

1 INTRODUÇÃO

A instituição familiar sofreu profundas mudanças em sua função, natureza, composição e concepção no decorrer dos anos em razão da evolução da sociedade. No entanto, em determinadas situações familiares, o Estado necessita intervir para assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 226 a família como base da sociedade e a proteção estatal a essa instituição. O Estado social interfere na vida privada regulando condutas com o objetivo de proteger a família, porém o que se pretende discutir no presente momento é acerca da legitimidade da intervenção do Estado no direito familiar. Dedicando-se a compreender até que ponto a intervenção estatal é justificável.

Portanto, o presente trabalho dedica-se a fazer uma análise sobre a intervenção estatal na entidade familiar, compreendendo até que ponto o Estado pode intervir na família. Para tanto, tem como intento aferir acerca da esterilização forçada e o instituto da intervenção mínima do Estado, bem como a lei n° 9.263 de 12 de janeiro de 1996, que regula o §7° do artigo 226 da Constituição Federal, no âmbito do poder familiar.

Sendo também analisado como os direitos fundamentais se apresentam no âmbito familiar e, ainda, verificar as regras inerentes à limitação da intervenção do Estado na família para fazer valer a eficácia destes direitos.

Surgindo daí a necessidade e a importância da presente problemática, com o escopo de verificar se a esterilização forçada fere o direito fundamental previsto no artigo 226, §7° da Constituição Federal.

O problema base tem como objetivo analisar se a esterilização forçada preceitua-se violação ao dispositivo do artigo 226, parágrafo 7° da Constituição Federal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, onde sendo o planejamento familiar livre decisão do casal, seria vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privada, ou, noutro ponto, se há esterilização desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, não preceitua violação a tal dispositivo da Constituição Federal.

Com base nisso, o presente estudo apresenta a discussão sobre qual o limite do Estado quanto à possibilidade de interferir na formação da família. É notável a relevância do tema em vários pontos. Quanto ao aspecto social, percebe-se que o tema escolhido não é apenas

importante para a área acadêmica, mas também é de grande valia para a sociedade em geral, visto que é certo que cada cidadão é membro de algum grupo familiar e se cada vez mais as pessoas conhecerem seus direitos e limitações em relação ao Estado, haverá mais harmonia e bom senso nas relações entre eles. Ainda, sem dúvidas o próprio Estado deve conhecer seus limites.

Com relação ao aspecto acadêmico, além de aprender profundamente sobre a intervenção estatal no âmbito familiar e também descobrir quando de fato ela se justifica.

Assim sendo, o estudo tem como objetivo analisar acerca da ilegalidade/legalidade da esterilização forçada, sendo a família um direito fundamental no âmbito do planejamento familiar, bem como buscando compreender qual o limite do Estado quanto à possibilidade de interferir na formação da família e, onde e até que ponto é justificável tal intervenção no poder familiar.

Por tal razão, a metodologia utilizada será a dedutiva, onde será realizada pesquisa através da técnica de revisão bibliográfica e documental em livros, artigos científicos, sites especializados e na jurisprudência dos tribunais superiores, bem como, estudo de caso sobre, Janaina Aparecida Quirino, submetida à esterilização forçada, de forma coercitiva, sem a devida garantia constitucional, tendo com instruiu a análise da legislação constitucional e, a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática no sentido de solucionar o problema apresentado.

O presente trabalho se divide em três capítulos. O primeiro capítulo aborda a proteção constitucional à família e as regras gerais sobre as limitações previstas para as práticas intervencionistas. Em seguida, são analisados direitos fundamentais no âmbito familiar e, a eficácia dos direitos fundamentais na família, verificando o conceito destes e a eficácia desses importantes direitos na seara familiar, tendo como finalidade principal demonstrar a sua importância no cenário jurídico brasileiro, salientando os deveres positivos e negativos que, o reconhecimento desses direitos fundamentais, traz para o Estado, e de que forma ele deve efetivá-los.

No capítulo seguinte, aborda o planejamento familiar, o papel do Estado no planejamento familiar, os limites da intervenção do Estado no poder da família, bem como tutela estatal à família, a intervenção do estado na família, o princípio da mínima intervenção estatal na família, delineando o que se entende por direito de família mínimo, além de verificar-se a autonomia privada no âmbito familiar, a aplicabilidade contemporânea do direito de família mínimo, tudo com o intuito de apurar o que justifica a intervenção estatal na família, no caso da ocorrência da esterilização forçada.

Por fim, no terceiro capítulo, analisa se há ilegalidade na imposição de esterilização forçada pelo estado no caso concreto, em virtude da esterilização forçada acerca do caso de Janaina Aparecida Quirino, em que o promotor da comarca de Mococa, no interior de São Paulo, ajuizou uma ação civil pública pedindo a esterilização à força de Janaina, considerando que já tinha 5 filhos, e que 3 foram adotados e um quarto estaria em processo de adoção, enquanto um estaria em abrigo, o que "não havia dúvidas de que somente a realização de laqueadura tubária na requerida será eficaz para salvaguardar a sua vida", pois tratava-se de uma pessoa dependente química e presa a sete meses por tráfico de drogas, o que foi acatado pelo juiz da comarca Mococa - São Paulo. Em que Resultou, na esterilização forçada de Janaina, de forma coercitiva, sem a devida garantia constitucional que lhe é assegurada.

Assim, portanto, o terceiro e último capítulo busca abordar se há ou não inobservância aos direitos fundamentais, dentre eles o direito ao planejamento familiar, ao princípio da dignidade da pessoa humana, e à liberdade ao condicionar o uso do próprio corpo à autorização do Estado ou de terceiros quanto à intervenção do Estado impondo a esterilização forçada como no caso em estudo.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À FAMÍLIA

Sabe-se que a Constituição de 1824 trazia o rol de “família” exclusivo à família imperial, no qual importava na organização da forma de governo, como forma de transmissão hereditária do Poder Imperial. Assim, na época do liberalismo não se admitia intervenção do Estado. A referida Constituição fixava as regras de sucessão do poder que era feita através da dinastia, tutelava a família imperial enquanto dinastia: poder hereditário e vitalício (OLIVEIRA, 2002, p. 32).

Segundo Bonavides (2003, p. 364) a constituição de 1891 foi: "O advento da República, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história. Mudou-se o eixo dos valores e princípios de organização formal do poder".

Portanto, com a nova constituição extinguíam-se os vínculos de ligação com o império, no qual fora destituído os títulos de nobreza e a separação expressa do Estado com a Igreja, surgindo desta forma o instituto familiar casamento, regulado no dispositivo do artigo 72, §4º.

Nessa Constituição constituía a prevalência da família patriarcal e o direito à cidadania era concedido exclusivamente à pessoa do sexo masculino (OLIVEIRA, 2002, p. 36).

Entretanto a Constituição de 1981 foi à regência para elaboração do Código Civil de 1916, Lei 3.701, de 01.01.1916, que regulou questões familiares, constituída exclusivamente pelo casamento.

O código Civil de 1916, em seu artigo 233, dispunha que "o marido é o chefe da sociedade conjugal", atribuindo-lhe formal e solenemente a função de cabeça do casal, com poderes para comandar e representar a família. Além do mais, nessa época, a mulher era considerada como relativamente incapaz, submissa, ao poder marital (COMEL, 2003, p. 26).

No entanto, percebe-se que não houve rompimento dos princípios e fundamentos do Direito Canônico em relação ao casamento no Direito Civil legislado. Não havia o reconhecimento de efeitos pelo Estado ao matrimônio religioso, mas toda solenidade de impedimentos, habilitação e celebração foi mantida.

Na Constituição de 1934 surgiram as primeiras menções de proteção à família, dedicando-se um Título à Família, no entanto, essa proteção limitava-se à união matrimonial indissolúvel, reconciliando o texto constitucional com a religião, ao prever o reconhecimento

do casamento religioso. A família protegida era a constituída pelo casamento e os filhos oriundos deste.

Assim, foi instituído o Estado Novo e outorgada a Constituição de 1937, pelo golpe de Estado de Getúlio Vargas, impondo um novo texto constitucional, onde houve pequenas alterações, como a retirada da possibilidade de efeitos civis aos casamentos religiosos, sendo o assunto Família tratado nos artigos 124 a 127, permanecendo desta forma à disposição de que a família seria constituída pelo casamento indissolúvel e estaria sob a proteção do Estado.

A regência da Constituição de 1946 trouxe o chamado "Estatuto da Mulher Casada". A referida lei trazia características patriarcais, como a direção da sociedade conjugal exercida pelo homem, amenizando a situação da mulher casada, conferindo parcial independência em seus atos.

Do teor do texto da Constituição de 1946, em relação à família, tratava da proteção à família então reconhecida como legítima, ou seja, aquela formada pelo casamento celebrado de acordo com a exigência de norma constitucional (OLIVEIRA, 2002, p.62).

No final dos anos 70 começou a redemocratização do país brasileiro, o qual em 05 de outubro de 1988 foi promulgado a nova Constituição Federal do Brasil, incluindo-se a proteção familiar.

Portanto, o Capítulo VII, do Título VIII, da Constituição Federal de 1988, seguiu a tendência da democratização, igualdade, dignidade, pluralismo, abertura e ausência de discriminação, o art. 226 mudou o perfil da família constitucionalmente protegida.

Conforme a Constituição Federal (BRASIL, 2018), no caput do artigo 226, estabeleceu:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 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.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A norma que regula a proteção à família na Constituição de 1988 é, garantida, no caput do art. 226, a proteção à família como base da sociedade, sem delimitar a qual família, tampouco, definir o que é família.

