



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A VEDAÇÃO DO ART. 10, I DA LEI 9263/96 EM CONTRAPOSIÇÃO COM O
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ayrton Laurino Netto

Rio de Janeiro
2019

AYRTON LAURINO NETTO

A VEDAÇÃO DO ART. 10, I DA LEI 9263/96 EM CONTRAPOSIÇÃO COM O
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F.Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A VEDAÇÃO DO ART. 10, I DA LEI 9263/96 EM CONTRAPOSIÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ayrton Laurino Netto

Graduado pela Faculdade de Direito
UNESA. Advogado.

Resumo – A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 §7º, expressa que o planejamento familiar é livre, vedando que o Estado imponha qualquer forma coercitiva que o restrinja. No entanto, a Lei nº 9263/96, prevê que para a realização da esterilização voluntária, é necessário 25 anos completos ou dois filhos. Portanto, o presente artigo analisou o histórico do instituto da esterilização, a disposição da lei do planejamento familiar, de acordo com os projetos de lei que tramitam na Câmara e no Senado, bem como as ADIs que visam infirmar as disposições da Lei nº 9263/96, que entendem como inconstitucionais.

Palavras-chave – Direito de Família. Livre Planejamento Familiar. Esterilização Voluntária.

Sumário – Introdução. 1. A esterilização ao longo do tempo e os preceitos constitucionais. 2. Dos projetos de lei que modificam a Lei nº 9263/96 e sua adequação constitucional. 3. Da prevalência do princípio do livre planejamento familiar. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da esterilização voluntária, e a presente vedação do art. 10, I da Lei nº 9263/96. O objetivo do presente estudo é analisar a vedação e contrapô-la com os princípios constitucionais, com objetivo de concluir acerca da prevalência ou não da vedação, bem como analisar o veto presidencial proposto contra o art. 10 e os projetos de lei que versam a modificação da norma.

O tema aborda ainda, duas ações diretas de inconstitucionalidade, que discutem a temática, entendendo como inconstitucional a vedação do art. 10 da Lei nº 9263/96.

As diversas medidas tomadas contra a vedação em análise trazem principal destaque e gera dúvidas acerca da manutenção do art. 10 da referida lei, ainda nos dias de hoje, vinte e três anos após a edição da lei do planejamento familiar. Dessa forma, a reflexão e estudo do presente artigo científico procura destacar os principais pontos da controvérsia.

As constantes mudanças sociais, e a ampliação da interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca do princípio da dignidade da pessoa humana trazem novas interpretações e reflexões à temática apresentada.

O presente trabalho apresenta também diferentes visões de autores acerca do princípio do livre planejamento familiar, bem como demonstra uma resistência às vedações, que convergem ao entendimento expresso na constituição, sobre a necessidade de o Estado auxiliar os cidadãos, no planejamento familiar, sem a imposição de obstáculos e vedações.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o histórico da esterilização ao longo do tempo, abordando a origem, onde prevalecia a involuntariedade da medida, com caráter eugênico, havendo uma abordagem progressiva do tema, até os dias atuais, que demonstram a voluntariedade da medida.

Segue-se abordando os projetos de lei que pretendem modificar o art. 10 da Lei, ponderando-se a adequação constitucional de cada projeto de lei, em contraposição com a norma atualmente constante no art. 10 da Lei nº 9263/96.

O terceiro capítulo aborda a prevalência da constituição sobre as demais normas, apontando as incoerências do dispositivo estudado, e a necessidade de adequação da norma, ao princípio do livre planejamento familiar.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A ESTERILIZAÇÃO AO LONGO DO TEMPO E OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

O tema da esterilização é tratado atualmente com um viés de voluntariedade, sendo um direito assegurado aos cidadãos, quando do planejamento familiar. Contudo, nem sempre foi assim. No Século XX, organizações e pensadores procuraram instituir políticas de esterilização forçada¹.

A esterilização começou a ser pensada como o método chave para controle populacional, a partir do início da década de 40. Os proponentes da esterilização insistiam que

¹ DOWBIGGIN, Ian Robert. *The Sterilization Movement and Global Fertility in the Twentieth Century*. Oxford University Press, USA, 2008, p. 46.

tal método poderia reduzir o número de casos de desordens mentais, bem como aumentar o nível nacional de inteligência².

