



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA
DO CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE
NA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA**

Solange Munsio Compagnoni

Lajeado, junho de 2017

Solange Munsio Compagnoni

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA
DO CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE
NA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA**

Monografia apresentada no Curso de Direito,
do Centro Universitário UNIVATES, como
exigência parcial para a obtenção do título de
Bacharela em Direito.

Orientadora: Profa. Ma. Loredana Gragnani
Magalhães

Lajeado, junho de 2017

Solange Munsio Compagnoni

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA
DO CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE
NA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA**

A Banca examinadora abaixo aprova a monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia/Artigo Acadêmico, do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como parte da exigência para a obtenção do grau de Bacharela em Direito:

Profa. Ma. Loredana Gragnani Magalhães – orientadora
Centro Universitário UNIVATES e Advogada

Profa. Bianca Bertani Corbellini
Centro Universitário UNIVATES e Advogada

Profa. Elisabete Cristina Barreto Müller
Centro Universitário UNIVATES

Lajeado, 27 de junho de 2017

AGRADECIMENTOS

À minha família, toda a gratidão pela abnegação em prol da minha subsistência digna e pela influência basilar na minha formação moral.

Primeiramente aos meus pais, pelo incentivo e por todos os esforços em prover minha subsistência digna e pela construção do sentimento de confiança inabalável em nosso seio familiar.

Ao meu irmão Vanderlei Munsio Compagnoni, e cunhada Enilse agradeço pelo voto de confiança. Aos meus amados sobrinhos, Lara e Weslei, a certeza de que sempre me terão ao seu lado.

Aos meus avós, Werno (*in memoriam*) e Anilda (*in memoriam*), personalidades basilares em minha formação moral, toda a gratidão pela oportunidade do convívio zeloso e de amor inigualável.

Ao meu companheiro Marcos, pela compreensão em virtude de minhas ausências e pelo encorajamento aos desafios apresentados durante toda a vida acadêmica.

À minha orientadora, Profa. Ma. Loredana Gagnani Magalhães, meu profundo agradecimento pelo estímulo e suporte na execução deste estudo, cujo fascínio pelo seu notável saber constituiu fator determinante para o pedido de orientação.

*“Ninguém perde ninguém, porque ninguém possui
ninguém. Essa é a verdadeira experiência da
liberdade: ter a coisa mais importante do mundo,
sem possuí-la.”*

Paulo Coelho

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CC/2002	Código Civil de 2002
CC/1916	Código Civil de 1916
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
PAISM	Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher
ADCF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANADEP	Associação Nacional dos Defensores Públicos
BEMFAM	Bem-Estar Familiar no Brasil
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNDM	Conselho Nacional dos Direitos da Mulher
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família

NUDEM	Núcleo Especial de Defesa dos Direitos da Mulher
OMS	Organização Mundial da Saúde
PCBR	Partido Comunista Brasileiro Revolucionário
PDT/PE	Partido Democrático Trabalhista de Pernambuco
PL	Projeto de Lei
PPS/SC	Partido Popular Socialista de Santa Catarina
PT/SP	Partido dos Trabalhadores de São Paulo
SUS	Sistema Único de Saúde

RESUMO

A esterilização voluntária e demais métodos de regulação da fertilidade foram regulamentados pela Lei nº 9.263/96, com o propósito de preencher lacunas da legislação legal e garantir ao indivíduo o exercício pleno dos seus direitos reprodutivos. Sendo assim, esta monografia tem como objetivo geral analisar a constitucionalidade da exigência do consentimento do cônjuge para perfectibilizar a esterilização voluntária, quando na constância de sociedade conjugal. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada por meio de método dedutivo e de procedimento técnico bibliográfico e documental. Nesse sentido, inicia-se uma contextualização histórica da família no mundo ocidental, mais especificamente no Brasil, seguido de uma observação sobre o instituto do planejamento familiar no País. Em seguida, passa-se a uma exposição pormenorizada acerca dos principais direitos da personalidade e a teoria de transmutação dessas garantias, ao mesmo nível dos direitos fundamentais, devido ao seu conteúdo igualmente relevante. Na mesma oportunidade, imperiosa se faz a discussão acerca da concretização dos direitos fundamentais como garantia efetiva do princípio da dignidade humana. Por fim, procede-se a uma análise técnico-jurídica da Lei nº 9.263/96, bem como uma observação sobre a vivência conjugal e a hipótese de conflitos, principalmente no tocante à exigência do consentimento, culminando com a apreciação da ADI 5097/2014, que objetiva a declaração de inconstitucionalidade ao dispositivo que prevê o consentimento conjugal na esterilização cirúrgica. Conclui-se que a previsão de consentimento do cônjuge é inconstitucional, colidindo com o art. 226 da Constituição Federal, bem como afrontando os direitos à liberdade e disponibilidade física do corpo (ou autonomia ao próprio corpo), o que culmina com a violação do princípio da dignidade humana, princípio-luz e norteador do ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: esterilização voluntária. Consentimento do cônjuge. Dignidade humana. (In) constitucionalidade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 INSTITUTO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL	12
2.1 Origem da família e sua evolução histórica no mundo.....	12
2.1.1 Família na Grécia.....	13
2.1.2 Família no Império Romano	15
2.1.3 Família na Idade Média	17
2.1.4 Família na Modernidade.....	18
2.2 Evolução histórica da família no Brasil.....	19
2.2.1 Família no período do Brasil Colonial e Imperial	20
2.2.2 Família moderna no Brasil.....	24
2.2.3 Outras formas de família	28
2.3 O planejamento familiar no Brasil	32
3 A OBSERVÂNCIA E CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	35
3.1 Direitos de personalidade.....	35
3.2 Fundamentalidade dos direitos da personalidade	46
3.3 A concretização dos direitos fundamentais como garantia da efetividade da dignidade da pessoa humana	49
4 ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA: LEI FEDERAL Nº 9.263/1996.....	56
4.1 Análise técnico-jurídica da Lei Federal nº 9.263/1996 e suas especificidades	56
4.2 Consentimento do cônjuge como limite jurídico para a esterilização voluntária: aspectos psicológicos da vivência conjugal e seus conflitos.....	66
4.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5097/2014	72
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS.....	81

INTRODUÇÃO

Até a metade do século XX, a média de filhos na família brasileira excedia a cinco, posto que o grupo familiar iniciava sua concepção desde muito cedo, logo após a união do casamento. Tal fato devia-se ao conceito dos genitores de que, quanto mais mãos disponíveis para trabalhar, maior era a chance de sobrevivência àquela época, em um Brasil em que boa parte da população vivia no campo, em um estilo de agricultura primitiva.

Há quatro ou cinco décadas, conceitos como “controle da natalidade”, “bem-estar da família”, “direitos reprodutivos” e “planejamento familiar” tornaram-se uma preocupação da sociedade, e, a partir disso, vieram a integrar a pauta política brasileira. Com o decorrer do tempo, o instituto do planejamento familiar tornou-se fundamental para uma elevação do bem-estar e para uma maior mobilidade social.

Assim, pode-se conceituar planejamento familiar como o direito do indivíduo de ter acesso à informação, à assistência especializada e aos vastos recursos que permitem optar livre e conscientemente por ter ou não filhos, bem como a quantidade, o espaçamento temporal entre a sua concepção e a escolha do método contraceptivo adequado a cada um, sem coação.

No ordenamento jurídico brasileiro, o planejamento familiar é direito fundamental previsto legalmente no art. 1.565, § 2º, do Código Civil (CC) e pelo art. 226, § 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, (CF), sendo que

a Lei Federal nº 9.263/1996 foi sancionada justamente para regulamentar tal previsão constitucional.

Assim, a preocupação central deste trabalho é verificar se a exigência do consentimento do cônjuge para proceder à esterilização voluntária é constitucional. Com este propósito, o trabalho a seguir será desenvolvido em quatro capítulos, estruturados em uma conjuntura que permita uma análise acerca dessa condição, imposta pela Lei Federal que regula o planejamento familiar.

No segundo capítulo, inicia-se uma narrativa acerca da evolução histórica da família, mais precisamente no mundo ocidental, seguido das transformações do núcleo familiar que ocorreram e as que surgiram no cenário nacional, culminando com uma breve discussão sobre o instituto do planejamento familiar no País.

Em seguida, serão trazidos à baila os principais direitos da personalidade, mais especificamente os constantes do capítulo II do CC, e uma discussão sobre sua fundamentalidade, ou seja, a possível equiparação aos preceitos fundamentais, finalizando com uma análise de como ocorre, contemporaneamente, a concretização dos direitos fundamentais, considerando-se a atuação do Poder Judiciário em relação ao tema.

Por fim, o quarto capítulo propõe-se a analisar tecnicamente as especificidades da Lei nº 9.263/1996, especialmente sobre a exigência do consentimento do cônjuge na esterilização. Em seguida, será feita análise acerca do convívio conjugal e as hipóteses de conflitos entre cônjuges, a fim de contextualizar o leitor sobre o ambiente hostil ao qual o consentimento pode estar atrelado.

Ao fecho, proceder-se-á a um exame da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5097/2014 (ADIN), que ainda se encontra em trâmite no Superior Tribunal Federal (STF) e que contesta a constitucionalidade do dispositivo que trata da exigência de terceiro para a realização da esterilização cirúrgica.

O método utilizado na elaboração do estudo será o qualitativo, técnica pela qual a compreensão de informações é feita de forma global, inter-relacionando fatores que variam entre si e privilegiando textos. O conteúdo será altamente descritivo e, mesmo incorporando dados quantitativos, o que irá preponderar será o exame da natureza e

das interpretações possíveis para o fenômeno analisado. Ao final, será feita a interpretação do resultado de acordo com as hipóteses estabelecidas de forma estratégica - neste caso, a possível (in) constitucionalidade da vedação legal que obsta a esterilização voluntária.

A presente monografia pretende discutir a Lei nº 9.263/1996, que remete à discussão central deste estudo, no tocante à constitucionalidade da exigência de autorização do cônjuge na esterilização voluntária, à luz dos direitos da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, este como princípio norteador da Carta Magna.

2 INSTITUTO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

Atualmente, o planejamento familiar surge em forma de debate no cotidiano midiático, através de abordagens que remetem às questões referentes ao aborto, mortalidade materna, reprodução assistida, esterilização, entre outros. Em seu aspecto material, é garantido juridicamente, através do art. 226, § 7º, da CF/1988¹, porém, ao efetivar essa pretensão constitucional, o cidadão depara-se com vedações legais que detêm o condão de regular esse processo, qual seja, a Lei nº 9.263/1996.

Neste capítulo será feita a contextualização da família no âmbito mundial, ao longo da história ocidental, além da descrição histórica da família brasileira nas suas modalidades mais populares. Ainda se fará a discussão acerca do conceito e finalidade do planejamento familiar no País.

2.1 Origem da família e sua evolução histórica no mundo

A presente monografia pretende sugerir reflexões sobre o planejamento familiar. Entretanto, para que se possa discutir o tema central, é fundamental que primeiramente se conheça o histórico da família no mundo, perpassando os vários

¹ CF/1988, “Art. 226 [...] § 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”.

períodos em que o instituto esteve presente e se transmutou devido à efemeridade da sociedade que, por sua vez, é construída tendo a família como alicerce.

2.1.1 Família na Grécia

A presença humana na região da península balcânica é um dos primeiros registros do início da civilização ocidental, remontando ao período paleolítico médio, há aproximadamente 100.000 anos (TURKENICZ, 2013). O historiador faz alusão às primeiras comunidades que falavam grego, com data de 2.000 a.C., e também cita que essa mesma civilização acreditava que, após a morte, os antepassados não repousavam, porém viviam em seus túmulos. Na mesma linha, segue afirmando que os gregos não consideravam a morte um encerramento da vida, mas que corpo e alma seguiam vivendo outra existência.

O autor afirma que todo lar grego tinha em seu interior um altar, no qual permanentemente ardiam algumas brasas, atribuição sagrada que era atribuída ao dono da casa como primeira tarefa ao despertar. Caso o fogo se debelasse, a desgraça sobre a família seria inevitável, pela crença de que o fogo extinto do altar era sinônimo de família extinta. Tal demonstração de zelo era para com o deus Lar que, representado através do fogo que cozia os alimentos, possuía também um espírito. Os deuses Lares eram representados pelos antepassados mortos, esclarece o escritor.

Os cultos e funerais eram exclusividade dos parentes mais próximos, conforme instituída a lei de Sólon (640-558 a.C.), proibindo de acompanhar o enterro qualquer pessoa que não fosse parente do morto, cujo espírito só recebia oferendas dos seus descendentes. De forma semelhante, somente os patriarcas eram homenageados, e a falta de oblação acarretava falta grave, resumindo esse forte vínculo com a máxima: “Nem o vivo podia passar sem o morto, nem o morto sem o vivo” (TURKENICZ, 2013, p.36).

Diante do altar, a família era reunida pela manhã e à noite, para proceder com as orações, sendo que os túmulos dos ascendentes ficavam a poucos passos da residência:

[...] se reuniam os vivos, em certos dias, trazendo a refeição fúnebre. Não era o afeto recíproco entre os vivos que dava a sustentação à família, nem na Grécia e nem, mais tarde, em Roma. Também não eram o nascimento nem o sentimento que originavam a associação familiar. A família era sobretudo uma associação religiosa: tratava-se daqueles que cultuavam os mesmos deuses Lares. A religião não criou a família mas lhe forneceu as suas normas (TURKENICZ, 2013, p.36)

Após o casamento, a mulher mudava-se da casa do pai para a do marido. Consequentemente, era impossibilitada de continuar seguindo sua religião, devendo conhecer outras orações e praticar rituais distintos daqueles que desenvolveu na sua infância. Descreve o autor que a cerimônia ocorria no próprio lar e, entre os gregos, era composta de três momentos, sendo o primeiro na casa paterna em que a mulher, na presença do marido, era desligada do lar em que sempre viveu.

Num segundo momento, em um contexto festivo, a mulher era conduzida ao seu novo lar, vestindo roupas brancas, uma coroa na cabeça e com o rosto coberto. Um hino religioso, o *himeneu* era entoado, enquanto seu marido a tomava em seus braços, tomando o cuidado para que os pés da esposa não tocassem na soleira, evitando assim o mau agouro. Finalmente, o terceiro momento é apontado pelo autor:

[...] a esposa era colocada diante da divindade doméstica de seu novo lar, tocava o fogo sagrado, eram feitas as orações e eles compartilhavam um bolo e alguns frutos. 'Esta espécie de ligeira refeição, começando e acabando por uma libação e uma oração, esta partilha de alimento em frente do lar, coloca os dois esposos em comunhão religiosa entre si e em comunhão com os deuses domésticos' (Fustel de Coulanges, p.41). Só bem depois, os deuses do céu (Júpiter, Juno, etc.) também seriam invocados, mas numa cerimônia chamada de prelúdio do casamento (TURKENICZ, 2013, p.37).

O casamento na Grécia tinha por escopo a união de dois seres capazes de originar um terceiro, a fim de continuar esse culto. Não existem referências de simpatia entre marido e mulher, nem à felicidade ou ao prazer, pois o objetivo principal era a concepção de um filho varão que, por si só, não o instituíria como perpetuador. O ato oficial de pertencimento à família ocorria após o décimo dia de vida do nascituro, por meio de um ritual religioso comandado pelo pai na presença do restante da família. Acredita-se que esse período era instituído a fim de se assegurarem de que a prole sobrevivesse. Além do laço sanguíneo, o vínculo do culto era exigido para que o filho fosse assim reconhecido pelo pai e, mesmo assim, este tinha a liberdade de reconhecer ou não um filho tido com a esposa (TURKENICZ, 2013).

O modelo de família monogâmica grega tinha por fundamento apenas a procriação, para que mais tarde a prole herdasse os bens do pai somente, pois a mãe nada tinha direito a nada, posto que a estrutura familiar baseava-se no predomínio do homem como chefe supremo (SILVA, 2005).

Nesse modelo monogâmico de estrutura familiar, o autor alega que somente o chefe de família poderia romper o conceito de monogamia e repelir sua mulher, possuindo semelhante prerrogativa para recorrer à infidelidade conjugal: “À mulher legítima exige-se que tolere tudo isso e, por sua vez, que guarde uma castidade e uma fidelidade conjugal rigorosa” (SILVA, 2005, p. 23).

Em virtude do inexistente direito materno, o escritor cita que a direção da casa também ficou sob o comando do homem, tendo sido a mulher convertida em serviçal, meio de reprodução e cativa da luxúria. Esse pode ser apontado como o surgimento da exclusividade do poder do homem, dando origem à família conceituada como patriarcal.

Analisando o contexto daquela época, chega-se à conclusão de que, o que definia a família como patriarcal não era o direito do *pater* à poligamia, mas a organização de pessoas livres, bem como de cativos, sob seu indiscutível poder paterno.

Partir-se-á agora ao estudo da família durante o Império Romano.

2.1.2 Família no Império Romano

Em um lapso temporal de quatro séculos, sendo dois deles antes de Cristo e dois depois, houve gradativamente uma valorização bem maior do vínculo marital. Durante esse período, o contexto da mulher no casamento e na sociedade melhorou significativamente. Além de desfrutar de seus bens, a união entre marido e mulher era definida como um acordo entre duas partes, podendo a mulher, inclusive, contestar o marido (TURKENICZ, 2013).

No mesmo período, Sampaio e Venturini (2007) citam que a cultura da família numerosa era amplamente incentivada porém, devido à grande mortalidade de mães e recém-nascidos devido às condições precárias em que ocorria o nascimento, esse

ideal de família profusa nem sempre se concretizava. Apontam as autoras que era hábito comum na Roma Antiga o abandono ou sacrifício de crianças nascidas com alguma deficiência. Tais rituais, nessas circunstâncias, eram tidos como indispensáveis para garantir que a criança pudesse futuramente seguir os passos do pai, no caso dos meninos, ou obter um bom casamento, no das meninas.

Turkenicz (2013), menciona que o homem, quando esposo, além de ser pai de família, também era senhor de escravos e dono do patrimônio. Denominado como *pater familias*, possuía a posição mais elevada do estatuto familiar romano e decidia monocraticamente as questões sobre todos os membros da família. Um filho somente tomava o posto de *pater familias* após a morte do pai que, antes disso, poderia deserdar ou até mesmo condenar seu rebento à morte. Em relação às filhas, o autor explica:

[...] os filhos tornavam-se adultos e podiam dispor da herança. Não existia direito de primogenitura. Caso as filhas ainda fossem solteiras por ocasião da morte do pai, elas também herdavam. Nessas circunstâncias, elas passavam a ser livres para casarem com alguém da sua escolha (TURKENICZ, 2013, p.85).