Sendo assim, a família reconhecida como base da sociedade e recebendo a proteção do Estado, nos termos dos artigos 226 e seguintes.

Assim, a família como formação social, na visão de Perlingieri (2002), é garantida pela Constituição não por ser portadora de um direito superior ou superindividual, mas por ser o local ou instituição onde se forma a pessoa humana.

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contradição aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, às relações afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.

A família teve o reconhecimento do legislador constituinte como base da sociedade, e a sua importância na formação das pessoas, tendo todo o aparato jurídico estatal, formado por normas e princípios.

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é à base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

Engels (1979) ressalta a importância da família na estrutura da sociedade, pois ela é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema. Portanto, a entidade familiar é protegida pelo estado.

Assim, tem-se que a Constituição Federal é norma hierárquica superior, devendo todos os demais diplomas normativos observar e prestar-lhe a devida obediência, tanto em caráter formal quanto no material, sob pena de resultar em uma inconstitucionalidade caso este vá de encontro ao que preleciona a Constituição. Neste mesmo sentido, é que a Constituição passou a disciplinar sobre as questões relacionadas à organização familiar e a dar total atenção a este ente ao separar um Capítulo sobre a família (art. 226 a 230). Onde, nesse caso em específico, vale ressaltar o art. 226, que trata de forma específica do princípio da proteção integral a família. Desse modo, é de suma importância que as normas e regras do Direito das Famílias estejam dispostas constitucionalmente. Coadunando com este pensamento, Rodrigo Pereira da

Cunha (2004) destaca ser importantíssimo elencar tais princípios vitais e fundamentais do Direito das Famílias. Onde sem estes, não seria possível a aplicação de um direito voltado ao ideal de justiça, com isto, fazendo reluzir um cristalino espírito de ordem civil, ou seja, de um Direito Civil-Constitucional.

2.1 As Regras Gerais Sobre as Limitações Previstas às Práticas Intervencionistas

Para Dias (2009), o direito é a mais eficaz forma de organização da sociedade. Cabendo ao Estado às questões concernentes à organização da vida em sociedade e com o intuito de proteger os indivíduos. Onde para isso, deve intervir para coibir excessos e impedir que haja conflito de interesses. Assim sendo, a interferência estatal nos elos da afetividade é o que leva o legislador a lhe dedicar um ramo específico do direito, uma vez que, a família é o primeiro agente de socialização do ser humano. O direito de família, por abranger a todos os cidadãos, mostra-se como um recorte da própria vida privada, colocando-se detentor de grandes expectativas e sujeito às inúmeras crítica e intervenções. Com a evolução da sociedade, as constantes transformações sofridas na realidade familiar. Mas este deve buscar constantemente a atualização normativa, com observância de que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Conforme relata Maia (2010), a família possui uma estrutura de caráter público como relação privada, pois entende o indivíduo tanto como integrante do vínculo familiar, como também participe de um contexto social. E ainda, o direito de família toma como importância atual no conúbio familiar o desenvolvimento do afeto, da ética, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, como sendo estes os elementos estruturais precípuos da família contemporânea.

Ainda Maia (2010), ressalta, quando se fala em limitações as práticas intervencionistas do Estado à família, sabe-se que o Estado nada mais é que a união dos interesses de todos os indivíduos outorgadas a ele que os representaria e os protegeria de certo, os interesses individuais são divergentes, sendo o Estado representante da vontade geral e legítimo para dirimir estes conflitos por intermédio da intervenção direta ou concedendo instrumentos para que os próprios cidadãos os façam da maneira que melhor os convierem, interferindo somente em situações extremas, última *ratio*.

O Estado adota posições radicais sob a égide de estar defendendo a precípua função da sociedade, que é a preservação da espécie por meio da cooperação e de uma vida pacífica,

mas gera, em contrapartida mais insegurança, anomias, insatisfação e maiores possibilidades da promoção da injustiça.

É indispensável que o Estado atue quando de seus ofícios precípuos, sob pena da dissolução do Estado Social e retorno ao estado natural do ser humano. Mesmo em um Estado radicalmente minimalista, a inexistência de intervenção é inaplicável.

A parte central familiar é, certamente, o meio mais delicado e polêmico da intervenção ou abstenção estatal. A família é um ambiente íntimo, privado, ambiente onde as relações, em regra, são informais e afetuosas, lugar onde decorre a transmissão de costumes hereditários e faz-se cumpri-los.

Os costumes e tradições familiares, não raras às vezes, vão de encontro com as ideologias estatais, e por vezes, até contra a própria legislação positivada. Então, verifica-se a fragilidade da questão. É cerceador de liberdade e prejudicial à saúde social que o Estado interfira dentro do âmbito familiar, aplicando direcionamentos ou incluindo ou excluindo costumes e tradições, redundando na perda de identidade de um povo.

2.2 Direitos Fundamentais no Âmbito Familiar

Os direitos fundamentais constituem o alicerce de uma sociedade justa. Possibilitando que as diferenças entre os cidadãos não seja tão preocupante. Denominam-se fundamentais porque são essenciais a uma vida digna. Essencialidade esta que muda de acordo com a sociedade em que se encontra.

Portanto Dantas (2014) diz que, a entidade familiar, como base na sociedade brasileira, recebe proteção estatal e tal previsão consta na Lei Maior de 1988, em seu artigo 226, o qual tem a seguinte redação em seu caput: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Sendo assim, as normas que tratam de Direito de Família devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal.

Seguindo a mesma linha de pensamento Dantas (2014), ressalta que, não se pode deixar de mencionar que os direitos e garantias fundamentais não podem ser objetos de emenda à Constituição, ou seja, são consideradas cláusulas pétreas, de acordo com o artigo 60, §4º, da Carta Magna. Tal ocorrência traduz-se na tentativa do legislador de proteger os cidadãos, impondo limites ao Estado.

Aduz Dias (2015), estipulados como base para as demais disciplinas jurídicas, os direitos fundamentais devem ser respeitados em todas as áreas, principalmente no âmbito

familiar. Pode-se então dizer que os citados direitos servem de norte para todas as situações, visto que, diante da característica da irrenunciabilidade, nenhum indivíduo pode abdicar de seus direitos fundamentais.

Assim, quando falasse em direitos fundamentais na seara do direito de família, exercem o papel de grande influência, em virtude de estarem intimamente relacionados às pessoas, que sempre, e de alguma forma, estão vinculadas a uma família.

A família passou por uma grande transformação social, e hoje o que se nota é a valorização da afetividade e da solidariedade. Conforme assevera SILVA (2002, p.451): Implica uma comunidade de relações e aspirações solidárias, a família do século XXI está muito longe da família hierarquizada e patriarcal que inspirou o Código Civil de 1916.

Nas palavras de Cardoso (2013), isso se deve ao fato de que sendo a família uma entidade geradora de deveres recíprocos entre os seus membros, diminui-se do Estado o encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão, bastando atentar, que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e, finalmente, ao Estado (CF/88 art. 227), o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação. (CARDOSO, 2013).

A prova dessa materialização está elencada no texto da Constituição Federal de 1988, que dedica um capítulo à família, e preocupa-se em estabelecer direitos e deveres no âmbito familiar, consubstanciada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da solidariedade, conforme assevera o artigo 226 da Constituição Federal.

Portanto, o Direito de Família tem de ser analisado sob o prisma da Constituição Federal. Assim, tal circunstância traz uma nova dimensão de tratamento dessa disciplina, e o objetivo maior dessa nova forma de análise é proteger por completo os direitos da pessoa humana, a partir da sua origem, conquanto não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais atuação do que o Direito de Família. (CARDOSO, 2013).

Assim, o Direito de Família não se limita ao âmbito do Direito Civil, possuindo como fonte a Constituição Federal e seus princípios. Dentre estes princípios é importante frisar o Princípio da Solidariedade e a Dignidade da Pessoa Humana, possuindo a família relação direta com a concretização dos Direitos Fundamentais explícitos ou não na Constituição Federal. Sem adentrar profundamente no tema, por se tratar de caso polêmico e de vasta extensão, pode-se frisar que o reconhecimento de direitos fundamentais é garantido antes do nascimento. O ponto que se traz aqui não é a discussão acerca da existência ou não de personalidade jurídica do nascituro, mas unicamente sobre o direito fundamental à vida

humana, conforme enfatiza nossa Constituição. A vida humana existe antes mesmo do nascimento, não importa o estágio de sua evolução.

Assim a Constituição Federal não traz distinção entre a vida humana em extra-uterina e uterina. Desta forma, as garantias à pessoa humana previstas na Constituição devem ser garantidas também ao nascituro. Conforme assevera Cardoso (2013): Com toda energia, o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto máximo da discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares, este, aliás, um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, não apenas no sentido patrimonial, mas também no sentido afetivo e psicológico, pois da mesma forma que a carta constitucional assegurou a igualdade absoluta entre filhos, também o fez em relação entre homens e mulheres no que se refere à sociedade formada pelo casamento ou pela união estável. Não se fala mais em supremacia da figura paterna no âmbito familiar. Também não se fala mais em filhos legítimos e filhos ilegítimos. E, ainda, não se tem mais no casamento a ideia básica para a constituição da família.

Por outro lado vale frisar que Constituição Federal de 1988, incentiva a paternidade responsável e o planejamento familiar, devendo o estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privados (art. 226, § 7º, da CF/88), e, para, além disso, o Estado deve assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integra, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8º, da CF/88). (CARDOSO, 2013).

Se por um lado a Constituição Federal procura incentivar a paternidade responsável, bem como o planejamento familiar é certo que o texto constitucional de forma alguma incentiva a interferência estatal no âmbito das liberdades individuais. Ao contrário, novas formas de instituições familiares se formam e se transformam, devendo ser não apenas respeitadas, mas protegidas.