As práticas e pensamentos acerca da esterilização, no século passado, tiveram como pressuposto a obrigatoriedade, o que gera inevitavelmente uma certa resistência em relação ao tema. Contudo, atualmente a esterilização é uma garantia, uma vez que está revestida do véu da voluntariedade.

O planejamento familiar engloba a esterilização voluntária, por ser uma das formas do indivíduo e da família se autodeterminarem. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988³, no art. 226 §7º, define a família como base da sociedade, e garante o planejamento familiar de forma livre, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício de tal direito, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas.

A Lei nº 9263/96⁴, que regula o §7º do art. 226 da CF/88, no entanto, restringe a esterilização voluntária, em seu art. 10, impondo, em seu inciso I, que somente aos 25 anos completos, ou com ao menos dois filhos vivos, homens e mulheres possam proceder à esterilização voluntariamente.

O art. 10 da Lei nº 9263/96⁵ foi objeto de veto presidencial⁶. Contudo, ao contrário do que se pensava no início da pesquisa do presente artigo, o veto não se deu em razão de a vedação ir além da capacidade civil plena, dos 18 anos completos, mas sim, visando impedir a esterilização voluntária, entendendo se tratar de mutilação, que mesmo praticada por médico, caracterizaria lesão corporal, fato tipificado como crime na legislação criminal pátria.

A temática do planejamento familiar parece pacífica quando da leitura do texto constitucional. No entanto, contrariando a vontade do constituinte originário, é possível perceber que tanto o legislador infraconstitucional, quanto o poder executivo tentam, por vezes, restringir o que por disposição constitucional expressa, não está apto à restrição.

A esterilização voluntária está intimamente ligada à capacidade de autodeterminação do indivíduo, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. A doutrina ressalta o direito ao livre

² Ibid., p. 111.

³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 06 abr. 2019

⁴ BRASIL. *Lei nº 9263*, de 25 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

⁵ Ibid., art. 10.

⁶ BRASIL. *Lei nº 9263*, de 12 de janeiro de 1996. Mensagem de veto nº 66 de 12 janeiro de 1996. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9263-12-janeiro-1996-374936-veto-20946-pl.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

planejamento familiar, ressaltando a importância do projeto de parentalidade⁷. No entanto, a doutrina não costuma se aprofundar na questão da esterilização voluntária⁸, não discutindo os parâmetros estabelecidos pela lei do planejamento familiar⁹ em relação à vedação, quais sejam, os requisitos impostos pela lei, para que o indivíduo possa proceder à esterilização.

A doutrina conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana, como macroprincípio, que ressalta a valorização da pessoa e a despatrimonialização do direito privado¹⁰. No entanto, apesar dos inúmeros esforços visando a efetividade dos princípios constitucionais, é de se perceber que o legislador infraconstitucional nem sempre respeita os limites impostos pela constituição.

A presunção de legalidade das disposições legais serve para garantir segurança jurídica ao ordenamento pátrio, mas por vezes, acaba por permitir que leis que restringem de forma incorreta a incidência constitucional, vigorem até que o Supremo Tribunal Federal se manifeste acerca de sua inconstitucionalidade, o que por vezes, demora anos, ou até mesmo décadas.

Atualmente, a Lei nº 8009/90¹¹ dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Trata-se de uma garantia patrimonial mínima que visa dar maior eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, apesar de haver uma garantia patrimonial que visa garantir o mínimo existencial, atualmente há vedações, como a que vemos no art. 10 da Lei nº 9263/96¹², à possibilidade de o indivíduo se autodeterminar; uma lei que restringe a possibilidade da pessoa eliminar a possibilidade de ter filhos.

A decisão de ter filhos ou não, de planejar sua família é, por determinação constitucional¹³, do núcleo familiar.

O conceito de família tem sido ampliado, entendendo-se como família, a união homoafetiva¹⁴. Nesse momento, é de se perceber que desde de tal decisão ter sido tomada pelo Supremo Tribunal Federal, tem sido reforçado o entendimento de liberdade e dignidade da pessoa humana.

⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 392.

