ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

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

ANALYSIS OF (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE LEGAL PROHIBITION TO THE TUBAL LIGATION IN CESAREAN DELIVERIES

Aurélia Carla Queiroga da Silva*
André Luiz Galvão e Silva**

RESUMO: A Constituição de 1988, ao erigir o direito ao planejamento familiar como condição inarredável dos postulados de liberdade e responsabilidade, talhou-o como um fanal princípio norteador para o resguardo dos direitos reprodutivos no Brasil. Nesse desiderato, emerge a salvaguarda ao direito à esterilização humana voluntária, apanágio do reconhecimento da constitucionalização dos direitos civis. O presente estudo aborda o dispositivo infraconstitucional insculpido no art. 10, § 2º, da Lei nº 9.263/1996, o qual veda à mulher hígida a realização de sua esterilização voluntária não terapêutica pela via da laqueadura tubária em parto cesariano do seu primeiro ou segundo filho. Registra-se que a legislação pátria daí decorrente exige dessa mulher um segundo procedimento invasivo e cruento, a se realizar, pelo menos, 42 dias após o parto. Ao debulhar a problemática, busca-se, por meio do estudo teórico, na doutrina e jurisprudência abalizada, sob o suporte do método exegético-jurídico, tecer uma análise sistemática dos ditames constitucionais que gravitam em torno da legislação vigente e tendentes a obstaculizar o procedimento laqueador justamente no momento em que ele é fisiológica e tecnicamente mais oportuno. Do exposto, depreende-se que é flagrante a (in)constitucionalidade do dispositivo infraconstitucional que veda a laqueadura em parto cesariano, posto importar em ofensa aos princípios constitucionais da liberdade e do livre planejamento familiar, acarretando instabilidade ao sistema jurídico, na medida em que retira da mulher a possibilidade de escolher seu próprio destino, bem como fere o regime estatal de tutela à dignidade humana.
Palavras-chave: Esterilização feminina. Vedação legal. Inconstitucionalidade.

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Professora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Coordenadora do Curso de Direito do Núcleo Avançado de Nova Cruz da UERN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.
** Bacharel em Direito pela UERN. Cirurgião-dentista atuante em clínica odontológica. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

ABSTRACT: The Brazilian Constitution of 1988, erecting the right to family planning as an unwavering condition of the postulates of freedom and responsibility, has carved it as a guiding beacon light to protect the reproductive rights in Brazil. In this desideratum, the safeguard to the right of voluntary human sterilization emerges, as an attribute to the acknowledgement of the constitutionalization of civil rights. The present study approaches the infra-constitutional command inscribed in article 10, paragraph 2, of law 9.263/96, which forbids voluntary, non-therapeutic sterilization through tubal ligation for healthy women, right after giving birth to their first or second child. It is recorded that homeland legislation demands that women can only have the tubal ligation sterilization during a second invasive and cruel procedure, at least, 42 days after the delivery. Investigating the issue, this article aims, through bibliography research, by using a legal and exegetical method, promote a systematic analysis of constitutional dictates, works of respected doctrine and judicial decisions which gravitate towards the legal command that hinders postpartum tubal sterilization following delivery, a moment considered to be physically and technically more appropriate. In light of the foregoing, it follows from the investigation a flagrant (un)constitutionality of the infra-constitutional regulatory provision which forbids tubal ligation during cesarean section, given that it offends the constitutional principles of freedom and free family planning, and implies instability in the legal system, since it removes from women the possibility to decide on their own fate; thus, affecting the State regime of protection to human dignity.
Keywords: Female sterilization. Legal interdiction. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O IMPEDITIVO INFRACONSTITUCIONAL; 3 A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO MÉDICO E A DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL; 4 O RESPEITO À LEGISLAÇÃO VIGENTE E AS VIAS DEMOCRÁTICAS DO ATIVISMO JUDICIAL; 5 PERSPECTIVAS DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR EM OPOSIÇÃO À NORMA INFRACONSTITUCIONAL; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Ao perfilhar um recorte histórico evolutivo da história pátria, denota-se que o legislador constituinte de 1988 inscreveu na Magna Carta, no seu Título VIII, atinente à Ordem Social, e em seu Capítulo VII, mais precisamente no art. 226, § 7º, voltado para a proteção dos valores familiares, a possibilidade do planejamento familiar, sendo referenciado, pela primeira vez de forma explícita, esse importante instrumento de cidadania. O parlamentar constituinte, contudo, foi mais além ao demonstrar sua preocupação com a

formação e constituição do cerne familiar, garantindo esse livre planejar, sob os auspícios dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Ademais, ainda nesse fulcral dispositivo, desatrelou o planejamento familiar de qualquer nexo de subordinação que se mostre externo à esfera íntima das liberdades individuais do casal que deseja procriar.

O Texto Constitucional é explícito ao afirmar que nenhum ditame ou nenhuma filosofia, quer estatal, quer social, pode ingerir-se nesse contexto, concedendo ao casal a autonomia necessária para que prevaleça sua vontade, livre e capaz, de decidir quando e como optar pela esterilização e quantos filhos deseja ter. Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio, no art. 10, § 2º, da Lei nº 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar), veda que a mulher hígida realize sua esterilização pela via da laqueadura tubária em parto cesariano do seu primeiro ou segundo filho, exigindo um segundo procedimento invasivo e cruento, a se realizar, pelo menos, 42 dias após o parto, conforme os ditames da Portaria SAS/MS nº 48/1999.