Dito isso, fica clara a expansão da ideia de família, e a estreita relação dessa instituição com a plena realização do ser humano e dos Direitos Fundamentais. A família, embora dramaticamente transformada em sua estrutura, continua a ser instituição basilar às formações sociais.

Assim, fica clara a interferência do Direito Constitucional no Direito de Família atual, não sendo possível dissociá-los. À medida que se ampliam as possibilidades de tipos de instituições familiares, torna-se evidente a importância desse instituto na formação da pessoa

humana e de sua dignidade, pois independentemente das diferenças todos buscam na família um porto seguro de identificação e realização.

2.3 A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Família

No que se refere à eficácia dos direitos fundamentais, a regra geral é que eles possuem eficácia vertical e se traduz nos deveres do Estado e nos direitos das pessoas.

Como é fácil perceber, o traço que une todas aquelas categorias de direitos fundamentais é o fato de que são relações jurídicas verticais, em que uma das partes é o Estado, ou seja, o ente que tem o dever de observar os preceitos, expressa ou implicitamente, fixados pela Constituição, e a outra é o particular, quer seja encarado como indivíduo quer como membro de uma coletividade, seja uma pessoa natural seja uma pessoa jurídica, e que figura como o beneficiário daqueles direitos. (DANTAS, 2014, p. 285).

Em síntese, pode-se dizer que o Poder Público tem o dever de não interferir na vida privada, respeitando seus limites. Todavia, em certas situações, deve atuar para garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Sendo assim, na eficácia vertical uma das partes é o Estado e este deve agir em alguns casos e em outros deve se abster para fazer valer os preceitos expostos na Constituição Federal.

Por outro lado, também existe a eficácia horizontal e esta por sua vez explica que os direitos fundamentais também podem ser aplicados entre particulares. Para ilustrar: quando uma associação quiser excluir algum dos seus membros deve ser assegurado o direito à ampla defesa. A doutrina aborda o tema da seguinte forma:

Atualmente, contudo, fundamentada no princípio da máxima efetividade, parte expressiva da doutrina e da jurisprudência vem defendendo que a observância dos direitos fundamentais deve ter sua aplicabilidade estendida às relações horizontais, entre particulares. (DANTAS, 2014, p. 287).

Importante é a observação feita por Alves (2010, p. 88) no sentido de que:

[...] nota-se pela própria organização da Constituição Federal de 1988 que há diversos direitos fundamentais ali consagrados que são automaticamente ou diretamente aplicáveis ao âmbito particular, a exemplo dos direitos à indenização por violação à vida privada, honra e à imagem (artigo 5º, inciso X), à inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, XI), ao sigilo de correspondência (artigo 5º, inciso XII) e os direitos trabalhistas previstos no artigo 7º. Aliás, seguindo essa corrente de pensamento, não há dúvidas de que o artigo 5º, § 1º, da Carta Magna Federal permite a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em todas as esferas, inclusive na esfera privada.

Com a explicação acima fica fácil perceber a atuação dos direitos fundamentais no âmbito privado, assim como também é notável que a aplicação de muitos deles ocorra sem a interferência ou regulamentação de outro dispositivo legal.

Nota-se que cada vez mais o aplicador do direito está baseando suas decisões com base nos direitos fundamentais, o que comprova que jamais esses direitos devem ser ignorados. Sendo assim, “a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se daria por meio do legislador, que deveria prestar irrestrita obediência aos comandos constitucionais referentes aos direitos fundamentais” (ALVES, 2010, p. 87).

Tais direitos são divididos em três gerações, em suma, pode-se afirmar que nos direitos da primeira geração espera-se que o Estado permaneça inerte, já nos da segunda geração aguarda-se que o Poder Público atue na garantia dos direitos fundamentais, e, nos de terceira geração, há uma tutela estatal aos direitos de titularidade difusa.

Depois das considerações feitas a respeito das gerações nota-se que os direitos fundamentais que norteiam o núcleo familiar encaixam-se na primeira geração, visto que, em regra, o Estado deve intervir minimamente na família, considerando a autonomia que os membros dessa entidade possuem. Vale ressaltar aqui que há casos em que se justifica a intervenção estatal no âmbito familiar, porém tal assunto será abordado mais à frente.

No próximo capítulo procura-se, demonstrar o papel do planejamento familiar, com objetivo de evidenciar o papel do Estado nessa seara, e, por conseguinte busca compreender acerca do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares, em que ponto ou até que ponto é justificável tal intervenção, tendo em vista que o planejamento familiar trata-se de uma entidade de autonomia privada, assegurada pela Constituição Federal Brasileira.

3 O PAPEL DO ESTADO DENTRO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

É pautado o planejamento familiar sendo a forma ideal para a paternidade responsável, garantindo o momento de terem ou não seus filhos, garantindo que o poder familiar seja realizado com responsabilidade, sendo fundamental para o Estado.

Portanto, percebe-se que a garantia do livre exercício desse direito constitucionalmente protegido é essencial, pois, não planejamento gera um grave problema social, econômico e de saúde pública.

O planejamento familiar passou a ser defendido no Brasil dentro do contexto de proteção à saúde da mulher a partir dos anos 80, passando a ter maior direito de escolha no planejamento familiar. Surgindo, desta forma, os mais diversos programas com o intuito de proteger a mulher em todos os sentidos, tanto conceutivo, quanto contraceptivo, a exemplo do PAISM (Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher), lançado nacionalmente em 1983. Passando a serem realizadas ações preventivas e atividades relacionadas ao livre planejamento familiar, através da expansão ao acesso da população aos meios contraceptivos, todavia, com informação e conscientização, proporcionando a livre escolha. (COSTA; ROSADO; FLORÊNCIO; CHAVIER, 2013, p. 78/79).

Assim, após a democratização, o Brasil elaborou a nova constituição brasileira, que previu, em seu artigo 226, §7º, o planejamento familiar sendo livre direito do casal, e para regulamentar tal dispositivo a disposição da constituição, foi promulgada a Lei de Planejamento Familiar (Lei n. 9.263/96).

A partir daí o planejamento familiar foi entendido como um direito de todos, implantando o governo Políticas Nacionais de Direitos Sexuais e Reprodutivos de 2005, tendo como objetivo fornecer métodos anticoncepcionais reversíveis pelo SUS, ampliando acesso a esterilização cirúrgica, além da Política Nacional de Planejamento Familiar (ALVES, 2010, p.4). Restando, compreendido que o planejamento familiar virou questão de preocupação pública e governamental.

A Constituição Federal dispôs, no artigo art. 226, §7º que:

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.

Diante do disposto na Constituição, a Lei n° 9.263/96 promulgou acerca do planejamento familiar, assegurando ao casal o direito de organizar-se em família e planejarem de maneira livre, não podendo o Estado estabelecer limites ou condições no processo de decisão, limitação e aumento da prole, uma vez que essas decisões encontram-se dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

Cabe ressaltar, à Ação Direita de Inconstitucionalidade 5097, que teve como relator Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep), trouxe o conceito do que seria o planejamento familiar.

Inicialmente cumpre salientar que apesar do texto constitucional adotar o termo “planejamento familiar”, fala-se atualmente em planejamento “reprodutivo”, uma vez que pode ser exercido fora do contexto da família, ou seja, a decisão poderá ser tomada pelo indivíduo no sentido de não ter filhos e de não constituir uma família. Ademais, o termo é mais amplo e pode abranger agrupamentos de pessoas que não necessariamente sejam definidas como família. O planejamento reprodutivo pode ser definido como conjunto de ações de regulação da fecundidade, que possibilite o livre exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Ele é orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso ao igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para que a mulher, o homem ou o casal exerçam de forma livre o seu direito de escolher se terão ou não filhos, e quantos filhos terão.

Desta forma, restou demonstrado que o conjunto de fatores do planejamento familiar está elencado na forma em que o homem e a mulher devem decidir livremente acerca de ter ou não filhos, e, constituir família, o ato entre as gestações e os métodos contraceptivos que desejam utilizar, controlando desta forma o controle de fecundidade, com métodos contraceptivos cientificamente aceitos.

No entanto, quando se fala de gestações indesejadas, o planejamento familiar não engloba apenas métodos contraceptivos, todavia inclui ações que volta para a concepção, no qual os casais que desejam ter filhos, e que estão inábeis de alguma forma ou inférteis, devendo estes ser tratado da mesma forma que um casal fértil (MOURA; SILVA; GALVÃO, 2007, p.8).

Portanto, diante da formação da família, dentre aqueles que tenham capacidade de reprodução comprometida, o Estado tem o dever de facilitar tal formação, o qual deve ser garantido o acesso às técnicas de reprodução médica, dentre o sistema público e privado, entendendo do que for necessário para o tratamento de fertilidade.

Ademais, o Estado tem o dever negativo de não interferir nas decisões dos particulares, promovendo ações para propagação de informações, instruções e tratamentos

acerca de métodos de fecundidade, para que assim, os indivíduos possam exercer o direito de escolha e efetivo o planejamento familiar (CHAVES, ROSENVALD, 2013, p. 657).

À vista disso, o planejamento familiar tem como finalidade evitar que famílias venham se formar indesejadamente, sem qualquer condição de sustento e manutenção, facilitando a formação da família (CHAVES, ROSENVALD, 2013, p. 135).

Assim, percebe-se que o Estado diante da regulamentação do planejamento familiar, dar aos indivíduos a possibilidade nas suas relações familiares se autorregularem, efetivando princípios constitucionais, tais como o da paternidade responsável.

