

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

ANALYSIS (IN)CONSTITUTIONALITY SEALLEGAL IN THE TUBAL LIGATION CESAREAN

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 aos direitos reprodutivos no Brasil. Neste 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 n. 9.263/96, 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 desta mulher um segundo procedimento invasivo e cruento, a se realizar, pelo menos, 42 dias após o parto. Ao debulhar a problemática, busca-se, através do estudo teórico, na doutrina e jurisprudência abalizada, sob o suporte do método exegetico-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 o seu próprio destino, mas, ferindo o regime estatal de tutela à dignidade humana.

Palavras-chave: Esterilização Feminina. Vedação Legal. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The Brazilian Magna Charta of 1988 erected the right to family planning as an unwavering condition of the postulates of freedom and responsibility as well as a beacon light to protect the reproductive rights in Brazil. In this desideratum, it emerges the safeguard to the right of voluntary human sterilization, as an attribute to the acknowledgement of the constitutionalization of civil rights. The present study examines the infra-constitutional command inscribed in article 10, paragraph 2, of law 9.263/96 which forbids voluntary, non-therapeutic tubal ligation of healthy women, right after giving birth to their first or second child. As a result, 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 to promote a bibliography research by using a legal and exegetical method, based on 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)constitucionality 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.

* Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação da 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 Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Cirurgião-dentista atuante na clínica odontológica. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

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 artigo 226, § 7º, voltado para a Proteção dos valores familiares, a possibilidade do planejamento familiar, sendo referenciado, pela primeira vez, de forma explícita, este importante instrumento de cidadania.

O parlamentar constituinte, contudo, ainda foi mais além ao demonstrar sua preocupação com a formação e constituição do cerne familiar, garantindo este livre planejar, sob os auspícios dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Ademais, ainda neste 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, poderia ingerir-se neste 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 desejam ter.

Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio, no art. 10, § 2º, da Lei n. 9.263/96 (Lei do Planejamento Familiar), veda que a mulher hígida realize a sua esterilização pela via da laqueadura tubária em parto cesariano do seu primeiro ou segundo filho, exigindo desta um segundo procedimento invasivo e cruento, a se realizar, pelo menos, 42 dias após o parto, conforme os ditames da portaria normativa regulamentadora n. 48/99 do Ministério da Saúde.

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 sócio-jurídicas 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 o de evitar um possível arrependimento posterior por parte da mulher que opta pela esterilização cirúrgica imediatamente após o parto cesariano, este diploma também descoroça a mulher hígida de laquear-se, visto que também 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, neste contexto, são garantidas constitucionalmente.

Para o desenvolvimento da temática, a metodologia a ser aplicada 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, bem como da legislação infraconstitucional e jurisprudência relacionada 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 Constituição Federal de 1988¹, impede qualquer coerção que se imiscua na decisão de um casal que esteja a exercer o seu direito ao livre planejamento familiar. Por outro lado, o art. 10, § 2º da Lei n. 9.263/96, impõe que a mulher não poderá laquear-se quando da realização do parto cesariano de seu primeiro ou segundo filho. A portaria SAS/MS n.48/99 determina que tal procedimento somente possa ser realizado 42 dias após a operação cesárea.

A normatização infraconstitucional não enxerga nem inconstitucionalidade nem colisão principiológica entre os supracitados ditames. Porém, 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.

¹ Art. 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.

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 esta 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 os quais o mandamento se destina.

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.

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 Constituição Federal de 1988 afirmou-se cidadã principalmente por ter, na construção da cidadania, seu elemento motriz, alma de tudo o mais. A supremacia constitucional, portanto, plantada nestas 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 esta liberdade constituindo-a sob a égide dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. No entanto, o legislador infraconstitucional, através do § 2º do art. 10 da Lei n. 9.263/96, confere ao Estado o poder de vedar a realização da laqueadura no momento do parto cesariano. Fundamenta-se na tutela internacional aos direitos humanos² e, portanto, visa evitar que procedimento médico irreversível venha a consumir-se, o que geraria o cerceio do direito à vida de novo conceito que viesse a ser desejado pelo casal.

Desta 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 em mutilar-se, freando o seu potencial gravídico de forma terminante. Ao estabelecer momento posterior para tal desiderato, subtender-se-ia que

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 Venturo, que: “o documento do Cairo destaca como direitos humanos básicos: decidir livre e responsabilmente 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” (VENTURA, 2009, p. 36).

