no dispositivo legal incompreensível resistência em permitir que indivíduos dotados de plena capacidade civil optem, de maneira livre e consciente, por não ter filhos, como se essa decisão, por si só, caracterizasse algum tipo de afronta ou prejuízo ao Estado.

Assim sendo, verifica-se também neste requisito evidente inconstitucionalidade material com relação ao disposto nos artigos 226, §7º e 1º, inciso III, da Constituição Federal, em ofensa à autonomia privada, à dignidade da pessoa humana e ao direito ao livre planejamento familiar.

O dispositivo prossegue impondo, como requisito cumulativo, a observância do prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico.

Importa destacar que a laqueadura é um procedimento, em regra, irreversível. Por esta razão é que se impõe tal prazo, que é até mesmo diminuto e muitas vezes consumido pelos próprios exames exigidos para o pré-operatório, buscando impedir decisões impulsivas e arrependimentos futuros.

Aqui não se trata de limitação inconstitucional ao direito, como no caso dos outros requisitos, mas sim de regulação do seu exercício de forma razoável, até mesmo para que, durante este período, o Estado possa cumprir adequadamente com seu dever de informar.

Por fim, a legislação determina que, durante o prazo imposto, será propiciado ao interessado o acesso a serviço de regulação de fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, com a intenção de desencorajar a esterilização precoce.

Por adotar o verbo “propiciar”, o dispositivo dá a entender que tal aconselhamento não é obrigatório, mas que será oferecido e posto à disposição do indivíduo para que, caso queira, possa se submeter.

Trata-se de medida adotada, na mesma toada do prazo imposto, para evitar decisões impulsivas, dada a irreversibilidade do procedimento.

A legislação, neste ponto, manifesta a própria disposição constitucional no sentido de que cabe ao Estado fornecer as informações necessárias e colocar à disposição da população todos os métodos contraceptivos disponíveis.

O ideal é que, portanto, o serviço de aconselhamento referido na lei seja estruturado no sentido de prestar ao indivíduo as informações necessárias para que a opção pela esterilização voluntária seja tomada com consciência, conhecendo os riscos e benefícios e sem coerção de qualquer natureza.

Não se verifica neste caso coerção por parte do Estado, vez que a lei apenas impõe que o serviço de aconselhamento exista e seja colocado à disposição do indivíduo, sem obrigar que o particular a ele se submeta como condição para a realização do procedimento.

Neste ponto, portanto, não há inconstitucionalidade a se apontar, justamente em face da ausência de caráter coercitivo e do fornecimento de informações neste âmbito, o que de fato é dever do Estado.

Quando ao fornecimento da informação adequada, inclusive, por se tratar de uma conduta positiva exigida do Estado, surge a necessidade de uma prestação mais ativa, de modo que a mera colocação do serviço de aconselhamento à disposição do interessado parece insuficiente.

É preciso, primeiramente, que os cidadãos saibam dos métodos contraceptivos disponíveis junto ao SUS e que dentre eles está a esterilização voluntária. Depois, informados sobre os riscos e benefícios de todos os métodos, é que o indivíduo estará apto a escolher de forma consciente e responsável, no exercício informado de sua autonomia privada.

A informação precisa vir antes e durante o processo decisório, e não somente depois de já manifestada a opção pela esterilização, como sugere a lei.

Este ponto encontra lugar no campo das políticas públicas e não na legislação, podendo se analisar, se o caso, uma possível constitucionalidade por omissão dada a aparente falha do Estado em prestar adequadamente as informações necessárias, como é seu dever.

Esta questão, porém, foge do escopo do presente trabalho, que foca na análise de constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 9.263 de 1993, e por isso não será objeto de análise mais profunda.

Por fim, verificadas as listadas inconstitucionalidades no dispositivo do artigo 10, inciso I da Lei nº 9.263 de 1996, principalmente no que tange à idade mínimo e a exigência de dois filhos vivos, importa destacar que, apesar de tais requisitos aplicarem-se a homens e mulheres, seus efeitos são significativamente mais prejudiciais às mulheres.

Isto porque, historicamente, é sobre a mulher que recaem os ônus da reprodução, não só no que tange à gravidez como à própria criação dos filhos, a exemplo dos elevados índices de abandono paterno no Brasil³.

Além disso, toda a opressão imposta à classe feminina por séculos retira da mulher sua autonomia no campo da sexualidade e reprodução, de modo que a própria sociedade, o Estado e seus cônjuges tomam posse de seus corpos, impondo a eles seus interesses sobrepostos a autonomia de suas verdadeiras donas.