Diante do planejamento familiar, frisa ressaltar acerca da Conferência das Nações Unidas, onde aconteceu em Cairo/1994, que estabeleceu metas a serem alcançadas até 2015, estabelecendo garantia universal e serviços de saúde reprodutiva, bem como acerca do planejamento familiar, prevendo em um dos mais importantes documento, em seu princípio 8, o que segue:

Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer.

Nesse seguimento, a Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, em sua declaração, adotou em 1995, no princípio 96:

[...] A igualdade entre mulheres e homens no que concerne à sexualidade e à procriação, compreendido o respeito total da integridade da pessoa, exige o respeito mútuo, o consentimento e a partilha da responsabilidade dos comportamentos sexuais e de suas consequências.

Desta forma, o planejamento familiar restou demonstrado que está fundado nos direitos humanos internacionalmente reconhecidos como o direito à vida, direito à informação, direito à igualdade, haja vista a proteção do estado, o que significa que o estado tem obrigação de proteger, respeitar e efetivar o direito dos cidadãos.

Cabe ressaltar que, o direito ao livre planejamento familiar (art. 266, §7º), foi positivado pela Constituição Federal, previsão esta disposta no texto constitucional em que o legislador preocupado em regulamentar e complementar o quanto disposto na CF/88 e, dado a preocupação infraconstitucional acerca do disposto, aprovou a Lei nº 9.263/96, que avançou

ao tema dos direitos sexuais e reprodutivos, regulando a esterilização cirúrgica, onde era considerando lesão corporal de natureza grave.

A lei teve como objetivo principal garantir o direito a todos acerca do livre exercício do planejamento familiar, tornando específicos aos casos de esterilização voluntária permitida, garantido a reprodução de forma segura, onde o estado tem o dever de depreender mecanismos de fiscalização e estabelecer normas de funcionamento (BARBOSA, p. 4, 20).

No mais, a lei em comento, em seu art. 1º, traz ao leitor o planejamento familiar sendo um direito de todo cidadão e, mais à frente em seu dispositivo do art. 2º, institui o direito como um conjunto de ações de regulamentação de fecundidade, garantindo direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou casal, deixando claro que o direito vem acompanhado do direito à saúde reprodutiva, e a não reprodução, controle de fecundidade, maternidade, paternidade responsável, filiação e dentre outros.

Portanto, o planejamento familiar inclui os direitos sexuais e reprodutivos nos regulamentos dispostos, ter filhos, planejar uma família e o espaçamento concebidos, percebe-se, assim, o simples direito à escolha e o direito à procriação, o que são direitos correlatos e complementar em certos momentos, não podendo afirmar que apenas é permitido manter relações sexuais com intuito de reproduzir.

Mattar (2008, p. 2), aduz que os direitos reprodutivos “referem-se, resumidamente, ao direito de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos”, cabendo ao Estado garantir ao cidadão técnicas contraceptivas, como anticoncepcionais e esterilização voluntária, bem como as conceptivas.

Cabe frisar, diante da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, os direitos reprodutivos não podem ser efetivados sem a saúde reprodutiva, como se vê:

A saúde reprodutiva é um e completo bem-estar físico, mental e social, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e as suas funções e processos, e não de mera ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo autonomia para se reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes devem fazê-lo. Está implícito nesta última condição o direito de homens e mulheres de serem informados e de terem acesso aos métodos eficientes, seguros, aceitáveis e financeiramente compatíveis de planejamento familiar, assim como a outros métodos de regulação de fecundidade a sua escolha e que não contrariem a Lei, bem como o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que propiciem às mulheres as condições de passar em segurança pela gestação e parto, proporcionando aos casais uma chance melhor de ter um filho sadio. (1995, anexo, cap. VII, par. 7.2).

Assim, os direitos sexuais envolvem um dever negativo do Estado de não se envolver na escolha do sujeito de exercer a sua sexualidade, todavia, envolve também uma prestação positiva de garantir o seu exercício (MATTAR, 2008, p. 76).

3.1 Do Planejamento Familiar e da Intervenção do Estado

O dispositivo do art. 4º da Lei nº 9.263/96 estabelece que “o planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário à informação, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”.

Rodrigues (2013, p. 1), afirma que cabe ao Estado promover políticas públicas:

[...] de reprodução humana que estejam alinhadas como o conjunto de direitos fundamentais titularizados pelos indivíduos. O princípio da dignidade humana, vetor por que passa a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, e que coloca o ser humano como eixo epistemológico do ordenamento jurídico, impõe a tutela do Estado de maneira promocional, restando vedada sua intervenção e dos demais particulares no espaço familiar, verdadeira reserva de intimidade e liberdade dos indivíduos na busca pelo desenvolvimento de sua personalidade.

Ramos (2013, p.12), ressalta que o exercício do planejamento familiar engloba a saúde, em especial reprodutiva e sexual, sendo esse direito reconhecido na Constituição Federal, conforme o artigo 226, §7º, tendo como obrigação o Estado assegurá-los.

Assim, inegável é que, para realização do exercício do planejamento familiar, depende fundamentalmente de ações do estado, que deve garantir a saúde, assegurar recursos educacionais e científicos para o exercício, seja para concepção ou contracepção.

Porém, quando se fala em contracepção, sendo este uma espécie de controle no âmbito familiar acerca do número de filhos desejados, vem esta ideia de encontro com o planejamento familiar. Todavia, em sentido positivo, garante às mulheres com dificuldade de procriarem, a propiciação de recursos, inclusive os científicos e médicos necessários para a concepção. (SEGALLA; SILVEIRA, 2009, p. 1376/1377).

Com base nisso, o art. 227, §7º da Constituição Federal prevê que o planejamento familiar é decisão do casal, cabendo ao Estado possibilitar o acesso a recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Cabe ressaltar, que o Estado tem o dever estatal de garantir métodos anticoncepcionais e todas as informações para fins de evitar a concepção, devendo a garantia ao cidadão o

acesso aos métodos de reprodução assistida, tendo o planejamento familiar o papel de garantir a livre formação da família, seja através de concepção ou da contracepção.

Sendo o planejamento familiar um direito consagrado constitucionalmente, e estando todas as questões referentes à inseminação artificial e à engenharia genética abrangidas no conceito levantado por este princípio, pode-se dizer que o planejamento familiar, como princípio constitucional, reveste-se não só de um cunho negativo (um não fazer do Estado), mas também de uma visão positiva, haja vista que, sendo o direito à saúde sexual (bem como à reprodução) revestido de caráter fundamental, deve o Estado tratar os distúrbios de função reprodutora como problema de saúde pública, garantindo acesso a tratamento de esterilidade e reprodução assistida. (QUARANTA, 2010, p.2)

Frisa-se que, diante do planejamento familiar e da concretização da liberdade intrínseca ligada à autonomia privada, é vedado qualquer intervenção estatal ou por parte de instituições privadas no planejamento (art. 226, §7º da Constituição Federal), deixando claro que a decisão é privada e íntima de quem o está realizando, desde que, respeite os direitos e não cometa ilícito.

Diante disso, compete ao Estado uma sequência de deveres positivos e negativos:

O direito ao planejamento familiar é garantido em termos positivos e negativos a dimensão positiva aponta para as dimensões prestacionais informação, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas. A dimensão negativa traduz--sena garantia da liberdade individual, salientando-se, sobretudo as capacidades cognitivas e a capacidade para a autodeterminação. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 858).

Em síntese, quando se fala nas obrigações positivas do Estado acerca dos direitos reprodutivos, tem o dever de promover a viabilização da informação, todos os métodos de reprodução assistida, meios necessários para realizar a escolha consciente acerca da reprodução, quanto à atuação do Estado de forma negativa, frisa-se, no que diz respeito aos direitos sexuais, não caber regular prática sexual e sim reprimir ações que atenda contra a livre orientação sexual, entrando desta forma no âmbito da autonomia privada, não cabendo à ordem pública interferir na esfera de autorregulação do sujeito.

Quando se fala em direitos negativos traz a ideia de uma obrigação que compreende no não fazer, ou seja, há uma abstenção por parte do estado de não intervir entre a liberdade e autorregulação dos indivíduos.

Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 858) ressaltam que, em relação à dimensão negativa dentro do planejamento familiar, a garantia da liberdade individual tem sobre tudo capacidade cognitiva e capacidade para autodeterminação, não cabendo o Estado definir se o

sujeito vai ou não procriar e, quando isso acontecerá e/ou limitar ou delimitar números de filhos, sendo garantido a todos o livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais.

Desta forma, a realização de políticas públicas para fins de controle é proibida, com base no art. 2º, § único, da Lei nº 9.263/96. No mais, a Constituição Federal, veda expressamente, que instituições oficiais ou privadas, imponham coercitivamente a esterilização, impedindo o livre planejamento familiar, “não devendo vincular direito e acesso aos serviços de planejamento familiar às políticas de controle” (COSTA, 2009, p. 5).

Portanto, via de regra, é inviolável o direito acerca de quantos filhos deseja ter e o espaçamento entre as gravidezes, uma vez que, os direitos reprodutivos trazem para o Estado o dever negativo de não interferir no poder de escolha do indivíduo.

No tocante aos direitos sexuais, “[...] o Estado não deve regular a sexualidade e as práticas sexuais, tendo o dever de coibir práticas discriminatórias que restrinjam o direito à livre orientação sexual”. (JARDIM, 2012, p.3).