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 o seu papel sócio-jurídico 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. E vai além, ao definir o número mínimo de 2 (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 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 ulteriores 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.

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 desta norma por parte do sujeito. Desta forma, a irrepreensibilidade do ato jurídico corresponde ao seu cumprimento fático, ainda que o seu obediente cumpridor entenda como injusto tal dispositivo normativo.

O sujeito, enquanto 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. Esta 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, a sua liberdade de escolha é atributo entranhavelmente jungido à sua consciência.

Ao analisar eticamente questões como esta se depreende 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. p. 131). Sob os auspícios de um enfoque sociológico, é oportuna a definição aduzida por Ana Lúcia Sabadell, 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’” (SABADELL, 2005. p. 247).

Celso Ribeiro Bastos, 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” (BASTOS, 1997, p. 21). Assim, tem-se que, sob esta ótica, o que se consegue conferir legitimidade a um ditame jurídico seria, principalmente, a positivação não somente de um poder jurídico, mas, sobretudo, de um valor jurídico³.

Grande questão se impõe, na prática médica, referente à intersecção 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 desta decisão com a Lei do Planejamento Familiar (Lei n.º 9.263/96), caso esta vontade conduza à esterilização cirúrgica intraparto cesáreo. Perquire-se sobre quem estaria interferindo arbitrariamente e inadequadamente no âmbito da procriação humana: se o Estado, que estaria exorbitando sua função social protetora, imiscuindo-se inconstitucionalmente em seara imprópria, ou se os profissionais da saúde, cujo conhecimento técnico poderia elucidar as consequências de tal atitude, ou se 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 aduz que, internacionalmente, o entendimento é o 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” (VENTURA,

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).

2009, p. 86). Baliza a posição no Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – ONU⁴.

O texto supracitado é de uma propriedade incontestada 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 porque 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.

Contudo, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (CREMESP), 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” (CREMESP, 2006). Portanto, a classe médica entende que esta negativa legal é viável principalmente em termos profiláticos, vez que desestimula a opção pela cirurgia cesariana com o fim indireto de laquear-se.

Nesta mesma direção, o Conselho Regional de Medicina de Rondônia, 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” (CREMERO, 2013). Assim se constitui o entendimento oficial da classe médica.

O Código de Ética Médica, por sua vez, em seu capítulo III, ao tratar da responsabilidade profissional, em seu 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 este profissional, no exercício de sua função, descumprir legislação específica

⁴ O objetivo dos programas de planejamento familiar deve ser permitir aos casais e aos indivíduos que possam decidir de uma 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, 2007).

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 contraceptivo⁵. Consta-se que, de fato, não é o médico quem desrespeita a decisão livre da sua paciente, mas é a legislação específica vigente quem a posterga para momento futuro.

Neste momento, percebe-se também que a Lei n.9.263/96 acabou por criar um embate de consciência, não somente para o paciente, mas também para o médico⁶. Caso o profissional entenda que é, de fato, total e completamente desnecessário que a mulher decidida por não mais ter filhos, mesmo sendo maior e capaz, mas que não cumpre as especificações objetivas da lei terá, sim, que decidir contrário à sua consciência e melhor diagnóstico. Sua conduta seria outra, desde que houvesse respaldo legal para tanto.

Portanto, é o próprio diploma ético quem lança amarras estritamente legais sobre esta questão. E, frise-se, somente o faz porque a legislação específica a ser obedecida, qual seja, a lei n. 9.263/96 e a portaria SAS/MS n. 48/99, criaram as condições para este equívoco jurídico. O Código de Ética Médica em nada é deletério ou ofensivo à ordem jurídica quando impõe que o profissional médico que a ele se submete não decida *contra legem*. Muito pelo contrário, entende-se que esta costuma ser a melhor via a ser seguida, a da legalidade.

Neste 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 estará ausentando-se 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, numa 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

⁵ Conselho Federal de Medicina – Código de Ética Médica. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp. Acesso em 26 de junho de 2013.

⁶ “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, Marculino. **Fundamentos de ética geral e profissional**. 11ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p.86.

consciente, já havendo 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, portanto, 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 incontestes dos princípios constitucionais, na contemporaneidade, irradia-se por todo o ordenamento jurídico e, desta feita, opera no sentido de assegurar a própria efetividade do Direito. Assim, a dignidade da pessoa humana é também fruto da normatividade, por isto, traduz à força jurídica.