Neste contexto, é urgente que a sociedade atue para devolver às mulheres o poder de decisão no âmbito da reprodução, de forma livre e desimpedida. Infelizmente, o dispositivo legal analisado age no caminho oposto.

3.3.2 Parágrafo 2º – Vedação no período pós-parto e aborto

Dispõe o §2º do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1993:

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

O espírito da lei, no que se refere a este dispositivo, é o de evitar os partos cesarianos eletivos, sob o argumento da realização do procedimento de esterilização em conjunto, bem como o de, mais uma vez, evitar a esterilização precoce, pressupondo que o momento pós-parto ou pós-aborto não seria o ideal para a tomada de decisão.

Muitos são os equívocos nesta construção.

Para Silva e Silva (2014, p. 16), o parágrafo deixa evidente que o Estado vê a esterilização voluntária como verdadeira mutilação e não confia na integridade psíquica da mulher para tomar decisões sobre sua própria capacidade reprodutiva, sem nenhuma espécie de embasamento.

O Estado busca evitar supostos arrependimentos posteriores, mas por curso invasivo e temerário, adotando, para tanto, critérios arbitrários.

³ A Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN – Brasil) apurou que, somente durante o ano de 2022, 164.681 crianças foram registradas somente com o nome de suas mães, número que corresponde a aproximadamente 6% dos registros totais. Este número, por óbvio, não leva em conta os pais que registram seus filhos, mas não participam de sua vida e criação.

Os mesmos autores entendem que, apesar de o Conselho Federal de Medicina (CFM) desestimular a opção pela cesariana, diante do dispositivo legal o médico não tem espaço para, discricionariamente, realizar o procedimento de esterilização, sob pena de responder administrativa e até criminalmente.

Nestes casos, observando a lei, o médico é obrigado a deixar de respeitar o consentimento informado do paciente, empurrado para um paradoxo ético-profissional muito complexo (SILVA e SILVA, 2014, p. 20).

Vale ressaltar que o dispositivo não faz diferença entre cesariana eletiva ou com indicação médica, vedando a esterilização voluntária no período pós-parto em todos os casos, salvo quando há expressa indicação médica por cesarianas sucessivas anteriores.

A despeito das polêmicas acerca da vedação ou não da cesariana eletiva, os baixíssimos percentuais de parto normal verificados no Brasil deixam evidente que, na realidade, a parturiente opta livremente, principalmente na rede privada⁴.

Pois bem, já que na prática é este o contexto observado, não faz sentido submeter a mulher que deseja a esterilização voluntária a dois procedimentos cirúrgicos, a expondo duplamente aos riscos inerentes a uma cirurgia, ao invés de realiza-los em conjunto, como é plenamente possível em termos de técnica médica.

Este acréscimo de risco é inclusive reconhecido pela Portaria nº 48 de 1999 do Ministério da Saúde que, apesar de manter as restrições impostas pela lei, versa:

Art. 4º

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

A Portaria, portanto, trata de regulamentar de forma específica a disposição legal, permitindo a realização da laqueadura durante cesariana caso a mulher seja

⁴ Conforme levantamento da FIOCRUZ (2021), o Brasil tem a segunda maior taxa de cesáreas do mundo, chegando a 55% dos partos realizados no país. A OMS indica que a taxa ideal de cesarianas deve variar entre 10 e 15% dos partos totais.

portadora de doença que justifique maior risco em caso de exposição a um segundo ato cirúrgico.

Tem-se, porém, que o risco é aumentado não apenas para mulheres com morbidades, mas para todas, vez que qualquer cirurgia carrega consigo um risco intrínseco, principalmente no que se refere a infecções.

A realização de dois procedimentos cirúrgicos ao invés de um também causa maiores gastos ao SUS, bem como aumenta a ocupação dos leitos hospitalares disponíveis.

Além disso, há sempre o risco de que a mulher engravide pouco tempo após o parto, no ínterim da espera pelo procedimento de esterilização, mesmo porque poucos são os métodos contraceptivos permitidos para o período da amamentação.

Todas estas dificuldades são impostas pela falsa concepção de que a mulher gestante não estaria suficientemente estável psicologicamente para optar racionalmente pela esterilização, seja a gravidez resultante em um parto ou em um aborto.