Cabe ressaltar, que diante da escolha dos indivíduos, deverá ser livre a forma de estímulo ou desestímulo estatal, devendo o Estado o dever positivo de ser garantidor do livre exercício. No entanto, ainda, cabe o Estado regular práticas e o exercício da sexualidade do sujeito, sendo este ser garantidor à livre orientação sexual e disposição do corpo. Salienta ainda, a vedação da atuação estatal para fins de controle de natalidade/demográfico.

De maneira oposta dos deveres negativos do Estado em relação ao planejamento familiar, os direitos positivos requerem do estado ações e, diante do planejamento familiar aponta para as informações, acesso aos métodos de planejamento, estruturas jurídicas e técnicas (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 858).

Todavia, cabe ao Estado materializar o planejamento familiar, através de políticas públicas a equiparar-se com os direitos fundamentais titularizados por todos os sujeitos de direito, ou seja, sem a intervenção na esfera de liberdade e privacidade dos sujeitos no âmbito familiar.

Na esfera positiva, a atuação do mesmo limita-se a demonstrar acesso a métodos de concepção e contracepção, isto é, acesso aos métodos anticoncepcionais, como esterilização, pílulas, camisinhas e todos aqueles cientificamente aceitos, bem como reprodução assistida, vez que o planejamento familiar tem sua esfera positiva ligada diretamente ao direito de ter filhos e constituir família.

Além disso, o planejamento familiar em seu exercício engloba direitos sexuais e reprodutivos, estando ligado à saúde, devendo o Estado promover assistência pré-natal, durante a gestação e após o parto, bem como meios de preservação e tratamento de doenças,

sexualmente transmissíveis ou não, que venham causar algum tipo de óbice no exercício saudável e regular da concepção e contracepção, conforme positivado no artigo 3º, parágrafo único da Lei nº 9.263/96.

Desta forma, o Estado tem o dever de propagar informações, dispondo métodos contraceptivos, proporcionando políticas públicas e tudo àquilo que for necessário para a manutenção da saúde sexual e reprodutiva, possibilitando ao indivíduo controlar a sua fecundidade de forma digna e realizarem escolhas livres de vício e com consciência.

Diante de tudo anteriormente exposto, verificamos o fato de que o Estado tem uma participação obrigatória no planejamento familiar, devendo sempre respeitar no que se refere aos limites às liberdades concedidas aos entes.

Em primeiro lugar, está previsto na CF/88 e no artigo. 1565, §2º do Código Civil de 2002, a responsabilidade do Estado, em que a lei expressamente determina a tutela e oferece recursos inerentes ao exercício do direito fundamental pelas famílias.

Igualmente, o §2º do art. 1565, CC proíbe qualquer forma de intervenção coercitiva das instituições públicas ou privadas, entretanto, o art. 1513, CC, estabelece que seja defeso ao Estado qualquer intervenção no que diz respeito à comunhão de vida instituída pela família.

Portanto, a legislação é voltada à implementação de políticas públicas de controle de natalidade e da promoção de ações governamentais dotadas de natureza promocional, que garantam a todos o acesso igualitário às informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Acerca do tema em questão, Rizzardo (2006) assevera o seguinte:

[...] desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. “Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros”. (...) Dentro do âmbito da autonomia, inclui-se o planejamento familiar, pelo qual aos pais compete decidir quanto à prole, não havendo limitação à natalidade, embora a falta de condições materiais e mesmo pessoal dos pais. Eis a regra instituída no §2º do art. 1565: ”O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Nesse sentido, doutrinadores entendem que “a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser protetora, nunca invasiva da vida privada”. (VENOSA, 2005, p.26).

Enfim, diante do cenário brasileiro, as grandes dificuldades que passa o estado para tutelar à vida dos seus cidadãos, e diante da liberdade dos indivíduos, se não for harmonizada com outros princípios, poderá correr risco de sobrecarregar ainda mais o estado.

A Constituição Federal é expressa quando se refere à intervenção estatal no que diz respeito à composição do núcleo familiar, trazendo em seu art. 226, § 7º que:

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

[...]

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

Desta forma, constata-se que o legislador, na época, em respeito à importância do núcleo familiar, preocupou-se em impedir que o Estado, de forma coercitiva interviesse em sua formação, desde que os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, além de outros direitos fundamentais por ela assegurados, fossem a todo o momento garantido e resguardado, objetivando a composição de um grupo familiar estruturado.

De fato, diante dos princípios da paternidade responsável e, da dignidade da pessoa humana, o cidadão tem a proposição de compor seu núcleo familiar da forma que melhor lhe pareça, isto é, diante da Constituição Federal e corroborada pelo Código Civil, é um direito à livre composição do núcleo familiar.

Sobre essa obrigação e liberdade, o entendimento doutrinário segue no sentido que:

Ainda que tenha o Estado o dever de regular as relações das pessoas, não pode deixar de respeitar o direito à liberdade e garantir o direito à vida, não só vida como mero substantivo, mas vida de forma adjetivada: vida digna, vida feliz. A norma escrita não tem o dom de aprisionar e conter os desejos, as angústias, as emoções, as realidades e as inquietações do ser humano. (DIAS, 2010, p. 25).

Em vista disso, o Estado fica vedado de qualquer forma de intervenção de forma coercitiva, ficando assim em uma situação de aceitação, devendo aperfeiçoar e alocar seus recursos de forma a atender a todos os grupos familiares que vão surgindo, além daqueles já existentes.

Assim, verifica-se de fato que o Estado tem uma participação obrigatória no direito das famílias, devendo sempre respeitar no que se refere aos limites às liberdades concedidas aos entes familiares.

No entanto, chega-se à conclusão de que deveria sim o ente estatal participar da construção da entidade familiar, pois diante destes conflitos inerentes à prestação dos direitos básicos poderiam ser amenizados, ou até mesmo inexistentes, uma vez que os recursos disponíveis para que fossem observados, evitando assim a origem de um conflito e futuros desconfortos jurídicos.

A Lei nº 9.263/96, conhecida como a Lei do Planejamento Familiar foi criada justamente visando regular o § 7º do art. 226, da CF, estabelecendo formas de concepção e contracepção, sempre de forma optativa ao indivíduo, devendo este manifestar sua vontade ou não de realizar tais procedimentos, respeitando a proibição do intervencionismo.

Com o advento da Constituição Federal, o Estado tem o dever de participar na construção da família. No mais, os direitos são dotados de pesos e contrapesos, não devendo esta liberdade quanto à constituição do núcleo familiar ser tida de forma absoluta e desmedida.

Se por um lado o Estado possui a restrição da interferência de forma direta e coercitiva, não podemos por este fato deixar que o cidadão exerça esse direito de forma inconsequente e desenfreada, pois assim estaríamos caminhando para uma realidade anárquica e desordenada, marcada pelo abuso do exercício de suas faculdades.

3.1.1 Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Poder Familiar

Diante deste princípio da intervenção mínima, levou-se a valorização da autonomia privada, pois, os direitos negativos e positivos do Estado decorrem desse princípio nas relações familiares.

O conceito de família evolui à medida que a sociedade e o homem avançam socialmente, “não sendo admissível, que esteja submetida à ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante [...]. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes”. (CHAVES; ROSEVALD, 2013, p. 41).

Diante da autonomia privada no âmbito da relação familiar, apenas é legítima e justificável a atuação estatal, quando visar proteger os sujeitos de direito, principalmente os vulneráveis, para assegurar garantias mínimas (CHAVES; ROSEVALD, 2013, p. 157).

Assevera Rodrigo da Cunha Pereira (2006, p. 157), “a intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive, ampla manifestação de vontade e de que membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.

Do mesmo modo ensinam Cristiano Farias e Rosenvald (2013, p. 158), a “atuação estatal no âmbito das famílias tem de estar pautada no respeito à dignidade das pessoas, não sendo possível impor condutas atentatórias à liberdade de autodeterminação humana”.

Assim, tendo em vista que a vida privada e seus direitos personalíssimos estão ligados à vontade e a liberdade de autodeterminação de cada indivíduo, ou seja, a autonomia privada é a regra geral no Direito de Família, mas, no entanto cabe a participação do estado, para assegurar direitos e garantias mínimas.

O princípio em questão está diretamente ligado aos deveres em que o estado deve abster se em dizer se o indivíduo irá procriar, limitando ou delimitando o número de filhos, sendo garantido a todos o livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais, posto que as famílias sejam reguladas pela autonomia privada, “o que significa que é ilegítimo e intervenção do Estado quanto à relação familiar, uma vez que, o núcleo familiar pode opor livremente os seus projetos de vida familiar” (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 158).

No entanto, o estado deve intervir para assegurar garantias mínimas, no qual os deveres positivos estatais e o planejamento familiar, apesar de estar entrelaçados ao princípio da intervenção mínima do estado na relação familiar e mesmo sendo uma garantia de autonomia privada, cabe dizer que a não intervenção não é um princípio absoluto.

Por conseguinte, a garantia mínima é o planejamento familiar, garante por meio da informação, promover a saúde física, mental, sexual e reprodutiva, em que os sujeitos realizem suas escolhas de forma livre e consciente, bem como a disponibilização e assistência à escolha e efetivação de métodos de concepção e contracepção, sendo esta realizada pelo Estado sem coação ou intervenção do mesmo ou até mesmo de instituições privadas.

Aduz Pereira (2008), não se pode sobrepor ao interesse particular do membro do núcleo familiar ao interesse da sociedade em tutelar os direitos das famílias. O Estado, no seu intuito protetivo, não deve colocar os supostos interesses coletivos acima dos interesses privados constitucionais dos indivíduos no âmbito familiar.