⁸ Ibid.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 6.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Belo Horizonte: Revista Ciência Jurídica, 2008, p 425.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 8009*, de 29 de março de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

¹² BRASIL, op. cit., nota 4.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal: *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

Em momentos como esse, é natural e necessário que se traga novamente à discussão, um tema como o abordado no presente artigo, que visa concluir acerca da inconstitucionalidade ou não de tal dispositivo, e caso seja inconstitucional, impedir que normas contrárias à vontade do constituinte originário continuem tendo eficácia no ordenamento jurídico pátrio, que restringem direitos, ao mesmo tempo que moldam políticas públicas, em razão de sua eficácia.

O Brasil, por ser um país de proporções continentais, abriga tanto cidadãos que tem capacidade financeira e intelectual de procurar um advogado ou a defensoria pública, visando a eficácia de seu direito ao livre planejamento familiar, sem a restrição legal, quanto cidadãos que por desconhecimento de seus direitos, ou de formas a dar efetividade de seus direitos, não procuram o Judiciário, por meio de advogado ou de defensor público, para receber a prestação jurisdicional cabível, para assegurar o exercício ao planejamento familiar de forma livre, que atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana.

2. DOS PROJETOS DE LEI QUE MODIFICAM A LEI 9263/1996 E SUA ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Inicialmente foi tratado no presente artigo, a evolução da esterilização ao longo do tempo e a vedação do art. 10 da Lei nº 9263/1996¹⁵.

O Projeto de Lei nº 7438/2006, teve como objetivo a diminuição da idade mínima para a esterilização, de 25 anos para 21 anos, propondo que fosse retirada a expressão “ou dois filhos”, sob a afirmativa de que tal opção pode ocorrer de modo definitivo e seguro em idades menos avançadas, tendo em vista o acesso à informação nos dias atuais¹⁶.

O Projeto de Lei nº 7438/2006, propôs também, a revogação do art. 10 §5º da Lei nº 9263/1996¹⁷ que trata do consentimento expresso de ambos os cônjuges, para que se possa proceder à esterilização.

As disposições do Projeto de Lei mencionado facilitam o acesso à esterilização, e atendem ao Princípio Constitucional do Livre Planejamento Familiar, no atual momento. No entanto, em uma reflexão mais profunda, é de se perceber que, em sendo aprovado o projeto de Lei nº 7438/2006, este passaria a colidir com o Princípio Constitucional. É de se estranhar tal conclusão de início, porém, percebemos que atualmente o projeto de lei está de acordo

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁶ BRASIL. *Projeto de lei nº 7438 de 2006*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BB59FF1FE3EFB5BF5ED7B24573FDA1D6.proposicoesWebExterno1?codteor=416011&filename=PL+7438/2006>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁷BRASIL, op.cit., nota 4.

com o princípio, pois promove uma maior liberdade ao planejamento familiar. Contudo, o patamar para esterilização proposto, se adequa à maioria prevista no art. 9º do Código Civil de 1916¹⁸, quando atualmente, por força do art. 5º do Código Civil de 2002, a maioria cessa aos 18 anos completos¹⁹. Portanto, apesar de em um primeiro momento, o Projeto de Lei estar de acordo com o comando constitucional, de facilitação do planejamento familiar, em um segundo momento, ainda prevê vedação em grau superior à maioria civil, o que de certo modo dificulta de modo desarrazoado, o planejamento familiar.

O Estado tem o dever de voltar às políticas públicas de forma a atingir os objetivos traçados pelo constituinte.

É de se perceber, que desde a Constituição de 1988²⁰, houve um aumento significativo de direitos sociais, com aumento do direito de autodeterminação da família e do indivíduo. No entanto, em relação ao Planejamento Familiar, apesar de a Constituição prever expressamente a impossibilidade de instituições públicas e privadas restringirem o planejamento familiar, a Lei nº 9263/1996 veda a esterilização e impõe sanções para quem a realize fora do disposto no art. 10²¹. Há atualmente o PLS 406/2018²², que visa reduzir a idade mínima para 18 anos, de acordo com a maioria civil, bem como remover o art. 10, 11, 16, e o parágrafo único do art. 14, da Lei nº 9263/1996, do ordenamento jurídico pátrio, visando dar efetividade à norma constitucional, retirando previsões legislativas contrárias à vontade do constituinte originário, promovendo maior liberdade de expressão para o indivíduo e para o núcleo familiar.

A liberdade, a justiça e a solidariedade são objetivos a serem alcançados pela sociedade. Nesse sentido, Paulo Lobo²³ define tais objetivos como supremos, conforme o seguinte:

Liberdade, justiça e solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (art. 3º, I) consagrou para a realização da sociedade feliz, após os duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Do mesmo modo são os valores fundadores da família brasileira atual, como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros, iluminando a aplicação do direito.