Vale ressaltar que, mesmo pelo prazo imposto no inciso I do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996, a decisão pela esterilização não se dá no momento do parto ou aborto, mas sim ao menos 60 (sessenta) dias antes do procedimento, havendo tempo suficiente para a reflexão.

O dispositivo de lei invade âmbito que não lhe diz respeito, julgando o estado psicológico de todas as mulheres de forma genérica, sem deixar qualquer margem sequer para que o procedimento possa ser realizado após uma análise psicológica individualizada, única forma idônea de verificar o estado de fragilidade emocional ou não.

Apesar de nenhuma das ADI supramencionadas versar sobre o que dispõe o §2º do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996, é evidente a inconstitucionalidade material verificada.

Trata-se, novamente, de interferência descabida no direito ao livre planejamento familiar, garantido nos termos do artigo 226 §7º da Constituição Federal, que o garante como livre decisão do casal e do indivíduo, cabendo ao Estado tão somente disponibilizar informações e meios, vedada qualquer forma de coerção.

O que se verifica no caso do dispositivo em análise é verdadeira coerção aplicada às mulheres no período pós-parto ou pós-aborto, como se houvessem se tornado incapazes de decidir sobre sua própria capacidade reprodutiva, fundamento sob o qual o Estado impõe sua vontade, vedando a opção pela esterilização durante aquele momento.

Vale ressaltar que o Estado não se apoia em qualquer respaldo psicológico para entender por esta incapacidade. Apenas a impõe, de forma arbitrária, quando seu papel neste âmbito é tão somente informar, possibilitando a tomada de decisão com consciência, sem restringir o direito de forma tão gravosa.

A mulher parturiente ou vítima de um aborto não deixa de ser sujeito de direitos, com autonomia sobre o próprio corpo e sobre suas próprias vontades reprodutivas, além de, por óbvio, manter seu direito à dignidade, nos termos ao artigo 1º inciso III da Constituição Federal.

No mais, no caso de cesariana, só há vantagens na realização do procedimento de esterilização em conjunto, se esta for a opção da mulher. Diminuem-se os riscos, vez que apenas um procedimento conjunto, por óbvio, apresenta menos riscos de infecção do que dois separados, bem como os custos para o SUS com instrumental cirúrgico e honorários médicos.

Cientificamente, não há qualquer contraindicação quanto à realização dos procedimentos em conjunto.

Dito isso, não há fundamento para que, devidamente informada, como é dever do Estado promover, seja proibida a mulher no período pós-parto ou pós-aborto de optar por não ter mais filhos, como possibilita o procedimento de esterilização.

3.3.3 Parágrafo 5º – Consentimento do cônjuge

Em seu §5º, o artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996 traz a disposição que é, sem dúvidas, a mais polêmica no âmbito dos requisitos para esterilização voluntária:

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

Neste parágrafo o Estado não apenas intervém de forma indevida no exercício da autonomia individual dos sujeitos, como permite e até mesmo impõe a intervenção de terceiro no exercício dos direitos sexuais e reprodutivos alheios.

Tal disposição abre margem para a interpretação de que a mulher casada abre mão de sua liberdade, perdendo o poder sobre sua própria capacidade reprodutiva, que passa para a esfera de decisão de seu cônjuge, como se este tivesse controle sobre ela, que deixa de ser um indivíduo em prol do casal, o que, por óbvio, não é a realidade.

A escolha sobre ter ou não filhos, bem como sobre o número e espaçamento entre eles, deve ser feita pela própria mulher, como titular da liberdade de escolha e de disposição sobre o próprio corpo, vez que todo indivíduo deve ter ampla liberdade para autodeterminar-se e fazer escolhas que regerão sua vida privada, âmbito no qual se insere a autonomia corporal.

A imposição do consentimento do cônjuge para o acesso ao procedimento de esterilização voluntária nos parece anacrônica e contraditória não só à Constituição como também a outros diplomas legais de mesmo nível hierárquico.

É o que se observa na análise da Lei nº 11.340 de 2006, a conhecida Lei Maria da Penas, que, em seu artigo 7º, dispõe:

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; [...]

Desta feita verifica-se que, ao passo que uma lei define o impedimento de uso de contraceptivo como violência doméstica e familiar contra a mulher, outra impõe como requisito necessário à esterilização voluntária o consentimento do cônjuge, ambos os diplomas legais em vigência ao mesmo tempo.

É evidente a contradição.

Neste contexto verifica-se gritante inconstitucionalidade material contida no §5º do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996, em face ao artigo 226 §7º e artigo 1º inciso I da Constituição Federal.