De acordo com Pereira (2008), a Constituição Federal dispõe em seu artigo 226, caput, que “a família, é base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Onde o papel do Estado é de proteger os direitos do poder familiar, passando desta forma de um “Estado-

interventor" para um "Estado-protetor", o qual a liberdade do indivíduo une-se à família representada para a sociedade e para o Estado:

Ao garantir ao indivíduo a liberdade por intermédio do rol de direitos e garantias contidos no art. 5º, bem como de outros princípios, a Constituição conferiu-lhe a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência, como célula mantenedora de uma sociedade democrática. Isto, sim, é que deve interessar ao Estado. (PEREIRA, 2008, p.183)

Consoante ensinamento de Tartuce e Simão (2012, p. 18), “o princípio em questão, princípio da intervenção mínima do Estado no Direito das Famílias, mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família”.

Desta forma, a autonomia da privada consiste no poder que o indivíduo detém de regulamentar os próprios interesses, sem que o Estado fixe qualquer mecanismo coercitivo que possa impedir tal possibilidade.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 105, 106):

Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família. Embora se reconheça o caráter muitas vezes publicístico das normas de direito de família, não se deve concluir, no entanto que o Estado deva interferir na ambiência familiar [...]. A Intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições próprias a manutenção do núcleo afetivo. Essa tendência vem se acentuando cada vez mais e tem como marco histórico da Declaração Universal do Direito Homem, votada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, quando estabeleceu em seu art. 16.3: A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

Nesse sentido, o Estado, deve atuar como protetor e repressor, a fim de proteger a entidade familiar, assegurando direitos e garantias inerentes a estes, não devendo intervir nas relações familiares. Desta forma, o princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares determina que a intervenção estatal somente se justifique como meio garantidor da realização pessoal dos membros de uma família, devendo o Estado respeitar a autonomia privada e acatá-la como princípio fundamental. (PEREIRA, 2008).

Portanto, o objetivo desse princípio é estabelecer um limite para a intervenção do Estado na instituição familiar, cabendo ao Estado o dever de proteger a família, assegurando os direitos e garantias a eles pertencentes, buscando assim, manter o equilíbrio no ambiente familiar.

4 LEGALIDADE OU ILEGALIDADE NA IMPOSIÇÃO DE ESTERILIZAÇÃO FORÇADA PELO ESTADO – CASO JANAINA APARECIDA QUIRINO

Em 1881, ocorreu o primeiro procedimento cirúrgico de esterilização humana, onde foi realizado pelo médico Luwdgren a primeira laqueadura, durante a parte de cesárea. Após, 30 anos que passou entre a primeira laqueadura realizada, foi realizado nos Estados Unidos, pelo médico Dr. Harry Sharp, a primeira vasectomia, no qual, tais procedimentos eram utilizados para fins eugênicos, ou seja, tinha como objetivo impedir a transferência de moléstias hereditárias, sendo tal finalidade considerada lícita, principalmente em países como Estados Unidos, Espanha, Suíça e Alemanha. Cabe ainda ressaltar, que no país da Alemanha, o procedimento da esterilização eugênica ainda é permitido (HENTZ, 2005, p.1).

Logo, com o passar do tempo, a esterilização eugênica, deixou de ser usada para fins punitivos, funcionando hoje como método de contracepção, ou, de planejamento familiar, sendo um dos métodos contraceptivos mais utilizados no mundo, por ser considerado um direito fundamental do indivíduo ao próprio corpo (HENTZ, 2005, p.2-3).

Semelhante ao exposto acima, Costa (2018), em recurso de apelação do processo de número 10001521-57.2017.8.26.0360, onde foi ajuizado no foro do município de Mococa, no interior de São Paulo, a esterilização forçada de Janaina Aparecida Quirino, onde se tratava de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, alegando que a requerida era hipossuficiente, dependente química e que já tem cinco filhos, requerendo o Ministério Público à esterilização compulsória da mulher, alegando que ela não teria discernimento para avaliar as consequências de uma nova gestação, não tendo ela condições de fornecer cuidados mínimos para os filhos. Requereu ainda, em desfavor do Município, a sua condenação na obrigação de realizar a laqueadura em Janaina Aparecido Quirino, “mesmo contra a sua vontade” por ser o direito a saúde um dever do Estado e direito de todos. A sentença julgou procedentes os presentes pedidos formulados, para condenar o Município a realizar a laqueadura compulsória na ré quanto ao parto de novo filho, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), limitada ao valor total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que foi realizado em Janaína, pela Santa Casa de Mococa, de forma coercitiva, cumprindo a ordem judicial, realizando a cirurgia em Janaina para praticar nela uma laqueadura, sem o devido conhecimento.

Com base nisso, o relator Leonel Costa no julgamento do recurso interposto pelo Município de Mococa-SP, ressaltou que:

Poder-se-ia admitir, em tese, que o pedido seria juridicamente lícito (ou possível, na sistemática do CPC/1973) se a esterilização compulsória da mulher fosse para atender a algum caso de necessidade para salvaguardar sua vida e preservar sua saúde.

Contudo Costa (2018) ressaltou que, em sede de liminar o Ministério Público requereu a denominada esterilização eugênica, a qual foi acatada pelo juiz de Mococa-SP, mas tal pedido qualifica-se como impossível juridicamente, restando desta forma a imposição da rejeição de tal requerimento na forma do art. 487, I do CPC/2015.

Ressalta ainda Costa (2018) não haver direito ao interesse legítimo tutelado diante do direito positivo, dotado este de exigibilidade em relação a alguém. A esterilização compulsória eugênica postulada é vedada pelo Direito Brasileiro, pela Constituição da República e pelas Convenções Internacionais a que o Brasil aderiu.

Antônio Chaves classifica a esterilização em quatro espécies: eugênica, cosmetológica, terapêutica e de limitação de natalidade (CHAVES, 1994.)

Com base no autor, a esterilização eugênica tem por finalidade impedir a transmissão de doenças hereditárias, e tem por finalidade evitar prole inválida ou inútil, e também visa prevenir a reincidência de pessoas que cometeram crimes sexuais.

Diniz (2011, p. 181), aduz: “urge lembrar que há pais normais com filho deformado ou retardado e pais anormais com filhos sadios. [...] A esterilização de anormais e criminosos seria uma forma vil de afronta à dignidade da pessoa humana”.

Muitos países têm adotado a esterilização eugênica com a finalidade de evitar e solucionar problemas nas questões criminais e de saúde pública, tendo com intuito fins punitivos, retirando de criminosos sua capacidade sexual e reprodutiva. Por sua vez, o ordenamento brasileiro aduz que a esterilização eugênica afronta os princípios constitucionais, em apartada síntese a dignidade da pessoa humana, não reconhecendo tal método.

Já a esterilização cosmetológica destina-se apenas evitar a gravidez, não dependendo de existir risco à saúde, levando em conta somente a parte estética. Sendo a prática não permitida pelo nosso ordenamento jurídico.

Por sua vez, a esterilização terapêutica pode estar ligada à ideia de estado de necessidade ou de legítima defesa. Nesse caso, um médico deve diagnosticar previamente as injunções clínicas que autoriza esterilizar uma pessoa, em razão da impossibilidade clínica de

ter filhos. Esse tipo de esterilização é permitido no ordenamento brasileiro, desde que preenchido dois requisitos: relatório escrito e assinado por dois médicos.

Essa técnica é definida pelo fato de garantir a saúde física e psíquica da mãe e do nascituro.

Aduz Diniz (2011, p. 181) que, “excludente de juridicidade, por ser feita para salvar a vida da mulher portadora de cardiopatia, câncer, diabete, tuberculose severa, surto mental ligado ao puerpério etc., uma vez que impossibilidade clínica de ter filhos”.

Por fim, a esterilização para a limitação da natalidade visa restringir a prole das famílias, em virtude das condições socioeconômicas de um dado país, podendo ser entendida para fins de controle de natalidade.

A esterilização por motivo econômico-social visa restringir a prole das famílias, devido a condições socioeconômicas de um dado país. É definida também como “limitação de natalidade” e não necessita de uma “indicação social”. Esta última existe quando outro filho pode produzir uma situação familiar difícil em uma família já numerosa, ou colocar em uma situação de excessiva tensão a pessoa encarregada de sua educação. (LAUFS *apud* LILIE, 1998, p. 168).

Cabe frisar, no país da China autoriza a esterilização para fins de natalidade, tem como objetivo frear o crescimento demográfico “um casal e um filho”, concedendo benefícios aos casais com apenas um filho e os retira daqueles que viesse aumentar sua prole (BOTTEGA, 2007, p. 49).

Do mesmo modo, a China estabeleceu o aborto forçado, contracepção forçada, bem como a esterilização forçada, utilizando-se o aborto e esterilização, e prisões de planejamento familiar, uma vez que, a casa que houvesse atraso na verificação da gravidez estava sujeita à demolição do lar (FEUERBERG, 2014, p. 2).

Diante disso, o Brasil proíbe a utilização de políticas públicas para fins de controle demográfico, conforme o art. 2º, § único, da Lei nº 9.263/96. Assim, o dispositivo do art. 226, §7º, da Constituição Federal, veda expressamente que as instituições oficiais ou privadas, imponham coercitivamente a esterilização, impedindo o livre planejamento familiar.

Em síntese, o controle de natalidade individual é um direito de todo e qualquer indivíduo, mas, porém, a esterilização utilizada como controle de natalidade é uma forma coercitiva de planejamento familiar caso seja adotado como exigência estatal (ALVES, 2006, p. 7).

Em vista disso, no caso concreto, a esterilização requerida contra Janaina não é a de natalidade, pois, conforme requerido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo,

considera as qualidades subjetivas da paciente de aspectos financeiros, social, educacional, e eventuais vícios, equiparando-se à castração dos anormais e criminosos, situação que não tem a permissão constitucional brasileira.

