

A INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À CIRURGIA DE LAQUEADURA DURANTE O PARTO CESÁREO PELA LEI Nº 9.263/1996

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE FENCE TO THE SURGERY OF LIGATURE DURING CESAREAN DELIVERY BY THE LAW Nº 9.263 / 1996

Paulo Rangel Araújo Ferreira
araujo_rangel@hotmail.com

Itamar da Silva Santos Filho
itamarsfilho@yahoo.com.br

Andreia Nadia Lima de Sousa Pessoa
andreianadial@hotmail.com

Ethianny Corrêa Santos Melo
ethianny@hotmail.com

Recebido: 30-8-2008

Aprovado: 21-7-2020

RESUMO:

Este artigo trata da inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.263/1996, que veda a cirurgia de laqueadura durante o parto cesáreo. Por meio de uma interpretação à luz da Constituição, vê-se que o disposto na referida lei dificulta a efetivação dos direitos do casal ao livre planejamento familiar, além de limitar o acesso de várias mulheres ao método esterilizante que considerem mais adequados para evitar gravidez indesejada. Assim sendo, a flagrante inconstitucionalidade da referida lei está consubstanciada no descumprimento do mandamento constitucional quanto ao livre planejamento fa-

ABSTRACT:

This article deals with the unconstitutionality of Federal Law nº. 9.263/1996, which prohibits tubal ligation surgery during cesarean delivery. Through an interpretation in the light of the Constitution, it is seen that the provisions of said law make it difficult to realize the rights of the couple to free family planning, as well as limit the access of several women to the sterilizing method they deem most appropriate to avoid unwanted pregnancies. Thus, the blatant unconstitutionality of said law is consubstantiated in the noncompliance with the constitutional mandate regarding the free family planning

miliar do casal, além da violação a outros princípios constitucionais basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como o da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Palavras-chave:

Esterilização Feminina. Inconstitucionalidade. Planejamento Familiar. Vedação.

of the couple, as well as violation of other basic constitutional principles of the Brazilian legal system, such as the dignity of the human person and responsible parenthood.

Keywords:

Female Sterilization. Unconstitutionality. Family planning. Seal.

INTRODUÇÃO

Os métodos contraceptivos que estão ao alcance das mulheres no Brasil resultam de um longo processo histórico, onde foram discutidas questões que dizem respeito tanto às escolhas da mulher e/ou casal quanto fatores socioeconômicos direcionados pelo Estado.

Este trabalho parte do panorama histórico nacional, tendo como móvel a luta das mulheres em busca da liberdade de escolha acerca da maternidade e da salvaguarda de sua dignidade sexual, para a efetivação dos seus direitos fundamentais no que concerne ao planejamento familiar e à liberdade de escolha frente ao número de filhos que pretendem ter.

Ocorre que a Lei nº 9.263/1996, em seu art. 10, §2º, veda a cirurgia de laqueadura durante o parto cesáreo, sob o argumento subjetivo de tratar-se de uma decisão séria que pode estar influenciada por momentânea fragilidade da mulher/casal, devendo-se evitar futuro arrependimento por parte dos mesmos.

Assim sendo, para não terem que se submeter à cirurgia de laqueadura, com todos os riscos inerentes a qualquer outra cirurgia, essas mulheres reclamam pela possibilidade de que a laqueadura tubária se realize durante o parto do filho que estão esperando, evitando novo procedimento, que acarretaria transtornos econômicos e emocionais.

Dessa forma, o §2º do art. 10 da referida lei, ao ser analisado sob a ótica do texto constitucional, exige uma interpretação que deva ter como resultado a aplicação da Constituição, tanto no que concerne ao respeito ao princípio da dignidade humana quanto ao princípio do livre planejamento familiar, permitindo que a mulher possa laquear-se durante o parto cesáreo, por se tratar da efetivação de um direito fundamental.

Este trabalho está estruturado em cinco partes, a começar por esta breve introdução; o desenvolvimento do trabalho está estruturado em três capítulos: (i) um que trata do planejamento familiar sob o prisma constitucional; (ii) outro tratando dos princípios e métodos de interpretação constitucional; e (iii) um terceiro que versa sobre a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.263/1996, além de algumas considerações finais e referências bibliográficas.