Constata-se, novamente, interferência descabida no direito ao livre planejamento familiar, desta vez não apenas por parte do próprio Estado, como também atribuída a terceiros.

Ocorre que tal direito, vinculado à autonomia privada sobre o próprio corpo, é de natureza individual e personalíssima, exercido na esfera privada e pessoal, o que não se altera com o matrimônio.

O dispositivo dá a entender que, com o casamento, o indivíduo passa obrigatoriamente a compartilhar suas decisões relativas à reprodução com o cônjuge, abrindo mão de sua autonomia sobre o próprio corpo, que passa, com a mudança de estado civil, a ser compartilhada.

Especificamente no contexto feminino, dadas as especificidades já abordadas, verifica-se pretensão de submissão da mulher, seu corpo e sua sexualidade às vontades do esposo, em ofensa à igualdade material imposta pelo artigo 5º caput e inciso I da Constituição Federal.

É justamente por isso que a ANADEP, na já analisada ADI 5097, sustenta que o termo mais atual a ser utilizado seria o “planejamento reprodutivo” e não “familiar”, dado o exercício individual do direito, dentro ou fora do contexto familiar, permitindo, inclusive a opção por não ter filhos e não constituir família.

Ressalta-se, novamente, que é às mulheres a quem mais interessa o acesso à informação adequada e métodos contraceptivos eficazes, por ser este o grupo que mais sofre, indubitavelmente, as consequências de ter filhos, suportando os ônus da gestação, parto, amamentação e criação, em sua grande maioria.

É por esta razão que, apesar de imposta tanto para homens quanto para mulheres, a exigência do consentimento do cônjuge para esterilização voluntária mostra-se muito mais gravosa no caso das mulheres.

Isto porque, considerado o contexto histórico e sociológico da relação entre os gêneros, verifica-se incontestável submissão imposta pelos homens sobre as mulheres, inclusive com a objetificação de seus corpos, dos quais buscam tomar posse, e da apropriação de sua capacidade reprodutiva.

Impedir que mulheres possam tomar a decisão de se submeter a esterilização sem o consentimento de seus esposos é reforçar esta concepção, transferindo decisão personalíssima a terceiro que, sociologicamente, exerce opressão sobre elas.

3.4 Modificações trazidas pela Lei nº 14.443 de 2022

Há anos os requisitos para esterilização voluntária contidos na Lei nº 9.263 de 1996 vem causando intensa discussão e polêmica tanto na comunidade jurídica perante os movimentos feministas.

Além das inconstitucionalidades e incongruências já apontadas, muito se discutiu, também, no âmbito do direito comparado, vez que não se verifica legislação estrangeira tão severa e restritiva como a até então adotada pelo Brasil.

De modo geral, a maioria dos países do mundo se limita a vedar a esterilização voluntária de pessoas incapazes ou menores de idade, sem a imposição de maiores requisitos.

Em razão da intensificação desta polêmica é que, em 2014, adveio o Projeto de Lei (PL) nº 7.364, de autoria da então deputada Carmen Zanotto (Cidadania/SC), buscando a revisão destes requisitos, em alteração à Lei 9.263 de 1996.

O PL enfrentou tramitação lenta até sua aprovação na Câmara dos Deputados, em 8 de março de 2022, e no Senado Federal, em 10 de agosto de 2022.

O Projeto, agora Lei nº 14.443 de 2022, restou derradeiramente sancionado pelo então presidente Jair Messias Bolsonaro em 02 de setembro de 2022 e entra em vigor em 180 (cento e oitenta) dias após a publicação oficial.

A nova lei revê os requisitos ora impostos para a esterilização voluntária, sanando algumas das inconstitucionalidades verificadas, mas, infelizmente, mantendo outras.

A primeira revisão nos requisitos para a esterilização voluntária se deu pela alteração do inciso I do artigo 10, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 10. [...]

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 21 (vinte e um) anos de idade ou, pelo menos, com 2 (dois) filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, inclusive

aconselhamento por equipe multidisciplinar, com vistas a desencorajar a esterilização precoce; [...]

Vê-se, portanto, que, ao invés dos 25 anos de idade exigidos anteriormente, passa-se a adotar a idade mínima de 21 anos.

Tal mudança, porém, não é suficiente para sanar a inconstitucionalidade verificada.

Persiste a contradição com o dispositivo do artigo 5º do Código Civil que define que a menoridade cessa aos 18 anos completos, com habilitação para a prática de todos os atos da vida civil.