Nesta compreensão, Gomes Canotilho alude ao que chama de “força heterodeterminante” dos regramentos constitucionais, conclamando à 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 supra-ordenado constitucionalmente (CANOTILHO, 2003, p. 1149).

Desta forma, não há de se compreender minimamente como vigente e eficaz uma disposição infraconstitucional que procure estabelecer-se de forma autônoma à Constituição ou que tente desapegar-se da natureza supra-ordenamental da Carta Maior. Como bem apresenta Ingo Wolfgang Sarlet, 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 (SARLET, 2012, p. 183):

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 *normaenormarum*. A superioridade normativa dos preceitos da Constituição 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 nesta profícua teia de construções essenciais, estão os princípios hermenêutico-concretizantes de todo o arcabouço constitutivo da experiência jurídica humana, como bem aduz Carlos Maximiliano, ao afirmar que estas construções jurídicas podem ser estendidas a relações e circunstâncias mais modernas, criadas por um estado aperfeiçoado da sociedade (MAXIMILIANO, 2011. p. 252):

Não se pode desprezar que o Direito 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 na 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 ótica jurídica que se dê a esta matéria.

Todavia, não é somente a lei ou somente a técnica legislativa que determinam 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 irrisignação, que em nada se diferenciam dos movimentos libertários que tão profusamente marcaram a história da evolução sócio-jurídica humana.

Para John Locke, o direito de resistência era instrumento político que levava ao aperfeiçoamento do Estado. Para este filósofo político, o povo é levado a uma inércia natural que o prende a uma lentidão libertária, sendo levado à insurgência radical apenas nos últimos extremos⁷. Era próprio da comunidade confiar a sapiência e legitimidade do seu poder político

⁷ 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

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 quando ocorrera uma quebra de confiança. A tirania representava o exercício do poder além do direito que lhe fora permitido (COSTA, 2001, p. 115-116).

Atualmente, este contrato social firmado nas consciências 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).

Porém, o que está posto hoje no entendimento jurisprudencial pátrio é a percepção de que o cumprimento da Lei n. 9.263/96 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 vigente⁸.

A título exemplificativo segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, concernente a esta matéria, extraído da apelação n. 0000136-21.2011.8.26.0516, da 6ª Câmara de Direito Público da Comarca de Aparecida/SP, 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,

direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do contrato social por parte do governante (ROBERT, 2006, p. 159-161).

⁸ Em certo sentido, esta 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).

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** (BRASIL, 2011).

Vê-se demonstrado como são fortes os imperativos que se levantam dada a força normativa do art. 10, § 2º da Lei n. 9.263/96, que paralisa o exercício do direito no momento do parto e posterga-o para um segundo evento futuro⁹. 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,¹⁰ 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 n. 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 pai dos primeiros filhos, então casado com outra mulher. Tão grave era a sua situação que

⁹ “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).

¹⁰ “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. 1.047).

aduziu entregar o quarto filho para a adoção. Em 1ª 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 SUS e havia o receio de não ser atendida em tempo hábil. A sentença de 1º 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” (BRASIL, 2009).

Nesta situação, depreende-se que a MM. 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, nesta 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, diante de situações congêneres, na qual se vê a esfera estatal imiscuir-se, ainda que profilaticamente, com intromissões deste nível de invasividade e determinismo descabido, demonstra despreço 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” (SZMRECSÁNY, 1988, p. 219).

Tem-se, portanto, que igual juízo seria aplicado com maior veemência se a mãe ou o casal buscassem, 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 serem gerados mais que um ou dois filhos no seu contexto familiar. É de se presumir, portanto, 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.

Porém, na situação fática supracitada, a requerente, através do Ministério Público de Santa Catarina, não se conformando com a decisão proferida em 1º 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)” (BRASIL, 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 Des. 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 pré-existência 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 se optar pelo melhor momento de paralisação da capacidade procriadora do casal. Ao invés 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 artigo 10 da Lei n. 9.263/96.

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 na livre decisão do casal em planejar sua família.

A Lei n. 9.263/96 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 esta 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 ao princípio da paternidade responsável e da dignidade humana de toda a sua entidade familiar, ver-se-á tolhida neste 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.

Neste 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 de 1988, entendendo-os como linearmente conformes aos anseios sociais de planejamento familiar hodiernos (CUNHA, 2006, p. 75).

Sérgio Sérulo da Cunha 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, tais como a edição de leis arbitrárias (CUNHA, 2006, p. 75). Já Gomes Canotilho 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 lhe conceda (CANOTILHO, 2003. p. 1224).