Assim, o trabalho compõe-se na forma de uma pesquisa bibliográfica que, através do método lógico-dedutivo, visa demonstrar a inconstitucionalidade da lei em questão a partir de argumentos extraídos das mais diversas fontes bibliográficas, tais como: doutrinas, artigos e resenhas publicadas em periódicos nacionais e internacionais, legislação e posicionamentos jurisprudenciais.

1. DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O planejamento familiar é matéria recente no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser entendido como o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento de prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 2º, Lei 9263/1996).

É um direito que decorre da consciência humana em relação à sua necessidade de limitar o número de filhos de acordo com sua capacidade financeira ou psicológica, uma vez que, os filhos necessitam de cuidados com a saúde, alimentação, educação e tudo mais que reflita nas suas condições de dignidade.

Atualmente está ultrapassado o entendimento de que o planejamento familiar deveria ser analisado pelo prisma meramente biológico, tomando por entendimento atual ser este um fenômeno cultural, econômico, intelectual e social, por isso, necessitando do amparo do Estado, porém, não retirando do casal a liberdade de exercício desse direito.

Assim, como meio de atuação estatal, o Sistema Único de Saúde (SUS) disponibiliza vários métodos contraceptivos que vai desde os anticoncepcionais hormonais à vasectomia e laqueadura, considerados métodos aparentemente irreversíveis, uma vez que o próprio Ministério da Saúde (MS) admite a possibilidade de reversibilidade, ainda que, em poucas situações.

A cirurgia de laqueadura, que é o foco deste artigo, é uma cirurgia que liga as trompas impedindo a fecundação pelo espermatozoide, evitando a gravidez. Trata-se de um procedimento cirúrgico que, em tese, é considerado simples para a medicina moderna, podendo a paciente ter alta no dia seguinte após a cirurgia.

No entanto, apesar de toda praticidade no procedimento e do crescente número de mulheres que buscam esse método como forma de evitar a gravidez e ter o controle do seu planejamento familiar, o próprio ordenamento jurídico por meio de sua legislação infraconstitucional restringe tal acesso, trazendo a estas mulheres a sensação de serem compelidas a ter que preencher todos os requisitos trazidos pela Lei nº 9.263/06, independentemente de suas vontades e condições financeiras e/ou psicológicas.

Neste diapasão, a Constituição Federal de 1988 no art. 226, § 7º, prevê a total liberdade de decisão do casal em relação ao seu planejamento familiar, sendo a cirurgia de laqueadura um método contraceptivo que interfere diretamente nessa decisão, visto o que *a contrario sensu* dispõe a Lei nº 9.263/1996.

Assim, o Estado, acreditando cumprir seu papel sociojurídico, através de legislação infraconstitucional, impõe às mulheres, inclusive àquelas que tiveram parto normal, um lapso temporal mínimo de 42 dias entre o parto e a cirurgia de laqueadura. Conforme Portaria de nº 48/199 da SAS/MS, isso justifica-se para que a mulher tenha mais tempo para ponderar sua decisão por se tratar, em tese, de algo irreversível. No entanto, nem mesmo os argumentos que asseguram a irreversibilidade do procedimento justificam, por si só, a restrição do direito constitucionalmente garantido ao livre planejamento familiar.

Assim sendo, o que se evidencia são traços invasivos e temerários da intervenção direta do Estado no planejamento familiar. Onde deveria se concretizar o direito do casal em relação ao momento certo em que deseja cessar o número de filhos, levando em consideração fatores sociais, econômicos e emocionais, não o fazem por ingerência do Estado invasor.

Por este motivo Ventura aduz que

o planejamento familiar e o livre acesso aos métodos contraceptivos, para o controle da natalidade, devem fazer parte de uma escolha de promoção da liberdade de escolha

individual, com fundamento no princípio ético e jurídico da dignidade da pessoa humana.¹

Dessa forma, ao nos depararmos com a prática médica, surge a discussão acerca do direito da mulher e do casal de escolher de forma livre e consciente o melhor momento para realizar a cirurgia de laqueadura. Uma vez que, cabe ao casal realizar o seu planejamento familiar, a regulamentação de tais direitos pelo Estado deve obedecer aos limites fixados pela própria Constituição.