A mulher romana era merecedora do respeito do marido, muitas vezes em virtude da nobreza do pai ou pelo dote que trazia consigo àquela união, porém há de se salientar que o poder do *pater* ainda vigia fortemente entre a família. A infidelidade da esposa não consistia numa ofensa, mas era tida como um grande infortúnio, comumente comparado a um escravo que não cumpria com seus deveres. À mulher, na pior das hipóteses, cabia o exílio. O autor exemplifica que o mesmo ocorreu com as filhas do imperador Augusto, fundador do Império Romano, sendo que uma delas só era infiel quando estava grávida, para não correr o risco de dar filhos ilegítimos a seu marido. A respeito da extinção da união conjugal, o autor comenta:

Na classe alta romana, o divórcio era frequente. Não causava rechaço casar com mulher divorciada. Considerado um dever cívico, esperava-se do casamento que os esposos gerassem filhos e cuidassem da casa. O vínculo amoroso era uma possibilidade adicional, nem fundamento nem condição para o casal (TURKENICZ, 2013, p. 81).

O autor averba que a omissão perante a infidelidade da mulher não era considerada atitude de alguém que poderia vir a ser um bom chefe militar nem bom cidadão.

A partir deste período, percebe-se um maior destaque da mulher na relação, comparado a outras épocas. A figura feminina, no Império Romano, possuía voz em meio ao núcleo familiar, o que se perpetuou durante a Idade Média.

2.1.3 Família na Idade Média

A Idade Média compreende um período aproximado de 10 séculos da história europeia. Alguns historiadores, segundo Turkenicz (2013), definem o ano de 395 como o ano-marco do início da *Idade das Trevas*, expressão utilizada pelos renascentistas da época para descrever o declínio das artes e das ciências, em comparação à Antiguidade.

Dando continuidade ao modelo patriarcal, a família na sociedade feudal era comandada pelo homem, que exigia obediência de sua esposa. Os casamentos dos nobres tinham um ponto de vista exclusivamente econômico, em virtude das competições por território para fins de expansão, relata o autor.

A Igreja Romana, que representava o Cristianismo com exclusividade, instituiu a família como sendo uma entidade religiosa e a converteu em célula-mãe da Igreja, organizada a partir da figura masculina como ponto central. A procriação, nesse período, era considerada fundamental para constituir uma família, praticando fielmente o preceito bíblico “Crescei e multiplicai-vos. Ide e enchei a terra”. Instituída como entidade legítima, o casamento marcava o início da família, que deveria necessariamente procriar, eis que o casal sem filhos era considerado inferior perante a sociedade (SIQUEIRA, 2010).

O pesquisador relata que o sexo, na constância do casamento, tinha apenas dois propósitos: proporcionar prazer ao homem – uma vez que à mulher não era atribuída a capacidade de sentir prazer – e procriar, motivo pelo qual as famílias da época eram tão numerosas.

Com o intuito de evitar a infundável divisão de terras na transmissão do feudo, somente o primogênito sucedia ao pai na condição de legítimo herdeiro. Os demais filhos, que não possuíam o dever de continuação do feudo, tinham a liberdade de vincular-se a ordens religiosas ou compor uniões menos aristocráticas ou duradouras,

como o concubinato ou a prostituição. A relação de lealdade entre pai e filhos era sobretudo preciosa, considerando-se o ambiente de incessantes guerras e, conseqüentemente, de inúmeros inimigos (TURKENICZ, 2013).

Segundo o autor, o concubinato e suas conseqüências eram assim definidos:

O que os cronistas medievais chamavam de concubina referia-se a uma companheira reconhecida, que não se confundia nem com prostituta, nem com amante passageira, nem com esposa legítima. Essas relações não requeriam uma ação de divórcio para se desfazerem e nem seus filhos tinham direito à herança. Não havia uma cerimônia oficial: ocorria através de um acordo entre companheiros ou por rapto da moça (TURKENICZ, 2013, p. 124).

Naquele período, o patrimônio fixo associado a um sobrenome determinava a linhagem, que prevalecia profusamente sobre a conjugalidade, sendo que as uniões tidas como oficiais possuíam essência e objetivo econômicos, e igualmente influenciadas fortemente pela Igreja Católica, descreve o escritor.

A seguir, será contextualizada a família no período da Idade Moderna.

2.1.4 Família na Modernidade

Nesse período, o sistema de sociedade feudal passou pela transição da ideia de autotutela para a proteção estatal, visto a implementação do sistema de Estado Nacional. Em virtude da Revolução Industrial, cada membro da família que anteriormente fazia parte de uma unidade de produção sob o comando do chefe – dito sistema patriarcal – agora passa a trabalhar em fábricas, desempenhando uma função econômica (SIQUEIRA, 2010).

Muitos paradigmas transmutaram-se a partir da Revolução Francesa, com a introdução dos preceitos da igualdade, liberdade e fraternidade, fazendo com que novos modelos de família surgissem a partir de então, assevera o autor.

Houve revolução também no âmbito familiar. O casal em união não era declarado casado perante Deus, mas perante a lei, desobrigando a esposa a obedecer incondicionalmente seu marido. A vida íntima passou a ser regulada, como segue:

Se, depois de sete anos de casado, marido e mulher não tivessem filhos, deviam separar-se. Devia haver uma declaração pública das amigadas. Mas o amor, grande ameaçador das regras, era inimigo da revolução. O Estado também passou a definir impedimentos ao casamento, regulamentou os procedimentos de adoção, estabeleceu o divórcio (Lei de 20.10.1972) e criou os tribunais de família. [...] Tanto o homem quanto a mulher podiam pedir o divórcio (TURKENICZ, 2013, p. 247).

A ausência do cônjuge ou o seu abandono eram as principais justificativas para os casais se divorciarem. Também a religião passou a vigorar apenas na vida privada, em vista da ampliação dos espaços do Estado, que deveria proteger a população da opressão da Igreja bem como da própria família, quando esta não agia de acordo com os novos preceitos instituídos pela Revolução Francesa. Assim, o conceito de casamento transmutava-se de um acordo indissolúvel entre famílias e diante de Deus, para um contrato livremente estabelecido entre homem e mulher, descreve o autor.

Uma mudança relevante com o advento da modernidade foi no tocante à infância, como explicitado a seguir:

[...] a infância passa a ser definida como um período de ingenuidade e fragilidade do ser humano, que deve receber todos os incentivos possíveis para sua felicidade. **O casal conjugal passa a se organizar em torno dela e se voltar para sua promoção nos aspectos afetivo, educacional e de saúde.** O filho passa a ocupar um outro lugar na família, distanciando-se do lugar de assujeitamento, 'a coisa dos pais, como um objeto inteiramente submisso à vontade deles' (Roudinesco, 2003:99), para um lugar de filho-sujeito, merecedor de cuidado e afeição. Também vai desaparecer o favorecimento de filhos privilegiados (direito de progeneritura), e se instalar a preocupação com a **igualdade entre irmãos.** **O novo interesse pela infância seria, conseqüentemente, uma expressão do sentimento de família** (FAMÍLIA..., [200 -?], p. 19, grifo nosso).

Esse emergente interesse pela infância, segundo o autor, seria uma consequência do novo sentimento de família, que nasceu por volta dos séculos XVI e XVII. Esse período do processo de industrialização inseriu as mulheres em um mundo predominantemente masculino até então. Além de expandir o labor mediante proventos, novidade para a figura feminina, induziu a melhoria nas condições de vida da família e também levou as crianças para a escola.

2.2 Evolução histórica da família no Brasil

Tanto a família como a sociedade em geral possuem características muito efêmeras e que evoluem constantemente. Adiante, será apresentada sucintamente

a evolução histórica e as principais características da família brasileira em diferentes momentos.

2.2.1 A família no período do Brasil Colonial e Imperial

A família brasileira, em sua origem, foi constituída pela miscigenação influente de três culturas: indígena, africana e europeia, resultando na formação de uma sociedade multicultural e diferenciada (FAMÍLIA..., [20--]).

Até a metade do século XVIII, vigeu a política dos casais, método adotado pela Coroa portuguesa para povoar o território brasileiro, além de estimular os casamentos inter-raciais, a fim de garantir a mão-de-obra indígena. Somente no ano de 1747, nas ilhas dos Açores, 7.817 pessoas se alistaram para serem trazidas ao Brasil (TURKENICZ, 2013).

No período de colonização, o povo português e espanhol instituiu diversos valores e características culturais próprias, como por exemplo a família patriarcal e conservadora. A família era tida como uma instituição basilar da vida social, de valor indissolúvel, sendo que o indivíduo que não a tivesse era tido como renegado ou simplesmente ignorado. O conceito de bem-estar social àquela época se baseava no fato de, antes de mais nada, pertencer a algum grupo familiar (FAMÍLIA..., [20--]).

O modelo de família patriarcal brasileira pode ser descrito da seguinte forma: um grupo extenso tendo como base o núcleo formado pelo casal e seus filhos legítimos. Nesse grupo, incorporavam-se parentes, afilhados, escravos e por vezes até as concubinas e os bastardos, todos sob o domínio do patriarca, da casa-grande à senzala. Nesse período ocorre a intensificação do poder patriarcal, em função do governo português não conseguir se fazer representar mais solidamente no Brasil Colônia (TERUYA, 2014).

A autora menciona que o proprietário de terras tomou o controle do poder local, e o sistema de parentesco entre os indivíduos era a forma pela qual os mesmos se identificavam e reconheciam em sociedade. Logo, ser filho, compadre ou parente do senhor proprietário proporcionava as oportunidades e os limites para cada indivíduo.

O patriarca imperava com autoridade incontestável e absoluta, de caráter econômico e político, concebendo todas as esferas da sociedade. À mulher casada cabia o papel de assumir as funções domésticas e os filhos, todavia, a mulher possuía uma categoria singular enquanto mãe ou esposa-mãe, responsabilizando-se pelo caráter de se relacionar com a sociedade brasileira. Ao homem era necessário conceber esposa, ou seja, ter lar e filhos dignos a fim de alcançar prestígio social, porém há de se salientar que o papel central e de destaque ainda era do homem enquanto marido. O modelo patriarcal enquanto relação familiar iria perdurar até a atualidade, mas com ênfase em sua vigência até o século XIX (FAMÍLIA..., [20--]).

Durante os dois primeiros séculos de colonização o abandono de crianças era muito frequente e ocorria por diversos motivos, entre eles, quando a mulher branca de elite concebia o filho fora do casamento e, por causa disto, era condenada moralmente, e as mulheres da classe trabalhadora em função do adoecimento ou morte dos pais (MEIRA e CENTA, 2003).

Em termos conceituais de família, Faria (1998) aponta que a Inglaterra e a França determinavam-na como sendo família nuclear, composta por pai, mãe e filhos que viviam sob o mesmo teto, tendo em vista ser raro que outras pessoas vivessem na mesma residência. No Brasil, entretanto, o conceito de família englobava criados, parentes e agregados, sendo que a autora envolve mais uma acepção no conceito: parentes e aliados, esses últimos sugerindo relações de compadrio ou alianças políticas. Os vínculos era numerosos e variados, e se davam de forma que hoje surpreende. Estudos aprofundados sobre as características familiares da época carecem de fontes, devido às limitações documentais daquele período; contudo, linhas gerais podem ser tratadas sobre o tema.

Turkenicz (2013), menciona que a transferência do eixo econômico para Minas Gerais influenciou a formação de novas configurações familiares no início do século XVIII, afetando assim o padrão de família patriarcal que, menos frequente, verificava-se somente nas esferas mais ricas da sociedade.

Estima-se que nesse século mais de 600.000 pessoas foram atraídas para a região das minas em função da descoberta de ouro e metais preciosos e,

consequentemente, houve uma mistura de raças de diversas origens. Ainda sobre o modelo patriarcal e suas fontes históricas, Faria (1998, p.45) relata:

Gilberto Freyre, declaradamente, considerava os relatos de viajantes e cronistas estrangeiros a fonte de informação mais segura sobre a sociedade brasileira, discriminando-se autores viciados por preconceitos ou superficiais. Parece que a utilização sistemática deste tipo de fonte colocava-se, na época, como grande novidade ao se fazer história. Caio Prado Júnior, Sérgio Buarque de Holanda, Antônio Cândido de Carvalho e outros de menor divulgação e do mesmo período, também estavam entre os que, amplamente, utilizaram os relatos dos viajantes como comprovações seguras de suas ideias.

A posição da mulher na família, na visão de precursores do patriarcalismo, definiam-na como enclausurada e dominada, porém entre os grupos mais pobres da sociedade a mulher presidia o âmbito doméstico e gozava de certa liberdade de movimentos no espaço público, que teoricamente era exclusivo dos homens.

Contudo, pesquisas posteriores apontam que havia uma diversidade de padrões familiares divergentes do modelo patriarcal idealizado somente entre a população mais rica da época, os moradores da casa-grande. A partir da análise da família paulista no início do século XIX, concluiu-se que família do tipo patriarcal representava menos de 26% dos domicílios, sendo que nos outros 74% das casa, outras formas de composição predominavam, discorre a estudiosa.

O século XIX, durante o Brasil Imperial, transcorreu trazendo muitas transformações à sociedade brasileira, como a consolidação do capitalismo, um cotidiano urbano que permitia novas alternativas de convívio social e o avanço da burguesia. Com esta última, desenvolveram-se novas formas de organizações familiares e suas vivências domésticas (D'INCAO, 2001).

A mulher elitista daquela época, segundo a autora, era submetida à avaliação e opinião alheias, passando a se fazer presente em eventos sociais como teatros, bailes e cafés. A partir de então, além do pai e do marido, outros olhares da sociedade ficavam atentos à sua conduta social.

O casamento entre famílias burguesas era tido como uma forma de manter o status e garantir a ascensão social, estabelecendo à mulher o cargo de anfitriã, boa mãe e esposa. Em outro sentido, a escritora menciona que o homem dependia da imagem da esposa para ser bem visto dentre seus pares, sendo papel das esposas,

filhas, tias, irmãs e sobrinhas zelar pela imagem pública do chefe de família. Apesar da sua aparente autonomia nas questões políticas e econômicas, o homem na verdade era rodeado por mulheres incumbidas de ajudá-lo a manter seu posto social.

As relações concubinas eram muito comuns na São Paulo do século XIX, o que originava muitos filhos tidos como ilegítimos, principalmente nas classes mais pobres da sociedade. Esses filhos, intitulados bastardos, por vezes eram lembrados nos testamentos, o que originou disputas ferrenhas pela herança, principalmente quando o patrimônio era substancialmente grande. Nos setores mais desprovidos da sociedade, muitos lares eram chefiados pelas mulheres que, por vezes, tinham o apoio de outros adultos ou agregados para complementar a renda familiar (TURKENICZ, 2013).

No final do século XIX, a família passou a modificar suas relações com a criança, à medida em que entendeu a necessidade de educar e preparar o infante para a vida futura. A criança passou a frequentar a escola e permanecer em seus lares, ao mesmo tempo em que a família distanciou-se da sociedade e valorizou a intimidade da vida privada. Embora os casos de mortalidade infantil ainda fossem recorrentes, a preocupação com a infância fez com que a família voltasse os cuidados aos filhos, submetendo-os a uma rotina de higienização e vacinando-os contra a varíola, o que acabou por colaborar para a redução da mortalidade infantil (MEIRA e CENTA, 2003).

O sentimento das famílias em relação às suas crianças, segundo as autoras, passou de um estágio em que se enviavam bebês para amas de aluguel ou para viver e trabalhar na casa de outras famílias, para uma fase em que a educação passou a ser atribuída à própria família e à escola, o que denota uma preocupação dos pais em manter seus filhos por perto para protegê-los. As famílias, a partir de então, concebiam uma nova visão sobre a infância e sua importância.

No final desse período, o núcleo familiar passou a exprimir sentimentos entre seus membros. Desenvolveram-se também outros tipos de relações entre familiares, valorizando-se a independência dos indivíduos, não mais submetidos ao poder majoritário do homem.

2.2.2 Família moderna no Brasil

A família iniciou o século XX com algumas transformações advindas do final do século anterior. Os filhos, por exemplo, não eram tão dependentes do poder patriarcal, buscando carreiras autônomas ou vinculadas à política:

A preservação parcial da economia latifundiária explicaria a manutenção das enormes desigualdades sociais no país, juntamente com as relações semi-patriarcais, principalmente nos estados do Norte. Por outro lado, o desenvolvimento da economia industrial no Sudeste é que transformará a família. Ela se nucleariza para atender melhor as demandas da sociedade moderna, e ao perder a sua função produtiva, o grupo tende a se relacionar única e exclusivamente a partir dos laços de afeto mútuo (TERUYA, 2014, p. 10).

Como bem destacado no subcapítulo anterior, a mulher elitista entre o final do século XIX e início do século XX era constantemente avaliada pela sociedade, fazendo-se presente, a partir daquela época, em bailes, teatros e cafés (D'INCAO, 2001).

No entanto, as mulheres das classes populares não conseguiam atender essas condições, por terem a responsabilidade de trabalhar para o próprio sustento e de sua família. Cabe ressaltar que as famílias das classes menos privilegiadas revelavam uma pluralidade de formas de organização, sendo numerosas aquelas chefiadas por mulheres. Porém, a implementação do modelo familiar burguês nas famílias da camada pobre da sociedade era vista como necessária mediante o novo regime capitalista que adveio após a abolição da escravatura. Os argumentos sustentavam a ideia de que, em vista dos custos de reprodução da força de trabalho, a contribuição do trabalho doméstico e não remunerado da mulher era imprescindível (TENÓ e SALLES, 2011).

Além disso, as autoras destacam que o ideal de honra e casamento em meio às mulheres pobres era considerado temerário frente à moralidade de uma nova sociedade. De fato, à mulher eram reservados o recato e a subordinação, desde a sexualidade até a aptidão maternal. O sexo só lhe era permitido após o casamento, e somente no âmbito da união conjugal. Em contrapartida, ao homem cabia externar a sexualidade desenfreada, manifestada por uma força física sobressalente e uma natureza empreendedora, racional e autoritária.

Sob o olhar jurídico, o Código Civil de 1916 trazia em seu texto que a família se constituía somente mediante o casamento e não passível de dissolução. Ao homem cabia o comando da família, restando à mulher a capacidade civil relativa, e somente os filhos tidos como legítimos gozavam de legitimidade. Em sua forma original, no Código o casamento não era passível de dissolução nem de desquite. Este surge logo após, mas apenas contemplando as hipóteses em que um cônjuge injuriava gravemente o outro, praticava adultério, abandonava voluntariamente o lar ou atentasse contra a vida do outro. O culpado pela separação era punido pela privação da guarda de seus filhos (ESCOLA ..., 2013).

