



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 59

234

abril a junho de 2022

SENADO FEDERAL



A inconstitucionalidade do condicionamento da esterilização voluntária ao consentimento de terceiro

KAMILA MARIA STRAPASSON
ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA

Resumo: Com base em revisão bibliográfica, o artigo sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo legal que, na vigência de sociedade conjugal, impõe o consentimento expresso do cônjuge como condição para realizar a esterilização. Demonstra-se essa inconstitucionalidade num cenário constitucional que privilegia o conceito de família eudemonista, traz a igualdade entre homens e mulheres, e protege os direitos reprodutivos. Nesse cenário, especificam-se as funções e dimensões dos direitos fundamentais envolvidos, demonstra-se a necessidade de proteção a um núcleo essencial, e delimitam-se as condições para que haja a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais. O estudo conclui pela incompatibilidade entre a disposição legal e as condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais uma vez que a decisão não pode ser condicionada ao consentimento de terceiro, não haveria consentimento livre, e o dispositivo normativo não passa pelo teste da proporcionalidade.

Palavras-chave: Direito Constitucional; direitos fundamentais; esterilização voluntária; proporcionalidade; renúncia de direitos.

The unconstitutionality of conditioning voluntary sterilization to a third party consent

Abstract: The paper, based on a bibliographical review, supports the unconstitutionality of the legal provision which imposes as a condition to carry out the sterilization in the conjugal society the express consent of the partner. For this, it demonstrates the unconstitutionality in the face of a constitutional scenario that privileges the concept of the eudemonist family, which brings equality between men and women and protects

Recebido em 2/9/21
Aprovado em 26/1/22

reproductive rights. Then, it specifies the functions and dimensions of the fundamental rights involved, demonstrates the need to protect an essential core, as well as delimits the conditions for the possibility of renouncing the exercise of legal positions of fundamental rights. Finally, it concludes that the legal provision is incompatible with the conditions for renounce the exercise of legal positions of fundamental rights, inasmuch as the decision cannot be conditioned to the consent of a third party, there is no free consent and the normative device does not pass the proportionality test.

Keywords: constitutional law; fundamental rights; voluntary sterilization; proportionality; renounce of rights.

1 Introdução

Regulando o § 7º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, [2021]), que trata do planejamento familiar, a Lei nº 9.263/1996, em seu art. 10, § 5º, condiciona, na vigência da sociedade conjugal, a realização do procedimento de esterilização voluntária (laqueadura ou vasectomia) ao consentimento expresso do cônjuge. Além disso, em seu art. 15, a Lei considera crime, com pena de reclusão e multa, realizar a esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 (BRASIL, [2014]).

A constitucionalidade do art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/1996 é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF). O tema, que já tinha sido objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.097, proposta em 2014 pela Associação Nacional de Defensores Públicos, é hoje também discutido pela ADI 5.911, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) em março de 2018 (BRASIL, 2015, 2019).

As ações ainda aguardam julgamento e defendem, entre outros aspectos, que o dispositivo questionado viola a dignidade humana, a liberdade de disposição sobre o próprio corpo, a igualdade material e os direitos reprodutivos. Além disso, afirmam que o dispositivo representaria uma excessiva ingerência do Estado na esfera individual.

Com base em revisão bibliográfica, este estudo revela a inconstitucionalidade do art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/1996. Para isso, demonstra a incompatibilidade entre a disposição legal e o cenário constitucional que privilegia o conceito de uma família eudemonista, a igualdade entre homens e mulheres, e protege os direitos reprodutivos. Nesse contexto,

especifica as funções e dimensões dos direitos fundamentais envolvidos, demonstra a necessidade de proteção a um núcleo essencial e afirma que a previsão legal não atende às condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais.

2 Delimitação do cenário da discussão: a inconstitucionalidade do dispositivo legal à luz da concepção de família na Constituição de 1988 e dos direitos reprodutivos

Desde o início do século XX consolidou-se no Ocidente o modelo de família concebido pela sociedade burguesa, baseado no casamento (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 121), marcado por uma estrutura hierarquizada e patriarcal, com controle marital e obediência por parte da mulher (SILVA; SILVA, 2013, p. 469). Preponderava um conceito único de família, ligada ao matrimônio, à existência de um débito conjugal e à reprodução como modo de continuidade da espécie humana. A reprodução era inerente ao casamento, e qualquer intervenção que buscasse modificar essa ordem natural era imoral e ilegal, sendo a esterilização voluntária considerada ofensiva ao interesse público (BOTTEGA, 2007, p. 45).

Todavia, nas últimas décadas, em especial a partir da promulgação da Lei do Divórcio de 1977, a concepção de família sofreu alterações, com modificações importantes em relação à autonomia dos seus membros (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 121). Em poucas décadas, o modelo patriarcal deu lugar à mobilidade das configurações familiares e à democratização da estrutura familiar. Passou-se do modelo unitário de família à pluralidade de famílias, e a CRFB foi marco histórico dessa mudança no Brasil (SILVA; SILVA, 2013, p. 463).

A CRFB privilegia o conceito de família baseada no afeto, que protege a igualdade, a integridade psicofísica e a liberdade de seus membros. A relação familiar não é mais unitária: são admitidas juridicamente diferentes configurações de família, e a própria Constituição, em rol exemplificativo, reconhece no art. 226 a família fundada no casamento, na união estável e a família monoparental (BRASIL, [2021]). Assim, passa-se do modelo de família instituição para o de família instrumento, que objetiva propiciar circunstâncias adequadas ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e preza pela autonomia individual (MORAES; TEIXEIRA, 2016, p. 118-121). Surgem novos modelos de família, mais igualitários nas relações de sexo e idade, e mais flexíveis em seus componentes (DIAS, 2017, cap. 9, p. 1).

A CRFB consagrou o conceito de família eudemonista, baseada na repersonalização, na afetividade e na pluralidade. Uma família que, identificada pela comunhão de vida e pelo envolvimento afetivo, busca a felicidade individual por meio da emancipação de seus membros (DIAS, 2017, cap. 9, p. 4, 12).

A democratização da estrutura familiar sugere que a família contemporânea deve ter como alicerce a igualdade, o respeito e a tomada de decisões por meio do diálogo (SILVA; SILVA, 2013, p. 468), não havendo mais razões morais, religiosas ou políticas que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado no âmbito familiar (DIAS, 2017, cap. 9, p. 12). Para Lôbo (2014, cap. 25, p. 11), a liberdade no âmbito familiar está contemplada na Constituição em duas vertentes: a “liberdade da entidade familiar diante do Estado e da sociedade; e a liberdade de cada membro diante dos outros membros e diante da própria entidade familiar”.

Nesse quadro, é evidente que a exigência legal de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária é contrária

ao conceito de família eudemonista protegido pela Constituição. O novo modelo preza pela repersonalização, liberdade e pelo bem-estar dos membros da família, ao passo que o dispositivo legal representa uma excessiva ingerência do Estado na esfera familiar, que deve ser marcada por afeto, respeito e diálogo.