Em relação ao procedimento médico em si, não há qualquer argumento que demonstre ser prejudicial à saúde da mulher realizar o parto cesáreo no momento que entender adequado e após análise apurada de vários fatores que possam interferir em tal decisão. No campo médico, o único argumento para a restrição de tal direito, é o fator do arrependimento e o aumento do número de partos cesáreos², compactuando com o Estado em relação à sua ineficiência de garantir o acesso das mulheres à esterilização por elas pretendida.

Não há dúvidas quanto à inconstitucionalidade do dispositivo inserido no art. 10, § 2º, da Lei nº 9.263/1996, que veda a laqueadura em parto cesariano, uma vez que importa em ofensa a vários princípios constitucionais, como o da liberdade e do livre planejamento familiar. Acarreta, ainda, uma instabilidade no sistema jurídico a partir do momento que retira da mulher/casal a possibilidade de escolher o seu próprio destino, violando a proteção do Estado à dignidade da pessoa humana.

É importante ressaltar que nem toda mulher que pleiteia a laqueadura antes da terceira cesariana está agindo irrefletidamente ou sob forte emoção que lhe desnortee a sanidade, conforme tenta argumentar o Estado. Dessa forma, deve-se reafirmar o direito constitucional ao livre planejamento familiar, sendo este independente de qualquer nexo de subordinação ou barreiras regulatórias e sancionadoras por parte do Estado, que se mostrem externas à esfera íntima das liberdades individuais do casal que deseja ter filhos.

Ao analisar eticamente questões como essas, depreende-se como obrigatório o limite existente entre a liberdade de escolha e a consciência dos fins e das consequências do ato que se pretende realizar.³ Dessa forma, resta claro que o direito à livre esterilização voluntária está diretamente relacionado ao exercício da prerrogativa sociojurídica de não procriar ou de planejar sua vida familiar conforme entenda condizentes aos seus ideais de felicidade e responsabilidade, gerando o número de filhos que entenda suficientes para a realização de seus objetivos de vida.

Portanto, constata-se que a Constituição Federal de 1988 assegura que a responsabilidade pela paternidade ou maternidade é do casal e não do Estado. Por isso, o ente estatal

1 VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009. p. 86.

2 O Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP defende que a proibição da cirurgia de laqueadura é algo viável, uma vez que barraria o crescimento do número de partos cesáreos. A justificativa seria a de que, muitas mulheres optariam pela cesariana com intenção indireta de laquear-se, sendo este entendimento - no mínimo - rechaçável, vez que o Código de Ética Médica, em seu art. 42, proíbe o médico de desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre o método contraceptivo que pretende adotar. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO (CREMESP). Consulta n. 60.174/98. Relator: Conselheiro Cristiano Fernando Rosas. 1998. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&tacao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=58>. Acesso em: 26 jan. 2016 e CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Código de ética médica. 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 26 jan. 2016.

3 VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução de João DellAnna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

tem o dever de subsidiar e dar condições para a efetivação deste direito, mediante o provimento de recursos educacionais e científicos. Logo, deve contribuir para que a paternidade responsável seja exercida de modo que, as leis que regulamentam tais direitos, garantam a proteção à liberdade, sem violar os direitos humanos, possibilitando, também, a concretização dos ideais de vida digna e de saúde, não somente ao gênero feminino, mas à instituição familiar como um todo.

2. DOS PRINCÍPIOS E MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Alexy *apud* Aboud preceitua serem os princípios normas que ordenam algo que, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível.⁴ Dessa forma, os princípios são mandamentos que devem ser observados não apenas quanto às possibilidades fáticas, mas também deverão ser observados quanto às possibilidades jurídicas.

Como acréscimo, Dworkin *apud* Ávila aduz que, havendo colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.⁵

Dessa afirmação pode-se deduzir que, ao contrário das regras, os princípios possuem uma dimensão mais valorada, podendo ser demonstrada na possibilidade de colisão entre princípios, caso em que o princípio que possua o valor relativo maior se sobrepõe ao outro, porém, este não perderá sua validade.

Diante disso pode-se concluir que os princípios constitucionais se sobrepõem às normas por possuírem uma dimensão mais ampla, devendo, portanto, prevalecer quando houver colisão entre eles, pois a própria Constituição eleva alguns princípios, como o da dignidade da pessoa humana, a *status* de cláusula pétrea, não podendo ser abolidos do ordenamento jurídico brasileiro.