As décadas supervenientes, de 30 a 60, foram consideradas de relevante importância para as mudanças ocorridas no casamento. A industrialização e a consequente urbanização foram responsáveis por desfazer os métodos antigos de sociabilidade, tornando as relações de homens e mulheres mais democráticas. O beijo surge nos filmes e nos relacionamentos entre namorados como demonstração de afeto e contato físico mais latente entre homem e mulher (TENO e SALLES, 2011).

Entretanto, as autoras comentam que a mulher permaneceu em desvantagem social e trabalhista durante muitos anos. Aquelas que estavam no mercado de trabalho permaneciam somente até o casamento pois, após o mesmo, o sistema trabalhista se encarregava de dispensá-las por causa do seu estado civil

Em 1962 foi criado o Estatuto da Mulher Casada, instituído pela Lei nº 4.121/62 que, embora continuasse deixando o homem em posição de gerência no âmbito familiar, a mulher passou a ser vista como colaboradora, podendo recorrer à tutela jurisdicional quando discordasse de alguma questão referente ao relacionamento conjugal (ESCOLA..., 2013).

Teno e Salles (2011, texto digital, grifo nosso) afirmam que esse modelo familiar perdurou até o final dos anos 60, quando houve significativas mudanças no casamento:

Esse modelo persistiu até a o final da década de 60 quando a independência feminina, diante do trabalho, **o início da liberação sexual decorrente do surgimento da pílula anticoncepcional** e a invasão da mídia (novelas, filmes e outros), que mostravam o amor e a paixão como temas principais, fez com que lentamente o sexo antes do casamento fosse visto não apenas como tema de novela, mas também da vida real, desvinculando-se assim da procriação e do próprio casamento. [...] foi nesta mesma época que as

fronteiras sexuais foram “borradas”. Ao mesmo tempo em que se assistia uma transição social e as décadas de 60 e 70 passavam um momento revolucionário em termos políticos, sociais, culturais e ideológicos, a censura ainda estava presente em meios de comunicação, principalmente quando os temas se referiam ao aborto, a contracepção, o divórcio, etc. [...] **a nova facilidade de contracepção levou à uma diminuição significativa dos casamentos formais.** Assistiu-se então, uma Revolução Sexual inserida na Revolução dos costumes. As mulheres passaram a se vestir de maneira mais liberal e reivindicar por igualdade salarial, de direitos e de decisões. Aos poucos, a noção de “atentado” aos bons costumes desaparece, a informação e educação sexual deixam de ser um tabu e proclama-se o direito ao prazer sexual.

Teruya (2014) destaca que a entrada da mulher no mercado de trabalho, a impessoalidade nas relações sociais, o enfraquecimento dos laços de parentesco e o controle de natalidade foram as grandes transformações atribuídas à família moderna brasileira.

Em 1977 o direito ao divórcio passou a ser positivado, através da Lei nº 6.515, mediante protestos da Igreja. O cônjuge só tinha direito ao divórcio se estivesse separado de fato há no mínimo 5 (cinco) anos, ou 3 (três) anos após separação judicial, porém o divórcio só era possível uma única vez. Tal mudança teve grande significado e impactou diretamente no direito de liberdade, uma vez que o indivíduo não tinha mais a obrigação de permanecer na sociedade conjugal (ESCOLA..., 2013).

A Constituição Federal de 1988 (CF) reconheceu a igualdade de gêneros, e o casamento deixou de ser a única modalidade de união, passando a ser mais um dos institutos reconhecidos a fim de promover a dignidade humana. Os filhos, havidos ou não no casamento, passaram a ser reconhecidos igualmente perante a legislação. Valorizou-se o princípio da liberdade individual como uma forma de direito do indivíduo ao exercício da vida privada e de intimidade. Liberdade, a partir de então, passou a significar a realização de escolhas de acordo com a própria vontade, sem interferências de qualquer sorte (ESCOLA..., 2013).

Os estudos de gênero em diferentes regiões do país são financiados pelos programas das Fundações MacArthur e Ford e um tema se torna muito evidente durante estes trabalhos: Os direitos reprodutivos (SCOTT, 2011).

A partir do final dos anos 90, ocorreu uma sucessão de inovações legislativas:

Quadro 1 – Mudanças na legislação a partir dos anos 90

LEGISLAÇÃO	EFEITOS GERADOS
Lei nº 7.811/89	Permissão para divórcios sucessivos.
Lei nº 8.069/90	A criança passou a ser vista como sujeito de direitos e não mais como objeto de disputa entre os pais. Em questões relacionadas à sua guarda e visitação, deveria prevalecer o seu melhor interesse.
Lei nº 8.560/92	A investigação de paternidade abre as portas para o reconhecimento de filhos tidos até a Constituição de 1988, como adulterinos e ilegítimos.
Lei nº 8.971/94 Lei nº 9.278/96	Ainda que com denominações e requisitos diversos, reconhecem as relações concubinárias e de convivência.
Lei nº 10.406/02 (Código Civil)	Originado das matrizes do pensamento jurídico dos inaugurais anos da segunda metade do século XX, foi fortemente afrontado pelos ditames da nova ordem social que já se redesenhava desde a promulgação da Lei do Divórcio, em 1977.
Lei 11.441/07	O divórcio e a separação sem filhos menores passa a ser realizada extrajudicialmente e sem a intervenção do Estado-Juiz.
Emenda Constitucional 66/2010	No ano de 2010, advém a Emenda Constitucional nº 66, que permite o divórcio direto sem a prévia separação de fato e elimina, de modo definitivo, a discussão de culpa nas demandas de dissolução do vínculo conjugal.

Fonte: ESCOLA..., 2011, p. 129-130.

Foi somente através do reconhecimento estatal e a conseqüente evolução legislativa, os quais buscaram legitimar as transformações ocorridas no âmbito familiar, que houve efetiva proteção jurídica das relações familiares.

Sabe-se que o fato sempre antecede o direito; por esse motivo, é imperioso que se tutele a matéria incontinenti ao surgimento de novos modelos familiares para garantir a proteção efetiva pelo sistema jurisdicional. A seguir, serão estudadas as outras formas possíveis de família.

2.2.3 Outras formas de família

O ordenamento jurídico brasileiro, bem como a maioria das outras legislações alienígenas, considerava que a família era constituída através do casamento, até o advento da Constituição Federal de 1988. Mesmo não recebendo a proteção estatal, sempre existiram e existirão outras formas de organização familiar. O Estado almejava regular as relações sexuais, tornando legítimas somente aquelas que ocorressem na constância do casamento. Como não há possibilidade de normatização da sexualidade, pois ela pertence à ordem do desejo, tornou-se ineficaz ao Estado controlar a constituição de novas organizações familiares PEREIRA (2012).

Dentre as mais recentes formas de agrupamentos familiares, pode-se destacar, além do casamento, aquelas formadas por pessoas intersexuais e também por indivíduos homossexuais (MALUF, 2010). Pereira (2012), ainda introduz a união estável como forma jurídica de estabelecimento familiar, além dos grupos familiares monoparentais.

Maluf (2010) menciona que o Estado, em sua função legislativa deve regular e não controlar a família conforme seja conveniente, mas sim almejando a função social determinada pela Carta Magna. Para a autora, o que define um casamento é a formação de uma relação estável que traz na sua estruturação a afetividade, intimidade, cumplicidade, mútua proteção e uma eventual reprodução.

A família formada pelo casamento sempre foi uma organização familiar que fruiu de proteção constitucional, sendo inclusive a única modalidade reconhecida no Código Civil de 1916. De certa forma há uma garantia intrínseca no ordenamento jurídico brasileiro, eis que existe uma presunção de paternidade (SENA, 2016).

Cabe ressaltar que dados atualizados até o ano de 2009 foram divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), onde se conclui que o número de casamentos teve sua primeira queda em 2002, como segue:

O total de casamentos ocorridos e registrados em 2009 caiu 2,3%, em relação a 2008 na população de 15 ou mais anos de idade, causando queda de 0,2 pontos na taxa de nupcialidade (casamentos por mil habitantes nessa faixa etária), a primeira retração desde 2002. O Acre ficou com a maior taxa de nupcialidade (11,2‰, quase o dobro da taxa nacional de 6,5‰), e também teve maior percentual de divórcios do tipo direto (98,3%). As mulheres estão casando cada vez mais tarde e o percentual de casamentos em que a mulher

é mais velha do que o homem está aumentando gradativamente (de 19,3% em 1999 para 23,0% em 2009). Os casamentos em que um dos cônjuges é divorciado ou viúvo passaram de 10,6% em 1999 para 17,6% em 2009 (NÚMERO..., 2010, texto digital).

Pereira (2012) reforça que essa queda significativa nos registros de casamentos não remete a uma possível decadência das instituições familiares; ao contrário, significa que o casamento não caracteriza a única hipótese pela qual os indivíduos formam as comunidades familiares, permitindo-lhes mais autonomia em suas escolhas para se agruparem almejando uma vida em comum. O modelo familiar clássico do casal com filhos deixou de ser maioria, cedendo o lugar aos mais diversos arranjos familiares, alguns dos quais serão vistos a seguir.

A família homoafetiva ou união homoafetiva detém reconhecimento jurídico, fundando-se na dignidade da pessoa humana e encontrando amparo no afeto e na busca pela felicidade da família, e foi justamente essa busca que propiciou o surgimento de novas organizações familiares.

Em 2013, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou que os cartórios de todo o País procedam ao registro do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. O mesmo dispositivo trouxe a garantia de conversão em casamento das uniões estáveis homoafetivas registradas anteriormente, cuja desobediência passa a ser penalizada:

Caso algum cartório não cumpra a Resolução do CNJ, o casal interessado poderá levar o caso ao conhecimento do juiz corregedor competente para que ele determine o cumprimento da medida. Além disso, poderá ser aberto processo administrativo contra a autoridade que se negar a celebrar ou converter a união estável homoafetiva em casamento (RESOLUÇÃO..., 2013).

A homossexualidade sempre existiu ao longo de toda a história da civilização, variando nos níveis de aceitação entre a sociedade, o que determinava a publicização ou não do relacionamento. Assim, adaptações legislativas devem ocorrer para assegurar a integridade e o patrimônio da família, bem como a escolha da sexualidade daquele que se reconhece como homossexual.

Em seguida, pode-se citar a família formada por intersexuais como uma nova modalidade que surgiu concomitantemente às mudanças culturais de aceitação à diversidade. Denomina-se como intersexual o indivíduo que porta uma diferenciação sexual anômala podendo, nos casos mais extremos, verificar-se a coexistência de

ambos os sexos, conforme relata Sutter apud Maluf (2010, p. 442): “[...] os fatores determinantes do sexo apresentam-se de forma sequencial [...] do sexo genético deriva o sexo gonadal, deste configura-se o corpóreo, que pode ser por sua vez subdividido em estruturas internas, externas e caracteres sexuais secundários”.

Quando adequado o sexo do indivíduo (redesignação sexual) em consonância com sua estrutura somática e, conseqüentemente, inserido no mundo jurídico, não há presunção desonrosa em imputar-lhe a paternidade ou maternidade. Frente à incapacidade de reprodução, a adoção é o recurso cabível para efetivar seu direito de continuar a família (MALUF, 2010).

A CF, em seu art. 226, § 4º, trouxe previsão sobre a comunidade formada pelos ascendentes e seu descendentes. Salienta-se que o legislador contemplou como grupo familiar aquele formado por um só dos genitores (SENA, 2016).

A monoparentalidade é fato social de grande incidência e pode-se caracterizá-la como o pai ou a mãe que cria sozinho seu filho, sem a presença do outro genitor, seja por questões de viuvez, divórcio, adoção por pessoa solteira ou por fertilização com acompanhamento médico, cita a autora. A família monoparental, na maioria das vezes, possui estrutura mais delicada, visto as causas de sua formação serem comumente advindas do desfazimento de laços conjugais ou morte.

A filiação socioafetiva, prevista na Carta Magna, bem como no art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no art. 1.596 do CC, determina que os filhos não havidos da relação conjugal ou até mesmo aqueles reconhecidos pela adoção terão os mesmos direitos e qualificações dos filhos biológicos, sendo vedada qualquer tipo de discriminação no tocante à filiação; portanto, o dispositivo abarca tanto a adoção quanto outras relações de parentesco. A doutrina e a jurisprudência vêm no mesmo sentido reforçando os laços da filiação socioafetiva, que se constitui uma relação de fato e merece ser reconhecida juridicamente para surtir os efeitos legais decorrente dessa relação, relata a escritora.

Pereira (2012) reitera que a consolidação desse modelo de filiação é uma garantia de salvaguardar esse direito que constitui um meio fundamental para a formação da identidade do indivíduo, sendo uma extensão dos direitos de personalidade da criança ou do adolescente.

A partir de 1988, com a promulgação da atual Constituição, a união estável foi introduzida no ordenamento jurídico pelo art. 226, § 3º, desse dispositivo legal. Com isso, o casamento deixou de ser a única forma legítima de união, mas foi somente a partir das Leis nº 8.971/94 e 9.278/96 que a união estável foi regulamentada, sendo conceituada como uma convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, estabelecida com o intuito de constituir uma família (SENA, 2016).

O STF, através dos julgamentos da ADIN 4.277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (ADPF) reconheceu em 2011 a união estável para casais do mesmo sexo (PEREIRA, 2012).

Recentemente, em 10 de maio de 2017, o Tribunal julgou institucional o art. 1.790 do CC, que estabelece diferenças quanto aos direitos do cônjuge e do companheiro na sucessão de bens, equiparando a união estável ao casamento civil, inclusive no tocante aos casamentos e uniões homoafetivas. Para fins de repercussão geral, foi aprovada a tese de que é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime previsto no art. 1829 do CC².

Esse rol de exemplos não é exaustivo, uma vez que a dinâmica social permite o surgimento de novas modalidades de famílias. Diante disso, esse subcapítulo pretendeu apresentar as principais formações familiares e com a maior incidência.

2.3 O planejamento familiar no Brasil

O instituto do planejamento familiar surgiu em um cenário onde estudos previam um grande impacto no desenvolvimento econômico dos países tidos então como subdesenvolvidos, sendo que o significativo aumento populacional estava diretamente interligado com o aumento da carência e com os seus efeitos (SANTOS; FREITAS, 2011).

² Superior Tribunal Federal. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

A sociedade brasileira iniciou sua organização no Brasil Colônia, quando as famílias necessitavam ser numerosas para contribuir com mão-de-obra no setor agrícola, a fim de aumentar a produção. No início do século XIX, os índices de mortalidade populacional eram considerados altos, fazendo com que o então Presidente Rodrigues Alves atentasse ao saneamento básico, lançando um programa para construção de obras para tal fim. Oswaldo Cruz, em 1903, também iniciou uma campanha combatendo a febre amarela e desencadeando ações também no combate à malária e quanto à obrigatoriedade de vacinação contra a varíola (COELHO; LUCENA; SILVA, 2000).

A Igreja, à época, elaborou a imagem ideal da feminilidade, devidamente adequada aos seus interesses, posto que almejava uma população portuguesa e cristã, com o fim de aperfeiçoar e melhorar a sociedade brasileira. Assim, a sexualidade deveria servir somente à procriação, e as provações do casamento, bem como os sofrimentos decorrentes do parto eram oportunidades consideradas purificadoras do espírito (COSTA, 1996).

Foi somente a partir dos anos 30, no governo Vargas, que se instituiu o auxílio-maternidade e o salário-família, em um período de desenvolvimento pós-guerra em que se verificava uma tendência governamental pró-natalidade, segundo a autora. Também no cenário internacional, as teses do Reverendo Thomas Robert Malthus foram retomadas. Economista e considerado o pai da demografia, Malthus alertava para os perigos da superpopulação e a correspondente escassez de alimentos, explica a escritora.

No início dos anos 60, os países desenvolvidos, principalmente os Estados Unidos da América, pressionaram o Brasil para que adotasse uma política demográfica como requisito para empréstimos financeiros. Os movimentos sociais argumentaram que eram as conquistas sociais das mulheres e o desenvolvimento econômico das potências mundiais que controlavam a natalidade e não o processo inverso (COELHO; LUCENA; SILVA, 2000).

Os autores supracitados afirmam que, com a queda do governo de João Goulart e a conseqüente ditadura militar, o Estado reprimiu as organizações populares e reduziu os salários dos trabalhadores, explorando a mão-de-obra e aumentando as

horas de trabalho, o que possibilitou o chamado “Milagre Econômico Brasileiro”. Durante esse período, a medicina se especializou, expandindo as faculdades particulares, e o governo implantou o Sistema Nacional de Saúde, estabelecendo ações voltadas ao atendimento do interesse coletivo. Contudo, os baixos investimentos na saúde pública combinados com a capitalização da medicina, fazendo com que valores exorbitantes fossem cobrados para a cobertura de serviços da rede privada, culminaram com uma forte crise que originou a decadência do padrão de vida e da saúde da população carente.

O governo militar, devido às pressões dos movimentos sociais que ressurgiram exigindo soluções para os graves problemas sociais e dependente do capital internacional, rendeu-se às exigências americanas no tocante ao planejamento familiar, segundo Coelho, Lucena e Silva (2000). Os autores complementam que, em 1965, mediante uma crise política e econômica, foi criada a BEMFAM (Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar no Brasil), financiada por entidades internacionais, visando o controle de natalidade, facilitando assim, o acesso das mulheres aos métodos contraceptivos, mais precisamente a pílula, sem qualquer garantia de acompanhamento médico.

Nos anos 80, enquanto o País se mobilizava em torno de campanhas para eleições diretas, o movimento de mulheres interveio em um debate nacional sobre o planejamento familiar e instituiu-se a noção de que a assistência à contracepção deveria compor uma política ampla de saúde reprodutiva, passando a questão a ser vista tanto como uma decisão ética individual quanto um direito social. Essa ampla mobilização de mulheres, demógrafos, cientistas sociais, sanitaristas e militantes de partidos políticos resultou na criação do PAISM (Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher) em 1983 (COELHO; LUCENA; SILVA, 2000).

O PAISM assumiu uma postura neutra frente aos ideais natalistas e controlistas das políticas macroeconômicas do País. O programa representou um grande avanço nesse contexto, caracterizando o compromisso do poder público com questões reprodutivas, porém à figura masculina não foram atribuídas muitas responsabilidades quanto à regulação da fecundidade (ALVES, 2006).

Na ocasião da Assembleia Constituinte, três grandes entidades participaram dos debates sobre o planejamento familiar: a Igreja Católica, representada pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), as organizações privadas, representadas pela BENFAM, e as feministas, representadas pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), relata o autor.