Além disso, mudanças significativas no Direito de Família envolveram o plano dos valores e das concepções sobre o papel da mulher, da conjugalidade e da sexualidade (SILVA; SILVA, 2013, p. 464). O movimento feminista, a disseminação dos métodos contraceptivos e o surgimento da reprodução assistida fizeram com que os paradigmas originários de casamento, sexo e procriação deixassem de balizar o conceito de família (DIAS, 2017, cap. 9, p. 2).

A CRFB incorporou várias reivindicações dos movimentos de mulheres durante os trabalhos constituintes, o que é evidenciado tanto pela previsão da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) quanto pela proteção à maternidade na área dos direitos trabalhistas (art. 7º, XVIII) e previdenciários (art. 201, II), bem como pela previsão de que os direitos e deveres que dizem respeito à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º) (BRASIL, [2021]). Em relação a este último ponto, cabe destacar que, até aquele momento, o Código Civil de 1916 vigente previa a superioridade do homem em relação à mulher, dando a ele o comando da família e a autoridade sobre a mulher e os filhos (BARBOZA; SILVEIRA, 2011, p. 105-106).

Elevada ao status de direito fundamental, a igualdade de gênero provocou uma profunda transformação no Direito de Família e passou a ser oponível aos poderes públicos e privados (art. 5º, I, CRFB) (LÔBO, 2014, cap. 25, p. 11). Contudo, apesar das conquistas sociais já alcançadas, a previsão constitucional de igualdade entre homens e mulheres ainda se distancia da

realidade. Para que haja de fato igualdade de gênero, é necessário que homens e mulheres tenham as mesmas oportunidades em relação aos diferentes aspectos da vida. Assim, além de uma igualdade formal perante a lei – a qual reconhece juridicamente aos homens e mulheres os mesmos direitos –, deve-se buscar a igualdade material aplicando-se as medidas necessárias para o acesso efetivo às mesmas oportunidades, inclusive para o exercício dos direitos fundamentais (CORONA NAKAMURA, 2016, p. 116). Atualmente, em relação ao uso de anticoncepcionais, ao aborto e ao direito à esterilização, o movimento feminista ainda luta pela proteção à liberdade das mulheres para tomar decisões de acordo com sua autonomia da vontade (ALECRIM; SILVA; ARAÚJO, 2014, p. 164).

Quanto aos direitos reprodutivos, estudos envolvendo entrevistas com mulheres demonstram a dificuldade de diálogo sobre a sexualidade com seus parceiros, a existência de decisões unilaterais e a pouca abertura para negociação ou para a partilha de responsabilidade. Em especial em famílias de baixa renda, a sexualidade permanece reprimida, ainda vigora a submissão da mulher ao homem e a falta de diálogo (FERREIRA; COSTA; MELO, 2014, p. 393-395). A responsabilidade pela contracepção e pela gravidez não é partilhada pelo casal e recai sobre a mulher, mesmo casada (BARBOZA; SILVEIRA, 2011, p. 108). Dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010 demonstram que há uma diminuição da taxa de fecundidade com o aumento do nível de instrução da mulher (independentemente da região do País) e que, quanto maior o rendimento nominal mensal domiciliar *per capita*, menor a taxa de fecundidade (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010b).

Dados estatísticos também demonstram que os obstáculos à realização da esterilização

voluntária repercutem mais negativamente nas mulheres com menos recursos econômicos que nos homens. Segundo o censo realizado pelo IBGE em 2010, havia 6.093.226 de famílias monoparentais femininas com filhos, ao passo que as famílias monoparentais masculinas com filhos somavam apenas 881.716 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010a), o que demonstra a maior responsabilidade da mulher na criação dos filhos. Esse fato é corroborado por dados do Conselho Nacional de Justiça baseados no Censo Escolar de 2011: o nome do pai não consta na certidão de nascimento de 5,5 milhões de crianças brasileiras (BASSETTE, 2019).

Assim, considerando (i) a disparidade entre o número de famílias monoparentais femininas e masculinas, (ii) a quantidade de crianças sem o nome do pai na certidão de nascimento, (iii) os dados que comprovam o aumento da taxa de fecundidade de acordo com a menor escolaridade e renda, (iv) os aspectos culturais que ainda afirmam como papel da mulher o controle sobre a fecundidade e o cuidado com os filhos, verifica-se que os obstáculos colocados à realização da esterilização voluntária repercutem de forma mais negativa na mulher que no homem, especialmente naquelas com menor renda e escolaridade.

Diante dessas constatações, a análise da constitucionalidade do dispositivo legal envolveria a necessidade de aplicação do método do “questionamento feminino” descrito por Bartlett (1990, p. 837), o qual busca identificar as implicações de gênero em normas que aparentariam neutralidade. Para a autora, o método envolve perguntar como padrões e conceitos legais podem trazer desvantagens às mulheres com o objetivo de explicitar distorções e sugerir formas de correção.

Sem dúvida, é possível afirmar que a necessidade de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária fere a igualdade material entre homens e mulheres, e é mais negativa para as mulheres. Em muitas circunstâncias, devido a resquícios do modelo cultural de família patriarcal, as mulheres não têm o mesmo poder de escolha que os homens no âmbito familiar. Especialmente nas famílias mais carentes ainda permanece baixa a abertura para o diálogo e para a partilha de responsabilidade em relação aos aspectos reprodutivos e aos cuidados posteriores com a criança.

A igualdade material entre mulheres e homens somente pode ser garantida na medida em que cada um tenha a liberdade de dispor sobre o próprio corpo e decidir sobre a realização do procedimento de esterilização sem a necessidade do consentimento de terceiro. A exigência de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização constitui um obstáculo à superação da ideologia patriarcal que ainda subsiste na atualidade e contribui para a visão de que mais importa a não frustração

do desejo do cônjuge de eventualmente ter filhos que o direito à disposição sobre o próprio corpo.

Ainda que sem aprofundar questões médicas referentes à possibilidade de reversão dos procedimentos de esterilização, é importante lembrar que a mudança de opinião quanto à opção de ter um filho pode ser remediada por meio da adoção. Ademais, o casamento não é uma união juridicamente indissolúvel na atualidade, e o próprio relacionamento pode ser revisto. Por outro lado, uma eventual gravidez indesejada não pode ser revertida e representa uma dupla opressão sobre a mulher: ao mesmo tempo em que seria privada da realização da esterilização pela ausência de consentimento de seu cônjuge, ela pode ser punida caso realize o aborto.

No contexto constitucional é possível vislumbrar dois argumentos que demonstram a inconstitucionalidade da disposição legal que condiciona a realização da esterilização voluntária ao consentimento do cônjuge: (a) essa disposição representa uma excessiva ingerência do Estado no âmbito familiar por ser contrária ao conceito de família eudemonista, que preza pela repersonalização, pela liberdade e pelo bem-estar de seus membros; (b) o preceito legal fere a igualdade material entre homens e mulheres, na medida em que é mais oneroso para as mulheres, especialmente as mais carentes.

Conforme o art. 226, § 7º, da CRFB, o planejamento familiar é livre decisão do casal. Caberia ao Estado “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”, sendo proibida “qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (BRASIL, [2021]). A leitura constitucional permite afirmar que o planejamento familiar está ligado à escolha consciente do casal de ter filhos, da época da gestação, bem como à obtenção de informações sobre métodos contraceptivos, tendo por objetivo o bem-estar da família, em um cenário de funcionalização da entidade familiar para a realização da personalidade de seus membros (BOTTEGA, 2007, p. 51).