No propósito de examinar a constitucionalidade de tais mandamentos legais, o presente trabalho abordará a problemática da vedação à esterilização cirúrgica voluntária intraparto, enfocando as questões sociojurídicas correlatas ao exercício do seu direito de decisão quanto ao planejamento familiar. Também será ventilado acerca dos limites que o dirigismo estatal pode imprimir às liberdades individuais.

Depreender-se-á que, embora o sentido teleológico da Lei do Planejamento Familiar tenha sido evitar um possível arrependimento posterior por parte da mulher que opta pela esterilização cirúrgica imediatamente após o parto cesariano, esse diploma também descoroçoa a mulher hígida de laquear-se, visto que pode impedir o exercício de sua vontade livre e consciente de não ter mais que um ou dois filhos. O Estado está, assim, definindo objetivamente uma conduta que se caracteriza, no plano fático, pela subjetividade, pela responsabilidade e pela liberdade, as quais, nesse contexto, são garantidas constitucionalmente.

Para o desenvolvimento da temática, a metodologia consubstanciar-se-á, predominantemente, na pesquisa bibliográfica e de cunho documental, sedimentada nos métodos dedutivo, indutivo e exegético-jurídico,

balizando-se na utilização dos instrumentos de consulta à análise da doutrina, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), bem como da legislação infraconstitucional e jurisprudência relacionadas ao fenômeno da esterilização humana voluntária e seus desdobramentos históricos, éticos e jurídicos, especificadamente sobre o direito constitucional ao livre planejamento familiar.

2 O IMPEDITIVO INFRACONSTITUCIONAL

O mandamento constitucional insculpido no art. 226, § 7º, da CRFB/88[1] impede qualquer coerção que se imiscua na decisão de um casal que esteja a exercer seu direito ao livre planejamento familiar. Por outro lado, o art. 10, § 2º, da Lei nº 9.263/1996 impõe que a mulher não poderá laquear-se quando da realização do parto cesariano de seu primeiro ou segundo filho; a Portaria SAS/MS nº 48/1999 determina que tal procedimento somente pode ser realizado 42 dias após a operação cesárea.

A normatização infraconstitucional não enxerga nem inconstitucionalidade nem colisão principiológica entre os supracitados ditames. No entanto, se tal construção hermenêutica for considerada válida, significará dizer que o Texto Constitucional conferiu, de alguma forma, espaço interpretativo para não entender como hermética a vedação legal que impossibilita quaisquer intromissões numa decisão que diz respeito somente ao casal ou à mulher hígida que deseja esterilizar-se.

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

1 "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" (BRASIL, 1988).

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

Para Farias e Rosenvald (2008, p. 29), o direito constitucional "afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado, para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais". Verdadeiramente, há de se constatar que a CRFB/88 afirmou-se cidadã principalmente por ter, na construção da cidadania, seu elemento motriz, alma de tudo mais. A supremacia constitucional, portanto, plantada nessas bases, lança fora toda tentativa de infidelidade aos seus princípios e normas soberanamente instituídos.

Resta clarividente que o constituinte de 1988 entendeu que cabe ao casal a escolha dos critérios e dos modos de agir quanto ao planejamento familiar. Alicerçou essa liberdade constituindo-a sob a égide dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. No entanto, o legislador infraconstitucional, por meio do § 2º do art. 10 da Lei nº 9.263/1996, confere ao Estado o poder de vedar a realização da laqueadura no momento do parto cesariano. Fundamenta-se na tutela internacional aos direitos humanos[2] e, portanto, visa a evitar que procedimento médico irreversível venha a consumar-se, o que geraria o cerceio do direito à vida de novo concepto que viesse a ser desejado pelo casal.

Dessa forma, pensou-se que o Estado, na sua atribuição legiferante, estaria agindo de modo a proteger, principalmente, a integridade psíquica da mãe hígida que precocemente acredita estar decidida a mutilar-se, freando

2 Na mesma direção, tem-se o recrudescimento do raciocínio que concede cada vez mais importância aos direitos reprodutivos. A Conferência Internacional do Cairo, em 1994, já concordava que a saúde reprodutiva é um direito humano. Aduz Miriam Ventura (2009, p. 36) que "o documento do Cairo destaca como direitos humanos básicos: decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos; ter acesso à informação e aos meios para decidir e gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva, livre de discriminações, coerções ou violências".

seu potencial gravídico de forma terminante. Ao estabelecer momento posterior para tal desiderato, subtender-se-ia que tão relevante e grave decisão estaria protegida pelo manto da maior ponderação e da mais refletida prudência. Julga-se, assim, estar produzindo as condições mais favoráveis para o gozo do direito à esterilização voluntária. O agente estatal estaria cumprindo seu papel sociojurídico de forma mais ampla e com acertada visão de multidisciplinaridade.

A *mens legis* infraconstitucional apoiou-se em hipóteses de salvaguarda da mulher frente a arrependimentos posteriores. Portanto, o Estado brasileiro arvorou-se como um agente de definições objetivas quanto ao momento mais oportuno para a mulher esterilizar-se. Vai além ao definir o número mínimo de dois filhos vivos para que então possa ser dado acesso legal à mulher que queira laquear-se. Contudo, estaria o Estado traçando cursos invasivos e temerários, pois embaraça juridicamente aquele casal ou aquela mulher que, ao sopesar todas as circunstâncias sociais e emocionais que lhe estão presentes, tomou a decisão livre, consciente e definitiva acerca do seu projeto de vida e comunhão familiar, muito embora seja uma decisão de caráter tão peremptório quanto oportuno.