Os três movimentos fizeram contribuições ao texto constitucional, em que a CNBB, ao falar sobre planejamento familiar, refere-se aos métodos naturais de regular a fecundidade e também sobre o dever de paternidade responsável, em que os pais têm obrigações para com os filhos. A CNDM assegurou a livre decisão do casal em se tratando de planejar sua família, e também garantir que o Estado propicie os recursos científicos e educacionais para proceder ao planejamento familiar e a BENFAM garantiu a participação dos setores privados no tocante aos serviços relacionados ao planejamento. O artigo 226 e seu parágrafo 7º foram inclusos no texto da CF a seguinte redação:

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.

Atualmente, o planejamento familiar é um dos principais focos na área da saúde da família. A criação do Programa Saúde da Família (PSF) em 1994 demonstra que a saúde familiar é uma questão importante a ser tratada pelo governo e é uma das suas áreas prioritárias. Em se tratando de planejamento familiar, todavia, essa demanda não alcança as mulheres pobres, e as causas dessa limitação podem ser atribuídas às falhas do processo informativo, eis que a informação tem um papel fundamental nesse sentido, além do o acesso aos métodos contraceptivos (SANTOS e FREITAS, 2011).

Ao cabo, conclui-se que a informação é requisito essencial para capacitar os indivíduos a tomarem decisões sobre o planejamento familiar, decidindo assim a estrutura que desejam para sua família.

A seguir, será feita uma discussão voltada aos direitos inerentes à pessoa humana, suas características e a forma de concretização.

3 A OBSERVÂNCIA E CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Os direitos da personalidade constituem um ponto de convergência entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, não mais havendo distinção rígida entre Direito Público e Direito Privado, nesse caso. Para que se obtenha tutela pública, os direitos de personalidade devem ser reconhecidos como direitos fundamentais a serem tutelados pela Carta Magna (BORCAT e ALVES, 2013).

Neste tópico, o estudo se propõe a analisar os direitos de personalidade em sua totalidade, seguido de uma análise mais específica sobre sua fundamentalidade, prevista no CC. Por fim, far-se-á um exame sobre a concretização dos direitos fundamentais como garantia da efetividade da dignidade da pessoa humana.

3.1 Direitos da personalidade

A pessoa humana, além de ter seu patrimônio protegido, também deve ter sua essência resguardada. A legislação civil modificou-se axiologicamente, deixando de possuir um caráter totalmente patrimonialista e adequando-se ao estilo da CF, que se preocupou com o ser humano enquanto indivíduo, através da instituição do princípio norteador de toda legislação: a dignidade da pessoa humana (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2002).

O Código Civil de 2002, diferentemente do Código de 1916, empregou um capítulo inteiro aos direitos da personalidade. Como não há uma definição taxativa no CC atual sobre o conceito e sobre seus objetos, cabe à doutrina apresentar essa variável infundável de concepções (ZANINI, 2011).

De acordo com Amaral (2000) os direitos da personalidade são os subjetivos, que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, abrangendo seu aspecto físico, moral e intelectual. O falto jurista Miranda (2000), todos os direitos necessários que sirvam à realização da personalidade e à sua inserção nas relações jurídicas devem ser considerados direitos da personalidade.

Igualmente, são os direitos atinentes à tutela da pessoa humana e por isso considerados essenciais à sua dignidade e integridade, define Tepedino apud ZANINI (2011). Por fim, Gagliano e Pamplona Filho (2002) resumem que se pode conceituá-los como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa, tanto em si mesma quanto em suas projeções sociais.

A pessoa natural figura como principal titular dos direitos da personalidade, porém, o art. 52 do CC traz a máxima de que se aplica às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade, o que não quer dizer que esses direitos sejam estendidos indiscriminadamente tanto às pessoas jurídicas como às humanas (GOMES, 2006).

Segundo o autor, há alguns aspectos particulares atribuídos aos direitos da personalidade, que podem ser caracterizados como: inatos, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis, típicos e atípicos, de dupla inerência, vitalícios, absolutos, personalíssimos, intransmissíveis e indisponíveis.

Inatos porque, segundo o art. 2º do Código, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, porém, o mesmo artigo assegura os direitos do nascituro, quais sejam a proteção da dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida, já a partir da nidação³, esclarece o autor.

³ “A fecundação do óvulo pelo gameta masculino dá origem ao ovo, que – em regra – instala-se na membrana interna do útero (nidação) (GOMES, 2006, p. 143).”

Seu caráter absoluto decorre da oponibilidade *erga omnes*⁴ e irradia efeitos em todos os campos, impondo à sociedade a incumbência de respeitá-los, segundo a visão de Gagliano e Pamplona Filho (2002). Por outro lado, Gomes (2006) posiciona-se em sentido contrário, alegando que a oponibilidade *erga omnes*, nesse caso, deve ser vista com cautela. Para o autor, não se sustenta a ideia de haver na contemporaneidade direitos de caráter absoluto, eis que o direito é histórico, relativo e temporal, tendo características efêmeras para se adaptar à evolução da sociedade.

A extrapatrimonialidade normalmente é definida pela não possibilidade de valorar economicamente determinado direito. Os doutrinadores brasileiros posicionam-se no sentido de que não é possível atribuir um valor econômico aos direitos da personalidade (ZANINI, 2011).

Porém, isso não quer dizer que os efeitos, em caso da violação desses direitos, não possam ser mensurados economicamente. Os direitos intelectuais, por exemplo, dividem-se em autorais, que são um dos objetos dos direitos da personalidade, e patrimoniais, que são o direito de utilizar, dispor e fruir da obra do autor (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2002).

Em caso de ofensa, segundo Pinto apud ZANINI (2011), esses prejuízos não são mensuráveis economicamente, pelo que a atribuição de uma soma pecuniária correspondente legitima-se apenas como compensação, e não pela ideia de indenização ou reconstituição. Para o autor, é primordial que não se confunda um direito extrapatrimonial com a responsabilidade civil resultante de sua violação.

A indisponibilidade simboliza a não comercialização dos direitos da personalidade. Bens como a vida, por exemplo, são indisponíveis, contudo o direito à imagem ou ao nome não. A própria lei, através do art. 14 do CC, prevê a disponibilidade através da doação de órgãos ou partes do corpo, lembrando que essa transmissão deve ser feita de forma gratuita para gozar de legitimidade (GOMES, 2006).

Usa-se o termo “indisponibilidade” de forma genérica, pois este incorpora a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Esta traz a ideia de que não se pode

⁴ Erga Omnes é um termo jurídico, em latim, que significa que a norma vale para todos.

abdicar dos direitos personalíssimos, enquanto que aquela é entendida como limitação da possibilidade de alteração do sujeito nas relações jurídicas no direito privado, ou seja, impossibilita a modificação subjetiva, onerosa ou gratuitamente (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2002), porém essa característica não é indiscutível:

Nesse sentido é o ensinamento de Josaphat Marinho 'Verifica-se que certos direitos, como os autorais e o relativo à imagem 'por interesse negocial e da expansão tecnológica', entram na 'circulação jurídica' e experimentam 'temperamentos', sem perder seus caracteres intrínsecos. É o que se apura na adaptação de obra para novela ou no uso da imagem para a promoção de empresas. Também é semelhante o fenômeno, sem interesse pecuniário, na cessão de órgãos do corpo para fins científicos ou humanitários. [...] se a intransferibilidade aparece como o caráter essencial dos direitos da personalidade, também se submete a certos abrandamentos (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2002, p. 155, grifo dos autores).

Quanto à imprescritibilidade, os autores comentam que essa propriedade significa não existir um prazo para exercer os direitos da personalidade, posto que não se extinguem pelo não uso. Todavia, Gomes (2006) aponta que esse vocábulo não está corretamente empregado, uma vez que o termo prescrição refere-se à existência de alguma pretensão que decorre da transgressão de algum direito subjetivo. Contudo, salienta que a pretensão que surge mediante a pretensão de ver reparado algum dano contra os direitos da personalidade está sujeita à prescrição.

São vitalícios os direitos da personalidade, uma vez que acompanham a pessoa enquanto ela existir, ou seja, até sua morte Gomes (2006). Contudo, o autor considera que o art. 12, parágrafo único do CC traz a hipótese de que, quando os direitos da personalidade da pessoa falecida forem violados, a família, ou seja, os parentes em linha reta ou colateral até o quarto grau, são parte legítima para fazer cessar essa agressão. Portanto, a proteção *post mortem* existe para resguardar alguns direitos da personalidade, como o direito ao cadáver, à honra, à vida privada, ao bom nome, às partes destacadas do corpo, à identidade, entre outros (ZANINI, 2011).

A tipicidade ou atipicidade refere-se aos direitos da personalidade quanto à sua previsão legal específica. Um exemplo de direitos típicos encontra-se nos art. 17 e 21 do CC, os quais visam proteger o nome e a vida privada, respectivamente (GOMES, 2006). O autor esclarece que a dupla inerência é a característica onde os direitos da personalidade se ligam à pessoa e ao seu objeto e são personalíssimos porque incidem na pessoa humana.

A intransmissibilidade dos direitos da personalidade consta no art. 11 do CC, mas traz a possibilidade de exceções à previsão legal. A título de exemplo, pode-se citar as partes do corpo humano que, apesar de serem direitos da personalidade, há possibilidade de transmiti-los à outra pessoa, como traz o art. 14 do Código.

Sendo a impenhorabilidade uma extensão da intransmissibilidade, é lógico não se admitir a transmissão dos direitos da personalidade do titular para outra pessoa através da penhora, como preleciona Zanini (2011). Todavia, o autor comenta que o crédito dos efeitos patrimoniais decorrentes desses direitos, uma vez que os mesmos se manifestam no âmbito econômico, podem ser suscetíveis à penhora.

Após breve explanação sobre as características desses direitos, é necessário apontar a classificação, pela doutrina quanto aos direitos da personalidade. Bittar (2000) comenta que, após inúmeros estudos sobre o tema, pode-se classificá-los em três categorias: direitos físicos, psíquicos e morais.

Nos direitos físicos enquadra-se a composição corpórea do indivíduo, com destaque aos recursos físicos, denominados componentes extrínsecos da personalidade. Os direitos psíquicos voltam-se para o interior do indivíduo, abrangendo os atributos da inteligência ou dos sentimentos. Por fim, os direitos morais consideram a pessoa como indivíduo integrado no meio social atendendo seu valor na sociedade, levando em conta as emanações ou projeções no contexto do meio social, esclarece o autor.

Essa classificação também é adotada por Gagliano e Pamplona Filho (2002), que reforçam ser baseada na tricotomia corpo/mente/espírito. Os mesmos autores referem-se ao fato de que o direito físico abrange a proteção ao corpo vivo, ao cadáver, à voz, etc. Os direitos psíquicos são compostos pelo direito à liberdade, às criações individuais, à privacidade, ao segredo, entre outros. Por fim, os direitos morais são constituídos pela proteção à honra, imagem, identidade pessoal e assim por diante. Determinam que os direitos acima expostos são os principais pontos a serem ressaltados no tocante aos direitos da personalidade, eis que o rol não é exaustivo, uma vez que há uma constante evolução quanto à proteção dos valores fundamentais do ser humano.

O direito à vida posiciona-se com supremacia entre os demais, uma vez que dele emanam todos os restantes, e extingue-se com a morte:

[...] da pessoa, apurável consoantes critérios definidos pela medicina legal e aparatos que a técnica põe à disposição do setor, mas caracterizada, de fato, com a exaltação do último suspiro⁵ (morte natural; admitindo-se, no entanto, no plano jurídico, a morte presumida, em circunstâncias especiais, sob a égide do instituto protetivo da ausência: Código Civil, arts. 463 e segs.) (BITTAR, 2000, p. 66).

Não há qualquer distinção quanto à forma em que dá início à vida, seja ela natural ou artificial, *in vitro* ou inseminação artificial. É um direito indisponível, uma vez que se deve analisá-lo sob a ótica de um direito à vida e não sobre ela. Também resta ineficaz qualquer declaração de vontade do seu titular no sentido de cerceamento desse direito, eis que a vida, mesmo com o consentimento é inextinguível, seja por si⁶ ou por outrem. O indivíduo não vive apenas para si, mas para cumprir função própria da sociedade (BITTAR, 2000).

Ao reconhecer o direito à vida, cabe ao poder estatal combater qualquer ameaça à sua qualidade, seja no âmbito individual ou coletivo. Por essa razão, o direito penal brasileiro criminaliza o aborto nas hipóteses dos arts. 124 a 127 do Código Penal, excetuando-se a ilicitude da prática nos casos em que não há outro meio de salvar a vida da gestante⁷, quando a gravidez for resultante de estupro⁸ ou ainda quando o feto for anencéfalo⁹, o que impossibilita suas chances de sobrevivência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2002).

Os autores reforçam que a eutanásia, que configura a antecipação da morte por piedade a pedido do doente terminal, também é conduta penalizada pela

⁵ Fica a cargo da medicina determinar quando ocorre a morte, e os critérios da sua ocorrência estão determinadas na Resolução nº 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina (CFM, 1997). A lei determina, com base na resolução supracitada, a morte encefálica como determinante do fim da personalidade da pessoa natural, a exemplo do art. 3º da Lei 9.434/1997 que dispõe sobre a possibilidade de remoção de órgãos para fins de transplante e tratamento (BRASIL, 1997).

⁶ A autolesão não é punível no direito brasileiro.

⁷ Art. 128, I, do Código Penal (BRASIL, 1940).

⁸ Art. 128, II, do Código Penal (BRASIL, 1940).

⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (BRASIL, 2012).

legislação brasileira, sob a forma de homicídio privilegiado¹⁰, quando há destruição da vida alheia cometido por relevante valor social ou moral.

O direito ao próprio corpo ou à integridade física existe atrelado ao direito à vida, segundo os escritores, consistindo na garantia da incolumidade intelectual e corpórea, repudiando qualquer lesão que cause funcionamento anormal do corpo. Essa garantia encontra obstáculo ao se analisar as necessidades de intervenções médicas, inclusive cirúrgicas. O CC/2002 dispõe sobre o assunto em seu art. 15, que traz a garantia do ser humano de não ser constrangido a se submeter, mesmo com risco de vida, a qualquer tratamento ou intervenção cirúrgica.

O indivíduo busca tratamento médico ou procedimentos cirúrgicas com o fito de evitar sucumbir mediante doenças que diminuam sua saúde ou até mesmo encerrem sua vida. É importante salientar que qualquer procedimento médico deve ser autorizado pelo paciente, informando-o sobre todas as circunstâncias presentes e futuras que representem algum perigo, o chamado consentimento-informado. Sobre essa prerrogativa, no entanto, cabem ponderações importantes (GOMES, 2006).

O autor comenta que, nos casos em que o paciente estiver incapacitado de manifestar sua vontade, esta deverá ser suprida pelos parentes próximos. Quando em situação de urgência e em não havendo tempo hábil para contatar a família, obtém-se a vontade presumida, que estabelece que o paciente concordaria com a intervenção, eis que somente é feita em seu próprio benefício. O profissional de medicina, submetido ao dever ético imposto pelo estatuto e usando de razoabilidade, deve proceder à intervenção, evitando assim o perecimento da vida do paciente. Agindo assim, não será responsabilizado em caso de lesões decorrentes dessa intervenção necessária, eis que consentida presumidamente, excetuando-se os casos em que houver culpa.

O corpo humano é inalienável, admitindo-se a disposição de suas partes em vida ou para depois da morte, justificando-se o interesse público e desde que não implique mutilação e nem obtenção de lucros, prelecionado pelo art. 13 do CC/2002:

¹⁰ Art. 121, § 1º, Código Penal. Há diminuição de pena quando o homicídio é praticado por motivo de relevante valor social ou moral (BRASIL, 1940).

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Também existe o direito da disposição às partes separadas do corpo, consideradas coisas submissas à propriedade do titular. Integram o rol exemplificativo os membros do corpo, bem como os elementos que o integram, como membros artificiais e os órgãos. A desvinculação do corpo pode ser voluntária ou acidental, sendo que naquela, poderá ocorrer em casos de transplante, sempre sob forma de doação, obedecendo às regras do procedimento e com o fim de preservar da vida do indivíduo, com o consentimento deste¹¹. Voluntariamente, também pode ser procedida nas circunstâncias de doação de sangue, medula espinhal, leite materno, sêmen, entre outros (BITTAR, 2000).

O direito ao cadáver é garantia estabelecida pelo art. 14 do Código, que cita que o ato de disposição gratuita do corpo humano ou suas partes é válida quando o objetivo for científico ou altruístico. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2002), considerando-se que a personalidade jurídica finda com a morte, seria razoável dizer que qualquer direito sobre o cadáver deixaria de existir com a extinção da personalidade jurídica, porém Elimar Szaniawski apud Gagliano e Pamplona Filho (2002, p. 169) orienta:

[...] aos parentes do morto, tratando-se de um direito familiar, [...]. O direito ao cadáver diz respeito ao próprio defunto, à sua memória, pois em certas ocasiões podem ocorrer atentados à memória do morto. Vamos encontrar situações em que são praticados atos contra o corpo do morto mesmo que o indivíduo nada tenha consentido em vida ou como ato de última vontade, e que não vêm a se constituir em violação ao respeito à memória do morto, nem injúria contra seus parentes que lhe sobreviveram. Enquadram-se, nesta espécie, as hipóteses em que necessário é o estudo e o exame de certos órgãos atingidos por doenças, buscando o legislador as causas que provocaram a degeneração e a morte do indivíduo.

Não se constitui violação do cadáver em duas hipóteses: no direito à prova, quando em caso de morte violenta ou em suspeita daquela morte ser resultado da prática de crime, o exame necroscópico se mostra necessário; e em caso de

¹¹Quando o consentimento não puder ser obtido por razões de incapacidade, a legitimidade para este fim pertence ao representante legal do paciente ou, quando aquele não puder ser localizado, se procede à prática quando a situação for de urgência para preservação da vida, constituindo uma obrigação legal do profissional de medicina sob pena de responsabilização. Quando há tempo hábil, recomenda-se submeter a questão à apreciação judicial.

necessidade, ou seja, para fins de transplantes ou em benefício da ciência, seguindo estritamente as disposições em lei. Neste último, somente poderá haver disposição do corpo ou das suas partes se o ato não tiver caráter lucrativo (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2002).

Há tutela penal relacionada ao direito da personalidade em questão que penaliza os autores das seguintes práticas: impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, inclusive enterro (art. 209), violação de sepultura (art. 210), destruição, subtração ou ocultação de cadáver (art. 211) e vilipêndio a cadáver (art. 212), todos do Código Penal (BITTAR, 2000).

Dotado de grande notoriedade entre os direitos da personalidade está o direito à imagem, comentado pelo autor:

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto ou em partes significativas (como a boca, os olhos, as penas, quando individualizadoras da pessoa) (BITTAR, 2000, p. 90).