Além das conclusões baseadas no contexto constitucional, é necessário analisar tanto a Lei nº 9.263/1996 – que tratou do planejamento familiar, estabeleceu orientações, penalidades e garantiu a possibilidade de esterilização voluntária masculina e feminina – quanto os direitos reprodutivos.

No art. 2º, a Lei nº 9.263/1996 define 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” (BRASIL, [2014]). Uma questão central do planejamento familiar é a possibilidade de escolher realizar a esterilização voluntária, e a Lei nº 9.263/1996 tornou a vasectomia e a laqueadura procedimentos ofertados gratuitamente no Sistema Único de Saúde (SUS), desde que cumpridos os requisitos legais. Para ter direito ao procedimento de

esterilização, além do consentimento expresso do cônjuge (art. 10, § 5º), é necessário ter capacidade civil plena e no mínimo 25 anos de idade ou dois ou mais filhos vivos (art. 10, I). Ademais, antes do procedimento de esterilização exige-se um período de 60 dias de aconselhamento por equipe multidisciplinar, em que a pessoa deve ser informada sobre o procedimento e sobre outros métodos contraceptivos (BRASIL, [2014]; CAETANO, 2014, p. 313).

Embora em certos contextos históricos a esterilização já tenha sido uma imposição do Estado, no Brasil, ela é hoje um método contraceptivo ofertado pelo SUS, reflexo do direito ao planejamento familiar livre (BOTTEGA, 2007, p. 51). Se o casal é livre para decidir, e vigora um conceito de família que preza pela liberdade e pelo bem-estar de seus membros, o planejamento familiar pode ser visto como parte integrante dos direitos reprodutivos.¹

Conforme definição da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento de 1994 (item 7.3), os direitos de reprodução envolvem o direito dos casais e dos indivíduos de decidir de forma livre e responsável sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como de ter acesso à informação e aos meios de assim o fazer. Portanto, incluem o direito de tomar decisões sobre a reprodução de maneira livre de discriminação, de coerções ou violência. Também conforme a Conferência, a promoção do exercício responsável dos direitos reprodutivos por todo indivíduo deve ser a base de políticas de governos na área da saúde reprodutiva, devendo ser promovidas relações mutuamente respeitadas e equitativas entre os sexos (NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 62-63).

No cenário nacional, pode-se sustentar a proteção aos direitos reprodutivos com fundamento em dispositivos constitucionais como o direito à saúde e à proteção da maternidade (art. 6º, *caput*), o direito ao acesso a recursos educacionais e científicos para decidir de forma livre sobre o planejamento familiar (art. 226, § 7º) e a igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal (art. 226, § 5º) (BRASIL, [2021]; VENTURA, 2009, p. 58-59).

Os direitos reprodutivos englobam o direito de decisão sobre ter filhos, o número de filhos, os intervalos entre seus nascimentos, bem como o direito de acesso aos meios necessários para o exercício livre da autonomia reprodutiva, sem discriminação, coerção e violência. Esses direitos estão intrinsecamente ligados tanto ao respeito à autodeterminação e à livre escolha da maternidade e da paternidade quanto ao direito de obtenção da informação necessária sobre meios e técnicas

¹ Bottega (2007, p. 52) e Ferreira, Costa e Melo (2014, p. 389) defendem o mesmo ponto de vista.

contraceptivas para a tomada de decisão informada. Desse modo, assegurar os direitos reprodutivos implica também a proteção de outros direitos, como o direito à educação e à saúde (VENTURA, 2009, p. 19-20).

No atual contexto constitucional, o Estado tem deveres de proteção e promoção das informações e recursos necessários para que os direitos reprodutivos sejam efetivados. Todavia, ao mesmo tempo, os direitos reprodutivos têm como base a autonomia reprodutiva das pessoas, o que impõe ao Estado o dever de não intervenção nas escolhas individuais, a não ser nos casos em que seja necessária a proteção de pessoas com reduzida capacidade para decidir (VENTURA, 2009, p. 20, 94).

Os direitos reprodutivos relacionam-se à autonomia e à autodeterminação da maternidade e paternidade responsáveis, bem como ao direito à disposição sobre o próprio corpo (LANDA, 2016, p. 62). Cabe ao Estado reconhecer a liberdade e autonomia dos cidadãos com o objetivo de promover a realização dos mais diversos projetos de vida (MORAES; CASTRO, 2014, p. 812-813).

Nesse aspecto, a autonomia privada em sua esfera existencial (art. 5^º, *caput*, CRFB), na qual está inserida a autonomia corporal, envolve a possibilidade de realizar tudo o que não é proibido, a exigência de não intervenção na vida privada do indivíduo e a possibilidade de autodeterminação, de obediência a si mesmo. A leitura constitucional sobre a autonomia corporal pressupõe o corpo como espaço de liberdade, envolve sua proteção como unidade físico-psíquica indissociável, como ponto de partida e de chegada de um viver singular. Interdições em matéria corporal geram consequências na esfera mental da pessoa, de modo que, nos casos de exercício de liberdades asseguradas constitucionalmente e em situações de conflitos existenciais, o paternalismo deve perder

espaço para a autonomia individual (MORAES; CASTRO, 2014, p. 780, 794-795, 802).

Numa sociedade democrática como a brasileira, a liberdade de disposição do próprio corpo não pode ser exceção. É preciso refutar o Estado baseado em um paternalismo forte, que promove intervenções sobre a autonomia individual sem considerar a avaliação que cada sujeito é capaz de fazer sobre as próprias condutas e suas consequências (MORAES; CASTRO, 2014, p. 808, 812-813).

Portanto, vislumbra-se mais um argumento pela inconstitucionalidade da disposição legal que condiciona a realização da esterilização voluntária ao consentimento do cônjuge. No atual contexto constitucional de proteção aos direitos reprodutivos, à livre disposição sobre o próprio corpo e ao planejamento familiar livre, a realização da esterilização voluntária deveria ser uma decisão sem a interferência de terceiros. Contudo, a legislação lhe impõe limites de maneira incompatível com a Constituição.

3 A inconstitucionalidade do dispositivo legal com base nas condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais

Evidenciada a incompatibilidade entre o art. 10, § 5^º, da Lei nº 9.263/1996 e o cenário constitucional que privilegia o conceito de família eudemonista, traz a igualdade entre homens e mulheres e protege os direitos reprodutivos, passa-se à análise da inconstitucionalidade do dispositivo à luz das condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais, das funções e dimensões dos direitos fundamentais envolvidos e à demonstração da necessidade de proteção a um núcleo essencial.

3.1 As restrições aos direitos fundamentais e a necessidade de proteção a um conteúdo essencial desses direitos

Este artigo adota a visão de Alexy (2014, p. 249), que concebe cada direito fundamental como um “direito fundamental completo”, um “direito fundamental como um todo”. Segundo Hachem (2013, p. 629), o direito fundamental como um todo considera a existência de normas resultantes da construção hermenêutica que, baseada em diferentes disposições constitucionais, demonstra que do direito como um todo decorrem diversas pretensões jurídicas.