Canotilho ainda nos ensina que os métodos de interpretação constitucional visam compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional.⁶ Assim, compreende-se que enquanto os princípios são valores atribuídos diretamente às normas ou dela extraídos, os métodos de interpretação constitucional têm a função de compreensão de tais valores.

2.1. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inc. III prevê que o Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Esse princípio pode ser denominado de “princípio dos princípios”, pois serve de norte para a aplicação de toda e qualquer norma.

4 ABOUD, Alexandre. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, nº. 267, ano XXII, 2008. p. 123.

5 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 26.

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 208.

Segundo Fachin⁷, diante da importância e inafastabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana é que está em voga atualmente a personalização e despatrimonialização do Direito Privado, sendo que, ao mesmo tempo em que o patrimônio perde importância, a pessoa é supervalorizada.

No ramo do Direito Privado não há dúvidas que o princípio da dignidade da pessoa humana atua com maior incidência no Direito de Família. De qualquer forma, ainda há muita dificuldade quanto a real denominação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Reconhecendo a submissão de outras normas constitucionais à dignidade da pessoa humana, Sarlet conceitua o princípio em questão como

o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Isto não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.⁸

O Estado pode estabelecer restrições a direitos fundamentais, porém, dentro dos limites que o próprio ordenamento jurídico permite, devendo ser evitado qualquer tipo de ingerência por parte do mesmo, principalmente por ser o Princípio da Dignidade Humana considerado cláusula pétrea pelo Legislador Constituinte.

O mandamento Constitucional, previsto no artigo 226, § 7º, por sua vez, confere ao casal a livre decisão sobre o planejamento familiar, sendo dever do Estado propiciar os recursos necessários para o exercício desse direito, como os educacionais e científicos. Portanto, partindo da simples leitura do presente dispositivo, resta claro que norma infraconstitucional não poderia restringir o que a própria CRFB/88 consagra em seu texto como norma que resguarda direitos fundamentais.

Dessa forma, é uma aparente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana a exigência que a mulher grávida, estando decidida a não ter outros filhos além do que espera, deva primeiro dar a luz, para que depois, através de outro procedimento cirúrgico, submeta-se à laqueadura tubária, quando há a possibilidade de que tal procedimento médico ocorra durante o próprio parto cesáreo, conforme desejo da parturiente e a análise do caso concreto.

Por fim, é importante salientar que, nem mesmo por Emenda Constitucional poderia haver tal restrição à regra estabelecida no artigo 226, § 7º da Constituição Federal, uma vez que o planejamento familiar foi fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo, portanto, elevado ao status de direito individual, tratando-se de cláusula pétrea, regra imutável da Constituição Federal, conforme previsão do seu art. 60, § 4º, IV.

2.2. PRINCÍPIO DA NÃO-INTERVENÇÃO OU DA LIBERDADE (ART. 1.513 DO CÓDIGO CIVIL)

O artigo 1.513 do Código Civil Brasileiro prevê que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela famí-

7 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 121.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124.

lia”. *Tal dispositivo, sob a ótica do direito de família, consagra os princípios da não-intervenção e da liberdade.*

Este princípio mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, devendo este também incidir no âmbito do Direito de Família. A autonomia privada está relacionada às escolhas que a pessoa faz em suas relações como um todo, e não somente no âmbito patrimonial ou contratual, mas também em relação às suas escolhas afetivas, que vai desde a escolha das pessoas com quem se relacionar amorosamente até o número de filhos que pretende ter. Sarmento aduz que a autonomia privada é o poder que a pessoa tem de auto regulamentar os próprios interesses.⁹

Retornando ao art. 1.513 do Código Civil atual, deve-se depreender da leitura que, o Estado não pode intervir de forma coativa nas relações de família, tendo, no entanto, o dever de incentivar o planejamento familiar através de suas políticas públicas e não de interferir em tal planejamento.

Importante lembrar que a CRFB/88 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, tendo o Estado o papel de propiciar recursos educacionais e científicos para a efetivação desses direitos, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 227, § 7º, da CF/88).

O princípio da intervenção mínima nada mais é do que uma proteção trazida pela própria Carta Magna como forma de evitar ingerências por parte do Estado, respeitando a autonomia privada e consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, é de cunho pessoal do casal as decisões que reflipam no âmbito familiar, devendo o Estado afastar este princípio apenas em situações excepcionais e constitucionalmente previstos, como ocorre no caso de melhor interesse da criança.