Direito protegido constitucionalmente¹² pelo Art. 5º, X, é também amparado pelo CC/2002, em que confere à pessoa, a faculdade de vedar a utilização de sua imagem, excetuados os casos em que sua divulgação for necessária à manutenção da ordem pública ou quando houver interesse da administração da justiça, segundo Gomes (2006). Também cita que, quando houver disposição do indivíduo no sentido de preservar sua imagem, não é necessário apresentar motivos para sua recusa, sendo que, a maculação deste preceito, enseja reparação civil por parte do agente violador. Continua referindo que a responsabilização no âmbito civil pode se dar nos campos patrimoniais e morais, separado ou concomitantemente, porém, na esfera penal, não há amparo específico ao direito de imagem, mas podemos encontrar tutela no crime de injúria, art. 140 daquele código, onde são protegidas a integridade moral, a dignidade ou o decoro da pessoa, protegendo assim sua honra objetiva ou subjetiva.

¹² Art. 5º, X, CF/1988 – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a **imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na hipótese de colisão entre o direito constitucional de liberdade de informação e expressão e o direito de imagem será importante analisar os elementos envolvidos, como segue:

Para tanto, Barroso (2004: 105-143) aponta os seguintes critérios de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. [...]. Assim, não despontará a responsabilidade jurídica quando a imagem de alguém for relacionada a fato de interesse jornalístico. É que este se encontra acobertado pela *liberdade constitucional de informação jornalística*, conforme previsão constante do artigo 220, § 1º, da Constituição (GOMES, 2006, p. 211, grifo do autor).

O mesmo artigo constitucional que protege a imagem, traz em seu conteúdo o **direito de proteção à vida privada**, assegurando as mesmas medidas de responsabilização daquele, quando da violação deste. O CC/2002, em seu art. 21, vem em mesmo sentido quando determina inviolável a vida privada da pessoa natural e prevê a possibilidade de requerimento ao judiciário para que faça cessar ato que contrarie esta norma. É mister apresentar duas dimensões em que ocorre o exercício deste direito, quais sejam: a esfera íntima e a esfera privada. Naquela, o indivíduo age para satisfazer suas necessidades e interesses existenciais, não ocorrendo qualquer repercussão da esfera da sociedade, enquanto nesta, a conduta da pessoa exterioriza-se nos domínios de outrem, por esta razão, é necessário limitar a ação individual a fim de evitar lesão à esfera alheia (GOMES, 2006, grifo nosso).

Mediante o avanço frenético da tecnologia a transgressão à vida privada é muito frequente, e, como exemplo, pode-se citar empresas que procedem à sua publicidade mediante obtenção de dados pessoais e enviados por e-mail através dos spams, que no entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2002), constitui conduta ofensiva à vida privada, uma vez que o endereço de e-mail, diferentemente do endereço postal, pode ser mantido em sigilo, de acordo com a vontade do usuário.

Outro importante direito da personalidade é o **direito à liberdade**, seja na concepção individual ou coletiva. Dentre eles, pode-se citar a liberdade religiosa, de pensamento, sexual, política, de culto, de locomoção, de trabalho, de exercício de atividade profissional, de comércio, de estipulação contratual, de organização sindical, de imprensa, dentre tantos outros previstos no rol do art. 5º da CF/1988. O exercício

desta liberdade transita entre caracteres lícitos e ilícitos, portanto, a liberdade em agir, deve ser mensurada de forma cuidadosa e não extremista, eis que a liberdade de um encontra os limites da esfera de liberdade de outro (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2002).

Sendo assim, o indivíduo tem capacidade plena de possibilitar a expansão das potencialidades físicas e negociais, obedecendo sempre às normas públicas. Os atos atentatórios a esses direitos são igualmente passíveis de reparação nos âmbitos patrimonial e moral, estando, à disposição da pessoa, diferentes mecanismos para fazer cessar o impedimento ou cerceamento por parte do Estado ou pelo particular. Há inúmeros instrumentos para este fim em nosso ordenamento jurídico, mas, como exemplo, podemos citar o *habeas corpus* e o mandado de segurança (BITTAR, 2000, grifo do autor).

A fim de uma correta qualificação e identificação no âmbito social e familiar, é garantido à pessoa o **direito ao nome**, conferindo-lhe identidade e tornando a única em seu ambiente de relações. Figurando como um direito da personalidade, outrora o direito ao nome já foi discutido doutrinariamente como sendo um direito de propriedade, eis que tinha caráter absoluto e oponível *erga omnes*. Esta dúvida não mais existe, sendo um direito previsto no art. 16, do CC/2002, no rol dos direitos da personalidade. Duas nuances importantes decorrem deste direito, sendo a primeira uma questão de ordem pública, sendo regulamentada pela Lei de Registros Públicos, e a segunda de ordem particular, eis que todo indivíduo precisa de um nome, para manter o caráter ímpar entre a sociedade e também constituindo a forma pela qual ela realiza seus negócios cotidianamente (GOMES, 2006).

O direito ao nome é compreendido por Bittar (2000) como sendo um direito à identidade, do qual também se beneficia a pessoa jurídica, para distingui-la do vasto âmbito empresarial. Aponta ainda que no campo pessoal, o nome compreende:

[...] o patronímico, o apelido de família ou, ainda, o sobrenome (que designa o núcleo a que pertence o ser); o prenome (o nome propriamente dito da pessoa); o pseudônimo (nome convencional fictício, sob o qual oculta sua identidade o interessado, para fins artísticos, literários, políticos, desportivos); e a alcunha (ou, na linguagem comum, o apelido: designação dada por terceiro, que compreende algum aspecto ou faceta especial do ser). Também são protegidos os títulos de identificação e honoríficos (como os títulos acadêmicos, profissionais e de nobreza) e os sinais figurativos (como o

sinete, com as iniciais da pessoa, e o brasão, ou escudo, com os símbolos e as cores da família) (BITTAR, 2000, p.125).

Esta prerrogativa garante ao indivíduo o uso de seu nome em qualquer circunstância, seja pública ou privativamente, e resta defeso ao terceiro fazer uso dele para fins de identificação alheia. A homonímia, que consiste na igualdade do nome com o de outra pessoa de má-fama, pode ser sanada, ou até mesmo a nomeação no assento de nascimento poderá ser alterado, mediante apreciação judicial quando esta identificação constituir atentado à honra objetiva ou subjetiva de seu titular (BITTAR, 2000).

A doutrina é fonte inesgotável que aborda os mais diversos direitos da personalidade, porém, este trabalho se limitou a desenvolver aqueles denominados essenciais e que constam no capítulo II do Código Civil. Adiante, será feita uma abordagem direcionada à fundamentalidade dos direitos da personalidade, discussão doutrinária em voga há algum tempo e que merece destaque neste trabalho.

3.2 Fundamentalidade dos direitos da personalidade

Os **direitos da personalidade** podem ser conceituados como uma manifestação do princípio supremo da dignidade da pessoa humana em nossas relações privadas e são tidos como uma das grandes inovações no Código Civil de 2002. Revela-se importante, antes de mais nada, um debate sobre os fundamentos teóricos dos direitos da personalidade inseridos em nosso ordenamento jurídico (ALMEIDA, 2011, grifo nosso). Gomes (2002, p. 150) alude que há dificuldades para a construção de um conceito absoluto, como segue:

Perduram, não obstante, as hesitações da doutrina quanto ao seu [direitos da personalidade] conceito, natureza, conteúdo e extensão. Acirram-se debates na determinação dos seus caracteres, contribuindo a polêmica para as incertezas que se estamparam no perfil da nova categoria jurídica. Não é pacífica sequer sua identificação. [...] A diversidade de conceitos atesta a dificuldade de formulação, gravada pela circunstância de ser heterogênea a categoria dos direitos da personalidade e controvertida sua fundamentação.

No mesmo sentido, Bittar (2000, p. 1-2), cita que:

[...] o universo desses direitos [os direitos de personalidade] está eivado de dificuldades, que decorrem, principalmente: a) das divergências entre os doutrinadores com respeito à sua própria existência, à sua natureza, à sua extensão e à sua especificação; b) do caráter relativamente novo de sua construção teórica; c) da ausência de uma conceituação global definitiva; d)

de seu enfoque, sob ângulos diferentes, pelo direito positivo (público, de um lado, como liberdades públicas; privado, de outro, como direitos da personalidade), que lhe imprime feições e disciplinações distintas.

Esta dificuldade mencionada pelos autores supracitados deve-se ao fato dos direitos da personalidade constituírem um tema novo em comparativo a outros institutos advindos do Código Civil de 1916. A personalidade em sua concepção jurídica obteve diferentes significados, conforme sua evolução histórica. Originariamente, era tida somente como a capacidade do indivíduo de possuir direitos e deveres, e não havia discussão quanto à dignidade do ser humano, sendo este somente considerado como polo de um vínculo previsto na legislação ao qual eram atribuídos, como já descrito, direitos e deveres (ALMEIDA, 2011).

É a partir do Estado Liberal que a Assembleia Nacional Francesa instituiu a Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem. Este é o primeiro documento que positivou os direitos fundamentais do qual se tem notícia, ainda que fundado tão somente nos ideários jusnaturalistas, porém configurou um grande passo para o que os direitos da personalidade, em sua concepção contemporânea, representam ao ser humano. Foi o Estado de Bem-Estar Social, organização político-econômica superveniente ao liberalismo que, em concomitante reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito à vida, liberdade e propriedade, também trouxe à baila a ideia do ser humano como detentor de dignidade (SILVA, 2013).

Os **direitos fundamentais**, por sua vez, foram criados e inseridos no ordenamento constitucional brasileiro em 1988, após 21 anos de regime autoritário, em que as prerrogativas eram aniquiladas reiteradamente. Além dos direitos expressamente previstos na Carta constitucional, esta não esgota as previsões quanto a possíveis direitos construídos ulteriormente, que derivam dos princípios do Estado Democrático de Direito e que devem ser reconhecidos com a mesma relevância, leitura do art. 5º, § 2º, da CF/1988 (KUNRATH, 2016). Neste enquadramento, pode-se inserir os direitos da personalidade: “[...] podem ser considerados como direitos deduzidos de uma cláusula geral de tutela da responsabilidade, ancorada no direito de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana” (KUNRATH, 2016, texto digital).

Na doutrina brasileira, a bipartição do direito em público e privado já não se sustenta quando o assunto em voga são os direitos fundamentais, em razão da

dinâmica crescente de constitucionalização do direito (SILVA, 2013). O autor traz o posicionamento de Nelson Rosenvald quando afirma que, quando integrados no ordenamento jurídico, os direitos da personalidade transmutam-se em direitos fundamentais de conteúdo igualmente relevante daqueles constitucionalmente previstos. Canotilho (2003, p. 396), declara, no mesmo sentido: “Em face da concepção de um direito geral da personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos da personalidade e vice-versa”.

Em consonância ao aspecto da fundamentalidade dos direitos da personalidade, preconiza Bittar (2000, p. 22-23, grifo do autor):

Divisam-se, assim, de um lado, os ‘direitos do homem’ ou ‘direitos fundamentais’ da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado. Incluem-se, nessa categoria, normalmente, os direitos: à vida; à integridade física; às partes do corpo; à liberdade; o direito de ação. De outro lado, consideram-se ‘direitos da personalidade’ os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens. Inserem-se, nesse passo, geralmente, os direitos: à honra; ao nome; à própria imagem; à liberdade de manifestação de pensamento; à liberdade de consciência e de religião; à reserva sobre a própria intimidade; ao segredo; e o direito moral de autor, a par de outros.

Culmina comentando: “Por direitos do homem, ou da personalidade, devem entender-se aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição” (BITTAR, 2000, p. 23).

A proteção dos direitos fundamentais, previstos na Carta Magna, e dos direitos da personalidade, deve ser igualitária, o que enseja a suspensão da dicotomia público-privado. Esta tutela unitária reside no princípio norteador da legislação brasileira, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, ao que Zanini, 2011, p. 141) ainda reforça:

[...] quando uma visão unitária da pessoa humana for imprescindível para a solução do problema posto, então é manifesta a superação da setorização, já que a dignidade da pessoa humana é a pedra angular do sistema jurídico e não só da seara pública ou privada.

Segue-se no sentido de que os direitos da personalidade podem ser considerados fundamentais somente se estiverem em consonância com o texto constitucional. De acordo, segue posicionamento de Marinoni, Mitidiero e Sarlet (apud KUNRATH, 2016, texto digital):

[...] não nos parece de todo desarrazoada uma interpretação de cunho extensivo que venha a admitir uma abertura do catálogo dos direitos fundamentais também para posições jurídicas reveladas, expressamente, antes pela legislação infraconstitucional, já que, por vezes, é ao legislador ordinário que se pode atribuir o pioneirismo de recolher valores fundamentais para determinada sociedade e assegurá-los juridicamente, antes mesmo de uma constitucionalização.

Ainda cabe destacar a teoria da vinculação horizontal dos direitos fundamentais, da qual emana a ideia de uma ligação dos particulares a estes direitos previstos constitucionalmente. Somente há resistência na receptividade da vinculação em razão de não haver previsão constitucional acerca deste instituto. Este posicionamento favorável entende que a eficácia horizontal deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (NAKAHIRA, 2007). Steinmetz (apud NAKAHIRA, 2007, p. 95-96, grifo do autor) define que o princípio-luz:

Ordena: (i) o respeito à pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; (ii) o reconhecimento da pessoa, independentemente das particularidades (traços ou características) e vicissitudes pessoais e sociais, como ser singular, único e irrepetível; (iii) o reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; (iv) a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento da pessoa. Em contrapartida, o princípio constitucional da dignidade proíbe: (i) a 'coisificação' ou a 'objetualização' da pessoa; (ii) a 'funcionalização' (política, social, econômica, religiosa, científica, técnica) da pessoa; (iii) a privação, da pessoa, de condições e de meios para uma sobrevivência livre, autônoma e decente; (iv) humilhações ou vexações da pessoa; (v) a submissão da pessoa a uma posição servil; (vi) a eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa.

Ante o exposto, conclui-se que, em se tratando da tutela sobre direitos inerentes à pessoa humana, não cabe a singularização do direito em público ou privado, ensejando assim uma análise à luz dos direitos fundamentais para salvaguardar a dignidade do indivíduo. No próximo capítulo, será discutida a importância do cumprimento dos direitos fundamentais para efetivar a tutela jurisdicional acerca da dignidade da pessoa humana.

3.3 A concretização dos direitos fundamentais como garantia da efetividade da Dignidade Humana

Em um primeiro momento, cabe expor as características dos direitos fundamentais, quais sejam, segundo Santos, Marques e Duarte (2011):

- a) Universalidade: Decorre da concepção de que os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano, não devendo se fazer distinção de raça, cor, sexo, idade, posicionamento político ou econômico para sua fruição;
- b) historicidade: A importância individual de cada direito varia conforme cada contexto histórico em análise, sendo que, sua evolução, decorre das transformações culturais da sociedade;
- c) caráter absoluto: Esta característica decorre da impossibilidade destes direitos serem limitados, violados ou restringidos, em virtude de se encontrarem no mais alto grau de nosso ordenamento jurídico;
- d) constitucionalização: Em atributo à substancial relevância dos direitos fundamentais, estes necessitam do abrigo da Constituição para situá-los no topo da hierarquia legislativa do nosso ordenamento jurídico;
- e) indisponibilidade/inalienabilidade: São intransferíveis e indisponíveis, seja gratuita ou onerosamente. Atentemos ao fato de que esta característica não se aplica indiscriminadamente a todos os direitos fundamentais, sendo a sua disponibilidade prevista, firmada e acolhida em legislação infraconstitucional;
- f) aplicabilidade imediata: não requer sua regulamentação em leis ordinárias para fins de aplicabilidade. Tal previsão atua para evitar o esgotamento dos seus conteúdos;
- g) vinculação dos Poderes Públicos: Estes estão estritamente vinculados aos direitos fundamentais, devendo considera-los como normas que devem ser efetivadas em sua totalidade quando em análise;
- h) abertura e eficácia: O rol de direitos é exemplificativo, podendo ser ampliado conforme for necessário para que sua tutela acompanhe a evolução da sociedade;
- i) indivisibilidade: Seu conteúdo não pode ser fracionado e devem coexistir, relacionando-se entre si.
- j) efetividade: Não possuem somente eficácia vertical, ou seja, oponíveis contra o Estado, mas também surtem efeitos entre particulares, dada sua eficácia horizontal;
- k) harmonização e concordância prática: Há possibilidade de verificarmos conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, ensejando o uso de

proporcionalidade na sua aplicação a fim de não prejudicar a ocorrência de um ou outro direito;

- l) irrenunciabilidade: Nenhum indivíduo pode abdicar dos seus direitos fundamentais, facultado, ao mesmo, fazer uso destes ou não, em dado momento;
- m) imprescritibilidade: Guarda certa relação com a característica acima, em que pese, não havendo prescrição quanto ao não uso dos direitos fundamentais, podendo ser exigíveis a qualquer tempo;
- n) interdependência: As previsões e garantias constitucionais, ou da legislação ordinária, não podem colidir com os direitos fundamentais, devendo haver complementação entre si;
- o) concorrência: O indivíduo pode exercer vários direitos fundamentais concomitantemente; e
- p) complementaridade: Objetivando a aplicação efetiva, o rol de direitos deve ser concebido de forma sincrônica.

A análise pormenorizada das características dos direitos fundamentais convém não para identifica-los individualmente do restante do universo jurídico, mas para contribuir com sua máxima efetividade na concretização fática dos direitos intrínsecos do ser humano. Cabe questionar, porém, **se e como** os direitos fundamentais estão sendo efetivados em nosso país.

A organização estatal foi estruturada a partir da tripartição dos poderes executivo, legislativo e judiciário, idealizada por Montesquieu, não sendo passível de supressão, eis que constantes nas chamadas cláusulas pétreas constitucionais, fruindo de proteção idêntica aos direitos fundamentais. Assim, leciona Lenza (2012, p. 481):

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16.

Em razão da dinâmica social crescente, que não é assistida pelo poder público e pela organização política, os poderes que devem ser independentes e harmônicos entre si, passaram a operar de forma singular, a fim de suprir esta omissão. Além do judiciário exercer sua função típica de julgador, também concorre atipicamente no exercício das funções executivas¹³ e legislativas¹⁴, ao conceder férias aos serventuários ou quando da edição de normas regulamentadoras internas dos tribunais, respectivamente (PUGLIESI, 2011).