Para Alexy (2014), os direitos fundamentais são multifuncionais. De cada direito fundamental extraem-se deveres diversos, que decorrem de incumbências de naturezas diferentes dirigidas ao Estado. Assim, destacam-se duas funções associadas aos direitos fundamentais: (1) de defesa, que proíbe a interferência indevida na esfera do titular por ações do Estado ou de sujeitos privados, ou seja, impõe uma omissão por parte do Estado; (2) de prestação, que impõe ao Estado a persecução de certos objetivos e exige a criação de pressupostos jurídicos e fáticos para o exercício dos direitos fundamentais (HACHEM, 2014, p. 130-132).

Por sua vez, a dimensão prestacional engloba as funções de (2.1) prestação fática em sentido estrito, que envolve prestações jurídicas que o indivíduo poderia obter de particulares se possuísse meios financeiros e se encontrasse no mercado uma oferta que fosse satisfatória; (2.2) prestação normativa em sentido amplo, que se subdivide na função de proteção (direito à elaboração de normas pelo legislativo e executivo necessárias à proteção de bens jurídicos) e na função de organização e procedimento (criação de organizações e procedimentos para a promoção e proteção dos direitos) (HACHEM, 2014, p. 131-132).

Além disso, segundo Hachem (2013, p. 625-627), uma norma de direito fundamental pode ser observada pela perspectiva (a) subjetiva² – do titular do bem jurídico a ser protegido, enfeixando uma multiplicidade de posições jurídicas que atribuem ao titular situações de vantagem – ou (b) objetiva – do objeto que busca tutelar, o que traz deveres jurídicos ao Estado, impõe obrigações de salvaguarda do direito fundamental independentemente da reivindicação subjetiva do titular e compele o Poder Público a criar condições de fruição do bem jurídico.

No caso de imposição do consentimento do cônjuge para a realização da esterilização, está em jogo a dimensão subjetiva dos direitos reprodutivos, pois as pretensões jurídicas envolvidas derivam de uma relação jurídica bem delineada, com definição do titular do direito (um dos cônjuges), do sujeito obrigado (médico que realizará o procedimento) e do conteúdo da prestação (esterilização). A análise dessa situação envolve especialmente as funções de: (a) defesa em relação aos direitos reprodutivos ligados à livre disposição do próprio corpo, que implica a proibição de interferência indevida na esfera do titular por ações do Poder Público e impõe a omissão por parte do Estado, e (b) prestação fática dos direitos reprodutivos em sentido estrito, ou seja, a prestação das devidas informações pelo serviço de saúde sobre as vantagens, riscos e consequências da realização do procedimento de esterilização voluntária. Desse modo, delimitadas a dimensão e as funções do direito fundamental em análise, é possível o estudo da necessidade de proteção a um núcleo essencial.

² A dimensão subjetiva traz as disposições de direitos fundamentais como normas constitucionais que investem seu titular na prerrogativa de exigir o cumprimento de prestações positivas ou negativas do destinatário da pretensão. Quando derivam de uma relação jurídica delineada – com a definição do conteúdo da prestação, do titular do direito e do sujeito obrigado –, as pretensões jurídicas de direito fundamental detêm uma dimensão subjetiva, que permite sua exigibilidade judicial ou administrativa (HACHEM, 2013, p. 632).

Segundo Novais (2003, p. 570), as garantias dos direitos fundamentais são condicionadas pela reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve proteger e a cuja realização está vinculado. Assim, é comum que ocorra a aplicação de mais de uma norma de direito fundamental em relação a um mesmo conjunto de fatos concretos, havendo colisões de posições jurídico-fundamentais. Tais colisões ocorrem quando o exercício de um direito fundamental de um titular acarreta efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outros titulares (DUQUE, 2014, p. 209-212), ou quando há a colisão entre o direito fundamental de um indivíduo e um direito que garante um bem coletivo protegido constitucionalmente (FARIAS; TEIXEIRA, 2016, p. 304-305).

Nas situações em que o exercício de um direito fundamental pode levar a conflitos com outros direitos protegidos, evidencia-se a necessidade de delimitação do âmbito de proteção desses direitos (MENDES, 2012, p. 33) no que diz respeito a sua hipótese de incidência para marcar o bem protegido, ao potencial alcance de tal proteção e à informação sobre o dever de aplicação do direito e a medida em que deve ser interpretado (DUQUE, 2014, p. 226).

Para Mendes (2012, p. 35), a análise da norma de direito fundamental considera o âmbito de proteção (deve-se identificar o bem jurídico protegido e a amplitude da proteção) e as restrições contempladas expressamente na Constituição e nas reservas legais de índole restritiva. Além disso, independentemente das reservas do legislador constituinte, os direitos fundamentais podem ceder diante de outros bens igualmente dignos de proteção (NOVAIS, 2003, p. 569).

A reconstrução da relação entre o direito e suas restrições pode ser feita com base na teoria externa, que considera a existência do direito em si e, destacadas dele, suas restrições. Segundo essa teoria, a restrição ao exercício do direito

pode ocorrer apenas no caso concreto e não tem influência no conteúdo do direito (SILVA, 2014, p. 138). Para Silva (2014, p. 139-140, 167), é possível relacionar a teoria externa e a teoria dos princípios, pois um princípio entendido como mandamento de otimização é ilimitado *prima facie*, mas pode ser restringido por princípios colidentes. Por sua vez, um direito fundamental com natureza de princípio sofrerá uma distinção entre o direito *prima facie* e direito definitivo. Tal distinção seria pressuposta pela teoria externa, pois somente no caso concreto, após o sopesamento ou aplicação da regra da proporcionalidade, seria possível definir o direito definitivo, com a restrição a partir de fora. Nesse cenário, demonstra-se necessária a proteção a um núcleo essencial dos direitos fundamentais, que seria um limite às restrições desses direitos e evitaria o esvaziamento de seu conteúdo (MENDES, 2012, p. 56-58).

Este estudo defende a existência de um conteúdo essencial relativo, que compatibiliza a adoção da teoria externa e a aceitação da distinção entre direitos *prima facie* e definitivos. As teorias que defendem um conteúdo essencial relativo rejeitam um conteúdo essencial com contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental. Para elas, a definição do conteúdo essencial depende das condições fáticas e das colisões entre os direitos e os interesses no caso concreto, de modo que o conteúdo essencial do direito pode variar a depender da situação e dos direitos envolvidos no caso (SILVA, 2014, p. 196).

Silva (2014, p. 197, 206-207) vincula a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais à regra da proporcionalidade, de maneira que a garantia do conteúdo essencial desses direitos seria consequência da aplicação da regra da proporcionalidade em casos de restrições aos direitos. Havendo uma distinção entre o direito *prima facie* e o direito definitivo,

a regra da proporcionalidade seria uma forma de controle e aplicação dos princípios como mandamentos de otimização. Para o autor (SILVA, 2014, p. 197), as “restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade” são constitucionais “e não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”.