É embate relevante o que está proposto, uma vez que colidem, de um lado, o escopo estatal de preservar seus jurisdicionados de arrependimentos irreversíveis ulteriores e, de outro, o respeito à autonomia da vontade da mulher que, de posse de sua decisão, se enxerga tolhida do usufruto de suas garantias constitucionais.

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

O acatamento voluntário dos ditames de uma norma jurídica prescinde de uma adesão íntima por parte do indivíduo. Por outro lado, o cumprimento do mandamento jurídico está atrelado ao caráter estritamente formal ou externo, o qual não precisa, necessariamente, guardar qualquer correspondência com a interiorização dessa norma por parte do sujeito. Dessa forma, a irrepreensibilidade do ato jurídico corresponde ao seu cumpri-

mento fático, ainda que seu obediente cumpridor entenda como injusto tal dispositivo normativo.

O sujeito, como agente autodeterminável, ao deparar-se com situação de irresignação normativa, vê-se diante do tolhimento de sua liberdade e sua vontade é posta em posição de violação ao que compreende justo e moral. Essa mitigação ao seu livre agir garante o que se concebe por segurança jurídica e coesão social. Entretanto, tomado em sua individualidade, o ser social não se torna despossuído de suas convicções. Para o ser racional e pensante, sua liberdade de escolha é atributo entranhavelmente jungido à sua consciência. Ao analisar eticamente questões como esta, depreende-se como obrigatório o liame que se instaura entre a liberdade de escolha e a consciência dos fins e das consequências do ato que se pretende realizar (SÁNCHEZ VÁSQUEZ, 2010). Sob os auspícios de um enfoque sociológico, é oportuna a definição aduzida por Ana Lúcia Sabadell (2005, p. 247), cujo teor construtivista-comunicativo do direito reflete que "o Estado e os operadores jurídicos produzem o direito. Toda a sociedade participa, porém, do processo que se denomina atualização da referência 'direito'".

Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 21), por seu turno, adentra na visão do caráter ainda mais percuciente da dimensão constitucional, ao afirmar que "[...] a Constituição não se contenta com a legalidade formal, requerendo uma dimensão mais profunda, a única que a torne intrinsecamente válida". Assim, tem-se que, sob essa óptica, o que consegue conferir legitimidade a um ditame jurídico é, principalmente, a positivação não somente de um poder jurídico, mas, sobretudo, de um valor jurídico[3].

Grande questão impõe-se, na prática médica, referente à interseção do direito dado à mulher e ao casal de escolher livre e conscientemente sobre o melhor momento de realizar a laqueadura tubária e a desconformidade dessa

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

decisão com a Lei do Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/1996), caso essa vontade conduza à esterilização cirúrgica intraparto cesáreo. Perquire-se sobre quem estaria interferindo arbitrária e inadequadamente no âmbito da procriação humana: se o Estado, que estaria exorbitando sua função social protetora, imiscuindo-se inconstitucionalmente em seara imprópria, os profissionais da saúde, cujo conhecimento técnico poderia elucidar as consequências de tal atitude, ou o casal, ao decidir contrariamente à lei e ao que está posto como justo e seguro pela atividade legiferante ordenatória e de valor protetivo.

Miriam Ventura (2009, p. 86) aduz que, internacionalmente, o entendimento é de que "o planejamento familiar e o livre acesso aos métodos contraceptivos, para o controle da natalidade, devem fazer parte de uma escolha de promoção da liberdade de escolha individual, com fundamento no princípio ético e jurídico da dignidade da pessoa humana". Baliza a posição no Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, da Organização das Nações Unidas (ONU, 1994)[4].

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

4 O objetivo dos programas de planejamento familiar deve ser permitir aos casais e aos indivíduos que possam decidir de maneira livre e responsável o número e a frequência de seus filhos e obter a informação e os meios necessários para fazê-lo, garantindo que exerçam suas opções com conhecimento de causa e disponham de uma ampla variedade de métodos seguros e eficazes. O êxito dos programas de educação sobre questões de população e planejamento familiar em diversas situações mostra que, onde quer que estejam, as pessoas bem informadas agirão com responsabilidade, conforme suas necessidades e as de sua família e comunidade. O princípio da livre escolha, baseada numa boa informação, é indispensável para o êxito em longo prazo dos programas de planejamento familiar. Não pode haver nenhum tipo de coação (ONU, 1994).

Contudo, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP, 1998), ao analisar a questão da proibição da laqueadura tubária em parto cesariano de mulher hígida quando do nascimento do primeiro ou do segundo filho, entende que tal vedação "visa à redução da incidência da cesárea para o procedimento da laqueadura. [...] Diante desta consideração, não se deve proceder à esterilização cirúrgica durante os períodos de parto, aborto e até o 42º dia do puerpério". Portanto, a classe médica entende que essa negativa legal é viável, principalmente em termos profiláticos, uma vez que desestimula a opção pela cirurgia cesariana com o fim indireto de laquear-se. Nessa mesma direção, o Conselho Regional de Medicina de Rondônia (CREMERO, 2011), quando, em parecer oficial julgando temática idêntica, recomenda que "na ausência de recomendação médica, não se proceda à esterilização cirúrgica durante os períodos do parto, aborto e até o 42º dia de puerpério, conforme a recente regulamentação do Ministério da Saúde". Assim se constitui o entendimento oficial da classe médica.