2.3. PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

O direito ao livre planejamento familiar encontra respaldo na própria Constituição de 1988 e é um princípio constitucional de grande importância para a base da nossa sociedade.

Bonavides destaca o caráter principiológico do planejamento familiar ao enfatizar a hegemonia e preeminência dessas premissas primeiras, formadoras da legitimação de todo o sistema jurídico, ao assim expressar que o princípio do livre planejamento familiar ao ser posto no topo da pirâmide normativa eleva-se ao grau de norma das normas.¹⁰

Assevera, ainda, o autor que, havendo divergência entre os princípios e normas constitucionais com as leis infraconstitucionais, o sistema legal brasileiro é possuidor de mecanismos que permitem o controle da constitucionalidade das leis, que tem como principal objetivo retirar do sistema a norma ou política inadequada ou afastar a aplicação de determinada norma no caso concreto.

Cunha¹¹ traz o princípio da negação do arbítrio inserido entre os princípios gerais do direito. Tal princípio é aquele que veda, por insurgir-se contrária ao direito, a prática de atos arbitrários, como a edição de leis arbitrárias. Já Canotilho¹² refere-se ao princípio da máxi-

9 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 124.

10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 294.

11 CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 75.

12 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

ma efetividade ou princípio da interpretação efetiva, o qual pode ser formulado atribuindo a uma norma constitucional o sentido que maior eficácia conceda-lhe.

Ao acreditar ser constitucional, por exemplo, a proibição da laqueadura tubária em mulher que tenha a consciente decisão de não mais ter filhos, quando da realização de parto cesariano, a Lei nº 9.263/1996 interrompe-se a plena eficácia e, portanto, a máxima efetividade do dispositivo constitucional que veda qualquer intromissão estatal na decisão livre do casal quanto ao número de filhos que planejou ter.

Conforme entendimento do legislador infraconstitucional que elaborou a lei que proibiu a laqueadura durante o parto cesáreo, a autonomia do casal em relação ao seu planejamento familiar, mesmo diante de uma declaração livre e consciente, deverá ser suprimida em detrimento dos possíveis efeitos que o procedimento médico esterilizante acarretaria.

Infere-se, assim, que há um conflito de interpretação entre o que está posto como norma infraconstitucional e o texto da Constituição Federal, que veda qualquer tipo de interferência sobre o planejamento familiar, refletindo tal conflito diretamente na concretização tanto do princípio da dignidade da pessoa humana como no da paternidade responsável.

Nesse caso, deve-se observar ocorrência do grau de arbitrariedade que é enfrentado, bem como os instrumentos jurídicos que lhe seriam cabíveis e licitamente oportunos para sanar os seus efeitos negativos.

Para Ventura

dentre os instrumentos e mecanismos disponíveis para que se faça efetivar a supremacia das normas constitucionais estão as ações de inconstitucionalidade (ADI) e a possibilidade de qualquer cidadão no âmbito de uma ação judicial com pedido individual afastar a aplicação da norma considerada inconstitucional, por determinação judicial.¹³

Assim, supracitada autora ainda ressalta que “transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa”¹⁴. Portanto, não deve haver dúvidas quanto à força normativa constante no § 7º do art. 226 da Carta Magna de 1988 quanto a não intromissão estatal na decisão do casal em não mais ter filhos.

Para aqueles que se entenderem tolhidos em um direito que reconhecem ser constitucionalmente construído, resta a luta pela alteração legislativa, como forma de concretizar seu direito fundamental constitucionalmente garantido.

2.4. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para Sarlet *et al.*, o processo de efetividade das normas constitucionais encontra-se na dependência de uma série diferenciada e complexa de fatores, sendo que boa parte é exterior ao próprio domínio do direito constitucional.¹⁵

13 VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009. p. 60.

14 *Ibid.*, p. 293.

15 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 183.

Dentre os diferentes fatores que contribuem para efetivação ou não das normas constitucionais está, sem dúvida, a atitude do juiz ao interpretar determinadas normas. Pode-se afirmar isto pelo fato de que, nos parece, que os juízes no seu dia a dia profissional sentenciam antes e buscam fundamentação às suas sentenças depois.¹⁶

O método interpretativo da constituição ficaria, assim, em segundo plano, o que significaria dizer que obtém-se, senão um completo fracasso interpretativo, um êxito modesto.¹⁷

Para Canotilho

interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição.¹⁸

Dessa forma, pode entender que no campo da interpretação constitucional o método sociológico busca a efetividade e a eficácia social evitando um distanciamento entre a norma e conjunto dos fatos sociais.