A regra da proporcionalidade é composta por três sub-regras – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – que mantêm entre si uma relação de subsidiariedade (SILVA, 2014, p. 169-174). Assim, só será necessária a análise da sub-regra posterior, em ordem, se o problema não tiver sido solucionado com a análise da sub-regra anterior (SILVA, 2002).

Nessa perspectiva, em primeiro lugar, a medida estatal que intervém no âmbito de proteção do direito fundamental deve ter como objetivo um fim constitucionalmente legítimo, o qual normalmente é a realização de outro direito fundamental, e a sub-regra da adequação questiona se a medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido. A adequação é um teste absoluto e linear, referindo-se a uma relação de meio e fim entre a medida e a finalidade a ser alcançada (SILVA, 2014, p. 169-171).

Em contrapartida, a sub-regra da necessidade é um teste comparativo, pois um ato estatal é considerado necessário quando comparado a alternativas que poderiam ser utilizadas para o mesmo fim. Em outros termos, o ato estatal que realiza uma restrição ao direito fundamental será necessário se a realização do objetivo não puder ser promovida, com a mesma intensidade, por outro ato que limite menos o direito fundamental atingido. Portanto, a necessidade considera as medidas alternativas para se chegar ao mesmo objetivo. Na comparação realizada no âmbito da necessidade, duas variáveis devem ser consideradas: a eficiência da medida em relação ao objetivo; e o grau em que o direito fundamental atingido é restringido. Se ambas as medidas forem igualmente eficientes na realização do objetivo, deve-se preferir a medida que restrinja menos o direito fundamental. Contudo, quando a medida mais eficiente é a mais gravosa, e a menos gravosa é a menos eficiente, a variável decisiva é a eficiência (SILVA, 2014, p. 170-172).³

A terceira sub-regra é a da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste no sopesamento entre os direitos envolvidos, buscando evitar que medidas estatais que sejam adequadas e necessárias restrinjam os

³ Para Silva (2014, p. 172-173), a eficiência é decisiva no exame da necessidade porque: (a) caso a preferência recaísse na medida menos gravosa, mesmo que quase nada eficiente, a melhor escolha seria sempre a omissão do Estado (que geralmente é a menos gravosa); e (b) a escolha da medida mais eficiente não leva à desproteção do direito restringido em prol da eficiência, pois a proteção é posteriormente analisada no exame da proporcionalidade em sentido estrito.

direitos fundamentais além do que a realização do objetivo possa justificar. A proporcionalidade em sentido estrito questiona se há equilíbrio entre a restrição do direito atingido e a realização do outro direito (SILVA, 2014, p. 174-176, 179). Na averiguação da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se fazer uma ponderação entre as vantagens e prejuízos que foram gerados pela limitação de um direito constitucional para proteção de outro considerando as circunstâncias do caso concreto, de modo que os benefícios e as vantagens da restrição de um direito devem ser superiores aos prejuízos em relação aos bens em conflito (PÉREZ GÁLVEZ, 2007, p. 179).

A previsão legal de que seria necessário o consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária na vigência da sociedade conjugal objetivaria a proteção da instituição familiar. Contudo, conforme já salientado, o objetivo do legislador é incompatível com a visão de família protegida pela CRFB – uma família eudemonista, marcada pela igualdade, pelo afeto, pelo respeito e pelo diálogo. Em outras palavras, o próprio objetivo do legislador é inconstitucional na medida em que visa proteger a instituição familiar acima da autonomia e da felicidade dos seus membros.

Ademais, o objetivo do legislador é incompatível com o planejamento familiar livre e com a proteção aos direitos reprodutivos, que estão intrinsicamente ligados à autonomia, à autodeterminação da maternidade e da paternidade responsáveis, e com o direito à disposição sobre o próprio corpo (LANDA, 2016, p. 62). Assim, pode-se afirmar que o objetivo do legislador é inconstitucional, de modo que a análise do primeiro requisito da regra da proporcionalidade é afetada. Não há como se analisar a adequação da norma a um objetivo que em si já é inconstitucional.

Todavia, para reforçar a argumentação, imaginemos que o objetivo da norma de proteção à instituição *família* acima da autonomia de seus membros fosse tomada como constitucional, e a análise de constitucionalidade fosse realizada com base na regra da proporcionalidade. Nesse caso, a necessidade de consentimento do cônjuge poderia ser considerada adequada, pois fomentaria a realização do objetivo de proteção à instituição familiar, tendo em vista que só permitiria a esterilização se houvesse a concordância expressa do cônjuge. Contudo, a exigência de consentimento expresso do cônjuge não passaria pelo teste da necessidade, porque o objetivo de proteção da família poderia ser promovido, com a mesma intensidade, por outro ato que limitasse menos os direitos reprodutivos. Como medida alternativa menos restritiva aos direitos reprodutivos poderia ser adotada, no período mínimo de sessenta dias de aconselhamento por equipe multidisciplinar (art. 10, I, Lei nº 9.263/1996), a promoção do diálogo entre os cônjuges, guiado por especialistas que

auxiliassem na obtenção de uma certeza em relação à tomada da decisão. Tal medida seria igualmente eficiente e traria menor restrição aos direitos reprodutivos relativos ao direito de disposição sobre o próprio corpo.

Mesmo que o dispositivo superasse a sub-regra da necessidade, não seria proporcional em sentido estrito, visto que, em um sopesamento entre os direitos envolvidos, a medida estatal restringiria os direitos reprodutivos além do que a realização do objetivo de proteção à instituição familiar poderia justificar. Isso porque o dispositivo feriria a igualdade material entre homens e mulheres e seria mais oneroso para as mulheres, especialmente as mais carentes. Ademais, no contexto constitucional de proteção à família como instrumento – bem como de proteção aos direitos reprodutivos diretamente ligados ao planejamento familiar livre e à liberdade de disposição sobre o próprio corpo –, a proteção da autonomia individual de decisão sobre a realização da esterilização teria maior peso que a proteção da família como instituição, incompatível com o cenário atual.

Dessa forma, a disposição normativa não passaria pelo teste da proporcionalidade, afetando o conteúdo essencial dos direitos reprodutivos, ligados ao direito de disposição sobre o próprio corpo, sendo inconstitucional.

Assim, examinada de qualquer ângulo, é inconstitucional a norma que condiciona a esterilização voluntária na vigência da sociedade conjugal ao consentimento do cônjuge, seja pela própria incompatibilidade entre o objetivo da norma e a CRFB, seja pela análise da norma com base na regra da proporcionalidade. Delimitada a inconstitucionalidade da norma em relação a tais pontos, passa-se à sua análise à luz da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais.

3.2 Condições para a possibilidade de renúncia de posições jurídicas jusfundamentais

A doutrina que defende a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais se baseia na dimensão objetiva desses direitos, salientando que eles desempenham uma função institucional e não estão à livre disposição do indivíduo (MENDES, 2006, p. 125).

Contudo, a consideração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não implica sua irrenunciabilidade, pois eles têm também uma dimensão subjetiva. Quando o particular renuncia a um direito, renuncia ao exercício de uma disposição jurídica jusfundamental como garantia subjetiva, mas não prejudica o âmbito objetivo (MENDES, 2006, p. 125).