O Código de Ética Médica (CFM, 2009), por sua vez, em seu Capítulo III, ao tratar da responsabilidade profissional, no art. 14, reza que é vedado ao médico praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no país, enquanto o art. 15 proíbe a esse profissional, no exercício de sua função, descumprir legislação específica também nos casos de esterilização. Contudo, é no mesmo código que se lê, no art. 42, que o médico não pode desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo. Constata-se que, de fato, não é o médico quem desrespeita a decisão livre da sua paciente, mas é a legislação específica vigente que a posterga para momento futuro.

Neste momento, percebe-se também que a Lei nº 9.263/1996 acabou por criar um embate de consciência, não somente para o paciente, mas também para o médico[5]. Caso o profissional entenda que é, de fato, total e

5 "A consciência é a resposta da pessoa para si mesma, enquanto que a lei é a resposta da sociedade para pessoa; por causa disto podem ocorrer conflitos entre ambos. Daí, sendo a consciência formada ao estar ligada à estrutura mental de cada um e, como cada ser parece comportar-se como um universo próprio, a conduta que dimana da vontade gerada na consciência pode não ser aquela julgada como boa para terceiros" (CAMARGO, 2013, p. 86).

completamente desnecessário que a mulher decidida por não mais ter filhos, mesmo sendo maior e capaz e não cumprindo as especificações objetivas da lei, terá, sim, que decidir contrariamente à sua consciência e melhor diagnóstico. Sua conduta seria outra, desde que houvesse respaldo legal para tanto. Portanto, é o próprio diploma ético que lança amarras estritamente legais sobre essa questão. Frise-se que somente o faz porque a legislação específica a ser obedecida, qual seja, a Lei nº 9.263/1996 e a Portaria SAS/MS nº 48/1999, criou as condições para esse equívoco jurídico. O Código de Ética Médica em nada é deletério ou ofensivo à ordem jurídica quando impõe que o profissional médico não decida *contra legem.* Muito pelo contrário, entende-se que esta costuma ser a melhor via a ser seguida, a da legalidade. Nesse caso, o médico, em nome da licitude, deverá decidir pela opção que lhe seria menos cabível e oportuna.

Perceba-se que a realização de um segundo procedimento cirúrgico numa mulher que, livre e conscientemente, já optou pelo método contraceptivo é, de fato, não somente desnecessário, como potencialmente arriscado, posto expor a paciente à nova internação, anestesia e ato cirúrgico. Como agravante, ainda tem-se que, se forem cumpridos os 42 dias prescritos na portaria do Ministério da Saúde, a mulher ausentar-se-á do seu recém-nascido justamente no momento em que sua presença é mais necessária. Depreende-se, daí, que a proibição da laqueadura intraparto cesáreo pode significar, a depender do caso concreto, uma verdadeira antinomia que se insere num mesmo diploma, pois, se por um lado impõe a realização de um procedimento desnecessário, por outro obriga o médico a cumprir o que está posto na lei, mesmo tendo a mulher, hígida e consciente, já optado pela contracepção cirúrgica. Tem-se, portanto, que a lei vigente impôs uma relação conflituosa entre a liberdade responsável da paciente, que opta resguardadamente por esterilizar-se no momento mais oportuno, de um lado, e a conformidade legislativa infraconstitucional, de outro, que a impede. É, assim, questão jurídica que clama por respostas.

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

Há de se considerar que a legislação vigente deve coadunar-se, tanto em sua compatibilidade formal quanto material, com as normas constitucionais. Contudo, dados os anseios sociais atuais, não parece bastar somente uma legalidade tecnicamente bem construída para que o que está posto como legal encontre devida guarida no seio social em que tal legislação ganha concretude, forma e vida, momento pelo qual se manifesta a sua real razão de existência. A evolução jurídica permitiu aos sujeitos de direito reclamarem dignidade acima de tudo e não somente normatividade. Em verdade, a força normativa inconteste dos princípios constitucionais, na contemporaneidade, irradia-se por todo o ordenamento jurídico e, dessa feita, opera no sentido de assegurar a própria efetividade do direito. Assim, a dignidade da pessoa humana é também fruto da normatividade, por isso traduz a força jurídica.

Nessa compreensão, Gomes Canotilho (2003) alude ao que chama força heterodeterminante dos regramentos constitucionais, conclamando a conversão necessária do que é construído infraconstitucionalmente com o que está posto na Lei Maior. O mestre português erige, em seu raciocínio, imperativos compulsórios de resguardo às conformidades formal e material da atividade legiferante com o direito supraordenado constitucionalmente. Dessa forma, não há de se compreender minimamente como vigente e eficaz uma disposição infraconstitucional que procure estabelecer-se de forma autônoma à CRFB/88 ou que tente desapegar-se da natureza supraordenamental da Carta Maior. Como bem apresenta Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012), o Texto Constitucional não deve sofrer forçosas conformações ao que se põe como posterior e supostamente melhor contextualizado política ou socialmente. Os eixos mandamentais constitucionais permanecem impávidos ante pretensas hermenêuticas que busquem lhe atribuir supostas ambiguidades ou dúbias ambivalências.

Por outro lado, o pensar jurídico não se apequena a perseguir pétrea e incautamente o engessamento e enquadramento forçoso daquilo que se extrai numa visão meramente temporal e normativista do Magno Texto. Não é aleatoriamente que se elegem as normas constitucionais como norma e *normarum*. A superioridade normativa dos preceitos da CRFB/88 não acontece somente por convencionalismos teóricos, erigidos por necessidades meramente pragmáticas de ordenação jurídica piramidal. Os supedâneos constitucionais constroem-se de sólidos matizes de natureza histórica, política, sociológica e filosófica e imersos nessa profícua teia de construções essenciais estão os princípios hermenêutico-concretizantes de todo o arcabouço constitutivo da experiência jurídica humana, como bem aduz Carlos Maximiliano (2011), ao afirmar que essas construções jurídicas podem ser estendidas a relações e circunstâncias mais modernas, criadas por um estado aperfeiçoado da sociedade.