Para Maximiliano o conceito de Kelsen passa a ser revisto, pois as mudanças na sociedade passam a ser mais observadas. Um exemplo disso é a norma que fala que o salário mínimo deve prover as necessidades básicas; essa norma poderia ser considerada inconstitucional no âmbito da interpretação sociológica, pois não disse quanto é o valor desse salário, e evidentemente que hoje temos normas regulando o valor do salário, o qual não consegue cumprir esse preceito de atender a todas as necessidades básicas.¹⁹

Diante de todo exposto pode-se chegar a conclusão que todas as normas, devem alcançar a sua finalidade da forma mais abrangente possível, sendo, portanto, necessário para isso a sua adaptação à realidade social do país.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL Nº 9.263/1996

Como já foi colocado anteriormente, a CRFB/88 em seu art. 226, §7º trata do planejamento familiar e veda qualquer espécie de coerção que reflita na decisão de um casal que busca exercer seu direito constitucionalmente garantido ao livre planejamento familiar.

Visando regulamentar o mandamento constitucional, no tocante ao planejamento familiar do casal, foi que o legislador infraconstitucional aprovou a Lei nº 9.263/1996. Esta lei regulamenta a esterilização cirúrgica no Brasil, sendo considerada um avanço em relação aos direitos reprodutivos, por assegurar a efetivação dos direitos reprodutivos e, mais espe-

16 FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. 4. ed. México: *Distribuciones Fontamara*, 2012. p. 92.

17 COELHO, Inocêncio Mártires. *Métodos de interpretação constitucional*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>> Acesso: 31 mai. 2018.

18 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

19 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 20.

cificamente, garantir o direito ao controle da fecundidade de forma segura, com o apoio do Estado por meio do SUS²⁰.

No entanto, o legislador infraconstitucional foi além e, através do art. 10, §2º da referida lei impôs restrições ao exercício de alguns direitos reprodutivos, dentre estas restrições estando a que impede a mulher de laquear-se no momento de realização do parto cesáreo de seu primeiro ou segundo filho. Ademais, a Portaria da Secretaria de Assistência à Saúde - SAS/MS nº 48/1999 restringe o direito das mulheres à cirurgia de laqueadura impondo um lapso temporal de 42 dias entre o parto cesáreo e a cirurgia de laqueadura.

À primeira vista não se observa qualquer inconstitucionalidade, nem colisão entre os princípios que regem a Lei nº 9.263/96 e a Portaria nº 48/1999 da SAS/MS. No entanto, arguir a validade das normas supracitadas significa dizer que o texto constitucional permitiu de alguma forma a possibilidade do Poder Público intrometer-se em escolha de cunho pessoal, do casal ou da mulher que se encontra em perfeitas condições, econômicas e/ou psicológicas, de declarar a sua vontade em relação ao momento que utilizará de um procedimento esterilizante.

A norma infraconstitucional que veda a realização da cirurgia de laqueadura em mulher que atenda aos requisitos observados através do acompanhamento multidisciplinar, e que está disposta a esterilizar-se na oportunidade do iminente parto cesáreo, aparenta ser um vazio jurídico em caráter tanto interpretativo quanto valorativo.

Se, por um lado, a Constituição Federal que é a Lei Maior do Estado impede a intromissão estatal na decisão do casal em relação ao número de filhos, por outro, o legislador infraconstitucional tratou de justificar tal intromissão como a melhor forma de evitar futuro arrependimento por parte da mulher, baseando-se apenas na subjetividade de um lapso temporal.

Uma vez que o arrependimento está no campo do subconsciente do ser humano, não cabe ao Estado dizer em que momento ele pode ou não acontecer, fazendo-se necessário, para sua exteriorização, ser observada uma série de fatores, não apenas os psicológicos, mas, também os sociais e econômicos a que dizem respeito o caso concreto.