Outro argumento contra a possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais é a necessidade de proteção à dignidade humana, ou seja, não

seriam permitidos atos de renúncia que ferissem a dignidade. Todavia, a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais fere a própria dignidade, na medida em que elimina a capacidade de autodeterminação do indivíduo. A negação de que esses direitos se relacionam com a autodeterminação dos indivíduos poderia levar ao sacrifício do ideário democrático e do próprio sistema de direitos fundamentais, que visa proteger as liberdades (MENDES, 2006, p. 126-127).

Em uma sociedade pluralista, a proteção aos direitos fundamentais deve prezar o discurso da liberdade. O âmbito de liberdade que diz respeito aos direitos fundamentais é evidenciado pelas possibilidades de ação decorrentes da posição jusfundamental, que se referem à decisão sobre se, quando e como ocorrerá o exercício do direito no plano fático. A própria renúncia ao exercício de uma posição jurídica de direito fundamental é uma maneira de o titular exercer esse direito (MENDES, 2006, p. 129-131).

Além disso, conforme Duque (2014, p. 108-109), a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais pode ser afirmada: (a) pela inexistência de uma obrigação em se recorrer aos direitos fundamentais, tendo o particular a faculdade de decidir recorrer ou não aos direitos que titulariza quando há violação a sua esfera de proteção; (b) pela própria estrutura dos direitos fundamentais demonstrar a possibilidade de renúncia ao seu exercício e de, nas situações em que essa possibilidade não é provada, poder recorrer-se de forma subsidiária ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual justificaria tal possibilidade de renúncia; e (c) pelo fato de que o indivíduo não renuncia ao exercício dos direitos fundamentais em relação ao Estado, mas sim em face de si próprio.

Duque (2014) salienta que é inapropriado entender o termo *renúncia* aos direitos fundamentais como a renúncia total de um direito fundamental. Para o autor, a renúncia a direitos fundamentais deve ser entendida como uma renúncia ao exercício desses direitos, e não a sua titularidade (DUQUE, 2014, p. 107). Assim, é no sentido de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais que o termo é aqui utilizado.

Contudo, a afirmação da possibilidade de renúncia a direitos fundamentais exige a delimitação dos pressupostos para que essa renúncia seja válida (MENDES, 2006, p. 129). É o que se pretende fazer para confrontar tais pressupostos com a norma analisada.

Para Mendes (2006, p. 123-124, 129-130), o conceito de renúncia expressa a ideia de consentimento do indivíduo em enfraquecer uma posição jurídica subjetiva protegida por uma norma de direito fundamental tanto em relação ao Estado quanto a particulares. Quando ocorre a renúncia, o titular do direito vincula-se juridicamente a não invocar certa posição jurídica por tempo determinado, sendo essa decisão revogável. Para a

autora, seriam pressupostos para que a renúncia seja válida: (a) a declaração de vontade dada pelo próprio titular do direito fundamental, não sendo admissível que outros o façam; (b) a declaração com caráter voluntário, consciente, sem qualquer coerção; e (c) a limitação da renúncia no tempo.

Por outro lado, Martel (2010, p. 352-353, 366) analisa o tema à luz do conceito de indisponibilidade dos direitos fundamentais, o qual, apesar da imprecisão terminológica, está predominantemente conectado à manifestação do titular para abdicar do direito. Segundo a autora, a disposição de posições jusfundamentais é normativa e não faz parte da estrutura do direito, o que afasta a noção de que todos os direitos fundamentais são indisponíveis. O sistema jurídico é que define quais posições jurídicas subjetivas de direitos fundamentais devem ser indisponíveis. Para Martel (2010, p. 355), dispor de um direito fundamental é “enfraquecer, por força do consentimento do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer particulares, permitindo-lhes agir de forma que não deveriam, tudo o mais sendo igual, se não houvesse o consentimento”. A autora defende que a disposição de posições jurídicas de direitos fundamentais engloba: (1) um tripé composto pela titularidade da dimensão subjetiva, a intersubjetividade e o objeto da relação jurídica; (2) o consentimento; e (3) o eventual enfraquecimento de posições jurídicas de direito fundamental.

Quanto ao primeiro elemento do tripé, a autora salienta que apenas se pode dispor de posições jurídicas que se titulariza. Assim, a disposição de um direito fundamental diz respeito à parcela subjetiva desse direito, de forma que só se pode falar de disposição quando existir uma dimensão subjetiva associada à objetiva ou apenas a dimensão subjetiva. O segundo aspecto

do tripé seria o fato de que os direitos subjetivos representam a relação de um sujeito com outro sujeito. Assim, dispor de um direito envolve a modificação de posições subjetivas de direitos fundamentais que envolvem dois sujeitos. O último elemento do tripé, o objeto da relação, é uma ação comissiva, omissiva ou uma alternativa de ação. Nesse aspecto, concluindo suas observações sobre o tripé, Martel (2010, p. 355-357) afirma que a disposição de direito fundamental se refere à disposição de uma posição subjetiva que se realiza entre dois sujeitos tendo em vista seu objeto e cria novas posições que modificam ou extinguem a posição original.

Segundo Martel (2010, p. 357-360), o segundo requisito para dispor de posições jurídicas de direito fundamental é o consentimento. Para a autora, a disposição da posição subjetiva deve ser autônoma, proveniente do comportamento do titular, ou seja, ela não poderá ser heterônoma – não pode ser realizada por terceiro e sem ter justificação no comportamento do próprio titular da posição. Assim, para que haja a disposição de posições subjetivas de direito fundamental é necessário o consentimento do titular, que se destina a modificar a posição relativamente ao outro polo da relação e envolve seu objeto. O consentimento justifica o comportamento do outro polo, oferecendo razões para que ele se comporte de um modo que não poderia.

No caso da esterilização, para o consentimento deve-se esclarecer ao paciente a natureza do procedimento, os riscos de complicações, seus benefícios e eventuais alternativas. As informações devem ser prestadas conforme o grau de conhecimento, as condições físicas e psíquicas da pessoa, de maneira clara (VAZ; REIS, 2008, p. 549, 556). Assim, para que possa consentir, o paciente deve estar inteiramente consciente de todas as fases, métodos, pontos positivos e negativos do procedimento de esterilização voluntária a ser realizado (SANTOS, 2016, p. 16).

Em terceiro lugar, Martel (2010, p. 360-362) afirma que a disposição de posições subjetivas de direito fundamental é geralmente vista como uma desvantagem para quem a realiza. Contudo, nem todos os casos são assim. Conforme a autora, em geral a modificação é vista como desvantagem porque retira o titular do lado dominante da relação: há troca da posição mais protegida para outra menos protegida, o que provoca o enfraquecimento da posição subjetiva de direito fundamental. Todavia, a disposição pode ser vista também como o exercício de outra posição subjetiva, pois pode não haver desvantagem fática para quem dispõe e, por outro lado, pode acarretar graves desvantagens fáticas e ônus jurídicos para quem a realiza. Para evitar explorações de circunstâncias adversas, é importante a qualidade do consentimento.