Não se pode desprezar que o direto labora em estruturas sociais dinâmicas e modernizantes, as quais se revolvem em sanha tendente ao aperfeiçoamento de seus institutos, conceitos e valores. Há, sim, que se falar da busca incessante pela garantia e promoção dos direitos já consagrados, bem como do acolhimento de novas necessidades, as quais se mostram relevantes. Portanto, a definição dos direitos reprodutivos como direitos humanos repercute de forma terminante sobre a óptica jurídica que se dê a essa matéria.

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

Para John Locke (apud ROBERT, 2006), o direito de resistência era instrumento político que levava ao aperfeiçoamento do Estado. Para esse filósofo político, o povo era levado a uma inércia natural que o prendia a uma lentidão libertária, sendo conduzido à insurgência radical apenas

nos últimos extremos[6]. Era próprio da comunidade confiar a sapiência e legitimidade do seu poder político a um governo. Contudo, tal obrigação política desaparecia nas situações que fugiam ao que fosse estabelecido no pacto social, quando o povo percebia que sua liberdade original fora abusada e ao ocorrer uma quebra de confiança. A tirania representava o exercício do poder além do direito que lhe fora permitido (COSTA, 2001).

Atualmente, esse contrato social firmado na consciência do povo e do governo apoia-se, principalmente, na prevalência da Lei Constitucional sobre toda e qualquer lei nacional. Assim, "é de grande importância observar se os princípios e normas constitucionais estão sendo fielmente incorporados e cumpridos nas leis produzidas pelo Poder Legislativo, nas políticas e ações governamentais e nas decisões judiciais" (VENTURA, 2009, p. 60). Entretanto, o que está posto hoje no entendimento jurisprudencial pátrio é a percepção de que o cumprimento da Lei nº 9.263/1996 atende aos objetivos constitucionais da Carta de 1988, bem como aos anseios sociais estruturantes da modernidade. Tal constatação deve-se à inteligência reiterada dos tribunais em ratificar o que está posto como vedação à laqueadura tubária em parto cesariano, concedendo-lhe o manto do normativismo sistêmico condizente com a ordenação vigente[7].

A título exemplificativo, segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP, 2011, grifo do autor) concernente a essa matéria, extraído da Apelação Cível nº 0000136-21.2011.8.26.0516, da 6ª

6 "O direito de resistência é corolário do dever de obediência. Impõe a restauração da lei para a consecução das garantias individuais. Deve ser exercido observando-se a moral e o equilíbrio do direito, para restaurar a ordem jurídica violada e a liberdade por ela assegurada. É um ato coletivo decorrente da condição de cidadão. [...] A questão constitucional do direito de resistência está na garantia de autodefesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do contrato social por parte do governante" (ROBERT, 2006, p. 159-161).

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

Câmara de Direito Público da Comarca de Aparecida, de 29 de agosto de 2011, que teve por relator o Desembargador Reinaldo Miluzzi:

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

> autorizar a esterilização voluntária da apelada. Logo, o recurso de apelação não comporta provimento. Ante o exposto, pelo meu voto, **nego provimento ao recurso**.

Vê-se demonstrado como são vigorosos os imperativos que se levantam dada a força normativa do art. 10, § 2º, da Lei nº 9.263/1996, que paralisa o exercício do direito no momento do parto e posterga-o para um segundo evento futuro[8]. O douto desembargador, mesmo diante de uma situação evidente quanto à necessidade do planejamento familiar, julga que os requisitos legais objetivos devem estar obrigatoriamente presentes.

É fato consumado que não haverá decisão judicial tendente a permitir o procedimento cirúrgico da laqueadura voluntária intraparto em mulher hígida quando do nascimento de seu primeiro ou segundo filho, somente por motivações relacionadas ao seu planejamento familiar. O impeditivo legal é de um determinismo de tal forma conspícuo que paralisa qualquer entendimento judicial em contrário. Assim como acomete ao profissional médico[9], também o juiz pode ver-se envolvido em óbices meramente legais que vedem o exercício da prolação de sentenças que sejam conforme seu senso de cabimento jurídico.

Mostra-se bastante oportuno trazer a situação fática extraída da Apelação Cível nº 2008.001169-8 de Indaial/SC. Pelo relatório, a requerente, mãe de três filhos, estava no final de uma quarta gestação acidental para a qual não possuía condições financeiras mínimas de suportar o ônus de uma nova criança. Pelos autos, era dependente da pensão que recebia do

8 "Na verdade, o sistema preventivo enseja, como é óbvio, a possibilidade de proibição do exercício do direito, ou a sua procrastinação. Contra isso, num Estado de Direito, há, sem dúvida, o recurso ao contencioso administrativo ou judiciário. Entretanto, o provimento desse recurso nem sempre repara adequadamente o adiamento no exercício do direito" (FERREIRA FILHO, 2010, p. 54).

