

O CORPO FEMININO E O DIREITO DE NÃO TER FILHOS

Larissa Sousa Boaventura¹

Adriana Marques Aidar²

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a efetividade dos direitos reprodutivos das mulheres, interpretar as condições de esterilização cirúrgica feminina no Brasil e apontar quais as bases jurídicas que poderiam amparar medidas de autonomia no direito reprodutivo que envolve a liberdade de escolha, não podendo haver intervenção estatal nesta autonomia. Partindo desses pressupostos, defende-se a mulher como sujeito de direitos e a efetiva implementação dos direitos sexuais e reprodutivos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais e humanos que assegure sua liberdade reprodutiva com autonomia e dignidade. Para viabilizar a autonomia feminina em seus direitos reprodutivos, em especial ao direito de não ter filhos sugere uma reforma legislativa da Lei 9263/1996.

Palavras-chave: Esterilização Voluntária. Autonomia Reprodutiva da Mulher. Direito de não ter filhos.

THE FEMALE BODY AND THE RIGHT NOT TO HAVE CHILDREN

ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the effectiveness of women's reproductive rights, to interpret the conditions of female surgical sterilization in Brazil and to point out the legal bases that could support measures of autonomy in the reproductive law that involves freedom of choice, with no intervention. state in this autonomy. Based on these assumptions, women are defended as a subject of rights and the effective implementation of sexual and reproductive rights, from the perspective of fundamental and human rights that ensure their reproductive freedom with autonomy and dignity. To make women's autonomy feasible in their reproductive rights, especially the right to not have children, it suggests a legislative reform of Law 9263/1996.

Key words: Voluntary Sterilization. Reproductive Autonomy. Right not to have children.

¹ Acadêmica da 10ª etapa do curso de Direito da Universidade de Uberaba. Larissa_boaventura@hotmail.com

² Doutora em Sociologia pelo IESP/UERJ. Mestre em Filosofia Moderna e Contemporânea pela UFU. Especialista em Filosofia do Direito pela UFU e em Direito Processual pela UNIUBE. Graduada em Direito pela UFU. Professora nos cursos de graduação presencial e à distância na UNIUBE. Advogada. Coordenadora do Observatório Aura. Professora permanente do Mestrado em Educação da UNIUBE. Adriana.aidar@uniube.br

1 INTRODUÇÃO

Ainda que a reprodução seja reconhecida biologicamente como parte natural da vida dos indivíduos, os sentidos sociais que atribuímos a ela variaram ao longo da história. Da mesma forma foram diversos os papéis sociais atribuídos às mulheres em relação à reprodução. Este artigo pretende debater tais atribuições de sentido no momento em que analisa o direito da mulher em não querer ser mãe.

A decisão por não ter filhos é tratada por nossa sociedade de maneiras diferentes. Como bem descreve Soares (2010, p.2) “no processo de consolidação do modelo normativo, o útero tornou-se o centro do corpo feminino e a maternidade assumiu o lugar de essência, anulando outros desejos e projetos e escondendo as diversas formas de se vivenciar a maternidade”.

Importante destacar que o que tratamos nesse estudo é o direito de não ter filhos, não se confundindo com o direito de decidir sobre a interrupção de uma gravidez. Tratou-se aqui de considerar a autonomia feminina que elege a não concepção de filhos. Resta o questionamento: o direito da mulher de não ter filhos é garantido no Brasil?

O estudo tem como método a pesquisa qualitativa, foi realizado um levantamento bibliográfico, partindo da ideia geral de autonomia da mulher sobre as imposições sociais em face do seu próprio corpo e o reflexo que se verifica na atividade legislativa e na interpretação das leis, em especial no papel que a sociedade reserva à mulher enquanto reprodutora, como se sua própria felicidade e sua autonomia tivessem condicionadas à vontade ou à existência de um filho.

O tema foi escolhido após muita reflexão sobre a situação jurídica da mulher na sociedade brasileira, que ocupou e ainda hoje ocupa, em muitos momentos, posição de segundo plano e suas decisões/ interesses diminuídos. É pertinente ressaltar que a participação feminina na sociedade é necessária para o desenvolvimento social, para a efetivação dos direitos humanos e da democracia.