O alargamento da idade mínima para além da maioridade imposta para a prática de atos tão gravosos quanto a esterilização, como a adoção, se mantém, apesar de reduzido em 4 anos.

Não há justificativa lógica ou técnica para que a esterilização voluntária seja vedada para indivíduos entre os 18 e 20 anos de idade, de modo que a inconstitucionalidade apontada somente poderia ser sanada com a limitação do procedimento a maioridade e à plena capacidade, como qualquer outro ato da vida civil.

Quanto ao requisito alternativo de dois filhos vivos, o dispositivo permaneceu inalterado.

Mantém-se, portanto, o desrespeito à autonomia privada e ao direito ao livre planejamento familiar, na figura da negativa do direito a quem deseja gerar apenas um filho ou menos nenhum.

Neste ponto, o Estado segue intervindo coercitivamente na esfera de decisão individual e personalíssima dos indivíduos, impondo verdadeiro “dever de procriar” aos cidadãos em ofensa não apenas à Constituição Federal, como também a disposições de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Quanto a exigência do prazo de 60 dias entre a manifestação de vontade e o procedimento cirúrgico, a lei também não promoveu qualquer alteração, assim como na submissão facultativa a serviços multidisciplinares de acolhimento.

Neste sentido, não vislumbramos qualquer inconstitucionalidade nestes dois pontos, o que se mantém com a nova lei.

Ainda conforme as alterações promovidas pela Lei nº 14.443 de 2022, o §2º do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996 passa a vigorar na seguinte forma:

§ 2º A esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto será garantida à solicitante se observados o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o parto e as devidas condições médicas.

Pois bem: anteriormente o dispositivo legal vedava expressamente a realização do procedimento de esterilização voluntária nos momentos pós-parto e pós-aborto.

Com a nova redação, portanto, passa-se a permitir que a laqueadura se realize em conjunto com o parto, desde que observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o parto e reunidas as devidas condições médicas.

São requisitos absolutamente razoáveis, vez que o prazo exigido é o mesmo para mulheres fora do contexto do parto e que, conforme análise já realizada, é justificável e constitucional.

A exigência das devidas condições médicas para a realização do procedimento é também absolutamente razoável, vez que é o que se exige para qualquer outra cirurgia eletiva.

Importa destacar que, anteriormente, o dispositivo vedava o procedimento no pós-parto e também no pós-aborto. Na redação atual, porém, nada se estabelece sobre a esterilização voluntária após a constatação de um aborto.

Dito isso, vez que é permitido tudo que a lei não vedar (artigo 5º, II, da Constituição Federal), tem-se que a laqueadura passa também a ser permitida no período pós-aborto, desde que observados os requisitos gerais do inciso I do artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996.

Assim sendo, é de rigor que se reconheçam também sanadas as inconstitucionalidades verificadas neste dispositivo.

Tem-se que o ímpeto social pela reavaliação dos requisitos para a esterilização voluntária nasceu a partir da polêmica disposição do §5º do artigo 10 da Lei nº 9.623 de 1996, que, até então, exigia, na vigência de sociedade conjugal, a anuência do cônjuge para o acesso aos procedimentos de esterilização.

Dito isso, por expressa determinação da Lei nº 14.443 de 2022, a retrógrada e evidentemente inconstitucional disposição do §5º restou revogada, afastando tal requisito.

Conclui-se, portanto, que também neste ponto a inconstitucionalidade restou sanada.

Em suma, a Lei nº 14.443 de 2022 causou impactos muito positivos no âmbito do acesso à esterilização voluntária, sanando algumas das inconstitucionalidades constatadas na redação da Lei nº 9.263 de 1996, apesar de manter outras, principalmente no que tange à idade mínima de 21 anos e à exigência de ao menos dois filhos vivos.

CONCLUSÃO

No curso do presente trabalho foi possível concluir que a mulher enquanto grupo social saiu de um lugar de detentora de poder místico, com papel central na sociedade e plena liberdade, para, a partir da Revolução Neolítica, um cenário de opressão e estrangulamento de suas liberdades básicas, com o surgimento do patriarcado.

Ao longo da história, o controle dos corpos femininos passou a ocorrer também como forma de satisfação das necessidades do Estado, em uma gangorra entre políticas pró e anti-natalistas. Com estas políticas, variava também o acesso à contracepção.