9 "Porém, o médico não pode deixar de considerar que a sua visão do que é melhor pode não ser, às vezes, a mesma visão do paciente. Ao fazer o bem, o médico deve ter a preocupação de observar as necessidades do paciente, respeitando o princípio do utilitarismo e usando o seu melhor conhecimento para dar os esclarecimentos necessários, informando o melhor método anticoncepcional, naquele momento e naquele quadro de saúde que se apresenta. Esse raciocínio também se aplica aos efeitos secundários que, embora considerados pelo método como sem importância, venham a ser relatados pelo paciente como intoleráveis" (CHAVES NETTO, 2007, p. 1047).

pai dos primeiros filhos, então casado com outra mulher. Tão grave era a sua situação que aduziu entregar o quarto filho para a adoção. Em primeira instância, peticionou visando à autorização para realização da laqueadura tubária no momento do parto, devido ser extensa a fila para o requerimento administrativo junto ao Sistema Único de Saúde (SUS) e haver o receio de não ser atendida em tempo hábil. A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido inicial, com o fundamento de:

> Ser precipitada a intervenção cirúrgica almejada, tendo em vista que a autora é muito jovem para ser submetida a esta espécie de procedimento degradante à sua saúde e de que não há comprovação da realização de cesarianas sucessivas anteriores, conforme estipula o parágrafo único do art. 4º da Portaria n. 48/99 (TJSC, 2009).

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

Maria Irene Szmrecsány (1988, p. 219), diante de situações congêneres, nas quais se vê a esfera estatal imiscuir-se, ainda que profilaticamente, com intromissões desse nível de invasão e determinismo descabido, demonstra desapreço ao agir livre e pensante do indivíduo: "O Estado que não garante a liberdade de seus cidadãos em problemas dessa ordem de privacidade não respeita os redutos de liberdade que fundamentam a democracia". Tem-se, portanto, que igual juízo seria aplicado com maior veemência se a mãe ou o casal buscasse, judicialmente, o direito à laqueadura intraparto sob circunstâncias socioeconômicas mais favoráveis e cuja motivação maior fosse o desejo de laquear-se voluntariamente por uma decisão íntima e consciente de não ser gerado mais que um ou dois filhos no seu contexto familiar. É de se presumir, assim, que o entendimento dominante consagra o mandamento

infraconstitucional superior ao núcleo principiológico constitucional, posto demover o caráter decisório livre e consciente do casal que almeja a esterilização cirúrgica com fins de planejamento familiar no seu momento mais oportuno.

No entanto, na situação fática supracitada, a requerente, por meio do Ministério Público de Santa Catarina, não se conformando com a decisão proferida em primeiro grau, interpôs recurso de apelação para reforma da sentença, "salientando que o Estado não pode impedir a utilização do método escolhido pela Autora, por vir de encontro aos interesses individuais e da própria sociedade (fls. 34/39)" (TJSC, 2009). Após redistribuição determinada pela Terceira Câmara de Direito Civil, os autos emergiram para a Quarta Câmara de Direito Público, que teve por relator o Desembargador José Volpato de Souza, cuja decisão, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para autorizar a interessada a realizar o procedimento de laqueadura tubária. Contudo, não durante o parto, mas após.

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

A modificação imposta pelo legislador infraconstitucional, ao vedar a laqueadura voluntária intraparto cesáreo anterior a duas experiências cesarianas, trouxe modificação nuclear da essência da liberdade de escolha, garantida constitucionalmente, de optar pelo melhor momento de paralisação da capacidade procriadora do casal. Em vez de se oporem à ideia fundamental da norma constitucional, as novas contingências sociais indicam sobejamente que o constituinte originário produziu nortes principiológicos que somente reforçam a estabilidade jurídica que, de fato, será amplamente alcançada com o soçobro do impedimento legal orquestrado pelo § 2º do art. 10 da Lei nº 9.263/1996.

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

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

A Lei nº 9.263/1996 estabelece que o Estado pode, sim, coagir a mulher a adiar a laqueadura tubária quando do nascimento do seu primeiro ou segundo filho, por parto cesariano, afetando momentaneamente a execução concreta do seu direito ao livre planejamento familiar. Se essa mulher, ou casal, tiver a plena consciência de que já não deseja procriar e optar, conscientemente, pela laqueadura no momento mais oportuno para o ato cirúrgico, qual seja, o momento imediatamente após a cesariana, em cumprimento aos princípios da paternidade responsável e da dignidade humana de toda a sua entidade familiar, ver-se-á tolhida nesse intento.

O óbice dá-se por pura manifestação da força coercitiva legal, por parte do Estado, que, cumprindo sua função regulamentadora normativa, entende que o planejamento familiar não pode ser tão livre a ponto de incorrer em riscos posteriores de arrependimento superveniente. A visão constitucional discernida pelo legislador, que proibiu a laqueadura intraparto cesáreo, parece ter sido a de que a autonomia pessoal do casal ou da mulher deve ser suprimida, mesmo estando-se diante de declaração livre e consciente da manifestação da vontade de pessoa maior e capaz. Infere-se, portanto, que há um choque hermenêutico entre o que está posto como norma infraconstitucional e o texto da Carta Magna, que veda qualquer tipo de interferência sobre o planejamento familiar, conquanto reflexo prático da concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Nesse caso, há de se sopesar a ocorrência do grau de arbitrariedade que é enfrentado, bem como os instrumentos jurídicos que lhe seriam cabíveis e

licitamente oportunos para sanar os seus indesejados efeitos, principalmente numa atualidade que se mostra maciçamente propensa a apoiar os ditames constitucionais, tais como estão insculpidos no § 7º do art. 226 da Carta Magna, entendendo-os como linearmente conformes aos anseios sociais de planejamento familiar hodiernos (CUNHA, 2006).