O objetivo do presente trabalho é analisar a efetividade dos direitos reprodutivos das mulheres, interpretar as condições de esterilização cirúrgica feminina no Brasil e apontar quais as bases jurídicas que poderiam amparar medidas de autonomia no direito reprodutivo que envolve a liberdade de escolha, não podendo haver intervenção estatal nesta autonomia. Não se pretende exaurir aqui o tema, mas sim apresentar algumas reflexões para se pensar sobre a problemática.

Desse modo, inicialmente abordamos os aspectos conceituais do planejamento familiar para logo em seguida tratarmos dos direitos reprodutivos das mulheres que envolvem a esterilização cirúrgica voluntária. Na última seção, considera-se o direito de não ter filhos como escolha de plano familiar feminino e uma breve discussão sobre pontos da Lei 9263/96 (Lei do

Planejamento Familiar) e também pequenas propostas para efetivar o direito de autonomia e escolha das mulheres que não desejam ter filhos.

2 PLANEJAMENTO FAMILIAR

A definição de planejamento familiar abrange “não apenas a decisão sobre o número de filhos e o momento de gerá-los, mas também o direito de não ser discriminado (a) se a decisão fosse no sentido da não-procriação (ANDRADE; CHAGAS, 2009, p. 10.154).

O art. 226, §7º da Constituição Federal dispõe sobre o Princípio do Livre Planejamento Familiar:

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.

Esse direito fundamental estabelecido pela Constituição Federal também está regulamentado no art. 1.565, § 2º do Código Civil, que assim ensina:

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

(...)

§2º O planejamento familiar é de livre **decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (grifo da autora).

Compete destacar a diferença entre este instituto e o controle de natalidade, como bem esclarece Vieira (1995, p.30) o

planejamento Familiar é uma política educativa que visa, sobretudo, a adequar o número de filhos para uma realidade sócio-econômica do casal. Já o controle de natalidade é uma imposição antinatalista, adotada em alguns países superpopulosos, com intuito de diminuir a taxa demográfica.

Uma diferenciação mais detalhada foi citada por Coelho (2000, p. 38) que diz

Neste estudo, ao nos referirmos ao planejamento familiar, o entendemos como o exercício do direito da mulher ou do casal à informação, à assistência especializada e ao acesso a todos os recursos que lhes permitam a opção livre e consciente por ter ou não ter filhos, pelo espaçamento e número de gestações e pelo método anticoncepcional mais adequado aos seus desejos e condições orgânicas, sem coação de qualquer origem. Ao nos referirmos a controle da natalidade, o entendemos como a interferência do Estado sobre a vida da mulher ou da família induzindo-a a controlar a sua capacidade reprodutiva pela diminuição da prole, por razões de ordem política, social, econômica ou demográfica, quer através de uma política oficial de população, quer por mecanismos indiretos, tais como: interferência externa por pressões políticas; atuação de ONGs (Organizações-Não-Governamentais); interesses eleitoreiros.

A Constituição Federal ao definir que o “planejamento familiar é livre decisão do casal”, impossibilita as leis infraconstitucionais de exigir autorização para se realizar o planejamento familiar previsto em seu texto.

Aqui entra a Lei 9.263/96 que trata, especificamente, do Planejamento Familiar e regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, como a primeira legislação que tratou a concepção de um filho apenas ao casal, como confirmam os artigos abaixo.

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. (grifo da autora)

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. (grifo da autora)

A Lei nº 9.263/1996 assegura a todos um planejamento familiar de maneira livre, não podendo o Estado estabelecer limites ou condições para sua efetividade e trouxe uma inovação evolutiva ao destacar o casal de maneira individualizada indo ao encontro da igualdade de direitos e garantias entre os que compõem o núcleo familiar. Essa igualdade está fundada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Silva, *et al* (2011, p. 2417) o Planejamento Familiar deve ser tratado como “elemento essencial na prevenção primária de saúde, auxiliando as pessoas que procuram os serviços, oferecendo-lhes informações necessárias para a escolha e o uso efetivo dos métodos anticoncepcionais que melhor se adaptem às condições atuais de saúde”.

Para o Ministério da Saúde (2002, p. 07) o Planejamento Familiar tem “como principal objetivo garantir às mulheres e aos homens um direito básico de cidadania, previsto na Constituição Brasileira: o direito de ter ou não filhos/as”.

3 DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES

A esterilização voluntária esbarra na escassez de informações direcionadas para as mulheres que manifestam esse desejo. Reconhecer os direitos reprodutivos sem permitir a sua prática com autonomia está longe de ser um direito efetivado. Não há que se falar em autonomia da mulher sobre sua capacidade reprodutiva quando existem intervenções discriminatórias tanto da sociedade quanto do Estado na decisão feminina.