O PLS 406/2018 justifica tais propostas de redução mencionando que a Lei do Planejamento Familiar apresenta significativa dificuldade para a esterilização, mencionando

¹⁸ BRASIL. *Lei nº 3071*, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹⁹ BRASIL. *Lei nº 10406*, de 12 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

²⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

²² BRASIL. *Lei nº 11340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7874796&ts=1566506045635&disposition=inline>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

²³ LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 36.

que o patamar de 25 anos ou dois filhos, não faz mais sentido nos dias de hoje. Esse projeto de lei, mais recente que o 7438/2006, promove medidas que se adequam ao princípio constitucional do livre planejamento familiar nesse momento, uma vez que pretende diminuir a vedação atualmente imposta pela Lei em vigor, e caso aprovada, iria ao encontro do comando constitucional do art. 226 §7º da CF/88²⁴. O projeto de lei anterior, diferente do PLS 406/2018, não promove liberdade ao planejamento familiar condizente com o Princípio Constitucional. Sendo certo que o PLS modifica a sanção atualmente imposta no art. 15 da Lei nº 9263/96²⁵, retirando a atual sanção para quem realizar o procedimento, em desacordo com o art. 10 da nº Lei 9263/96, permanecendo a sanção, com a alteração de que para promover a esterilização em absolutamente incapazes, é necessária autorização judicial, sob pena do crime atualmente previsto no art. 15 da Lei nº 9263/96.

O PLS 406/2018 suscita em sua justificação, razões não antes pensadas, quando do início à elaboração do presente artigo. O art. 7º, III da Lei Maria da Penha²⁶, considera violência doméstica contra a mulher, qualquer conduta que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force à gravidez. Dessa forma, pela redação da Lei Maria da Penha, posterior à Lei do Planejamento Familiar, é possível perceber que a previsão de consentimento de ambos os cônjuges, previsto no art. 10 §5º da Lei nº 9263/96²⁷, é uma forma de impedir a mulher de usar um método contraceptivo, o que é caracterizado pela lei como violência doméstica contra a mulher. Portanto, é possível perceber, que enquanto uma lei visa proteger a mulher de violência familiar, promovendo seu direito à autodeterminação, outra lei prevê ser necessário consentimento do cônjuge, o que permite que uma prática considerada violência contra a mulher, tenha força legal de impedi-la de proceder a esterilização, sob o fundamento tão somente, de estar em um matrimônio.

O ordenamento jurídico brasileiro deve ser coerente, não podendo uma lei prever algo que outra lei tipifique como crime, o que, conforme demonstrado, ocorre nos dias de hoje. Isso acarreta não só insegurança jurídica, como também, danos à coletividade, uma vez que o legislador infraconstitucional, que tem o dever de manter a ordem jurídica coerente com a vontade do constituinte originário, insere normas contrárias à ordem constitucional, subvertendo a ordem jurídica, causando danos à coletividade, e gerando insegurança jurídica para toda a sociedade.

²⁴BRASIL, op. cit., nota 3.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 4.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 22.

²⁷BRASIL, op. cit., nota 4.

Maria Berenice Dias expõe que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, I, enfatizou pela primeira vez, a igualdade entre homens e mulheres, tendo a CF/88 estabelecido tratamento abrangente e igualitário.²⁸

A igualdade entre homem e mulher, enfatizado pela Constituição, vincula a política legislativa, sendo vedada a previsão de leis que atentem contra a liberdade sexual e reprodutora de ambos os sexos.

O princípio da igualdade e direito à diferença influencia no tema, e reforça a ideia de inconstitucionalidade da norma que veda à mulher o direito de esterilização sem o consentimento do cônjuge.

Paulo Lobo²⁹ expõe sobre a vedação ao legislador, em razão de tal princípio, da seguinte forma:

O princípio constitucional da igualdade (*a fortiori* normativo) dirige-se ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano. Sabe-se que costumes e tradições, transmitidos de geração a geração, sedimentaram condutas de opressão e submissão, no ambiente familiar, mas não podem ser obstáculos à plena realização do direito emancipador.