A realidade atual não pode ser desconsiderada, segundo Tiradentes (2014) eis que presenciamos desvios substanciais de verbas públicas e a consequente impunidade de seus infratores, combinada com um povo tributado sob uma das cargas mais altas do planeta. Assevera ainda que milhares de brasileiros têm sido desassistidos em seus direitos mais básicos mediante a ineficácia dos poderes executivo e legislativo, o que culmina com a ausência de proteção ao desenvolvimento digno do ser humano.

Pode-se citar o exemplo de um indivíduo que procura o judiciário em razão de estar sofrendo de enfermidade grave e que não encontrou solução administrativa que lhe garantisse o tratamento bem como os medicamentos necessários para tanto. Com base no disposto em Lei Fundamental, o Judiciário lhe garante o direito. Isto posto, questiona-se: Há harmonia entre os poderes para efetivar a garantia asseverada pela Constituição? O Poder Judiciário, na maioria das vezes, só ratifica o que já está disposto, como neste caso, em cláusulas pétreas, determinando seu cumprimento. Destarte, cabe ressaltar que a observância da tripartição dos poderes não contribui para a concretização dos direitos fundamentais do indivíduo, uma vez que na maioria

¹³ Art. 96, I, “f”, CF/1988 – Compete privativamente:

I – aos tribunais:

[...]

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

¹⁴ Art. 96, I, “a”, CF/1988 – Compete privativamente:

I – aos tribunais:

[...]

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

das vezes, sua pretensão não é atendida administrativamente, cabendo-lhe recorrer ao judiciário para reafirmar seus direitos (TIRADENTES, 2014).

Nesse sentido, reafirma Dallari (2007, p. 221):

[...] Outro argumento importante contra o sistema é que ele jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno grupo de privilegiados, foi construída à sombra da separação dos poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação dos poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas das vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado.

Nesta seara, fica implícito que, quando não se tem os direitos básicos e fundamentais atendidos, almeja-se um posicionamento ativista por parte do Judiciário, pelo qual o juiz terá que conhecer de questões políticas e sociais, as quais não lhe competem originariamente. Neste sentido, Cunha Júnior (2015, texto digital) questiona:

A discussão envolve uma escolha: para a sociedade, o que é melhor, um ativismo judicial ou uma autocontenção judicial? Qual o Juiz que queremos? Aquele que, com argumentos racionais e associados à proteção da pessoa humana, aplica diretamente a Constituição, concretizando os direitos fundamentais e extraindo da Lei Fundamental todas as suas potencialidades? Ou aquele que, abstendo-se do exame das questões políticas, não se compromete com o discurso constitucional, sob o fundamento de que Direito e Política não se relacionam e que é preciso aguardar a iniciativa do legislador ordinário, como forma de preservar o jogo democrático?

A politização do juiz é construída mediante sua independência e proatividade. Sendo o magistrado, uma figura politizada não lhe confere status de juiz parcial, distante da lei ou adjunto da política. Este continua sendo imparcial, porém diferencia-se por não ceder às pressões de partidos ou de grupos influentes e, mesmo assim, continuar atrelado ao texto magno, fazendo com que sua politização seja resultado de uma sociedade efêmera e do aumento de faculdades de decisão (CUNHA JUNIOR, 2015). Destarte, cabe citar Campilongo apud Cunha Júnior (2015, texto digital), que reforça esta perspectiva:

A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas

regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável.

Contudo, é imperioso analisar os termos ativismo judicial e judicialização da política para melhor compreensão do texto. O ativismo está cunhado na ideia de surgirem decisões judiciais que impõe determinadas medidas à Administração, mesmo não havendo previsão legal expressa nesse sentido. Este conceito decorre da nova hermenêutica constitucional que confere ao magistrado o ato de interpretar normas abertas e princípios, contudo, o ativismo judicial vem sendo duramente criticado. Enquanto alguns autores lecionam no sentido de não haver qualquer distinção entre esses dois termos, outros se posicionam defendendo que, se há previsão constitucional de algum direito e este é concebido no sentido de efetivar essa prerrogativa, há judicialização do direito em análise (PUGLIESI, 2011).

O mesmo autor cita que Luís Roberto Barroso posiciona-se de forma que considera os dois termos como sendo “primos”, ou seja, relacionados, mas que não advêm da mesma causa de existir, não sendo caracterizados, portanto, como sinônimos. Para Barroso, a judicialização não constitui uma força política, mas sim uma conjectura que adveio do sistema constitucional. O magistrado decide, pois esta é sua função, sendo que o texto magno permite que se deduza uma pretensão que o juiz deve conhecer, não podendo se eximir de sua função julgadora. Em contrapartida, o ativismo seria uma posição proativa na interpretação dos preceitos constitucionais em virtude da distante relação entre as políticas públicas e a sociedade. Almejando concretizar os direitos fundamentais assegurados em 1988, há, inevitavelmente, uma certa interferência na esfera atuante dos outros poderes.

É sabido que o ativismo (ou judicialização da política) tem sido duramente criticado, seja pela falta de legitimidade democrática dos magistrados, pela interferência em outras esferas ou até mesmo pelo impacto de suas decisões na sociedade. Porém, é indiscutível que o ativismo tem sido bem mais benéfico do que o respeito ao dogma da separação dos poderes. Não há que se falar em afronta à democracia quando magistrados suprem a lacuna deixada por aqueles que foram democraticamente eleitos pela sociedade. A suposta falta de legitimidade tampouco

pode ser suscitada uma vez que o próprio ordenamento constitucional os concedeu o dever de zelar pelas garantias fundamentais (TIRADENTES, 2014).

A autora ainda cita Michelle Hartmann para fortalecer seu posicionamento:

Sem a preservação da pessoa humana e de direitos sociais mínimos para que o indivíduo exerça sua cidadania, não há como se desenvolver o regime democrático. Assim, o Poder Judiciário garantindo sua efetividade estará preservando o próprio regime democrático (HARTMANN apud TIRADENTES, 2014, texto digital).

Diante da exposição deste capítulo, resta concluir que a organização estatal na forma tripartida e o posicionamento autocontencioso do judiciário (sugerindo a não intervenção na esfera de outros poderes), não cumpre suprir a demanda de garantias ao qual o ser humano tem direito para efetivar a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais subsequentes. O ativismo judicial tem demonstrado uma postura positiva na concretização destes direitos, principalmente das minorias, a exemplo do Supremo Tribunal Federal quando concedeu às uniões homoafetivas o reconhecimento legal como entidade familiar.

A fim de ratificar esse posicionamento, deve-se levar em conta também as características inerentes aos direitos fundamentais, mais especificamente a **aplicação imediata**, a **vinculação dos poderes públicos** e seu **caráter absoluto**. Este, determina que nenhum ser humano pode ser privado do exercício de seus direitos constitucionais, eis que não se pode responsabilizar o indivíduo mediante a ineficácia do Estado em promovê-los. A vinculação dos poderes públicos objetiva o cumprimento por parte destes, aos direitos fundamentais em sua totalidade, concedendo-lhes caráter normativo a ser cumprido. Por fim, a aplicação destes direitos deve se dar de forma imediata, não carecendo de norma ordinária preexistente para sua concretização.

Em conclusão, o ativismo judicial se faz necessário, e é legítimo, no momento em que objetiva viabilizar a concretização das prerrogativas fundamentais do ser humano, quando este se encontrar desassistido pelos outros dois poderes integrantes da organização estatal brasileira, devendo ficar adstrito à esta hipótese para não colocar em risco o regime democrático.

4 ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA: LEI FEDERAL Nº 9.263/1996

A esterilização voluntária foi regulada na década de 90, objetivando normatizar um procedimento que já acontecia sem nenhuma espécie de controle prévio, culminando em esterilizações em massa, sem nenhum parâmetro, incidindo inclusive no aumento do número de partos cesáreos para este fim.

Neste capítulo, serão analisadas os parâmetros impostos pela Lei do Planejamento Familiar, com ênfase na exigência do consentimento do cônjuge para fins de esterilização, seguido de uma discussão referente aos conflitos existentes na vivência conjugal que prejudicam a ideia de consentimento de terceiro para fins de exercício do direito reprodutivo. Por fim, serão feitas observações acerca dos principais pronunciamentos das partes e instituições na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097/2014, cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal da Lei do Planejamento Familiar, qual seja, o consentimento do cônjuge.

4.1 Análise técnico-jurídica da Lei Federal nº 9.263/1996 e suas especificidades

O projeto de lei (PL) que originou a Lei Ordinária nº 9.263/96 tramitou no Congresso sob o nº 209/1991, cuja apresentação se deu em 06 de março de 1991, e foi proposto pelo então Deputado Federal Constituinte Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho, eleito pelo Partido dos Trabalhadores de São Paulo (PT/SP) (CÂMARA..., 1991).

Eduardo Jorge, nascido em 1949 na cidade de Salvador, Estado da Bahia, iniciou sua carreira política em 1968, enquanto membro do Partido Comunista Revolucionário Brasileiro (PCBR), vindo a ser preso nos anos de 1969 e 1973, e processado pela então lei de segurança nacional da época do governo militarista (JORGE, [2014]). Durante o exercício do mandato federal como deputado, foi autor e/ou coautor:

[...] da legislação que instituiu o Sistema único de Saúde (SUS); da Lei dos Medicamentos Genéricos; da legislação do Sistema Único de Saúde (SUS) [...]. Também é autor da Lei dos Medicamentos Genéricos (Lei nº 9787/99). Coautor da lei que regulamenta a assistência social que prevê o benefício de prestação continuada de um salário mínimo para idosos e deficientes comprovadamente pobres (Lei nº 8742/1993). Coautor da Emenda Constitucional 29/2000, que prevê o orçamento mínimo obrigatório federal/estadual/municipal para o SUS. Deixou em tramitação outros tantos projetos de lei como sistema único de previdência, parlamentarismo, redução da jornada de trabalho, farmácias populares, reciclagem de automóveis, financiamento para pesquisa e fomento da produção de energia elétrica a partir da energia eólica e da energia solar, desarmamento, regulamentação da profissão de parteiras, programa nacional de vacinação para idosos, dentre tantos outros (JORGE, [2014], texto digital).

Observa-se o cunho socialista em sua militância, que também sobressaiu na propositura do projeto de lei que regulamenta a esterilização voluntária. Na justificativa à apresentação do PL, consta que este objetiva regular o § 7º do art. 226 da CF/1988, e sua proposição objetivava a coibição da esterilização indiscriminada da população brasileira, como segue:

O Projeto de Lei ora apresentado contempla a questão da regulação da fertilidade, situada no âmbito da saúde reprodutiva. O tema regulação de fertilidade é assunto focalizado na Constituição Brasileira, no parágrafo 7º do artigo 226, do Capítulo da Família, de Criança, do Adolescente e do Idoso, bem como vem sendo objeto de polêmica nos espaços do Governo, do Congresso e da Sociedade, no País, desde meados dos anos 60. A proposta aqui defendida procura preencher esse vazio legal e percebe a regulação da fertilidade como um direito das pessoas, direito este que envolve a constituição da prole, sua limitação ou aumento. Inserida nessa proposta, encontram-se dispositivos que buscam normatizar a esterilização cirúrgica. Tema controverso que envolve, ao mesmo tempo, a questão do direito ao uso dos meios de limitação dos nascimentos, mas que também se relaciona com os abusos que vêm sendo cometidos nessa área. Nesse último aspecto, está se referindo ao grande número de esterilizações cirúrgicas realizadas no País, que alcançam taxas das mais elevadas do mundo. Ao se estabelecer regras para a realização da esterilização cirúrgica está se buscando coibir abusos, que vem sendo amplamente denunciados. Abusos que se cometem principalmente contra populações pobres. No contexto da população pobre registra-se a grande violência praticada contra a mulher negra, sem poder de deixar de salientar abusos contra as mulheres camponesas. As cautelas presentes nesse Projeto de Lei, na parte que se refere à limitação da prole, deve-se ao fato dessa área vir sendo objeto de ações de instituições estrangeiras e internacionais e de entidades privadas de planejamento

familiar – controle da natalidade que atuam no País, geralmente preocupadas com a alegada e não comprovada “explosão demográfica”. Face a tudo isto, o projeto situa a questão da limitação dos nascimentos no contexto da saúde referentes aos direitos reprodutivos e da atenção integral à saúde das pessoas. Inserindo-o, assim como as demais questões da saúde reprodutiva, no âmbito do Sistema único de Saúde, bem como do seu controle e fiscalização (DIÁRIO..., 1991, p. 2386).

Salienta-se ainda, para futura discussão neste estudo, que o PL tramitou pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sendo aprovado por esta no dia 23 de maio de 1991, sem emendas. O projeto foi despachado ao Senado Federal no dia 21 de junho de 1994 (CÂMARA..., 1991).

O PL tramitou no Senado sob o nº 114/1994 e, no dia 12 de janeiro de 1996, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso promulgou a Lei nº 9.263/1996, com veto parcial a quatro (04) dispositivos, sendo eles os artigos 10, 11, § único do art. 14 e art. 15, os quais não foram mantidos pelo Congresso Nacional (SENADO..., 1994).

O texto da lei inicia assegurando a todo cidadão o direito ao planejamento familiar. Este, por sua vez, é entendido como um conjunto de ações para regular a fecundidade e tem por finalidade garantir direitos iguais para limitar, constituir ou aumentar a prole, pelo homem, pela mulher ou ambos, enquanto sociedade conjugal. O parágrafo único do art. 2º é terminante ao vedar as ações de regulação de fecundidade para fins de controle demográfico. Determina ainda que todas as instâncias do Sistema Único de Saúde (SUS) e em toda a rede de serviços oferecidos obrigam-se a garantir programas de atenção integral à saúde do homem, da mulher ou de ambos, enquanto casal (BRASIL, 1996). O rol de atividades a serem desenvolvidas não é taxativo e prevê:

[...] a assistência à concepção e à contracepção; o atendimento pré-natal; a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; o controle das doenças sexualmente transmissíveis; e o controle e a prevenção dos cânceres cervicouterino, de mama, de próstata e de pênis (BRASIL, 1996, texto digital).

Ainda sobre as ações preventivas, o dispositivo trata da obrigatoriedade do SUS de proceder à capacitação técnica dos profissionais, bem como um treinamento de recursos humanos das entidades a fim de qualificar a prestação de serviços neste sentido. Cabe salientar que o Ministério da Saúde, já atendendo ao disposto acima, lançou em 2002 um manual técnico informando:

[...] é preciso manter a oferta de métodos anticoncepcionais na rede pública de saúde e contar com profissionais capacitados para auxiliar a mulher a

fazer sua opção contraceptiva em cada momento da vida. Com este manual, **pretendemos oferecer aos profissionais de saúde** um conjunto de informações atualizadas sobre anticoncepção, afim de apoiá-los nesta tarefa de fundamental importância (BRASIL, 2002, p. 5, grifo nosso).

No mesmo sentido, o Estado é responsável, através do SUS, em cooperação das instâncias componentes do sistema educacional, de promover recursos e condições para informar e educar os cidadãos a fim de assegurar o livre exercício do planejamento familiar. Também determina que as ações de atenção à saúde preventiva deverão ser exercidas tanto pelas instituições públicas quanto pelas privadas, de caráter filantrópico ou não, de acordo com o determinado na Lei 9.263/96 bem como nas normas gerais sobre o planejamento familiar, editadas pela direção nacional do SUS, que compete ao Ministério da Saúde.

O art. 7º prevê a possibilidade de empresas ou capitais estrangeiros, participarem direta ou indiretamente nas ações e pesquisas de planejamento familiar, contanto que estas atuações sejam autorizadas, fiscalizadas e controladas pelo Ministério da Saúde, órgão diretor do SUS. Tal possibilidade somente foi regulada no dia 19 de janeiro de 2015, através da promulgação da Lei nº 13.097, que prevê, em seu art. 142:

Art. 142. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 23. É permitida a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde nos seguintes casos:

[...]

II - pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar:

[...]

b) ações e pesquisas de planejamento familiar (BRASIL, 2015).

Sobre esta possibilidade, é relevante destacar o posicionamento em artigo inserido na página oficial do Centro de Educação e Assessoramento Popular, organização da sociedade civil, não governamental e sem fins lucrativos, que tem por objetivo central de sua atuação, a educação popular. O estudo alerta que a alteração supracitada na lei do SUS não acrescenta benefícios à sociedade brasileira, como segue:

O domínio pelo capital estrangeiro na saúde brasileira inviabiliza o projeto de um Sistema Único de Saúde e conseqüentemente o direito à saúde, tornando a saúde um bem comerciável, ao qual somente quem tem dinheiro tem acesso. Com a possibilidade do capital estrangeiro ou empresas estrangeiras possuírem hospitais e clínicas – inclusive filantrópicas, podendo atuar de forma complementar no SUS – ocorrerá uma apropriação do fundo público

brasileiro, representando mais um passo rumo à privatização e desmonte do SUS (RAMOS; SANTOS, 2015, texto digital).

O art. 8º segue no mesmo sentido do anterior, determinando que as experiências com seres humanos no tocante à regulação da fecundidade, seguirão os critérios de autorização, fiscalização e controle da direção nacional do SUS, bem como daqueles estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS). O artigo seguinte prescreve que somente serão aceitos os métodos de concepção e anticoncepção que não ofereçam risco à vida das pessoas, além de estabelecer que os procedimentos serão oferecidos pelo SUS, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 3º da mesma lei. A parte final ainda garante a liberdade de opção na escolha do método.

Como todo dispositivo legal que autoriza e legitima determinada prática, a lei do planejamento familiar também previu as circunstâncias e requisitos que devem ser atendidos para efetivar a esterilização voluntária. Sublinha-se que o art. 10 compôs o conteúdo do veto presidencial, que, posteriormente, não foi mantido pelo Congresso Nacional.

Em seu primeiro inciso, destaca duas situações nas quais a esterilização cirúrgica pode ocorrer, quais sejam:

- a) Homens e mulheres que visam se submeter à esterilização, devem gozar de capacidade civil plena e serem maiores de vinte e cinco (25) anos de idade. O critério etário somente será dispensado se o casal possuir, pelo menos, dois (2) filhos vivos. Analisando a parte final do primeiro inciso, aduz-se que o legislador, preocupado com a mudança repentina da vontade do paciente a ser esterilizado, definiu um prazo **mínimo** de sessenta (60) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico. No decurso deste prazo, as entidades deverão propiciar acesso a diferentes métodos de regulação de fecundidade, bem como atendimento por equipe multidisciplinar, objetivando o desencorajamento à esterilização precoce;
- b) quando da emissão de relatório médico, subscrito por pelo menos dois profissionais de medicina, que prognosticam o fato de que uma **futura gestação** oferece **risco à vida ou à saúde** da mulher **ou** do futuro concepto.