A Constituição Federal em seu artigo 226, §7º indica que ao Estado não é dada a tarefa de decidir o exercício do direito ao planejamento reprodutivo. O papel do Estado não é intervir e sim propiciar os recursos educacionais e científicos para que esse direito possa ser efetivamente exercido.

Embora a Constituição mencione apenas o casal, o direito ao planejamento familiar deve ser estendido a todas as pessoas, independente de um núcleo familiar, as pessoas divorciadas, viúvas e solteiras são detentoras do direito a que se refere o artigo supracitado.

O planejamento familiar é um direito fundamental que pode ser entendido como instituto jurídico que engloba os direitos reprodutivos. Nesse mesmo entendimento, Andrade e Chagas (2009, p. 10.153) afirmam que

o planejamento familiar, que tem como uma de suas vertentes os direitos reprodutivos, foi inserido constitucionalmente como de livre decisão do casal, sem interferências de organismos oficiais ou privados, bem como reconhecido por vários documentos internacionais como um direito fundamental.

É importante destacar que atrelado ao entendimento do que é o planejamento familiar temos o direito de liberdade de escolha. Para Hachem e Salgado (2017, p. 16) a “autonomia do indivíduo de livremente escolher seus rumos permanece atrelada à concepção da moral, refletida nas escolhas do próprio Estado, por vezes impregnada por conceitos individuais acerca da natureza da vida”.

É certo que existe um cerceamento da autonomia das mulheres sobre seus corpos devido a resistências ligadas a crenças religiosas e ao entendimento de que ser mãe é um destino natural das mulheres. Há também crenças acerca das mudanças que poderiam ocorrer no relacionamento sexual após a realização da cirurgia, afirmando que a mulher fica frígida, expectativas em relação à saúde em que a esterilização causa aumento de peso e que a mulher fica seca por dentro. Negligência por parte dos serviços de saúde, bem como o desconhecimento da legislação que são obstáculos no controle que deve ser exercido apenas pelas mulheres, especialmente quando a busca pela felicidade, liberdade e autonomia pelas próprias escolhas não incluem necessariamente a figura de um consorte.

Conforme Machado Alecrim; Pordeus Silva e Macena de Araújo (2014, p. 159) a importância de administrar os interesses coletivos

emerge o Estado a fim de regular e impor normas jurídicas, propulsionando a efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos no ordenamento, seja de forma omissiva, de modo a não interferir na esfera individual, seja de modo comissivo, com o fito de resguardar os referidos direitos, especialmente no que se refere ao direito à vida humana.

O art. 5º da vigente Constituição Federal garante que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, porém é sabido que essa garantia não se efetiva em sua totalidade. O termo igualdade está longe de ser real na vida das mulheres, é uma luta diária e contínua que se arrasta há anos no Brasil e no mundo.

O Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 364 garantiu dignidade à pessoa solteira em relações negociais, porque também não conceder dignidade à mulher solteira no trato do seu próprio corpo e na autonomia sobre sua fertilidade? Embora haja um avanço significativo

na legislação acerca da mulher, o que encontramos às vezes oculta na atualidade é uma subordinação feminina e suas consequências na ruptura dos Direitos Fundamentais.

A prática da esterilização cirúrgica feminina foi regulamentada no Brasil expressamente através da Lei nº 9.263/96 e somente com a Portaria nº 144/97 que o Ministério da Saúde estabeleceu as normas para a realização desse procedimento no nosso Sistema Único de Saúde (SUS).

Com isso, o desejo de ter filhos ou não, a quantidade e o método de prevenção são opções que toda mulher tem direito de escolher livremente sem interferência do Estado ou de quem quer que seja.

Trata-se do que chamamos de Direito Reprodutivo, que nos termos do Ministério da Saúde (2009, p. 04) é o direito que as pessoas têm para

decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas. Direito a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos. Direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência.

Em que pese o Direito Reprodutivo trate dessa liberdade reprodutiva a Lei 9.263/96 estabelece restrições à esterilização voluntária, uma vez que traz em seu texto:

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

Entende-se aqui que os direitos reprodutivos envolvem, portanto, a liberdade de escolha, não podendo haver intervenção estatal nesta autonomia. É necessário, então, enxergar o sujeito de direitos, neste caso a mulher, e a efetiva implementação dos direitos sexuais e reprodutivos, sob a perspectiva dos direitos fundamentais e humanos que assegure sua liberdade reprodutiva com autonomia e dignidade.