Sérgio Sérvulo da Cunha (2006) apresenta o princípio da negação do arbítrio como inserido entre os princípios gerais do direito. Tal princípio é aquele que veda, por insurgir-se contrária ao direito, a prática de atos arbitrários, como a edição de leis arbitrárias. Já Gomes Canotilho (2003) refere-se ao princípio da máxima efetividade ou princípio da interpretação efetiva, o qual, segundo o professor de Coimbra, pode ser formulado atribuindo a uma norma constitucional o sentido que maior eficácia conceda-lhe.

Ao pugnar pela proibição da laqueadura tubária, em mulher hígida e consciente de sua decisão de não mais procriar, quando da realização de procedimento cesariano em sua primeira ou segunda experiência cirúrgica de parto por via alta, a Lei nº 9.263/1996 parece interromper a plena eficácia e, portanto, a máxima efetividade do dispositivo constitucional que veda qualquer intromissão estatal na decisão livre do casal quanto ao número de filhos que planejou ter. Luís Roberto Barroso (2010, p. 216) afirma, com propriedade, que "o Direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto e interesse de estudo".

As poucas iniciativas parlamentares de confrontação com o que está posto como proibição ao direito da laqueadura tubária intraparto cesáreo não conseguem fender a maciça disposição de permanecer a legislação do jeito que está. Uma importante iniciativa deu-se, nesse sentido, no ano de 2005, quando o deputado federal João Batista, do Partido da Frente Liberal de São Paulo (PFL/SP), em 13 de abril, apresentou o Projeto de Lei (PL) nº 5061, que se propunha a alterar o § 2º do art. 10 da Lei nº 9.263/1996, de forma a permitir a realização da laqueadura tubária nos períodos de parto ou aborto em caso de cesárea anterior. Em outras palavras, a mulher poderia ser, sim, submetida à esterilização voluntária intraparto, desde que já houvesse, preteritamente, sido submetida a uma cesariana anterior. A modificação legal

mudaria a redação da forma plural 'cesarianas anteriores', como hoje está a viger. Manteve, por óbvio, o rechaço à realização da cesariana somente com vistas à esterilização. Contudo, situou a questão dos direitos reprodutivos em bases mais atualizadas e tecnicamente mais precisas:

> Vale ressaltar que a realização de cesariana para a esterilização é uma prática que deve ser repudiada. Porém, não se pode penalizar a mulher hígida que será submetida à cesárea por indicação médica correta, que decidiu (juntamente com o seu cônjuge, se casada) se submeter à laqueadura, não só manifestando essa vontade 60 dias antes do ato cirúrgico, mas mantendo esse desejo mesmo após ter sido desencorajada por equipe multidisciplinar (composta por profissional de medicina, enfermagem, psicologia, assistente social), como impõe a lei. Por que penalizá-la com nova anestesia e procedimento cirúrgico? Por que não aliviá-la desse sofrimento evitável? Não reza a Constituição Federal, no § 7º do art. 226, que 'o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício deste direito'? Esta proposição tem o objetivo de permitir a laqueadura tubária no momento do parto ou do aborto quando a mulher já tiver sido submetida a, pelo menos, uma cesárea anterior, mantidas as demais condições, inclusive a manutenção da penalidade caso a cesárea tiver sido indicada com o fim específico de esterilização. Dessa maneira, evita-se o aumento da cesárea com a laqueadura tubária sem respaldo científico, ao mesmo tempo em que protege a mulher de um sofrimento posterior desnecessário, não referindo este parlamentar apenas a um novo processo anestésico ou cirúrgico, mas também a uma posterior gravidez indesejada, causada pela impossibilidade de a mulher internar-se novamente, em razão de seus afazeres domésticos e profissionais. [...] Por todo o exposto, peço o apoio dos nobres colegas para a célere aprovação deste projeto, que irá contribuir para o aperfeiçoamento da legislação referente ao planejamento familiar (BRASIL, 2005).

Esse PL encontra-se apensado ao PL nº 2.059/2003, desde 25 de abril de 2005, e aguarda que sua proposição seja apreciada pelo Plenário. Já transcorreram mais de oito anos desde sua apresentação e não há maiores perspectivas, atualmente, de que venha a ser posto em votação. Perceba-se, ainda, que o supracitado PL visa ao aperfeiçoamento da legislação referente ao planejamento familiar e não adentra nos meandros argumentativos tendentes a investigar a inconstitucionalidade do dispositivo normativo vigente, o que seria amplamente cabível e justificado[10].

Constata-se que o direito ao planejamento familiar verdadeiramente livre passa, necessariamente, pela temática da esterilização voluntária intraparto cesáreo. A plenitude prática de sua prerrogativa constitucional assim o requer. Para Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012, p. 183), o processo de efetividade das normas constitucionais "encontra-se na dependência de uma série diferenciada e complexa de fatores, dos quais boa parte é mesmo exterior ao próprio domínio do direito constitucional".

O direito ao livre planejamento familiar encontra fastigiosa estruturação principiológica dentro da Carta Magna de 1988. Isso posto, *per se*, já se poderiam evocar os dizeres de Paulo Bonavides (2006, p. 294), quando enfatiza a concretude já consolidada da hegemonia e preeminência dessas premissas primeiras, formadoras da legitimação de todo o sistema jurídico, ao assim expressar: "Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição". Assevera ainda o autor que "os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito

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

Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa" (p. 293). Portanto, no intuito de densificar jurídico-constitucionalmente o que preceitua o § 7º do art. 226 da Carta Magna de 1988 quanto a não intromissão estatal na decisão do casal em não mais procriar, há de perceber-se que, sob alguma forma, o texto infraconstitucional que veda a realização da laqueadura tubária quando do momento do parto cesariano em mulher hígida e consciente de sua decisão impede a concretude máxima do que está posto no Magno Texto. Surge, daí, a necessidade de perquirir se o que se insculpe no dispositivo constitucional em epígrafe é mero enunciado ou norma concreta.