Para Farias e Rosenvald, neste caso, o direito constitucional

afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado, para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais (nos arts. 226 e 227, por exemplo, a Constituição disciplina a organização da família). Trata-se, sem dúvida, da afirmação de uma nova e fecunda teoria constitucional.²¹

Importante lembrar que a CRFB/88 firmou-se como Constituição Cidadã principalmente por ter na construção da cidadania seu elemento motriz, sendo parâmetro para tudo mais. A supremacia constitucional, portanto, tem por base a cidadania, não admitindo qualquer tentativa de transgressão aos seus princípios basilares e às suas normas, todos soberana e democraticamente instituídos.

20 ALVARENGA, Augusta T.; SCHOR, Néia. Contracepção feminina e política pública no Brasil: pontos e contrapontos da proposta oficial. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, SP, v. 12, n.1, p. 87-110, 1998. ISSN 1984-470. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901998000100005>. Acesso em: 29 mai. 2018. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12901998000100005>. p. 98.

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 38.

Não há dúvidas que o constituinte de 1988 delegou ao casal os rumos e escolhas referentes ao seu planejamento familiar, uma vez que esse direito decorre da sua própria dignidade, sendo este um princípio fundamental, além do princípio da paternidade responsável, ambos conferidos ao cidadão como forma de concretização dos seus principais direitos.

No entanto, apesar das garantias constitucionais aqui mencionadas, o legislador infraconstitucional, por meio do §2º do art. 10 da Lei nº 9.263/1996, conferiu ao Estado o poder de vedar a realização da laqueadura no momento de realização do parto cesariano. A fundamentação para tal impeditivo infraconstitucional seria a consumação do procedimento médico que, em regra, possui caráter irreversível, o que geraria o cerceio do direito à vida de outro filho que viesse a ser futuramente desejado pelo casal.

Dessa forma, percebe-se que os critérios exigidos para realização do procedimento de laqueadura pelo Estado encontram-se unicamente baseados na possibilidade de arrependimento do casal após a cirurgia esterilizante, que seria uma forma de proteger o casal de tomar uma decisão grave em momento de alteração psíquica, principalmente da mãe após o parto, sendo que, a fundamentação do legislador acima mencionada se baseia apenas no critério do lapso temporal de 60 dias, conforme art. 10, I, da Lei nº 9.263/96.

Ocorre que o legislador infraconstitucional apoiou-se apenas em hipóteses de salvarguardar a mulher frente a arrependimentos posteriores. Portanto, o Estado brasileiro arvorou-se como um agente de definições objetivas quanto ao momento mais oportuno para a mulher esterilizar-se, sendo que, ao definir o número mínimo de dois filhos vivos para que então possa ser dado acesso legal à mulher que queira laquear-se, além dos demais requisitos trazidos pela Lei nº 9.263/96, deixa evidente que o Estado está traçando cursos invasivos e temerários, pois embaraça juridicamente aquele casal ou aquela mulher que, ao sopesar todas as circunstâncias sociais, econômicas e emocionais que lhe estão presentes, tomou a decisão livre, consciente e definitiva acerca do seu projeto de vida e comunhão familiar.

O que há na verdade é um Estado invasor tentando preservar seus jurisdicionados de possíveis arrependimentos irreversíveis; não obstante, não se justifica tal intrometimento por meio de uma norma infraconstitucional, vez que haveria desrespeito à Constituição Federal, que impõe respeito à autonomia da vontade da mulher que, de posse de sua decisão, se enxerga tolhida do usufruto de suas garantias constitucionais.

Como se vê, tal restrição configura flagrante inconstitucionalidade, uma vez que, restringe norma constitucional de eficácia plena e que, portanto, deveria ter a aplicação de sua eficácia direta, imediata e integral.

Em outras palavras, a CRFB/88 não deixou espaço para que norma infraconstitucional restringisse a regra contida em seu próprio texto, mais precisamente em artigo 226, § 7º, sendo que tal restrição trazida pela Lei nº 9.263/96 é inconstitucional quanto ao seu conteúdo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou demonstrar como, à luz de uma interpretação constitucional, a Lei Federal nº 9.263/1996 padece de flagrante inconstitucionalidade, vez que desconsidera princípios basilares presentes na Constituição, sendo eles, o *da livre planejamento familiar*, o *da liberdade e não intervenção* e, sobretudo, o *da dignidade da pessoa humana*.