4 O DIREITO DA MULHER DE NÃO TER FILHOS E A LEI Nº 9.263/1996

O direito de escolha das mulheres em não ser mãe, é reconhecido em nosso ordenamento jurídico, ainda que haja pouca discussão sobre o tema, quer na esfera constitucional, quer nas normas infraconstitucionais.

Como já dito, nossa constituição respalda essa opção no art. 226, §7.º, e o Código Civil faz menção ao assunto no art. 1.565, §2º. Percebe-se uma repetição quase exata do texto constitucional, os dois dispositivos lidam do mesmo modo atribuindo ao casal à decisão de ter filhos. Gerar um filho acarreta transformações na vida dos pais, essas são mais significativas à vida da mulher e nenhuma legislação atribui o direito de decidir sobre a concepção somente a elas. A legislação, de forma reducionista, indica que ser mãe é uma situação intrínseca à mulher.

Ao longo do tempo, pode ser identificada a manutenção e perpetuação da representação de gravidez e maternidade como algo inerente à natureza feminina, requeridas à constituição da identidade feminina e à sua plena realização como sujeito. Essa naturalização perpetua e aprofunda desigualdades de gênero e, sobretudo, de classe, uma vez que, especialmente nas camadas populares, o desejo de ser mãe usualmente configura-se como projeto da vida, perceptível no aumento de gravidez na adolescência, enquanto em grupos sociais mais abastados, a maternidade pode ser programada e dotada de recursos tecnológicos específicos para este fim. (COSTA et al., 2006, p. 376)

Esse valor cultural principalmente de reduzir a realização feminina à maternidade reflete em normas jurídicas que pode interferir no plano familiar de algumas mulheres. Partindo da ideia de que cada ser é único em suas singularidades violar a autonomia reprodutiva das mulheres é violar sua dignidade humana.

Assim,

para que haja uma autonomia reprodutiva feminina sobre a escolha de ser ou não ser mãe, há que se desconstruam os paradigmas culturais que, de um lado, idealizam a maternidade de modo a impô-la a todas as mulheres, para, por outro ângulo, oprimir aquelas que não a desejam ou que, embora desejem, abdicam deste projeto para que tenha a viabilidade de concretizar outros planos. (MENDES, 2019, p. 135)

4.1 Esterilização voluntária da mulher e a manifestação do desejo de esterilizar

É sabido que existem diversos métodos contraceptivos e ainda assim existe gravidez não planejada e não desejada, ocorre aí o que podemos entender como violação da autonomia reprodutiva feminina, já que a responsabilidade de assegurar o controle de fertilidade é exclusiva das mulheres (herança da cultura patriarcal), por isso a maioria dos métodos contraceptivos é de uso feminino.

Com isso,

percebemos que o corpo feminino é político e que historicamente na sociedade patriarcal as mulheres são privadas do direito de escolha de seus corpos. Há um controle dos corpos das mulheres pela religião e pelo Estado, os quais decidem quem vive e quem morre. Além disso, os corpos foram docilizados, são possíveis de manipulação e de fácil adestramento. A sociedade fabrica corpos dóceis segundo a perspectiva Foucaultiana, e isso acontece no que diz respeito aos corpos das mulheres (GALETTI, 2014, p. 2.204).

A escolha da não maternidade está envolta em diversos aspectos, para Mendes (2019, p. 123):

Com a possibilidade de escolha sobre a maternidade, o plano de família pela não concepção de filhos tem sido a decisão de alguns casais e mulheres na sociedade contemporânea. Estima-se que cerca de 120 milhões de pessoas no mundo buscam evitar uma gravidez não planejada (OMS, 2007), enquanto que no Brasil as mulheres têm cada vez menos filhos, ou simplesmente optam por não concebê-los.

De acordo com o relatório apresentado pelo Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) de 2018 sobre fecundidade e dinâmica da população brasileira, que realizou uma estimativa acerca da taxa de fecundidade no Brasil nos últimos anos, desde os anos 2000 que esta taxa vem declinando de forma acelerada, tendo alcançado em média 1,7 filhos por mulher de 2010 a 2015 (UNFPA, 2018).