No cenário pós Segunda Guerra Mundial, com a criação da ONU e a positivação dos direitos humanos mais básicos, é que se fortaleceu um direito internacional voltado para assegurar direitos aos cidadãos do mundo, impondo deveres as nações existentes.

É neste direito externo que nasceu a primeira semente de proteção aos direitos humanos das mulheres, incluídos os direitos sexuais e reprodutivos, especialmente garantidos de forma pioneira no Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (1994).

A influência do direito internacional irradiou, inclusive, na redação da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 226 §7º tratou de assegurar o direito ao livre planejamento familiar, baseado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, cabendo ao Estado fornecer os recursos educacionais e científicos para seu exercício.

Com base principalmente neste dispositivo, é que se conclui que os direitos sexuais e reprodutivos têm previsão constitucional e são direitos fundamentais, vez que apresentam vinculação à dignidade da pessoa humana e valor moral. É neste sentido que o Supremo Tribunal Federal fixou seu entendimento no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 do Distrito Federal e do *Habeas Corpus* 124.306 do Rio de Janeiro.

Está confirmada, portanto, a primeira hipótese adotada.

Uma vez considerados que os direitos sexuais e reprodutivos, cabe a eles toda a especial proteção atribuída pela ordem constitucional. A partir disso, é possível constatar uma série de inconstitucionalidades no artigo 10 da Lei nº 9.263 de 1996.

O dispositivo impõe à laqueadura tubária uma série de requisitos, alguns deles inconstitucionais diante da restrição exagerada a direito fundamental e da interferência do Estado no livre planejamento familiar, tais quais a idade mínima de 25 (vinte e cinco) anos ou dois filhos vivos (inciso I), a vedação no período pós-parto ou aborto (§2º) e a exigência de consentimento do cônjuge (§5º).

Confirmada, portanto, também a segunda hipótese adotada.

Concluiu-se que, com as recentes modificações promovidas pela Lei nº 14.443 de 2022, as inconstitucionalidades restaram parcialmente sanadas, mantendo-se diante da imposição de idade mínima de 21 (vinte e um) anos ou dois filhos vivos (inciso I).

Como qualquer afronta à ordem constitucional, as inconstitucionalidades demonstradas necessitam de resposta jurisdicional, o que tem o condão de acontecer por ocasião da ADI 5911, em vias de ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de manter-se a vulneração a direito fundamental, ainda mais gravosa no caso das mulheres, já tão aviltadas em seus direitos sexuais e reprodutivos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução nº 167, de 2008. **Diretrizes de Utilização para Cobertura de Procedimentos na Saúde Suplementar**. Brasília, DF.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa nº 465, de 2021. **Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde**. Brasília, DF.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS (ARPEN-BRASIL). **Pais Ausentes**. Disponível em: <https://transparencia.registrocivil.org.br/painel-registral/pais-ausentes>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

BASSI VEDANA, B.; GERVASONI, T. A. Os movimentos feministas na América-Latina e as perspectivas para a efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres brasileiras. **Revista Ártemis**, [S.l.], v. 29, n. 1, p. 279–298, 2020. DOI: 10.22478/ufpb.1807-8214.2020v29n1.49848. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/artemis/article/view/49848>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BASTOS, Luiza Lena; VENTURA, Miriam; BRANDÃO, Elaine Reis. Saúde sexual e reprodutiva, conservadorismo religioso e acesso a medicamentos: uma discussão sobre a estratégia global de advocacy do consórcio internacional sobre contracepção de emergência. **Sexualidad, Salud y Sociedad** (Rio de Janeiro), Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 306-327, ago. 2017. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2017.26.15.a>.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 07 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.443, de 02 de setembro de 2022. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para determinar prazo para oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização no âmbito do planejamento

familiar. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14443.htm. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Distrito Federal. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5097. Relator: Ministro Nunes Marques. **Diário Oficial da União**. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5911. Relator: Ministro Nunes Marques. **Diário Oficial da União**. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124306, Rio de Janeiro. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 29 de novembro de 2016. **Diário Oficial da União**.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra - Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **PARECER Nº 09**: Procedimento de laqueadura tubária pós-parto (em puérperas). Brasília, 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **PARECER Nº 16**: Regulamentação sobre esterilização e planejamento familiar – Lei nº 9.263/96. Brasília, 1998.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **PARECER Nº 18**: Laqueadura tubária periumbilical puerperal. Brasília, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **PARECER Nº 22**: Esterilização. Brasília, 1999.