Os projetos de lei apresentados, apesar de apresentarem soluções viáveis para que a lei esteja de acordo com o princípio do livre planejamento familiar, nenhum deles foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual até o momento, a incoerência entre o art. 10 §5º da Lei nº 9263/96 e o art. 7º, III da Lei nº 11340/06, ainda não foi solucionado, permanecendo até a data da elaboração do presente artigo, disposição que afeta o direito do indivíduo à livre decisão em relação a reprodução.

3. DA PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988³⁰ é a norma cuja qual todas as leis e atos normativos devem obediência hierárquica, tendo o dever de adequar seu conteúdo, ao disposto na constituição.

O primeiro capítulo do presente artigo, demonstrou a origem da esterilização, e o aspecto de involuntariedade que em um primeiro momento, em razão da eugenia, a

²⁸ DIAS, op. cit., p 103.

²⁹ LOBO, op. cit., p 66.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

esterilização se revestia. Esse aspecto é capaz de explicar a cautela do legislador infraconstitucional em desincentivar a prática da esterilização. No entanto, o legislador infraconstitucional tem o dever de não contrariar a norma constitucional, o que, conforme demonstrado anteriormente, ocorreu nesse caso.

A CF/88, em seu art. 226³¹ e parágrafos, definiu a família como a base da sociedade, determinando que deve ter especial proteção do Estado. Os parágrafos do art. 226 definiram garantias e proteções para a família, tendo o §7º determinado que o planejamento familiar deve ser livre, vedando qualquer forma coercitiva por parte do Estado. A vedação de formas coercitivas, impede que o Estado desestimule a esterilização, uma vez que essa é também uma forma de planejamento familiar.

Dessa forma, ainda que a esterilização tenha em um primeiro momento se revestido de involuntariedade, atualmente, tal medida se reveste de voluntariedade e capacidade de se autodeterminar. Portanto, uma vez que a esterilização voluntária se adequa ao princípio da dignidade da pessoa humana, e se insere como forma planejamento familiar, é vedado ao legislador infraconstitucional, estabelecer medidas coercitivas que a desincentivem, uma vez que, por opção do constituinte originário, o planejamento familiar cabe a cada um, tendo o Estado o dever de apoiar as opções da família, em relação ao planejamento familiar próprio, sendo vedado expressamente qualquer tipo de forma coercitiva por parte das instituições públicas e privadas, conforme vontade expressa do constituinte originário.

Maria Berenice Dias descreve o princípio da dignidade humana, como sendo o princípio maior, fundante do Estado de Direito. Sendo o mais universal de todos os princípios, um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais³².

A ofensa ao princípio do livre planejamento familiar, ofende toda a sistemática constitucional, sendo uma ofensa direta ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que atenta contra a liberdade e contra a capacidade de autodeterminação do indivíduo e da família.

Os princípios constitucionais, vinculam e moldam políticas públicas, vedando que norma infraconstitucional viole a lógica constitucional, em especial o texto expresso da norma constitucional.

O segundo capítulo demonstrou as incoerências entre a Lei do Planejamento Familiar³³ e a Lei Maria da Penha³⁴. A família, base da sociedade, que deve contar com

³¹ Ibid.

³² DIAS, op. cit., p 44-45.

³³ BRASIL, op. cit., nota 4.

especial proteção do Estado, conforme a Constituição Federal³⁵, não pode conviver com uma disposição legal que exija o consentimento do cônjuge para a esterilização, quando outra lei dispõe ser tal recusa uma forma de violência contra mulher. Sendo certo que a disposição que exige o consentimento do cônjuge para que se proceda a esterilização, fere a dignidade da pessoa humana e os direitos sexuais e reprodutivos.

As normas infraconstitucionais têm o dever de manter coerência com a ordem constitucional, de forma a cumprir compromissos internacionais firmados pelo Brasil, além de dar efetividade a normas constitucionais que delegam à lei, o dever de dar efetividade a direitos sociais.

Os três poderes têm o dever de zelar pela constituição, bem como impedir que leis manifestamente inconstitucionais produzam efeitos. Portanto, diante da manifesta inconstitucionalidade do dispositivo, como se depreende do caso em questão, o Chefe do Poder Executivo tem o dever de descumprir tal lei, sendo tal decisão autoexecutória, independentemente de prévia manifestação por parte do Poder Judiciário. Devendo tal decisão do Executivo ser revista tão somente caso o órgão competente do Poder Judiciário decida em sentido contrário. Sendo esse o entendimento do atual Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, desde 1990³⁶.