A autonomia da mulher em renunciar a maternidade é reprimida por normas jurídicas, fazendo com que a independência sobre seus corpos seja tutelada pelo Estado. Para essas mulheres que não tem o desejo de maternidade e nenhuma intenção de se tornar mãe, a esterilização cirúrgica é uma opção por ser um método irreversível.

A esterilização cirúrgica se dá por meio da laqueadura ou ligadura de trompas e é um método eficaz e seguro de exercer a liberdade de não procriar, ao pensar nesse método não deveríamos pensar em restrições para sua efetivação, porém, é uma liberdade dependente de alguns requisitos.

Podemos considerar o fato de que a Lei do Planejamento Familiar foi pensada para as pessoas que querem formar uma família nos moldes da maternidade compulsória presentes em nossa cultura pátria de que a regra é a procriação, desconsiderando o desejo de quem tem como planejamento familiar a não maternidade.

A autonomia da decisão de se reproduzir confere à mulher uma liberdade de escolha sem obstáculos, impedimentos, limitações ou violações ao seu desejo. Possibilitando, com isso, dentro das permissões legais que elas possam evitar uma gestação indesejada ou não planejada de maneira saudável.

4.2 Normas jurídicas relativas à esterilização voluntária

Em se tratando dos aspectos legais, o art. 10 da Lei nº 9.263/96 preconiza alguns requisitos e condições para que o procedimento seja autorizado e realizado:

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

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

de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, **visando desencorajar a esterilização precoce;**

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

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

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

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

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

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

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

O caput do artigo já se inicia com o termo “somente”, entende-se que para que seja permitida legalmente a realização do procedimento tenha que se cumprir uma série de condições. Os requisitos se iniciam a partir do inciso I que exige capacidade civil plena, idade mínima de 25 anos, ou que tenha dois filhos vivos.

É determinado, ainda, que haja um prazo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação expressa de vontade e a realização do procedimento cirúrgico. Outra exigência é que no momento da decisão a pessoa não esteja sobre os efeitos de drogas, álcool ou qualquer outra substância que possa alterar sua capacidade de discernimento.

O prazo de 60 (sessenta) dias é para que a pessoa reflita sobre a decisão para evitar arrependimento futuro, dentro desse prazo acontece o aconselhamento da equipe multidisciplinar como tentativa de desencorajar o procedimento, visto que o mesmo causa uma esterilidade permanente.

Uma condição que é vista como uma violação do direito a autonomia do corpo feminino é durante a vigência da sociedade conjugal a esterilização estar condicionada ao consentimento expresso do cônjuge. Este requisito tem relação direta com o plano parental do casamento/união estável, visto que a escolha da esterilização causa impacto não só na pessoa esterilizada.

A sociedade conjugal implica em interesses conjuntos e individuais, e que todos têm o direito à autonomia corporal, desde que não transgridam os direitos do outro. Utilizando disso o Estado se valeu da norma jurídica para regular a autonomia individual. Questiona-se aqui: o direito reprodutivo pode ser limitado à vontade de outra pessoa? O Estado tem legitimidade para condicionar o direito reprodutivo ao cônjuge?

A lei tem o grave defeito de excessiva ingerência na vida pessoal, ao criar parâmetros para o exercício do direito ao planejamento familiar que em muito ultrapassam o papel ativo do Estado, como estabelecido pelo § 7º do art. 226 da Constituição. Exemplo disso é a exigência de consentimento expresso do cônjuge para que haja a esterilização do outro, caso se dê na constância do casamento, segundo dispõe o § 5º do art. 10 da referida lei, em flagrante limitação ao direito à disposição do próprio corpo (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 2122).

Este conflito foi parar no Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5097 proposta pela Associação Nacional de Defensores Públicos com o designio de declarar a inconstitucionalidade do §5º, do art. 10 da Lei nº 9.263/1996.

A ADI 5097 perpetua que a exigência trazida pelo §5º, do art. 10 da Lei do Planejamento Familiar vai de encontro à liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, à autonomia privada e à dignidade humana (art. 1º, III, e artigo 5º, caput, da Constituição Federal), bem como ao texto do art. 226, §7º da nossa Constituição (BRASIL, 2014, d.e).

A Associação Nacional de Defensores Públicos considera uma violação ao art. 226 da Constituição Federal que preconiza o livre planejamento familiar, condicionar a esterilização voluntária à anuência conjugal, é um “ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo” (BRASIL, 2014).