Sobre a manifestação de vontade, esta deverá ser registrada em documento firmado, somente após o requerente ser devidamente informado acerca dos riscos do ato cirúrgico, dos eventuais efeitos colaterais, da dificuldade de reversão do procedimento e sobre a existência de opções de contracepção diversas da esterilização cirúrgica e com maiores probabilidades de reversão.

O § 2º do art. 10 veda o procedimento de esterilização feminina na ocasião do parto ou aborto, excepcionada a hipótese de necessidade comprovada em razão de cesarianas sucessivas anteriores. Acerca desta proibição, relevante se faz destacar o parecer nº 09/08, emitido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) sobre a prática. O pronunciamento traz a informação de que a lei do planejamento familiar somente traz a proibição da esterilização durante o parto ou aborto, sem abordar o período puerperal, qual seja, o intervalo entre o parto e o quadragésimo segundo (42º) dia após o parto. Contudo, esta proibição foi regulamentada através de Portaria nº 48/99, emitido pelo CFM (CONSELHO..., 2008). Esclarece ainda:

Entendo que a intenção do Ministério da Saúde ao proibir a laqueadura intra-parto e puerperal, afinal extraído o feto e a placenta, já estamos em um período puerperal, mesmo que a síntese do útero não tenha sido procedida, foi para evitar o excesso de cesarianas característico do atendimento obstétrico no Brasil (CONSELHO..., 2008, texto digital).

Finaliza o juízo, o Conselheiro Relator Pedro Pablo Magalhães Chacel, do seguinte modo:

[...] acredito que decidida a esterilização por decisão pessoal fora do período de aborto ou parto, o melhor método para esterilização, do ponto de vista da facilidade da prática do procedimento seria a laqueadura pós-parto periumbilical, evitando nova internação, novo preparo cirúrgico e nova intervenção. Fica claro que a Lei nº 9.263/96 não impede a esterilização imediatamente pós-parto desde que sejam obedecidas as recomendações colocadas na referida lei (CONSELHO..., 2008, texto digital).

A lei a qual se refere o Relator, é a do planejamento familiar, que determina o prazo de 60 dias entre a manifestação e o procedimento, observadas as ações de informação e desencorajamento. Destarte, conclui-se que não há impedimento para a realização da esterilização cirúrgica na ocasião do parto, desde que a manifestação seja prévia, válida e que atenda aos requisitos impostos pela lei.

A manifestação referida como requisito para o ato cirúrgico, não será válida, e conseqüentemente não será aceita, se for realizada durante alterações de discernimento por influência de drogas lícitas, como o álcool, ou ilícitas, nem mesmo

quando da alteração do estado emocional da mulher ou incapacidade mental, permanente ou mesmo temporária. Adiante, a lei esclarece que a esterilização em pessoas absolutamente incapazes se dará somente mediante autorização judicial.

O § 4º do art. 10 define que o procedimento de esterilização somente será efetuado através da vasectomia, da laqueadura ou de outro método cientificamente aceito, vedando o procedimento através da histerectomia¹⁵ ou ooforectomia.

Enquanto na vivência de sociedade conjugal, a esterilização somente será procedida mediante o consentimento expresso de ambos os cônjuges. A inteligência do § 5º subsequente merece maiores considerações, dado que integra a discussão central deste estudo. Visando um melhor desenvolvimento da temática, o presente artigo será discutido oportunamente no final deste subcapítulo.

O art. 11 reforça que todos os procedimentos cirúrgicos realizados deverão ser obrigatoriamente comunicados ao SUS, guardando consonância com o art. 14, que prevê a incumbência das instâncias gestoras¹⁶ do SUS de cadastrar, controlar e fiscalizar as instituições bem como os serviços que realizam ações e pesquisas no tocante ao planejamento familiar. Ainda complementando o art. 14, segue o parágrafo único impondo que, somente as instituições que dispuserem e oferecerem todas as opções de métodos de anticoncepção reversíveis, estarão autorizadas a realizar esterilizações cirúrgicas.

Segundo para o art. 12, encontra-se a vedação expressa de indução ou instigação à prática da esterilização cirúrgica, seja ela coletiva ou individual. Compreende-se o tópico como uma extensão do parágrafo único do art. 2º, que estabelece ser proibido a utilização desta, ou de qualquer outra ação de regulação de fecundidade, para fins de controle demográfico.

¹⁵ A Histerectomia é a cirurgia não-obstétrica de grande porte mais comum realizada em mulheres. O procedimento consiste em remoção do útero e da cérvix [...]. As principais indicações de histerectomia incluem câncer uterino, hemorragia uterina disfuncional, endometriose, prolapso uterino e miomatose uterina (BIBLIOTECA MÉDICA VIRTUAL, [entre 2000 e 2017], texto digital).

¹⁶ Instâncias gestoras do SUS são: em nível federal, o Ministério da Saúde; em nível estadual, a Secretaria de Estado da Saúde; e no âmbito municipal, o Secretário Municipal de Saúde (BRASIL, 2003).

Encerra-se a análise do capítulo I do Planejamento Familiar pelo art. 13, o qual veda a prática de exigência de atestado de esterilização ou de teste de gravidez, para qualquer fim. Em 1995, as práticas supracitadas já foram criminalizadas pela Lei 9.029, a qual classifica estas exigências como discriminatórias nas relações de trabalho. A proibição na lei do planejamento familiar, como já referido anteriormente, impede a exigência para qualquer fim, visando, assim, extinguir a prática que, por óbvio, não constitui outro propósito além de conduzir a um processo discriminatório.

O capítulo II, que trata dos crimes e das penalidades, prevê penalidades para as seguintes condutas:

- a) Realizar esterilização em desacordo com o art. 10, inclusive com aumento de pena se:
 - a. Praticado durante os períodos de parto ou aborto;
 - b. Praticado mediante manifestação de vontade durante a ocorrência de alteração, sob influência de drogas ou alterações do estado emocional, conforme previsão do § 3º do art. 10;
 - c. Realizado através de histerectomia ou ooforectomia (ressalvados os casos em que as mulheres sofrem de grave doença pélvica, mediante o insucesso de outras formas de tratamento);
 - d. Procedido em pessoa absolutamente incapaz sem autorização judicial;
ou
 - e. Praticado através de cesárea feita exclusivamente para proceder à esterilização;
- b) omissão do médico quanto à notificação compulsória ao SUS, dos procedimentos de esterilização que realizar;
- c) induzimento ou instigação à esterilização voluntária individual, e, se cometido contra a coletividade, constitui genocídio, aplicando-se a pena correspondente na Lei nº 2.889/1956 (Lei do Genocídio);
- d) exigir atestado de esterilização para qualquer fim;
- e) Prevê o concurso de agentes quando gestores e responsáveis pelas instituições permitirem as práticas ilícitas descritas na Lei 9.263/96;
- f) prevê rol de sanções às instituições que permitam a prática ilícita;
- g) possibilidade dos agentes e instituições serem responsáveis pelas reparações morais e materiais decorrentes do ato ilícito.

Após a exposição dos principais pontos da Lei do Planejamento Familiar, adentrar-se-á na discussão sobre o § 5º do art. 10, a fim de empreender algumas considerações. O texto do artigo aduz que, na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. Há que se destacar que é primordial discutir a constitucionalidade da referida exigência, eis que, integra legislação infraconstitucional, portanto, deve obedecer os preceitos constituídos pela Carta Magna.

Como já discutido no capítulo 3 do presente estudo, em seu subcapítulo 3.2, na hipótese de contemplação dos direitos da personalidade, não comporta o conceito de bipartição do direito público e privado, eis que seu conteúdo possui caráter híbrido visto a relevância de direitos tutelados pelo ordenamento civilista. Os direitos da personalidade constituem atributos inerentes à pessoa humana e estão adstritos às garantias fundamentais da CF/1988. Reforça esta teoria o conceito de horizontalidade da eficácia, o que vincula o privado aos direitos constitucionais. Destarte, conclui-se que a tutela jurisdicional deve pautar sua atividade visando o resguardo dos direitos da personalidade, correlatos às garantias fundamentais, quando o legislador ordinário, orientado pela influência do direito consuetudinário¹⁷, contrariar prerrogativa constitucional.

Entende-se que a referida exigência afronta o direito à liberdade sexual, que abarca os direitos reprodutivos, e o direito ao próprio corpo (disposição do próprio corpo), uma vez que condiciona o exercício de prática individual, não ilícita, ao consentimento de terceiro. Reforça-se ainda que a violação a estes direitos compreendidos como fundamentais, macula o princípio norte da legislação brasileira, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana.

É com base neste entendimento que se encaminham as decisões judiciais sobre o tema. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sede de apelação, proveu o recurso obrigando o município a realizar o procedimento de esterilização voluntária, postulado pela apelante. No acórdão, o voto do relator Desembargador Marcelo Rodrigues aponta que há conflito de normas, entre “[...] os princípios constitucionais de proteção da entidade familiar, e do planejamento familiar, [...], com os direitos

¹⁷ “Conjunto de regras que se estabeleceram pelo costume ou pela tradição” (DIREITO CONSUETUDINÁRIO, 2008, texto digital).

individuais, inclusive quanto a liberdade individual e de disposição do próprio corpo” (MINAS..., 2015, texto digital).

Porém, mesmo em havendo normas conflituosas, não é possível impor o consentimento de terceiro como condição para efetuar a esterilização, sob pena de flagrante ofensa à dignidade humana. Acrescenta o relator que o Código Civil de 2002, dispõe em seu art. 1.567 e parágrafo único que, em havendo divergências entre cônjuges, qualquer deles poderá levar a questão ao juízo, que irá decidir da melhor forma, levando em consideração o melhor interesse do casal e dos filhos.

Reforça-se ainda que, em 2006, a lei nº 11.340, sob denominação popular de Lei Maria da Penha, previu em seu art. 7º, III, as práticas que caracterizam violência sexual contra a mulher, dentre elas, impedir que a mulher faça uso de qualquer método contraceptivo (MINAS..., 2008). Também salienta-se acrescentar que, exigir consentimento para a efetivação dos direitos reprodutivos, traz prejuízo à autodeterminação da mulher, entendida como violência psicológica no mesmo dispositivo legal (BRASIL, 2006).

Destaca-se que o julgado supra é um exemplo claro em que se verifica o ativismo do judiciário, assunto já discutido anteriormente neste estudo, pois, à luz do princípio da Dignidade Humana e para garantir os direitos fundamentais da postulante, ponderou acerca do conflito de normas, e decidiu por garantir o direito de disposição ao próprio corpo e à liberdade individual. É elementar apontar a referência de Lênio Streck sobre o assunto:

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade (STRECK, 2014, p.110)

Considerando que o direito à própria liberdade e autonomia, além da dignidade da pessoa humana, são os fundamentos para decidir o planejamento familiar, dentre eles, a decisão sobre a reprodução individual. O aumento da prole gera impactos significativos na vida do ser humano em várias esferas, como no âmbito financeiro, relações de trabalho, e no próprio âmbito afetivo (BASTOS, 2015).

Em últimação, a consequência do aumento da prole, sem ser esta a vontade pessoal do genitor, infere, inclusive, na vida futura do descendente, que, se não assistido por genitores de ampla maturidade, psicológica ou emocional, pode vir a sofrer os efeitos de uma concepção indesejada. Há de se destacar que as repercussões se darão inclusive na esfera do relacionamento interconjugal, objeto de análise do próximo subcapítulo.

4.2 Consentimento do cônjuge como limite jurídico para a esterilização voluntária: aspectos psicológicos da vivência conjugal e seus conflitos

Analisando-se a parentalidade e conjugalidade na antiguidade, a procriação e noções de famílias sofrem modificações profundas. Desde a Roma Antiga à Idade Média, a reprodução humana não era fundada em motivações pessoais ou individuais, mas possuíam um ideário de razões coletivas para este fim. A descendência bem como a união conjugal possuíam o condão de transmitir ao homem a afirmação de virilidade e a garantia de transmissão do poder e de suas riquezas. As relações baseadas na afetividade não existiam e possuíam caráter puramente procriativo e de autodeterminação masculina (NASCIMENTO, 2008).

O individualismo fortificou-se a partir do advento da Revolução Francesa, o qual instituiu a igualdade como um de seus fundamentos, desobrigando assim os laços sociais baseados na hereditariedade e consequentes quebras de barreiras morais. A organização do núcleo familiar deu-se basicamente da seguinte forma: à mãe cabia a educação das filhas, promovendo e incentivando a feminilidade e a gerência do espaço doméstico; ao homem, cabia o papel de provedor do lar. O espaço familiar obteve uma valorização latente, comparado aos quatrocentos anos antecessores, levando a classificação da maternidade como símbolo de feminilidade e plenitude (PEREIRA, 2016).

A figura materna, a partir de então, era exclusivamente responsável pela criação dos filhos, instrução religiosa e transmissão de conhecimento, até os sete anos dos rebentos. No entanto, com o surgimento da psicanálise no século XX, a tendência de responsabilizar a mãe pelos problemas e distúrbios dos filhos era frequente e natural. Ressalta-se que há mais de três décadas, especialistas previram o início de uma revolução intrafamiliar, no qual o pai era novamente trazido ao centro

das discussões, não como uma forma de subjugar a figura feminina, mas para melhor esclarecimento das responsabilidades de pai e mãe ao mesmo tempo. No decorrer do século XX, com o avanço da urbanização em consequência da industrialização, a maternidade começa a considerar o posicionamento da figura feminina quanto à escolha, em virtude do maior acesso das mulheres à educação formal, sua presença nos espaços públicos e seu ingresso no mercado de trabalho (NASCIMENTO, 2008).

A partir deste período, a família até então de modelo patriarcal, cede ao modelo familiar contemporâneo, fundado no amor, prazer e individualidade, incidindo diretamente no tempo de duração das relações, atreladas ao período em que o amor e prazer subsistiriam. Quanto aos filhos, estes passam a ser concebidos também fora do casamento, há grandes probabilidades de vivenciarem o divórcio dos pais e futuros casamentos destes. O grande número de modelos familiares na atualidade, expõe o seu caráter de constante transformação o que caracteriza o enfraquecimento da ocorrência do casamento clássico (PEREIRA, 2016).

A escolha pela maternidade no período contemporâneo, como já referido anteriormente, foi possibilitada pelo acesso à informação, às mudanças culturais e ao conhecimento especializado no tocante à área na fertilização, como bem esclarece Nascimento (2008, p.7):

As novas articulações das funções parentais passam a exigir que consideremos os desejos masculinos e femininos e suas mais diversas significações. [...] Para muito além das influências sócio-históricas, religiosas, políticas e econômicas, os aspectos narcísicos, edípicos e de gênero atuam no complexo processo decisório quanto à realização ou não do projeto parental.

A mesma autora ainda sustenta que, com o surgimento dos métodos contraceptivos, mais especificamente da pílula anticoncepcional, conjuntamente ao aperfeiçoamento da biotecnologia, a ideia de sexualidade foi desassociada da procriação. Contudo, ao mesmo tempo em que a liberdade quanto ao limite do corpo impera, o indivíduo quando numa relação conjugal, sentem-se pressionados quanto às escolhas que fazem, no sentido de que elas rumem a uma busca incessante à plena satisfação. Há muitas décadas, ter um filho era baseado somente em uma questão de fertilidade, pois a lógica social vertia no sentido de que o ser humano só era útil se constituísse uma linha descendente. Hoje, trata-se de um processo de

decisão que envolve vários aspectos psicológicos e sentimentos conflitantes que, por muitas vezes, gera uma angústia latente nos casais.

A relação conjugal baseia-se em um modelo de intimidade onde o casal, duas pessoas empiricamente diferentes, com vidas pregressas diversas, precisa ajustar questões que já estavam previamente definidas no âmbito individual a uma vivência conjunta que envolve os mais diferentes aspectos, dentre eles, o da reprodução. Esta questão implica, diversas vezes, em afetividade positiva ou negativa entre os cônjuges que pode evoluir a um quadro de conflitos. Ora, isto não quer dizer que em um relacionamento satisfatório para ambos, não haja conflitos, eis que estes permeiam qualquer relação, por se tratar de um fenômeno característico da vivência em pares, presentes até, nas relações sociais (BOLZE, 2013).

Quanto à reprodução, apesar de se ter verificado um certo avanço no desempenho dos papéis do homem e da mulher, a sociedade contemporânea ainda transpira um cunho machista em suas vivências. A reprodução, na visão masculina, traz o significado de poder, masculinidade e virilidade no psiquismo do homem, quando da exposição destes ao desejo ou necessidade de gerar sua prole. Existe uma reinterpretação psicanalítica construída pela socióloga e psicanalista Nancy Julia Chodorow, que determina como distintos os posicionamentos e ocorrências psíquicas de homens e mulheres sobre a reprodução. As associações das relações de poder numa análise conjunta com as questões de gênero (masculino e feminino), são determinantes para compreender o desenvolvimento do projeto parental (NASCIMENTO, 2008).

A maior parte dos casais resolve os episódios conflitivos, que são inevitáveis, de modo pacífico, porém, em muitos casos, a resolução das incompatibilidades evolui para a violência física ou psicológica, que possuem um efeito nocivo sobre a saúde mental dos envolvidos. Uma relação conjugal saudável proporciona um sentimento sadio de segurança aos filhos, assim como o contrário, traz sérios prejuízos à prole. As duas hipóteses são determinantes na construção da personalidade dos filhos (BOLZE, 2013).

Quanto ao relacionamento conjugal, na atualidade, é curioso apontar-se a ocorrência em diferentes meios de comunicação ou até em estampas de vestuário,

uma imagem estilizada de um casal de noivos simbolizando a expressão *Game Over*, comumente conhecida entre os usuários de videogame que significa “fim de jogo”. Em alguns casos, a expressão masculina é descontente, enquanto a mulher expressa sentimento de felicidade. Há uma mensagem simbólica nestas ilustrações objetivando referir que o casamento consiste em uma conquista da mulher, em um complexo jogo de poder, ao qual o homem não pode mais resistir (mesmo querendo). Salienta-se, contudo, que em muitos casos, o casamento revela um alto grau de insatisfação das mulheres, que advém da sobrecarga de sua jornada de trabalho, incluindo a jornada doméstica. Até a década de 50, as mulheres figuravam preponderantemente no âmbito doméstico, o que na atualidade, modificou-se para um papel de mulher provedora, cuidadora dos filhos e de um ideário ilógico de zeladora ininterrupta de sua aparência (PEREIRA, 2016).