CORRÊA, Sonia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **Population Policies Reconsidered: Health, Empowerment And Rights: Harvard School of Public Health**, Boston, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 10 maio 1996. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73311996000100008>.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 317 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

FRANZE, Ana Maria Alves Kubernovicz; BENEDET, Deisi Cristine Forlin; WALL, Marilene Loewen. Contextualização e resgate histórico dos direitos sexuais e reprodutivos. **Acervo Digital da UFPR**, Curitiba, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/53945>. Acesso em: 10 ago. 2022.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **No Brasil das cesáreas, falta de autonomia da mulher sobre o parto é histórica**. 2021. Disponível em: <https://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1967-no-brasil-das-cesareas-a-falta-de-autonomia-da-mulher-sobre-o-parto-e-historica.html>. Acesso em: 23 abr. 2023.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 1-33, 11 jun. 2021. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172202136>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da Constitucionalidade. **Revista de Processo: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 5, n. 90, p. 45-62, maio de 2011.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A INDISPONIBILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, [S.L.], v. 14, n. 29, p. 153-173, 10 out. 2017. Editora Dom Helder. <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v14i29.1015>.

LEITE, Luciana Wolf. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E O HISTÓRICO DE SUBMISSÃO DA MULHER. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.L.], v. 6, n. 1, p. 41-56, 12 dez. 2012. Faculdade de Direita de Franca. <http://dx.doi.org/10.21207/1983.4225.182>.

LEROY, Alice. **Laqueadura e vasectomia devem ser última opção de contracepção**. 2017. Disponível em: <https://www.medicina.ufmg.br/laqueadura-e-vasectomia-devem-ser-ultima-opcao-de->

contracepcao/#:~:text=A%20vasectomia%20e%20a%20laqueadura,Implanon%2C%20e%20o%20DIU%20Mirena.. Acesso em: 10 set. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 40-66, mar. 1993.

MINISTÉRIO DA SAÚDE - SECRETARIA DE ATENÇÃO À SAÚDE. Portaria nº 48, de 11 de fevereiro de 1999. Brasília, DF.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. Direitos sexuais e reprodutivos da mulher para além dos direitos humanos. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, p. 4987-5001, jun. 2010.

PIOVEZANA, Leonel; ALDANA, Myriam. DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E LAICIDADE DO ESTADO. **Numen**, Juz de Fora, v. 17, n. 1, p. 189-203, 2 dez. 2014. Universidade Federal de Juiz de Fora. <http://dx.doi.org/10.34019/2236-6296.2014.v17.21945>.

SECRETARIA DA SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Resolução nº 05, de 11 de janeiro de 2000. São Paulo, SP.

SILVA, Aurélia Carla Queiroga da; SILVA, André Luiz Galvão e. Análise da (In)Constitucionalidade da Vedação Legal à Laqueadura Tubária em Parto Cesariano. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 16, n. 1, p. 11-37, abr. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, J. A. B., FONTANA, R. L. M., COSTA, S. S., & RODRIGUES, A. J. (2015). Teorias demográficas e o crescimento populacional no mundo. Caderno De Graduação - Ciências Humanas E Sociais - UNIT - SERGIPE, 2(3), 113–124. Recuperado de <https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article/view/1951>

SOUZA, Ana Clara das Chagas; MADEIRA, Débora Fernandes Pessoa. O exercício dos direitos sexuais e reprodutivos por mulheres com deficiência mental ou intelectual

no direito brasileiro. **Oikos: Família e Sociedade em Debate**, v. 32, n. 2, p. 1-25, 16 ago. 2021. Família e Sociedade em Debate. <http://dx.doi.org/10.31423/oikos.v32i2.12603>.

SOUZAS, Raquel; ALVARENGA, Augusta Thereza de. Direitos sexuais, direitos reprodutivos: concepções de mulheres negras e brancas sobre liberdade. **Saúde e Sociedade**, [S.L.], v. 16, n. 2, p. 125-132, ago. 2007. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-12902007000200012>.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais** - Repensando a Distinção entre Regras, Princípios e Valores. São Paulo: Saraiva, 2009. E-book.

ANEXO A

LEI Nº 9.263, DE 12 DE JANEIRO DE 1996.

Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis. (Redação dada pela Lei nº 13.045, de 2014)

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único - Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar.

Art. 7º - É permitida a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros nas ações e pesquisas de planejamento familiar, desde que autorizada, fiscalizada e controlada pelo órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde.