Esta pesquisa coaduna com a ADI 5097 em que a exigência imposta pelo §5º, do art. 10 da Lei nº 9.263/96 que é um obstáculo ao direito à disposição do próprio corpo e não se harmoniza com os princípios que regem os direitos reprodutivos. Fere a autodeterminação reprodutiva os casos em que o cônjuge não manifesta a concordância, com isso nos termos de Campos (2009, p. 67) o “cônjuge interessado deverá recorrer ao Poder Judiciário para obter a autorização. A melhor opção, nesse caso, é a autorização face ao princípio da autonomia reprodutiva e do livre desenvolvimento da personalidade”.

Outro ponto que merece atenção é a exigência do §2º, do art. 10 da Lei nº 9263/1996 que diz respeito à proibição da esterilização cirúrgica em mulheres durante o parto ou aborto, com exceção nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas.

Para regulamentar essa proibição o Ministério da Saúde expediu a Portaria nº 48 de 1999 que estabeleceu a seguinte:

Art. 4º De acordo com o disposto no Artigo 10 da Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o parágrafo 7º da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências; somente é permitida a esterilização voluntária sob as seguintes condições:
(...)

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.

Entende-se que os requisitos impostos para realizar a esterilização voluntária durante o parto ou no pós-parto imediato, nas palavras de Silva e Silva (2014, p.15)

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 familiares, muito embora seja uma decisão de caráter tão peremptório quanto oportuno. É embate relevante o que está proposto, vez que colidem, de um lado, o escopo estatal de preservar seus jurisdicionados de arrependimentos irreversíveis posteriores e, de outro, o respeito à autonomia da vontade da mulher que, de posse de sua decisão, enxerga-se tolhida do usufruto de suas garantias constitucionais.

Nas palavras de Pestana e Oliveira (2017, p. 55) o art. 10, §2º da Lei 9263/96 pode ter “interpretações ambíguas. Primeiro, pois a vedação abarca somente o período de parto e aborto, omitindo-se sobre o pós-parto imediato. Ademais, o dispositivo menciona “comprovada necessidade”, conceito aberto, possibilitador de uma gama variada de interpretações”.

Há que se considerar que existem situações que justificam a laqueadura no pós-parto imediato que envolve fatores sociais e “desconsiderá-los é ignorar a realidade de milhões de mulheres, arrimo de famílias, que não possuem condições de se submeterem a uma segunda internação hospitalar” (PESTANA; OLIVEIRA, 2017, p.56), por conseguinte “restringir a interpretação à análise de saúde é medicalizar o direito à esterilização voluntária, violando, portanto, direito reprodutivo consagrado como direito humano” (idem).

O Código de Ética Médica em seu capítulo IV contempla algumas vedações aos médicos, o art. 24 diz que:

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo. (grifo da autora)

Mesmo com respaldo legal do Conselho Federal de Medicina a recusa em realizar o procedimento de laqueadura em mulheres com 25 anos ou mais e sem filhos é recorrente. Essa recusa pode trazer como consequências abortos clandestinos, depressão pós parto, bem como consequências psicológicas que podem se desdobrar para vida da criança que foi gerada por uma gestação indesejada.

A escolha pela realização da laqueadura é permeada por vários motivos e o principal deles é o desejo de não ser mãe. Apesar das mulheres poderem escolher a não maternidade, elas ainda são julgadas e até reprovadas por suas condutas devido à imposição da maternidade.

Considerando a irreversibilidade do procedimento cabe aos médicos e aos profissionais de saúde envolvidos dar orientação para que não haja arrependimentos futuros. E mesmo com a escolha do procedimento as mulheres não podem ser objeto de julgamentos, preconceitos e questionamentos.

Porém para que isso se efetive, nas palavras de Nunes (2014, p. 21-22)

faz-se necessária uma mudança sociocultural, que liberte as mulheres das tradicionais pressões sociais e psicológicas, que repercutem em preconceito e discriminação nos ambientes público e privado. É importante que as políticas públicas e o ordenamento jurídico se voltem para essa nova realidade, permitindo, não apenas às mulheres independentes econômica e financeiramente, mas a todas as mulheres, o acesso ao livre direito de escolha, a começar, por exemplo, com a legislação sobre planejamento familiar.