Ao analisar o tema, Barroso (2011) afirma que os direitos fundamentais são em princípio disponíveis: a liberdade é a regra, e a disposição, frequentemente uma maneira de exercer o direito. Contudo, isso não impede que certas posições jurídicas de direito fundamental não possam ser consideradas indisponíveis pelo ordenamento jurídico, mas nesses casos o Estado teria o ônus argumentativo de comprovar que se trata de restrição legítima. Assim, a validade de um ato de disposição deveria ser analisada caso a caso, considerando a natureza do direito, de eventuais direitos contrapostos e os valores sociais relevantes envolvidos. O autor salienta que para que ocorra a disposição de posições jurídicas jusfundamentais é preciso o consentimento genuíno, o que exige a verificação de aspectos ligados ao sujeito, à liberdade de escolha e à decisão informada (BARROSO, 2011, p. 18-19, 31).

Segundo Barroso (2011, p. 31-32), o sujeito do consentimento é o titular do direito fundamental, que deve manifestar sua vontade de forma válida e inequívoca. Para que a disposição

seja válida, o sujeito deve ser civilmente capaz e estar em condições adequadas de discernimento. Para ser considerado inequívoco, o consentimento deve ser: personalíssimo – não pode ser realizado mediante representação, mas apenas pelo próprio interessado; expresso – não pode ser presumido; atual – manifestado imediatamente antes do procedimento e revogável. Além disso, para ser considerado genuíno, o consentimento deve ser livre, baseado na escolha do titular. Não pode ser produto de influências externas, de pressões ou ameaças. Por fim, o consentimento deve ser informado, fundado na compreensão da situação e das consequências da escolha, ou seja, os aspectos relevantes da situação devem ter sido transmitidos ao indivíduo em linguagem acessível.

Para Duque (2014, p. 108-114), entre outros aspectos, a renúncia ao exercício de direitos fundamentais (a) pode ser examinada apenas à luz do caso concreto, de modo que na ponderação de direitos se deve considerar em que medida é possível renunciar a um direito fundamental; (b) só se pode renunciar a direito próprio; (c) não pode ser uma renúncia total, de modo que os limites da renúncia estariam na garantia de preservação de um conteúdo essencial do direito fundamental; (d) deve ser apreciado o poder de autodeterminação da pessoa e a qualidade dos direitos em questão, os quais têm de ser ponderados entre si.

Ao tratar do tema, Farias e Teixeira (2016, p. 310-312, 316) entendem que seriam necessários dois pressupostos para ser válida a renúncia aos direitos fundamentais: (a) a titularidade – quem renuncia deve ser o titular da posição jurídica do direito fundamental em discussão, não sendo necessária a aceitação de terceiro ou do Estado para que a renúncia ocorra; (b) o caráter voluntário da renúncia – a renúncia deve ser consciente e livre de qualquer tipo de coerção, de vício de vontade.

Com base na análise dos pressupostos comuns entre as posições doutrinárias acima expostas, conclui-se que a renúncia dos direitos fundamentais diz respeito à possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais, e não à titularidade do direito, sendo normativa a disposição de posições jusfundamentais. Seriam condições principais para a renúncia a esse exercício: (a) a titularidade da posição jurídica jusfundamental – só se pode renunciar a posições jurídicas próprias, não sendo necessária a aceitação de terceiro para que a renúncia ocorra; (b) o consentimento expresso, livre e informado do titular; e (c) a análise da possibilidade de renúncia caso a caso, com a proteção a um núcleo essencial do direito fundamental.

Assim, à luz da teoria da possibilidade de renúncia ao exercício de posições jusfundamentais, o art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/1996 não se sustenta.

Em primeiro lugar, porque decisões personalíssimas de direitos reprodutivos não podem ser condicionadas ao consentimento de terceiro. Conforme as construções doutrinárias expostas, só se pode renunciar a posições jurídicas de direitos fundamentais próprias, não sendo necessária a aceitação de terceiro para que a renúncia ocorra. No caso em análise, exige-se o consentimento do cônjuge (terceiro) para a realização do procedimento de esterilização.

Em segundo lugar, não se trataria de um consentimento livre, pois um terceiro (cônjuge) exerceria ampla influência externa quanto ao exercício do direito e poderia impedir, por sua própria vontade, o exercício do direito reprodutivo de utilização do método contraceptivo de esterilização.

Em terceiro lugar, como analisado no item anterior (3.1), a exigência de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária é inconstitucional à luz da regra da proporcionalidade por atingir o núcleo essencial dos direitos reprodutivos intrinsecamente ligados ao direito de disposição sobre o próprio corpo. Além da incompatibilidade do objetivo da norma com a Constituição, ela não passa pela sub-regra da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Em quarto lugar, deve-se realizar o raciocínio inverso, isto é, há de se salientar que a realização da esterilização voluntária sem o consentimento do cônjuge não é incompatível com o planejamento familiar livre, com a proteção dos direitos reprodutivos e com a nova concepção de família legitimada pela CRFB. Portanto, a esterilização voluntária sem o consentimento do cônjuge seria constitucional e atenderia aos pressupostos doutrinários para a renúncia ao exercício de direitos fundamentais: (a) tratar-se-ia de uma renúncia ao exercício do direito próprio de ter filhos biológicos; (b) seria realizada por meio de consentimento expresso do titular do direito, livre de pressões externas e com a devida

informação sobre como ocorreria o procedimento, seus riscos e vantagens; e (c) não feriria o núcleo dos direitos reprodutivos ligados à livre disposição sobre o próprio corpo, na medida em que é uma forma de seu exercício, ou seja, do exercício do direito de decisão sobre ter ou não filhos e do direito de acesso aos métodos necessários para o livre exercício da autonomia reprodutiva. Assim, também à luz da teoria da possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, é inconstitucional a disposição legal que condiciona a realização da esterilização voluntária ao consentimento do cônjuge.

4 Conclusão

Tendo em vista a existência de duas ações diretas de inconstitucionalidade em relação ao art. 10, § 5º, da Lei nº 9.263/1996, o artigo analisou a matéria no contexto da CRFB e da teoria da possibilidade de renúncia ao exercício dos direitos fundamentais.

Delimitado o cenário da discussão, ressaltou-se a inconstitucionalidade da norma afirmando que (a) a exigência de consentimento do cônjuge para a realização da esterilização voluntária representa uma excessiva ingerência do Estado no âmbito familiar, sendo contrária ao conceito de família eudemonista protegido pela Constituição, a qual preza pela autonomia individual, pela felicidade dos membros, pelo afeto, respeito e diálogo; (b) o preceito fere a igualdade material entre homens e mulheres, e é muito mais oneroso para as mulheres, especialmente as mais carentes; (c) a norma é incompatível com a CRFB no que se refere à proteção aos direitos reprodutivos ligados à livre disposição sobre o próprio corpo e à proteção ao planejamento familiar livre.

Analisou-se a norma com base na teoria dos direitos fundamentais e das condições para a possibilidade de renúncia ao exercício de posições jurídicas jusfundamentais, tendo sido sustentada a inconstitucionalidade do dispositivo na medida em que (a) as decisões personalíssimas de direitos reprodutivos não podem ser condicionadas ao consentimento de terceiro; (b) não haveria no caso um consentimento livre, porque um terceiro (cônjuge) exerceria ampla influência externa quanto ao exercício do direito; e (c) o objetivo da restrição normativa é inconstitucional, e a norma não passa pelo teste da proporcionalidade, pois afeta o conteúdo essencial dos direitos reprodutivos relacionados ao direito de disposição sobre o próprio corpo.