Art. 8º A realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade somente será permitida se previamente autorizada, fiscalizada e

controlada pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

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

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

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

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Art. 11. Toda esterilização cirúrgica será objeto de notificação compulsória à direção do Sistema Único de Saúde. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Art. 12. É vedada a indução ou instigamento individual ou coletivo à prática da esterilização cirúrgica.

Art. 13. É vedada a exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez para quaisquer fins.

Art. 14. Cabe à instância gestora do Sistema Único de Saúde, guardado o seu nível de competência e atribuições, cadastrar, fiscalizar e controlar as instituições e serviços que realizam ações e pesquisas na área do planejamento familiar.

Parágrafo único. Só podem ser autorizadas a realizar esterilização cirúrgica as instituições que ofereçam todas as opções de meios e métodos de contracepção reversíveis. (Parágrafo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

CAPÍTULO II

DOS CRIMES E DAS PENALIDADES

Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada:

I - durante os períodos de parto ou aborto, salvo o disposto no inciso II do art. 10 desta Lei.

II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

III - através de histerectomia e ooforectomia;

IV - em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial;

V - através de cesária indicada para fim exclusivo de esterilização.

Art. 16. Deixar o médico de notificar à autoridade sanitária as esterilizações cirúrgicas que realizar.

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 17. Induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica.

Pena - reclusão, de um a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime for cometido contra a coletividade, caracteriza-se como genocídio, aplicando-se o disposto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

Art. 18. Exigir atestado de esterilização para qualquer fim.

Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.

Art. 19. Aplica-se aos gestores e responsáveis por instituições que permitam a prática de qualquer dos atos ilícitos previstos nesta Lei o disposto no caput e nos §§ 1º e 2º do art. 29 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 20. As instituições a que se refere o artigo anterior sofrerão as seguintes sanções, sem prejuízo das aplicáveis aos agentes do ilícito, aos co-autores ou aos partícipes:

I - se particular a instituição:

a) de duzentos a trezentos e sessenta dias-multa e, se reincidente, suspensão das atividades ou descredenciamento, sem direito a qualquer indenização ou cobertura de gastos ou investimentos efetuados;

b) proibição de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas e de se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista;

II - se pública a instituição, afastamento temporário ou definitivo dos agentes do ilícito, dos gestores e responsáveis dos cargos ou funções ocupados, sem prejuízo de outras penalidades.

Art. 21. Os agentes do ilícito e, se for o caso, as instituições a que pertençam ficam obrigados a reparar os danos morais e materiais decorrentes de esterilização não autorizada na forma desta Lei, observados, nesse caso, o disposto nos arts. 159, 1.518 e 1.521 e seu parágrafo único do Código Civil, combinados com o art. 63 do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 22. Aplica-se subsidiariamente a esta Lei o disposto no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e, em especial, nos seus arts. 29, caput, e §§ 1º e 2º; 43, caput e incisos I, II e III; 44, caput e incisos I e II e III e parágrafo único; 45, caput e incisos I e II; 46, caput e parágrafo único; 47, caput e incisos I, II e III; 48,

caput e parágrafo único; 49, caput e §§ 1º e 2º; 50, caput, § 1º e alíneas e § 2º; 51, caput e §§ 1º e 2º; 52; 56; 129, caput e § 1º, incisos I, II e III, § 2º, incisos I, III e IV e § 3º.

Art. 23. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de noventa dias, a contar da data de sua publicação.

Art. 24. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 12 de janeiro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Adib Jatene

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 15.1.1996

ANEXO B

LEI Nº 14.443, DE 2 DE SETEMBRO DE 2022

Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para determinar prazo para oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização no âmbito do planejamento familiar.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para determinar prazo para oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização no âmbito do planejamento familiar.

Art. 2º A Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 9º

§ 1º

§ 2º A disponibilização de qualquer método e técnica de contracepção dar-se-á no prazo máximo de 30 (trinta) dias.” (NR)

“Art. 10.

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 21 (vinte e um) anos de idade ou, pelo menos, com 2 (dois) filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, inclusive aconselhamento por equipe multidisciplinar, com vistas a desencorajar a esterilização precoce;

.....

§ 2º A esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto será garantida à solicitante se observados o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o parto e as devidas condições médicas.

.....

§ 5º (Revogado).

.....” (NR)

Art. 3º Fica revogado o § 5º do art. 10 da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 2 de setembro de 2022; 201º da Independência e 134º da República.

JAIR MESSIAS BOLSONARO

Marcelo Antônio Cartaxo Queiroga Lopes

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.9.2022