Importante destacar, conforme Mendes (2019, p. 158)

a importância da melhoria na execução das políticas públicas voltadas aos direitos reprodutivos e sexuais, as quais devem ser concretizadas, especialmente para os setores mais pobres da sociedade, em que a carência de recursos financeiros e cognitivos fomenta a violação da autonomia reprodutiva.

Com isso, verificamos que a escolha por não ter filhos é complexa, tal escolha encontra-se envolta em uma atmosfera de conflitos tanto jurídicos quanto sociais/culturais que se entrelaçam e pode virar um nó na vida das mulheres.

4.3 A necessidade de mudanças na Lei nº 9263/96

A Lei nº 9.263/1996 é falha no que se refere o exercício do direito reprodutivo de não procriar. Há uma omissão ao planejamento familiar das pessoas que não desejam filhos, e uma prudência excessiva em relação a esterilização voluntária. Essa prudência confirma a intervenção estatal da autonomia reprodutiva, em especial das mulheres.

A lei supracitada foi sancionada em 12 de Janeiro de 1996. Passado 25 anos de sua vigência e considerando a realidade brasileira, é imperioso que seja feita uma reforma da legislação, visto que ela é inadequada e insuficiente para a nossa atualidade.

Para viabilizar a autonomia feminina em seus direitos reprodutivos, em especial ao direito de não ter filhos faz-se necessário uma previsão expressa dessa escolha, conferindo ao Estado a garantir serviços que sejam mais atuais e eficientes.

Retirar a anuência do cônjuge para a esterilização voluntária, por ser o contrário do que se busca ao falarmos de autonomia corporal, sendo necessária a comunicação expressa e prévia ao cônjuge sobre sua decisão para que não transgridam os direitos do outro que poderá escolher se continua no relacionamento ou não caso seu planejamento familiar inclua filhos.

Também merece mudança a decisão da esterilização voluntária durante o parto ou no pós-parto imediato como forma de preservar a saúde feminina para que não precise passar por nova internação e outro procedimento cirúrgico.

Essas simples propostas podem ser o início de uma efetivação da autonomia feminina frente seus direitos reprodutivos e sua liberdade de escolha do direito de não ter filhos de uma forma segura, livre e responsável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, é notório que os direitos fundamentais das mulheres são violados pela ausência de autonomia sobre seus próprios corpos através de impedimentos quanto ao processo de esterilização voluntária.

Diante da legislação brasileira que diz respeito à esterilização voluntária ainda temos uma escassez de medidas que certifiquem o direito fundamental à escolha da mulher quanto à maternidade. Nas palavras de Mendes (2019, p. 4)

se pôde constatar que o direito de não ter filhos não é sequer considerado pela legislação infraconstitucional, que se refere explicitamente apenas a diminuição ou controle da prole, o que denota uma tendência à um plano familiar pela concepção de filhos. Esta interferência viola os direitos reprodutivos femininos, na medida em que ofende a autonomia privada nesta seara, com impactos negativos em sua saúde reprodutiva, maternidade responsável e ainda no exercício de seus direitos sexuais das mulheres.

Com isso, compreende-se, através da pesquisa, que se tratando de direitos reprodutivos a autonomia da mulher passa por diversas intervenções e está longe de se tornar uma realidade no contexto brasileiro que ainda tem resquícios de uma sociedade paternalista e machista.

Ao falarmos de planejamento familiar deve-se pensar no enfoque do tempo social/cultural. A sociedade está em constante transformação e conseqüentemente o Direito se atualiza no tempo, portanto o que era atual na época que a Lei 9263/1996 foi sancionada já está ultrapassado no século XXI.

Contudo, é imperativo que se observe a possibilidade da incongruência de tal compreensão quando do reconhecimento de que o § 7º do artigo 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 (SILVA E SILVA, 2014, p. 14).

Sendo assim, o direito de ter liberdade de escolha é mais importante do que a própria escolha. Pois, conforme Teixeira (2010, p. 52) “o corpo pertence à própria pessoa e é ela quem deve lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, dentro do que a realiza”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Denise Almeida de; CHAGAS, Márcia Correia. O direito ao planejamento familiar no Brasil: a questão da filiação e da identidade genética no âmbito do “projeto parental” realizado por meio da inseminação artificial heteróloga. In: I Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em direito, 18, **Anais...** São Paulo, 2009. p. 10150-10178. Disponível em:
http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf Acesso em 04 Abr 2021.