A Constituição Federal estabelece em seu dispositivo do art. 1º, III, “a adoção do Estado Democrático de Direito com fundamento na dignidade da pessoa humana, com objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza, com promoção do bem de todos e sem preconceitos”.

Por conseguinte, o dispositivo do art. 5º, III, da Constituição Federal Brasileira, traz explicitamente a garantia da inviolabilidade do direito à vida e à liberdade, estabelecendo em seu disposto que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Assegurando desta forma a inviolabilidade da intimidade. Vedando qualquer forma de tortura ou algum tratamento desumano ou degradante ou penas corporais.

“O reconhecimento e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais são o núcleo essencial da democracia constitucional” (LOEWENSTEIN, *apud* CUNHA Jr., 2009, p. 392).

Na obra de Espíndola, a natureza dos princípios constitucionais é definida como:

Conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pag. 76).

Nesse sentido MORAES ressalta acerca da dignidade:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002. p. 128).

Prosseguindo a respeito da esterilização forçada que originou como vítima Janaina, cabe dizer que, os programas de esterilização compulsória já foram políticas governamentais para forçar pessoas a se submeterem a esterilização cirúrgica.

Na primeira metade do século XX, muitos programas como sendo eugênicos foram instituídos em vários países e postos em prática por assistentes sociais, cuja intenção era de

prevenir a reprodução e multiplicação de membros da população considerados portadores de características genéticas defeituosas. Logo a prática foi estendida a doentes e deficientes mentais. A ideia de que pacientes mentais eram desprovidos de razão e, portanto, não tinham direito a opinar sobre sua vida e tratamento legitimando vários abusos.

A esterilização eugênica dos anormais e dos criminosos sexuais não surgiu na Alemanha na época do nacional-socialismo, mas nos Estados Unidos no século IX.

Na ocasião, se uma pessoa era considerada indigna de transmitir sua hereditariedade a gerações futuras, era esterilizado contra sua vontade. De acordo com a reportagem, foi nos Estados Unidos que a eugenia ganhou contornos mais negativos: o controle de quem se reproduziria e quem não teria esse direito.

A revelação de casos de esterilização forçada também se alastrou pela Europa, com notícias divulgadas na Suíça, Dinamarca, Finlândia e Noruega. Uma série de artigos publicados pelo jornal sueco "*DagensNyheter*" revelou que cerca de 60 mil pessoas foram submetidas a esterilização no país. Essa política de Estado com objetivo de "higiene social" foi instituída legalmente na Suécia em 1935 e vigorou, pelo menos na legislação, até 1976. A TSR, televisão suíça em língua francesa, revelou que algumas regiões tiveram uma política semelhante, instituída por lei a partir de 1928. Jornais da Noruega e da Finlândia também levantaram casos de esterilização compulsória, estimando-os em 2.000 e 1.400, respectivamente, segundo números oficiais. Jornais da Dinamarca falam em centenas de casos no país, especialmente prostitutas, delinquentes e deficientes.

Com o passar dos anos, vários outros casos de esterilização compulsória foram registrados. No Peru, por exemplo, uma mulher da região de Cusco teve os pés e mãos amarrados e três enfermeiras e um médico realizaram o procedimento de esterilização sem seu consentimento. Seu caso é parecido com os de outras centenas de milhares de mulheres peruanas que, entre 1990 e 2000, foram submetidas a cirurgias esterilizadoras em regiões com níveis de pobreza elevados e onde a maioria da população é indígena.

Porém, no Brasil houve a criação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, por requerimento datado de 1991, destinada a examinar a incidência de esterilização em massa de mulheres no país.

A solicitação da criação da CPMI foi motivada pelo fato de que a esterilização de mulheres era, à época, o método anticoncepcional mais usado do Brasil, diante de estatísticas divulgadas pelo IBGE. Dentre outros, a CPMI objetivou investigar as práticas assistenciais dirigidas à saúde da mulher e o uso e abuso da esterilização cirúrgica feminina.

O documento elaborou uma análise minuciosa do contexto social, político e econômico, além de apontar diversos fatores sociais envolvidos no planejamento familiar brasileiro.

Numa passagem do relatório, nota-se que “a esterilização cirúrgica de mulheres, seja voluntária ou não, é assunto que não pode ser dissociado de uma discussão que é mais imediata, a implantação da política de assistência integral à saúde da mulher. A situação de epidemiologia da saúde reprodutiva, ao revelar o uso abusivo da esterilização por parte das mulheres, reflete o abandono e a omissão do Estado em sua responsabilidade constitucional de prover saúde integral e métodos contraceptivos para o planejamento familiar”.

O relatório final da CPMI constatou que as instituições que realizavam o controle de fertilidade no Brasil executaram políticas de controle demográfico, concebidas por governos estrangeiros e organismos internacionais, reconhecendo a omissão do Governo brasileiro, que nunca investigou seu *modus operandi*.

O documento também apontou que o contexto em que a esterilização era realizada foi bastante perverso: ausência de alternativas contraceptivas disponíveis e reversíveis e desinformação quanto aos riscos, sequelas e irreversibilidade da laqueadura.

Na ocasião da CPMI, dada a ausência de regulamentação sobre o tema, a esterilização cirúrgica era passível de enquadramento nos crimes de lesão corporal com perda de função ou exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo, nos termos do artigo 129 do Código Penal Brasileiro.

Ao final do relatório, também constou a recomendação para discussão e votação do Projeto de Lei para regulamentar o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, a fim de programar diretrizes constitucionais para delinear o planejamento familiar no Brasil, apontando para a vedação de qualquer forma coercitiva e sanção legal para os abusos contra as mulheres.

A partir daí, no ano de 1996, foi publicada a Lei nº 9.263/96, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.

O seu artigo 2º, parágrafo único, em resposta aos abusos até então historicamente ocorridos, deixou expresso que é vedado o procedimento de esterilização para fins de controle demográfico.

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

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

A Lei nº 9.263/96 ainda estabeleceu que, mesmo nos casos de esterilização voluntária, seria necessário o atendimento de uma série de requisitos como: a idade, quantidade de filhos, consentimento expresso, apontando para sua vedação durante o período de parto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conforme ressaltado acima, não há qualquer direito subjetivo público a amparar a esterilização forçada por parte do Estado, pois, conforme o caso concreto de Janaina, não é possível extrair a real vontade da requerida, uma vez que, fora de forma coercitiva, não havendo qualquer manifestação de vontade por parte da ré.

Com efeito, a inexistência de dúvidas acerca do consentimento é requisito necessário e indispensável para realização da esterilização, tanto que consta na Lei nº 9.263/96 que “é condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes” (art. 10, § 1º - grifou-se).

O artigo, ao exigir declaração escrita e expressa, não se reveste de mero formalismo, pelo contrário, tem por objetivo preservar os direitos e garantias individuais, impedindo que o

procedimento seja realizado sem a aquiescência inequívoca da parte interessada acerca de todas as consequências e riscos dele decorrentes.

No caso concreto, além de não existir expressa manifestação de vontade em documento escrito, que é exigência legal, sequer existe certeza acerca da intenção da ré. No mais, merece destaque a forma reprovável de condução do procedimento.

Portando, evidencia-se no caso concreto a violação da Lei nº 9.263/96, no qual regulam o dispositivo do §7º do art. 226 da CF, porque a lei proíbe a “esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade” (art. 10, § 2º).

E com base nisso, o dispositivo do art. 226, §7º, da Constituição Federal, estabeleceu a todos o direito ao livre planejamento familiar, pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, cabendo o Estado propiciar recursos para o exercício do direito, bem como, a Lei nº 9.263/96, foi promulgada com escopo de regularizar o planejamento familiar e estabelecer penalidades acerca da mesma.

Diante disso, em Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097, que teve como relator Celso de Mello, ministro do STF, “o legislador procurou evitar a esterilização precoce, no entanto, também por desestimular tal prática, o que vai de encontro ao preceito constitucional do artigo 226, §7º, da CF e, os tratados internacionais que tratam de direitos humanos”. Ressaltando que a tentativa estatal esbarra no direito da liberdade, autonomia e no próprio direito fundamental ao livre planejamento familiar.

Aduz ainda o relator Celso de Mello, a Constituição Federal concede a todos o direito ao planejamento familiar, cabendo o Estado realizar ação educativa e preventiva, garantindo métodos de fecundidade, propiciando na concepção e contracepção.

Neste sentido, com base nos princípios e garantias constitucionais, estando estes ligados a dignidade, ao exercício da intimidade e autonomia dos indivíduos, o direito de gerar ou não deve ser exercido por cada um, não havendo qualquer restrição.

Barros (2015, p. 20), em manifestação da ADI 5.097, salienta:

A ordem constitucional impõe ao Estado o dever de desenvolver instrumentos que priorizem as manifestações de vontade daqueles que formem núcleo familiar. Nesse campo, não lhe cabe tolher ou rechaçar escolhas legítimas feitas pelos indivíduos capazes, como seres autodeterminantes que são sob propósito de resguardar a família (até porque o próprio art. 2º, parágrafo único, da lei prevê as ações ali previstas não podem ser empregadas para controle demográfico). Incumbe-lhe promover mecanismos que possibilitem o êxito das escolhas dos cidadãos, tanto no sentido da reprodução, quanto no da esterilização, consoante a parte final do art. 226, §7º, da CF. [...] Os bens jurídicos protegidos nas relações jurídicas familiares estão diretamente ligados à dignidade de cada membro. Pais concebem filhos pela liberdade do planejamento familiar. A tutela jurídica não é concedida à família em

si, que não possui interesse específica, mas aos indivíduos que a compõem, como forma de proteção à dignidade do ser humano.