Ao analisar o §2º do art. 10 da Lei nº 9.263/1996, que proíbe a cirurgia de laqueadura em mulheres em períodos de parto ou aborto, percebe-se que a vedação não está respalda-

da em nenhum argumento científico, além da possibilidade de arrependimento da mulher e de um possível aumento do número de cesarianas, sendo estas as únicas justificativas para a proibição.

Não obstante, a Constituição Federal elenca vários direitos fundamentais, sendo em sua maioria, princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles estando o princípio do livre planejamento familiar, que é o mais atingido pela vedação trazida à baila pela Lei Federal nº 9.263/1996 em seu art. 10, § 2º. Isso porque, uma vez que restringe o direito da mulher a laquear-se no momento em que esta considere ideal, interfere diretamente no planejamento familiar, pois o número de filhos é fator determinante para o planejamento de um casal.

Por sua vez, o princípio da não-intervenção presente no Código Civil Brasileiro, e que possui ligação direta com o princípio do livre planejamento familiar, assegura que o estado não interferirá coativamente nas decisões da família, no máximo, incentivando o planejamento, mas jamais interferindo diretamente.

Assim sendo, e acima de todos os demais, há uma nítida violação ao princípio base de toda a Carta Magna, o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem forte incidência no Direito de Família e, no tocante à atuação do Estado, não pode ser objeto de reducionismo de sua eficácia (dever de proteção), sendo sua obrigação, ainda, fornecer recursos necessários ao seu exercício (dever de promoção).

Portanto, pode-se verificar que a própria CRFB/88 assegura que a responsabilidade pelo planejamento familiar é do casal e não do Estado, cabendo a este apenas o dever de subsidiar, mediante o provimento de recursos educacionais e científicos, para garantir a efetivação de tal direito, não podendo interferir, mesmo que indiretamente, no planejamento familiar do casal, criando óbices à efetivação dos seus direitos constitucionalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

- ABOUD, Alexandre. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, nº. 267, ano XXII, 2008.
- ALVARENGA, Augusta T.; SCHOR, Néia. Contracepção feminina e política pública no Brasil: pontos e contrapontos da proposta oficial. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, SP, v. 12, n.1, p. 87-110, 1998. ISSN 1984-470. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901998000100005>. Acesso em: 29 mai. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, SENADO FEDERAL, *Dados Biográficos das Senadoras Brasileiras (1979/2004)*, Senado Federal, 2004.

- BRASIL, SENADO FEDERAL. *Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226, da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). *Código de ética médica*. 2009. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 26 jan. 2016.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO (CREMESP). *Consulta n. 60.174/98*. Relator: Conselheiro Cristiano Fernando Rosas. 1998. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=58>. Acesso em: 26 jan. 2016.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CUNHA, Roberto Salles. *Os novos direitos da mulher*. 1ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 1.990.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6ª tiragem. p. 26 APUD ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 37.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (MS). *Secretaria de Assistência à Saúde*. Portaria Nº 48.1999. Disponível em: http://sna.saude.gov.br/legisla/legisla/plan_f/SAS_P48_99plan_f.doc.. Acesso em: 02 de Fevereiro de 2016.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.
- SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Adolfo. *Ética*. Tradução de João DellAnna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 3. ed. rev. e atual. Brasília: UNFPA, 2009.

Paulo Rangel Araújo Ferreira

araujo_rangel@hotmail.com

Advogado, especialista em Direito Público e Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). É pesquisador atuante na Grande-Área Direito Público (Constitucional e Administrativo/Trânsito) com projetos de pesquisa e palestras desenvolvidos na área.

Itamar da Silva Santos Filho

itamarsfilho@yahoo.com.br

Bacharel em Direito e Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Fortaleza; Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes RJ e Doutor em Derechos y Garantías del Contribuyente pela Universidad de Salamanca España.

Andreia Nadia Lima de Sousa Pessoa

andreianadial@hotmail.com

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestre pela Universidade Católica de Brasília UCB; Atualmente é docente e Membro do Comitê de Ética em Pesquisa da Associação Teresinense de Ensino S/C Ltda./Centro Universitário Santo Agostinho FSA.

Ethianny Corrêa Santos Melo

ethianny@hotmail.com

Bacharel em Direito pela Faculdade Santo Agostinho (FSA); Estagiária Nível Superior do Tribunal de Contas do estado do Piauí.