BRASIL. **Assistência em planejamento familiar: manual técnico.** Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0102assistencia1.pdf> Acesso em: 17 set 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 05 mar. 2021.

Brasil. **Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais.** Secretaria de Atenção à Saúde - Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em:
http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf Acesso em: 14 set 2020.

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/19263.htm. Acesso em: 30 abr 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 30 abr 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 48, de 1999.** Brasília: Ministro da Saúde, 1999. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0048_11_02_1999.html Acesso em: 20 mai 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5097.** Requerente: Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4542708> Acesso em: 26 abr. 2021.

CAMPOS, Carmem Hein; OLIVEIRA, Guacira César de. **Saúde Reprodutiva das Mulheres: direitos, políticas públicas e desafios.** Brasília: CFEMEA: IWHC, Fundação H.Boll, Fundação Ford, 2009. Disponível em:
https://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/colecao20anos_saudereprodutivadasmulheres.pdf Acesso em: 30 abr 2021.

COELHO, Edméia de Almeida Cardoso. et al. **O planejamento familiar no Brasil contexto das políticas de saúde**: determinantes históricos. **Rev.Esc.Enf.USP**, v. 34, n. 1, p. 37-44, mar. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/reuusp/v34n1/v34n1a05.pdf> Acesso em: 18 mai 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.931 de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf> Acesso em: 22 mai 2021.

COSTA, Tonia et al . Naturalização e medicalização do corpo feminino: o controle social por meio da reprodução. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 10, n. 20, p. 363-380, Dez. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832006000200007&lng=en&nrm=iso Acesso em 02 Mai 2021.

GALETTI, Camila Carolina H. Feminismo em movimento: A Marcha das Vadias e o movimento feminista contemporâneo. In: **Anais do 18º Encontro da REDOR (UFRPE)**, 2014, Recife. Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/533/771> Acesso em: 01 mai. 2021.

HACHEM, Daniel Wunder; SALGADO, Eneida Desiree (coord.). **Direito, liberdade e justiça**. Curitiba: Íthala, 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35500702/O_direito_de_decidir_entre_a_liberdade_de_escolha_e_a_interven%C3%A7%C3%A3o_estatal Acesso em: 15 mai 2021.

MACHADO ALECRIM, G.; PORDEUS SILVA, E.; MACENA DE ARAÚJO, J. A Autonomia da Mulher Sobre o Seu Corpo e Intervenção Estatal. **Gênero & Direito**, v. 3, n. 2, 19 out. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/20428> Acesso em: 26 Out. 2020.

MENDES, Ivana Mércia Aragão. **A autonomia da mulher sobre sua capacidade reprodutiva**: o direito de não ter filhos. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2019. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420191212171825084020/Dissertacao.pdf> Acesso em: 29 mar 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 226. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211937605.pdf> Acesso em: 01 mai 2021.

NUNES, Georgia Ferreira Martins. Ser ou não ser mãe: eis a questão de direitos humanos das mulheres. In: CARDIN, Valéria Silva Galdino; DEL'OLMO, Florisbal de Souza; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar. **Direito Internacional dos Direitos Humanos I**. CONPEDI: 2014, p. 9-34. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=195> Acesso em: 22 mai 2021.

PESTANA, Yasmin O. Marcadante; OLIVEIRA, Helena Lahtermaher. Esterilização voluntária feminina durante o parto ou no pós-parto imediato: os desafios do planejamento familiar. **Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo/SP, n.2, p. 46-60, abr 2017. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume2.aspx Acesso em: 20 mai 2021.

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 – RDL - ESMARN**, v. 16, n. 1, p. 11-31, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79117751.pdf> Acesso em: 20 mai 2021.

SILVA, Raimunda Magalhães da. *et al.* Planejamento familiar: significado para mulheres em idade reprodutiva. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 5, p. 2415-2424, May 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000500010 Acesso em: 25 Out. 2020.

SOARES, Gilberta Santos. Experiências reprodutivas e desejos de maternidade em lésbicas e bissexuais. **Anais. Fazendo Gênero 9 - Diásporas, diversidades, deslocamentos**. Universidade Federal de Santa Catarina, 23 a 26 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.fg2010.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1278284965_ARQUIVO_ArtigoFazendoGenero-Gilberta.pdf Acesso em: 22 mai 2021.

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

VIEIRA, Luiz Barreto. **Planejamento familiar**. São Paulo: Mnêmio Túlio, 1995.