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 n. 9.263/96 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 planejaram ter. Luís Roberto Barroso 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 (BARROSO, 2010, p. 216).

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 se permanecer a legislação do jeito que está. Uma importante iniciativa deu-se, neste sentido, no ano de 2005, quando o Deputado Federal João Batista, do PFL/SP, em 13 de abril, apresentou o Projeto de Lei n. 5061, que se propunha a alterar o § 2º do art. 10 da Lei n. 9.263/96, de forma a permitir a realização da laqueadura tubária nos períodos de parto ou aborto em caso de cesárea anterior. Ou seja, 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 vigor. 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).

Atualmente, este Projeto de lei encontra-se apensado ao PL 2.059/2003, desde 25 de abril de 2005, e, desde então, sua proposição aguarda a apreciação do plenário. Já transcorreram mais de 8 (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 Projeto

de Lei visa ao aperfeiçoamento da legislação referente ao planejamento familiar, e não adentra pelos meandros argumentativos tendentes a investigar a inconstitucionalidade do dispositivo normativo vigente, o que seria amplamente cabível e justificado¹¹.

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, 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” (SARLET, 2012. p. 183).

O direito ao livre planejamento familiar encontra fastigiosa estruturação principiológica dentro da Carta Magna de 1988. Isto posto, de *per si*, já se poderia evocar os dizeres de Paulo Bonavides, quando enfatiza a concretude já consolidada da hegemonia e preeminência destas premissas primeiras, formadoras da legitimação de todo o sistema jurídico, ao assim expressar-se: “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” (BONAVIDES, 2006. p. 294). 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 Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa” (BONAVIDES, 2006. 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.

¹¹ “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).

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 irredimidos, 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 descoroça a mulher do exercício da esterilização voluntária em parto cesariano.

6 CONCLUSÃO

É imperativo destacar que, a ordem jurídica vigente se assenta em opções legiferantes inspiradas no positivismo legal. Contudo, este normativismo não deve mostrar-se estanque diante do aplicador do Direito, que através 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 garantir o binômio liberdade/responsabilidade, sob ótica 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 nexos 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 n. 9.263/96, 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, desta 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 sócio-jurídica, dada aos seres humanos e talhada ao longo dos séculos, de não procriarem, ou de planejarem a 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 destes projetos.

Em suma, constatou-se que a Constituição Federal pátria 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, através do provimento de recursos educacionais e científicos, os meios para que esta paternidade responsável seja exercida, de modo que, a sistematicidade legal, garantida à proteção à liberdade, sem agressão aos Direitos 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. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.5061, de 2005**. Autor: Deputado João Batista. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=281734>>. Acesso em: 02 jul. 2013.

_____. **Lei nº 9.263/96**. Regula o § 7º do art. 226, da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em 17 de junho de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº. 11698, da Quarta Câmara de Direito Público da Comarca de Indaial/SC, de 02 de outubro de 2009**. Rel. Desembargador José Volpato de Souza. 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. **Apelação nº. 1362120118260516, da 6ª Câmara de Direito Público da Comarca de Aparecida/SP, de 29 de agosto de 2011**. Rel. Desembargador Reinaldo Miluzzi. Julgado em 29/08/2011. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20355540/apelacao-apl-1362120118260516-sp-0000136-2120118260516>> Acesso em: 27 ago. 2013.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em 26 de junho de 2013.

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

CREMERO. Conselho Regional de Medicina de Rondônia. **Parecer n. 05/2011. Relatora: Cons^a. Marinês Rodrigues dos Santos César**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmro/pareceres/2011/5_2011.htm>. Acesso em: 26 jun. 2013.

CREMESP. Conselho Regional de Medicina de São Paulo. **Consulta n. 60.174/98**. Relator: Cons. Cristiano Fernando Rosas. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=58>. Acesso em: 26 jun. 2013.

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

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

ONU. Organização das Nações Unidas. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento; 5-13 set 1994; Cairo. *In: Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*. Vol. 29- n.5-RJ maio/2007 “O arrependimento após a esterilização cirúrgica e o uso das tecnologias reprodutivas”. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/50100-720320070005000001>>. Acesso em 18 de dezembro de 2012.

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. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. **Ética**. Traduzido por 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.

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

Correspondência | Correspondence:

Aurélia Carla Queiroga da Silva
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Campus de 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. 11-31, jan./abr. 2014. Quadrimestral.