A harmonia e independência entre os poderes, significa também, a possibilidade e dever de proteção e zelo à Constituição Federal, de forma a impedir que o ordenamento jurídico seja poluído por normas que criam conflitos e ferem direitos. As disposições do legislador infraconstitucional não podem contrariar a vontade da norma que compõe a base da sociedade, qual seja a Constituição.

O Poder Judiciário tem o dever de pacificar conflitos, pondo fim a lides, e aplicando as leis, conforme o comando constitucional. Portanto, quando da existência de disposição que contrarie direitos fundamentais, e crie incongruências quando da comparação com outras leis, tal disposição não poderá ser aplicada, devendo cada Poder agir de forma a retirar tais normas do ordenamento jurídico, seja pelo descumprimento de normas nitidamente inconstitucionais, no caso do Poder Executivo, seja pela produção de leis que revoguem a disposição anterior, no caso do Poder Legislativo, seja pela declaração em controle difuso ou concentrado, no caso do Poder Judiciário.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 22.

³⁵BRASIL, op. cit., nota 3.

³⁶BARROSO, Luís Roberto. Poder executivo - Lei inconstitucional - Descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 387-397, jul. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46278/44437>>. Acesso em: 15 set. 2019.

A Lei do Planejamento Familiar, apesar de ter em seu texto, partes que contrariam as disposições constitucionais, conforme previamente visto, vem sendo aplicada na prática, inclusive com requisitos mais rígidos do que na própria lei. O Ministério da Saúde, pela portaria 48 de 1999³⁷, requer que a pessoa tenha 25 anos, ou dois filhos vivos.

Os princípios e normas constitucionais prevalecem sobre os atos normativos, e em caso de flagrante inconstitucionalidade, como no presente caso, em que há a restrição da capacidade de autodeterminação, deve haver a aplicação de tais princípios constitucionais, para retirar do mundo dos fatos, qualquer tipo de norma que restrinja ou exclua sua eficácia.

É vedado o retrocesso social, de forma que uma vez previsto o direito ao livre planejamento familiar, não pode o legislador suprimi-lo, ou reduzir a eficácia que a norma constitucional previu para tanto. Sendo importante explicitar o exposto por Maria Berenice Dias³⁸, acerca do retrocesso social:

A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabeleceu as diretrizes do direito das famílias em grandes eixos, a saber: (a) a igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar; (b) o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e (c) o tratamento igualitário entre todos os filhos. Essas normas, por serem direito subjetivo com garantia constitucional, servem de obstáculo a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras constitucionais.

Atualmente, há duas ADIs no Supremo Tribunal Federal, visando a declaração de inconstitucionalidade da restrição à esterilização voluntária. A ADI nº 5097³⁹, e a ADI nº 5911⁴⁰. Apesar de até o presente momento, não ter havido o julgamento das ADIs citadas, os argumentos acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9263/96⁴¹, giram em torno de tais exigências afrontarem direitos fundamentais, contrariarem tratados internacionais, violarem o direito à liberdade de escolha, e irem de encontro aos direitos sexuais e reprodutivos⁴². Assim a existência das ADIs reforça a ideia de flagrante inconstitucionalidade dos dispositivos da lei do planejamento familiar que versam sobre a vedação à esterilização voluntária, com menos de 25 anos ou dois filhos.

³⁷ BRASIL. Portaria nº 48, de 11 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0048_11_02_1999.html>. Acesso em: 15 set. 2019.

³⁸ DIAS, op. cit., p 51.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5097 de 13 de março de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5911 de 08 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>>. Acesso em: 15 set. 2019.

⁴¹ Idem, op. cit., nota 4.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375595>>. Acesso em: 16 set. 2019.

É possível perceber que as formas de impugnação de lei manifestamente inconstitucional detêm trâmites longos, que permitem que tais normas produzam efeitos por longos períodos na sociedade, restringindo direitos e limitando a eficácia de norma constitucional, o que acontece com a lei do planejamento familiar, que há mais de 22 anos, produz efeitos e molda políticas públicas.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 9263/96. O embate materializa-se pelo confronto entre a norma constitucional, que prevê a liberdade do planejamento familiar, e a lei do planejamento familiar, que prevê idade mínima de 25 anos ou a existência de dois filhos, para a realização da esterilização voluntária.