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

6 CONCLUSÃO

É imperativo destacar que a ordem jurídica vigente assenta-se em opções legiferantes inspiradas no positivismo legal. Contudo, esse normativismo não deve mostrar-se estanque diante do aplicador do direito, que, por meio da percepção ética dos fatos, deve ficar atento à necessária adequação da norma à realidade. Outrossim, é válido lembrar que o direito contemporâneo está arrimado em bases principiológicas sociais estruturantes, cujo escopo último visa a garantir o binômio liberdade-responsabilidade, sob uma óptica jurídica justa.

Com base no levantamento dos dados da pesquisa, observou-se que nem toda mulher que pleiteie a laqueadura antes da terceira cesariana está

agindo irrefletidamente ou sob forte emoção que lhe desnorteie a sua sanidade. Destarte, buscou-se reafirmar o direito ao planejamento familiar, sendo este livre de qualquer nexo de subordinação, conquanto alijado de barreiras regulatórias e sancionadoras, que se mostrem externas à esfera íntima das liberdades individuais do casal que deseja procriar.

Verificou-se que é flagrante a inconstitucionalidade do dispositivo infraconstitucional inserido no art. 10, § 2º, da Lei nº 9.263/1996, que veda a laqueadura em parto cesariano, posto importar em ofensa aos princípios constitucionais da liberdade e do livre planejamento familiar, acarretando instabilidade ao sistema jurídico, ao passo que retira da mulher a possibilidade de escolher o seu próprio destino, dessa maneira, ferindo o regime estatal de tutela à dignidade humana.

Resta clarividente que o direito à livre esterilização voluntária está diretamente relacionado ao exercício da prerrogativa sociojurídica, dada aos seres humanos e talhada ao longo dos séculos, de não procriar ou de planejar sua vida familiar nos moldes que entendam condizentes à persecução dos seus ideais de felicidade e responsabilidade, gerando o número de filhos que entenderem cabível à consecução desses projetos.

Em suma, constatou-se que a CRFB/88 assegura que a responsabilidade pela paternidade ou maternidade é do casal e não do Estado. Destarte, o ente estatal tem, constitucionalmente, o dever de subsidiar, mediante o provimento de recursos educacionais e científicos, os meios para que essa paternidade responsável seja exercida, de modo que a sistematicidade legal garanta a proteção à liberdade, sem agressão aos diretos humanos, possibilitando, também, a concretização dos ideais de vida digna e de saúde, não somente ao gênero feminino, mas à instituição familiar como um todo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226, da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 17 jun. 2013.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Portaria n. 48, de 11 de fevereiro de 1999. Dispõe sobre o planejamento familiar e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 fev. 1999.

_____. Projeto de Lei n. 2.059, de 24 de setembro de 2003. Disciplina o uso de laqueadura e da vasectomia, como um dos componentes do Planejamento Familiar no Sistema Único de Saúde, estabelece penalidade e dá outras providências. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Projetos de Lei e Outras Proposições, 2003. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134831>. Acesso em: 2 jul. 2013.

_____. Projeto de Lei n. 5061, de 13 de abril de 2005. Altera o § 2º do art. 10 da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, de forma a permitir a realização da laqueadura tubárea nos períodos de parto ou aborto em caso de cesária anterior. **Câmara dos Deputados**, Atividade Legislativa, Projetos de Lei e Outras Proposições, 2005. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281734>. Acesso em: 2 jul. 2013.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Código de ética médica**. 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 26 jun. 2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE RONDÔNIA (CREMERO). **Parecer n. 05/2011**. Relatora: Conselheira. Marinês Rodrigues dos Santos Cézar. 2011. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmro/pareceres/2011/5_2011.htm>. Acesso em: 26 jun. 2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO (CREMESP). **Consulta n. 60.174/98**. Relator: Conselheiro Cristião Fernando Rosas. 1998. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=58>. Acesso em: 26 jun. 2013.

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

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. Cairo, 1994.

ROBERT, Cinthia. **Democracia e constituição**: contribuições para a compreensão do Estado contemporâneo. São Paulo: Millennium, 2006.

SABADELL. Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

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

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

SZMRECSÁNY, Maria Irene de Q. F. **Educação e fecundidade**. São Paulo: Hucitec; Universidade de São Paulo, 1988.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA (TJSC). Apelação Cível n. 2008.001169-8. Relator: Desembargador José Volpato de Souza. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, out. 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6729456/apelacao-civel-ac-11698-sc-2008001169-8-tjsc>. Acesso em: 30 jun. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO (TJ-SP). Apelação n. 1362120118260516. Relator: Desembargador Reinaldo Miluzzi. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, ago. 2011. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20355540/apelacao-apl-1362120118260516-sp-0000136-2120118260516>. Acesso em: 27 ago. 2013.

VENTURA, Miriam. **Direitos reprodutivos no Brasil**. 3. ed. rev. atual. Brasília, DF: UNFPA, 2009.

Correspondência | Correspondence:

Aurélia Carla Queiroga da Silva
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, *Campus* Natal, Av. Ayrton Senna, 4241, Neópolis, CEP 59.088-100. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3207-8789.
Email: aureliacarla@yahoo.com.br

Recebido: 29/08/2013.
Aprovado: 27/03/2014.

Nota referencial:

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, jan./abr. 2014. Quadrimestral.