Assim então, a dignidade como valor natural, independentemente de qualquer codificação ou positividade jurídica, revela-se na capacidade do homem ter total autonomia sobre suas ações, sendo livre para traçar seu destino. Sendo assim, a dignidade se materializa quando o indivíduo passa a se conduzir sobre o seu próprio entendimento, isto é, através da autonomia. (BARROS, 2015, p. 23)

Nas palavras de Sarmiento (2003, p. 308), “a autonomia significa o poder do sujeito de autogoverna na esfera jurídica tendo como matriz a concepção de ser humano dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e tendo o direito de ter liberdade de escolha”.

Nesse sentido, traz o art. 226, §7º da Constituição Federal:

Fundado nos princípios da dignidade das pessoas 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.

Com base no disposto acima, extrai-se que o planejamento familiar está fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, e, por conseguinte, em direitos constitucionais, como direito à intimidade e liberdade. Não se podendo interpretar o exercício do planejamento familiar de forma a barrar o direito que lhe dá validade, que tem como desdobramento a possibilidade disposição do próprio corpo e liberdade de procriação. (BARROS, 2015, p. 24).

Desta forma, o indivíduo tem o direito de dispor da sua capacidade reprodutiva não havendo qualquer ingerência estatal ou de terceiros, pois, a questão de esterilizar-se, ou não, é escolha que compete ao indivíduo, devendo o estado garantir condições de autodeterminação de forma livre, cabendo coibir atos abusivos decorrentes de autorregulação, tendo em vista, que na sociedade não se pode existir liberdade absoluta.

Portanto, “ao Estado de Direito não cabe, sob pena de afastar se de seu centro de identidade, impor restrições à autodeterminação da pessoa em seu aspecto mais essencial, qual seja, a liberdade de dispor do próprio corpo” (BARROS, 2015, p. 30).

Nessa linha, Teixeira (2010, p. 52) sustenta que “o corpo pertence à própria pessoa e é ela quem deve lhe dar a destinação que melhor lhe aprouver, dentro do que a realiza”.

Como ser dotado de poder de autorregulação e disposição do corpo, o indivíduo deve gozar do direito de determinar como será sua vida sexual, se irá reproduzir e tudo isso sem qualquer participação estatal, podendo, assim, decidir por dispor do seu corpo.

Por fim, enfatiza-se a garantia constitucional do planejamento familiar como direito fundamental (§ 7º do art. 226 da Constituição Federal), não restando dúvida de que o caso apresentado é complexo e que se fazem presentes importantes colisões entre direitos fundamentais.

Em seu voto, Leonel Costa destacou que a cirurgia foi feita durante a gravidez, o que é também vedado pela legislação, haja vista que a Lei nº 9.263/96, proíbe a “esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade”. Fundamental frisar a conclusão do TJSP, ao consignar de modo contundente que o pedido deduzido na demanda era claramente incabível: “a esterilização eugênica, que não tem condescendência constitucional, que institui regime democrático e de direito, com fundamento na dignidade humana e no respeito à liberdade da pessoa (...). A Constituição Federal Brasileira veda expressamente qualquer forma coercitiva de esterilização”.

Em harmonia com a compreensão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a ONU, por meio do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, ao interpretar o recém mencionado art. 12 da CDPD, veda a esterilização forçada nos seguintes termos:

Os estados partes não devem permitir formas de coerção, como a esterilização sem o consentimento, teste obrigatório de doenças sexualmente transmissíveis ou de gravidez como condições de emprego, pois violam os direitos das mulheres a um consentimento informado e à dignidade.

Para a ONU, é evidente que a esterilização forçada consiste em uma violação à vedação da tortura, tratamento cruel, desumano ou ainda punição degradante, como já exaltou tanto por meio da Organização Mundial da Saúde, quanto por meio do Conselho de Direitos Humanos. Consagra-se, desta maneira, a proteção dos direitos reprodutivos, o planejamento familiar, o direito ao corpo, a fertilidade, a definição quanto ao número de filhos e, de maneira expressa, a vedação legal à esterilização compulsória. A imposição de tratamentos, mesmo sob a alegação de que seria o interesse do paciente exige a máxima cautela.

Frisou ainda o Desembargador Costa que a “[...] esterilização compulsória eugênica postulada é vedada pelo Direito Brasileiro, pela Constituição da República e pelas Convenções Internacionais a qual o Brasil aderiu.” Ademais, deixou claro que a esterilização pedida “[...] trata-se de inadmissível preconceito social contra os menos favorecidos, uma vez

que existem alternativas jurídicas disponíveis de assistência social e de orientação de planejamento familiar.”

No mais, o Desembargador Relator do caso em questão, Paulo Dimas Mascaretti, expôs em seu voto que o “[...] ordenamento jurídico não pode admitir a chamada esterilização compulsória, [...] uma vez que se trata de procedimento médico invasivo, que lesa a integridade física de forma irreversível.” Por seu turno, o desembargador Bandeira Lins também afirmou que o pedido do Ministério Público ao compelir a esterilização da pessoa contra a sua vontade, a rigor, deveria ser indeferido de imediato. Afinal, argumentou Lins que o Ministério Público não pediu a recuperação da saúde de Janaína, mas sim a imposição ao Município de mutilar o corpo de Janaína, bem como a sua condução coercitiva para que a cirurgia de laqueadura tubária fosse realizada.

Ao analisar casos como o de Janaina e, diante do quanto exposto, entende-se que a esterilização forçada aparentemente é inconstitucional, observando-se a regulamentação do artigo 226, § 7º da CF/88 e, a Lei nº 9.263/96, que regulamenta o planejamento familiar, ferindo desta forma, os preceitos da Constituição Federal, haja vista que está em dissonância com princípios e direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana, e o direito à liberdade, que fundamenta a autonomia, ao impor condicionamentos para dispor do próprio corpo e para o exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder familiar sofreu grandes modificações, assim, em 1988 a Constituição Federal trouxe o direito ao livre planejamento familiar, sendo este reconhecido constitucionalmente, passando a ser previsto no art. 226, §7º da CF/88 como livre direito do casal, que deve ser exercido fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável, e livre de qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou estatais, cabendo a estas propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Para regulamentar o exercício desse direito, foi promulgada a Lei nº 9.263/96, que inegavelmente teve o mérito de colocar a esterilização cirúrgica em pé de igualdade com os demais métodos contraceptivos disponíveis, o reconhecendo como método contraceptivo para realização do planejamento familiar.

Diante de tais considerações, a intervenção estatal deve ocorrer de forma equilibrada. Pois, como demonstrado durante o estudo, nem sempre o Estado deverá ficar inerte, porém quando for atuar no âmbito familiar deve o fazer de forma limitada. A principal justificativa da intervenção estatal na família é a garantia dos direitos fundamentais. No mais, o presente trabalho demonstrou a positivação do princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares através da sua inclusão no texto constitucional.

Assim, tal intervenção no planejamento familiar pode se dar de forma não coercitiva, evitando abusos contra os entes familiares e vícios na sua íntima vontade de paternidade ou maternidade. Contudo, também se deve evitar que a liberdade de composição dessas famílias se dê de forma desmedida, de forma a evitar que esse direito seja exercido de forma absoluta, mitigando direitos de outros vários cidadãos que compõem nossa sociedade, pois o fato do cidadão possuir uma faculdade, não é pressuposto para que seja exercida de forma absoluta e plena.

Assim, no que tange à efetivação do livre planejamento familiar, cabe ao Estado, somente realizar ações preventivas para garantir o acesso igualitário a todos os métodos de controle de fecundidade, seja para propiciar a concepção ou contracepção.

Desta forma, o direito de gerar ou não, deve ser exercido por cada indivíduo se qualquer restrição ou regra que entre em choque com princípios e garantias constitucionais,

por estarem amplamente ligado com o alcance da dignidade, e exercício da intimidade e autonomia pelos sujeitos.

Implica se que as escolhas feitas pelos sujeitos com o intuito de resguardar a família não devem ser coibidas pelo Estado, salvo se venham a atentar contra a moral, bons costumes e ordenamento jurídico, pois, este deve ser o menos interventor possível, isso porque a família é vista como meio de promoção da felicidade e dignidade dos seus integrantes, cabendo a estes decidirem acerca de sua composição, formação e concepção. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana só se materializa quando o individuo possui autonomia sobre suas ações, sendo livre para traçar seu destino e alcançar sua felicidade.

Podendo extrair que esse direito deve ser exercido livremente, permitindo que o sujeito decida, dentre os métodos disponíveis, qual ou quais irá utilizar para fins de controle de fecundidade e planejamento reprodutivo, inclusive a esterilização.

Desta forma, não se pode interpretar o exercício do planejamento familiar de forma a barrar o direito que lhe dá validade, o qual tem como desdobramento a possibilidade de disposição do próprio corpo, que se entende como o direito do individuo, se deseja ou não abrir mão da sua capacidade reprodutiva, sem qualquer ingerência estatal ou de terceiros.

Em suma, não pode o Estado impor restrições à autodeterminação da pessoa, no entanto, quando se fala em esterilização forçada, no qual ocorreu no caso de Janaina, de forma coercitiva, conclui-se que o estado feriu o dispositivo do artigo 226 §7º da Constituição Federal, haja vista que tal método está em dissonância com princípios e direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana, e o direito à liberdade, que fundamenta a autonomia, ao impor condicionamentos para dispor do próprio corpo e para o exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar, sendo, portanto, a esterilização forçada inválida por desconformidade com o regramento superior.