De um lado há o histórico eugênico da esterilização, e a irreversibilidade, de outro, há os direitos fundamentais expressos na constituição, como a dignidade da pessoa humana, o livre planejamento familiar, e a autonomia da vontade.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão de que apesar dos argumentos e motivações utilizadas na lei do planejamento familiar, e pelo conselho regional de medicina, há de prevalecer o disposto pelo constituinte originário.

Na prática, há duas ADIs, bem como dois projetos de lei que pretendem infirmar a disposição da lei do planejamento familiar. No entanto, até o presente momento, o conflito permanece, apesar de nos últimos anos, o legislador infraconstitucional ter tentado inserir normas que atendam os princípios constitucionais vigentes, dando eficácia aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como dando efetividade aos direitos sociais inerentes à família.

O entendimento a que chegou este pesquisador consubstancia-se na ideia de que o art. 226 §7º está sendo violado pela disposição da Lei nº 9263/96, uma vez que os direitos fundamentais estão sendo limitados, apesar da disposição infraconstitucional ser substituída pelo projeto de lei que tramita no senado, para que a norma constitucional tenha efetividade, e a vontade do constituinte originário seja respeitada.

Quanto à questão que se descortinou ao longo do segundo capítulo, a de analisar os projetos de lei que visam modificar a Lei nº 9263/96, esta pesquisa chegou ao entendimento

de que, o PLS 406/2018 melhor se adequa ao comando de liberdade para o planejamento familiar, uma vez que não reduz tão somente a idade mínima, mas revoga também, outros dispositivos da lei do planejamento familiar, que são contrárias ao comando constitucional.

O principal argumento usado por esta pesquisa, foi o da primazia da constituição, que deve ser resguardada por todos os Poderes, seja pelo descumprimento de normas inconstitucionais, seja pelo controle preventivo ou repressivo, que deve ser feito de acordo com a previsão constitucional, em relação ao seu exercício.

A fim de promover maior segurança jurídica ao ordenamento, foi demonstrado que é necessária uma constante revisão de normas infraconstitucionais, para que passem a refletir a vontade do constituinte originário.

O objetivo fundamental da República brasileira consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária. Portanto, não é possível concretizar isso por meio da supressão ainda que parcial, da autonomia do cidadão, além do patamar da maioria, razão pela qual a norma constitucional prevê a impossibilidade de coerção por parte de entidades públicas e privadas em relação ao planejamento familiar.

Por outro lado, frise-se que não deve ser fomentada a irresponsável agressão aos direitos da personalidade de quem quer que seja, ainda que os motivos sejam coerentes com os costumes. Os homossexuais devem ter um tratamento na sociedade compatível com sua condição de cidadãos, os quais são livres para viver da forma que sua capacidade de autodeterminação direcione.

Ficou claro no presente artigo que a tese do autor consiste na inconstitucionalidade da vedação à esterilização voluntária, eis que consiste no planejamento da família, que não pode sofrer qualquer tipo de coerção por parte do Estado, conforme o art. 226 §7º da CF/88.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Poder executivo - Lei inconstitucional - Descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 387-397, jul. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46278/44437>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Lei nº 3071*, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. *Lei nº 8009*, de 29 de março de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9263*, de 12 de janeiro de 1996. Mensagem de veto nº 66 de 12 janeiro de 1996. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9263-12-janeiro-1996-374936-veto-20946-pl.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9263*, de 25 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em: 06 abr. 2019.

_____. *Lei nº 10406*, de 12 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. *Lei nº 11340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7874796&ts=1566506045635&disposition=inline>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

_____. *Projeto de lei nº 7438 de 2006*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BB59FF1FE3E5FB5BF5ED7B24573FDA1D6.proposicoesWebExterno1?codteor=416011&filename=PL+7438/2006>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. *Portaria nº 48*, de 11 de fevereiro de 1999. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/1999/prt0048_11_02_1999.html>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5097* de 13 de março de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5911* de 08 de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF recebe nova ação contra dispositivo da Lei do Planejamento Familiar*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=375595>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DOWBIGGIN, Ian Robert. *The Sterilization Movement and Global Fertility in the Twentieth Century*. Oxford University Press, USA, 2008.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Belo Horizonte: Revista Ciência Jurídica, 2008.