Demonstrou-se também que realizar a esterilização voluntária sem o consentimento do cônjuge seria constitucional e atenderia aos pressupostos doutrinários para a renúncia ao exercício de posições de direitos

fundamentais sem ferir o núcleo essencial desses direitos, pois seria uma renúncia ao exercício do direito próprio de ter ou não filhos biológicos, realizada por meio de um consentimento expresso do titular do direito, sem pressões externas e com as devidas informações; seria uma forma de exercício dos direitos reprodutivos ligados aos direitos de livre disposição sobre o próprio corpo, de decisão sobre ter ou não filhos e de acesso aos métodos contraceptivos.

Enfim, com fundamento na Constituição e na teoria da possibilidade de renúncia ao exercício dos direitos fundamentais, evidenciou-se a inconstitucionalidade do dispositivo em discussão, caminho que se sugere para a resolução das ADIs sobre o tema.

Sobre as autoras

Kamila Maria Strapasson é mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; bacharela em Direito pela UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição, Curitiba, PR, Brasil; assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: kamilastrapasson@gmail.com

Estefânia Maria de Queiroz Barboza é doutora e mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil, com estágio doutoral (doutorado sanduíche) e bolsa Capes na Osgoode Hall Law School (York University), Toronto, Canadá; professora do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil, e da UNINTER, Curitiba, PR, Brasil; menção honrosa no prêmio Capes de Tese de 2012; vice-presidente da Associação Ítalo-brasileira de Professores de Direito Administrativo e de Direito Constitucional; *co-chair* da seção brasileira da Society of Public Law (ICON-S); pesquisadora do Centro de Estudos da Constituição, Curitiba, PR, Brasil.

E-mail: estefbarboza@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

STRAPASSON, Kamila Maria; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A inconstitucionalidade do condicionamento da esterilização voluntária ao consentimento de terceiro. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 234, p. 139-160, abr./jun. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p139

(APA)

Strapasson, K. M., & Barboza, E. M. de Q. (2022). A inconstitucionalidade do condicionamento da esterilização voluntária ao consentimento de terceiro. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 59(234), 139-160. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/234/ril_v59_n234_p139

Referências

ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; ARAÚJO, Jailton Macena de. Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal. *Gênero & Direito*, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 158-176, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ged/article/view/20428>. Acesso em: 8 fev. 2022.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. (Teoria & Direito Público).

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; SILVEIRA, Raquel Dias da. Políticas contra a discriminação de gênero. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 97-114, out./dez. 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v11i46.201>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/201>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BARTLETT, Katharine T. Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 103, n. 4, p. 829-888, Feb. 1990. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/148/. Acesso em: 8 fev. 2022.

BASSETTE, Fernanda. Brasil tem 5,5 milhões de crianças sem pai no registro. *Exame*, São Paulo, 31 ago. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BOTTEGA, Clarissa. Liberdade de não procriar e esterilização humana. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, Cuiabá, v. 9, n. 2, p. 43-64, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://livrozilla.com/doc/1272997/liberdade-de-nao-procriar-e-esterilizacao-humana>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

_____. *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: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 8 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097/DF*. Requerente: Associação Nacional de Defensores Públicos – Anadep. Interessados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello, 27 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 8 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.911/DF*. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Interessados: Congresso Nacional; Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 8 de março de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>. Acesso em: 8 fev. 2022.

CAETANO, André Junqueira. Esterilização cirúrgica feminina no Brasil, 2000 a 2006: aderência à Lei de planejamento familiar e demanda frustrada. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, p. 309-331, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://www.rebep.org.br/revista/article/view/671>. Acesso em: 8 fev. 2022.

CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. Paridad de género en materia electoral en México. *Revista de Investigaciones Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 109-123, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45111>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/45111>. Acesso em: 8 fev. 2022.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cleide Márcia de; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Renúncia a direitos fundamentais: modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 290-319, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/49>. Acesso em: 8 fev. 2022.

FERREIRA, Rebeca Viana; COSTA, Mônica Rodrigues; MELO, Delaine Cavalcanti Santana de. Planejamento familiar: gênero e significados. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 387-397, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.15448/1677-9509.2014.2.17277>. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/17277>. Acesso em: 8 fev. 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 618-688, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>. Acesso em: 8 fev. 2022.

_____. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35104>. Acesso em: 8 fev. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010: famílias e domicílios: resultados da amostra*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010a. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf. Acesso em: 8 fev. 2022.

_____. *Censo demográfico 2010: nupcialidade, fecundidade e imigração: resultados da amostra*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010b. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf. Acesso em: 8 fev. 2022.

LANDA, César. Los derechos sexuales y reproductivos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 47-78, jul./dez. 2016. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v10i35.94>. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/94>. Acesso em: 8 fev. 2022.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). *Família e sucessões: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. *E-book*. v. 1. (Coleção Doutrinas Essenciais).

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 334-372, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1953>. Acesso em: 8 fev. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série Escola de Direito do Brasil).

MENDES, Laura Schertel F. Um debate acerca da renúncia aos direitos fundamentais: para um discurso dos direitos fundamentais como um discurso de liberdade. *Revista Direito Público*, [Porto Alegre], v. 3, n. 13, p. 121-133, jul./set. 2006. DOI: 10.11117/22361766.13.01.06. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1317>. Acesso em: 8 fev. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar: Revista de*

Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.5020/23172150.2012.779-818>. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433>. Acesso em: 8 fev. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i3.48534>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/48534>. Acesso em: 8 fev. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento: Plataforma de Cairo, 1994. In: FROSSARD, Heloisa (org.). *Instrumentos internacionais de direitos das mulheres*. Brasília, DF: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006. p. 33-137. (Série Documentos). Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/SPM_instrumentosinternacionaisdireitosdasmulheres.pdf. Acesso em: 8 fev. 2022.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco. El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 171-186, jul./set. 2007. DOI: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v7i29.351>. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/351>. Acesso em: 8 fev. 2022.

SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. Os direitos de personalidade e os limites à intervenção ao próprio corpo. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, [Lisboa], ano 2, n. 3, p. 1-36, 2016. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/3/2016_03_0001_0036.pdf. Acesso em: 8 fev. 2022.

SILVA, Suzana Gonçalves Lima e; SILVA, Rosângela Aparecida. A democratização da família: substituição da hierarquia familiar pela paridade nas relações conjugais e suas implicações para a família brasileira contemporânea. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, [Santa Maria, RS], v. 8, n. 2, p. 462-487, 2013. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369410842>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/10842>. Acesso em: 8 fev. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. (Teoria & Direito Público).

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. Responsabilidade civil & consentimento informado. *Revista Jurídica Cesumar*, [Maringá], v. 8, n. 2, p. 533-568, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/895>. Acesso em: 8 fev. 2022.

VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3. ed. Brasília, DF: UNFPA, 2009. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf. Acesso em: 8 fev. 2022.