A decisão de reprodução, ou não, ainda é apontada como uma decisão do casal, porém, percebe-se um conceito nítido de que a maternidade é concebida como algo natural no contexto feminino, enquanto para o homem, constitui um processo de socialização e amadurecimento. Este posicionamento explica muito bem o ideário social de rejeição à mulher que escolhe não ter filhos, muito diferente da opção masculina neste mesmo sentido. Também reflete o conceito masculino sobre a mulher solteira após os 40 anos, a qual é definida como solteirona, encalhada ou promíscua. As atitudes consideradas exclusivas do universo masculino, suscitam críticas quando executadas por mulheres (ZANELLO; PORTO, 2016).

As autoras supracitadas citam como exemplo, o caso de duas turistas argentinas¹⁸ que foram assassinadas no Equador enquanto viajavam pela América do Sul. As infelizes críticas desferidas no presente caso, envolviam o fato da mulher desacompanhada ser responsável/culpada pela violência a ela infligida por estar se submetendo a uma situação de vulnerabilidade.

A culpabilidade do homem pela violência é pouco discutida, enquanto o raciocínio no sentido de a mulher ter dado causa ao fato é predominante.

¹⁸ #ViajoSozinha: Como a morte de duas turistas argentinas levou a debate sobre assédio. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160306_salasocial_assassinato_argentinas_ab>. Acesso em: 01 jun. 2017.

Outro ponto a se questionar é a discussão sobre a interrupção da gravidez de feto anencefálico. As mulheres que optam pelo aborto nestes casos enfrentam duras críticas, muitas vezes vindo a serem abandonadas pelos parceiros ou mesmo sendo culpabilizadas pelo diagnóstico da doença no feto. Os críticos ignoram por completo o contexto financeiro, afetivo e a falta de suporte social. O pai ausente, raramente é lembrado e muito menos responsabilizado (ZANELLO; PORTO, 2016).

Além das discriminações de toda sorte atribuídas à mulher em meio à sociedade, é imperioso destacar a violência no âmbito doméstico. Em virtude da temática deste estudo, a discussão irá se ater especificamente à violência psicológica.

O parceiro, o qual deveria desempenhar papel de suporte no combate à discriminação à mulher no meio social, em muitas ocasiões, assume uma postura de agressor emocional ou psicológico no âmbito doméstico. Dado o conceito deturpado de “sacralidade familiar”, cria-se uma barreira em torno da violência ocorrida no seio da família. As parceiras “culpadas” desafiam a integralidade dos parceiros que somente agem em defesa à honra da família. A violência perpetrada às mulheres sempre teve característica cíclica, o que comumente não causa revolta à figura feminina, eis que suas antecessoras também assim vivam, subjugadas pelos parceiros (SOUZA; CASSAB, 2010).

A característica psicológica da violência contra a mulher é descrita na Lei Maria da Penha, que tipifica a conduta como “qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto estima, ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento” (BRASIL, 2006, texto digital).

Souza e Cassab (2010, p. 41) ainda trazem:

A violência psicológica pode ser considerada como a mais perversa, entre os outros tipos de violência, ocorrida no âmbito doméstico, em decorrência das marcas irremediáveis que deixa, perdurando por muito tempo ou, às vezes, por toda a vida, desta mulher que a sofre.

Os agressores, por diversas vezes, utilizam-se de artifícios múltiplos para atingir a mulher. Um dos alvos preferidos são os filhos. O homem faz uso de agressões físicas e psicológicas nos infantes, sabendo que com isto, fará a mulher sentir angústia e se submeter a quaisquer exigências para que aquela agressão cesse. Roupas são rasgadas, joias são quebradas ou descartadas, isola-se a mulher para que não

desfrute de qualquer interação social, tudo para um único propósito: estratégias para minar a autoestima da esposa, tornando-a submissa e descontrolá-la emocionalmente (SOUZA; CASSAB, 2010).

Entre as condutas listadas acima, pode-se ainda mencionar que a agressão pode se dar através da rejeição, discriminação, desrespeito, domínio econômico, ameaça de morte, humilhação e intimidação. As marcas das agressões psicológicas não são visíveis, na maioria das vezes, porém, deixam cicatrizes para o resto da vida da vítima. Os efeitos da violência incluem: “Desenvolvimento desequilibrado da personalidade (no caso das crianças); falta de esperança; dificuldade em confiar; dificuldade em criar laços e em construir relações; Influência negativa na vida sexual da pessoa vitimada. A pessoa vitimizada, consoante a gravidade das agressões emocionais e psicológicas, pode mais tarde passar a ter o papel de agressor em vez de vítima” (MADEIRA, 2013, texto digital).

Madeira (2013, texto digital), aponta efeitos psicológicos latentes em situações de vitimização: “Ansiedade; angústia; baixa autoestima; irritabilidade; depressão; sentimento de incapacidade; sentimento de culpa; perda de memória; abuso de álcool e drogas; diagnóstico de pânico; diagnóstico de fobias; comportamentos destrutivos; sensação de vazio e tentativa de suicídio”. Por fim, as consequências refletem inclusive no âmbito da saúde reprodutiva, direta ou indiretamente, no que se refere: “Gravidez não desejada, o acesso restrito ao planejamento familiar, o recurso a abortos ilegais, as complicações resultantes de gravidezes de alto risco e da falta de assistência médica, as infecções sexualmente transmissíveis, os problemas psicológicos, incluindo o medo de contato e perda de interesse ou prazer sexual” (MADEIRA, 2013, texto digital)

Dito isto, levando em consideração as inúmeras formas de violência psicológica perpetradas à mulher, pergunta-se: De que modo, a exigência de consentimento para o método contraceptivo de esterilização, pode ficar condicionada à anuência daquele que agride e dizima a saúde física e emocional da esposa? Pode-se concluir que o requisito constitui uma espécie de violência psicológica legitimada pelo legislador ordinário. Nada mais plausível e necessário exigir que o processo de revisão legislativa, especificamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, extinga a norma

legal, eis que constitui grave atentado à saúde reprodutiva e psicológica da mulher, entre outras hipóteses que serão apontadas no próximo capítulo.

4.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5097/2014

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), constitui um mecanismo judicial proposto perante o Supremo Tribunal Federal (STF) para exercer um efetivo controle de constitucionalidade, fundada nos princípios da supremacia da constituição e da inductibilidade constitucional. Sua função basilar encontra anseio em garantir a concretização dos direitos fundamentais, suprimindo qualquer ato normativo que possa obstar a concreção dos preceitos declarados fundamentais pela CF/1988. Prevista no art. 102, I, alínea “a” do texto constitucional, o processamento e julgamento da ADI, encontram-se regulados pela Lei nº 9.868, promulgada em 10 de novembro de 1999 (AKERMAN, 2012).

Objetivando a fixação das decisões das ADIs em consonância com as realidades do país, o ordenamento tratou de instituir a figura do *amicus curiae*, prevista no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99. O brocardo latino, em sua tradução literal, significa “amigo da corte”, e trata das pessoas ou instituições que apresentam seus posicionamentos em razão do interesse político, jurídico ou econômico na repercussão da decisão. Frisa-se que o *amicus curiae* não é parte legítima, e conseqüentemente não detém interesse recursal, por não admitir intervenção de terceiros, previsão do art. 7º do dispositivo que regula a modalidade.

Assim como qualquer processo legal, a ADI também prevê a necessidade de partes legítimas para sua propositura, constantes no rol do art. 103, da CF/1988, suprimindo assim, a exclusividade ativa do Procurador-Geral da República antes da promulgação da constituição, segundo Akerman, (2012). Refere-se que, após o julgamento da ADI 3153 DF, foi considerada legítima a propositura de ação por associações de associações de classe, de âmbito nacional, antes entendidas como partes ilegítimas para a moção de ADI.

Com base nesta interpretação normativa, a Associação Nacional dos Defensores Públicos, criada em 1984, ajuizou a ADI 5097 em 13 de março de 2014, através dos advogados Igor Tamasauskas e Pierpaolo Cruz Bottini (BRASIL, 2014).

O objeto da ação é declarar a inconstitucionalidade referente ao § 5º, do art. 10, da Lei 9.263/96, que impõe que “na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges (BRASIL, 1996)”.

Os fundamentos iniciam-se justificando que a legislação instituinte das funções da Defensoria Pública, rege, entre outros propósitos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

[...]

X – promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela;

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (BRASIL, 1994).

Reforça-se que o intuito da ação proposta é representar a Defensoria Pública para que se perfectibilize o direito à igualdade, dignidade da pessoa humana e autonomia do corpo da mulher¹⁹. A exordial refere que o Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NUDEM-SP), apresentou, durante o VI Encontro Estadual dos Defensores Públicos, tese institucional apontando a inconstitucionalidade do dispositivo em análise. Cita que os princípios defendidos pela Defensoria Pública de São Paulo, possuem pertinência temática com os objetivos celebrados pela Constituição Federal e que merecem tutela do órgão na transgressão identificada na lei 9.263/96 (BRASIL, 2014).

Cita ainda que no cenário nacional, foi a partir da década de 60 que as mulheres passaram a empenhar-se contra a ideia de naturalidade da opressão feminina, através da discussão de desigualdades que compunham, e ainda compõem em muitos casos, as relações sociais. A construção de uma cidadania feminina e da ideia de gênero iniciaram na década de 70 com os movimentos sociais. Na seara mundial, em 1968, durante a Conferência Mundial no Teerã, surgiu, pela primeira vez, a ideia do que viria

¹⁹ Presume-se que o discurso, sobre a exigência do consentimento e o afronte aos direitos fundamentais, se dá exclusivamente referente à mulher em função de seu pertencimento a grupo social mais vulnerável, conforme texto do dispositivo regulador da Defensoria Pública.

a se construir como direitos reprodutivos. A norma previu a total liberdade dos pais de determinar o número de filhos bem como os intervalos entre nascimentos. Inúmeros tratados internacionais aderiram à nova visão sobre a reprodução, levando vários Estados a adequarem e aperfeiçoarem suas legislações (BRASIL, 2014).

Os postulantes ainda citam que o termo “planejamento reprodutivo” configura uma melhor definição para o citado planejamento familiar no texto constitucional, eis que o planejamento pode-se dar fora do âmbito familiar, facultando o indivíduo a possibilidade de abdicar da paternidade. O argumento central da exordial suscita que a exigência do consentimento do cônjuge como requisito para se submeter à esterilização, fere a liberdade de escolha e de disposição do próprio corpo, a autonomia privada e a dignidade humana. Refere também que o conceito de família se dissociou do escopo reprodutivo para aderir à união pelo vínculo de afetividade.

Em se tratando de autonomia, citam o conceito apontado por Daniel Sarmiento (SARMENTO apud BRASIL, 2014, texto digital):

[...] esta autonomia significa o poder o sujeito de autogoverno de sua esfera jurídica, tendo como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas.

No contexto da autonomia privada, também se sopesa a autonomia corporal, cujo conceito, na preleção de Ana Carolina Brochado Teixeira (TEIXEIRA apud BRASIL, 2014, texto digital) significa 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.”

Em parecer emitido pela Procuradoria-Geral da União, o procurador Rodrigo Janot alega preliminarmente sobre a ilegitimidade ativa do feito, sustentando que segundo o Estatuto da ANADEP, a associação foi criada para defender as prerrogativas, direitos e interesses, pugnando pela independência e prestígio da Defensoria Pública. Reforça que, embora o estatuto tenha previsto o rol de grupos pelos quais a entidade poderia demandar em favor, isto não pode ser confundido com a legitimidade inerente às entidades de classe de esfera nacional. Apesar da norma em comento, refere que se trata de discussão de grande relevância social, contudo, é estranha aos interesses da associação, por este motivo, defende a ilegitimidade ativa pela falta de pertinência temática (BRASIL, 2014).

Sobre o mérito, o procurador se posiciona favoravelmente à procedência da ação, reforçando que a decisão de se submeter ao procedimento de esterilização deve partir de ato informado, voluntário e autônomo, não devendo nenhum integrante familiar ser forçado à procriação ou ser exposto aos riscos desta, uma vez que a paternidade exige grande comprometimento econômico, físico e emocional (BRASIL, 2014).

Também de modo preliminar, o Advogado-Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, suscita a ilegitimidade de parte ativa, sustentando que não há pertinência temática entre o objeto da ação e a atuação institucional da ANADEP. Em sentido diverso àquele defendido pela Procuradoria, a Advocacia-Geral da União se posiciona contrário à procedência da ADI, argumentando, quanto ao mérito, que a exigência de consentimento existe quando da existência de sociedade conjugal, portanto, há de se considerar que o procedimento de esterilização de um dos cônjuges afeta a vida de ambos, inferindo no direito à paternidade ou maternidade, sendo totalmente lógico e possível a negativa de se realizar o ato sem o consentimento de seu par (BRASIL, 2014).

A mesma preliminar de mérito é defendida também pela Advocacia do Senado, conjecturando conforme os mesmos argumentos supra. No tocante ao mérito, alega que não existe qualquer violação à dignidade da pessoa humana, sendo que houve o devido sopesamento das inúmeras normas constitucionais abarcadas pela lei, restando legítimo o processo legislativo que culminou com a promulgação da lei em 1996. Cita que a Defensoria Pública deveria reforçar a vigência da norma em sua integralidade, e não impugná-la, eis que os números apontavam a grande incidência de esterilizações feitas pelas mulheres em comparação ao número de procedimentos feitos pelos homens, conforme tabela anexada pelo órgão. Conclui expondo que a exigência de consentimento se dá por muito menos, conforme art. 1.647, do CC/2002, nada mais justo que exigi-la quando infere em ato capaz de determinar a capacidade reprodutiva do cônjuge (BRASIL, 2014).

Também na qualidade de *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) abordou o assunto. Inicia demonstrando a clara pertinência temática entre o objeto da ação e as atividades do Instituto, eis que suas ações são

voltadas ao estudo e debate do Direito de Família e Sucessões. Em relação ao mérito, classifica:

Chega a ser absurdo o Estado determinar consentimento expresso de ambos para que se faça a esterilização, sendo que, na realidade, promove a distorção da isonomia na relação da conjugalidade. Essa realidade não condiz com os princípios de matriz constitucional, sendo liberdade, autodeterminação legalidade, não intervenção estatal, intimidade, autonomia da vontade e, sobretudo, o respeito ao trato diferenciado no que diz respeito a realidade feminina (BRASIL, 2014, texto digital).

Ao mesmo passo, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), postula pela procedência da ADI, traçando questões acerca da criminalização do ato sem consentimento conjugal:

[...] representa violação aos direitos humanos sexuais e reprodutivos dos cidadãos, revelando indevida ingerência estatal na autonomia e liberdade dos indivíduos quanto à decisão sobre planejamento familiar [...] A criminalização da realização de esterilização voluntária sem consentimento do cônjuge representa indevida manifestação do direito penal à luz dos princípios da subsidiariedade, idoneidade e adequação do custo social. Proteger a função reprodutiva por meio do direito penal, na forma da lei 9.263/96, é desproporcional, socialmente inútil e inadequado: o sistema penal é meio inidôneo para realizar política pública de planejamento familiar. [...] impertinência da exigência legal de autorização do cônjuge (art. 10, § 5º, da mesma lei) para exercício de liberdade relativa ao próprio corpo: o direito penal não pode criminalizar essa liberdade. A função reprodutiva é um bem jurídico disponível, com o que cidadãos capazes podem dela dispor, bastando para isso seu livre e esclarecido consentimento (BRASIL, 2014, texto digital).

Por fim, trazendo o parecer do NUDEM, este se posiciona favorável à procedência da ação argumentando seu posicionamento através da ótica dos direitos da mulher:

A imposição legal fere a autodeterminação da pessoa humana e, diante das desigualdades que ainda permeiam as relações de gênero, mais uma vez, a mulher ficará sem a livre decisão sobre o seu próprio corpo. Ademais, em nosso país, é notório o elevado índice de sociedades conjugais instáveis, nas quais cabe à mulher a sustentação econômica, física e emocional da prole. Não é justo que o cônjuge sobre o qual recai a maior responsabilidade e maior trabalho na criação dos filhos, em geral a mulher, tenha que depender do consentimento do outro para realizar a esterilização voluntária (BRASIL, 2014, texto digital).

Em sede de acompanhamento processual da ADI 5097, no dia 29 de maio de 2017, anota-se que os autos foram conclusos ao relator no dia 22 de setembro de 2016, e permanecem inertes até então (BRASIL, 2014).

Por fim, é pertinente citar que se encontram em trâmite, sob regime de prioridade, dois projetos de lei na Câmara dos Deputados objetivando a supressão do

§ 5º, do art. 10, da Lei do Planejamento Familiar que prevê a necessidade de consentimento do cônjuge. O PL 7364/2014, proposto pela Deputada Federal Carmen Zanotto (PPS/SC), foi apensado ao PL 3637/2012 de autoria do Deputado Paulo Rubem Santiago (PDT/PE) e encontram-se tramitando na Câmara dos Deputados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até o início do século XX, em um território predominantemente rural, a reprodução no país ainda se dava por questões de sobrevivência. Ora, quanto mais mãos para trabalhar, maiores as chances de subsistir àquela época. O instituto do planejamento familiar somente começou a ser introduzido gradativamente no cenário brasileiro entre os anos de 1960 e 1970. O instituto foi formalmente recepcionado pela nossa legislação, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, que refere ser o planejamento familiar um processo de livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Para regular a previsão constitucional, foi editada a Lei Federal nº 9.263/96, comumente conhecida como Lei do Planejamento Familiar.

No entanto, apesar das garantias fornecidas constitucionalmente, fundadas no princípio base de nosso ordenamento jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana, a lei ordinária previu óbices que prejudicam o livre exercício do planejamento familiar, afrontando direitos da personalidade, de caráter fundamental, bem como, propiciando um ambiente opressor nas vivências conjugais. A exigência do consentimento do cônjuge, quando na vigência de sociedade conjugal, é requisito obrigatório para se submeter à esterilização voluntária.

Assim sendo, esta monografia ocupou-se a apresentar, no primeiro capítulo do desenvolvimento, a evolução histórica dos modelos familiares ocidentais que, em sua

gênese, possuíam caráter patriarcal, onde o homem, onipotente, detinha o comando do grupo familiar. Este retrato familiar foi mantido nas famílias brasileiras, do período colonial até a era moderna. Em seguida, fez-se necessária uma exposição acerca das novas formações de núcleos familiares na contemporaneidade, para demonstrar que a sociedade evolui constantemente, e que valores valiosos e habituais em uma época, podem ser considerados afrontes aos direitos da personalidade no presente. Finalizando, fez-se uma breve abordagem sobre o planejamento familiar no Brasil para apresentar o leitor ao conteúdo e finalidade do instituto.

Em seguida, foram apresentados os principais direitos da personalidade e suas características, bem como seu caráter de direito fundamental e a importância da concretização dos direitos fundamentais para efetivar a tutela sobre a dignidade da pessoa humana. Fez-se mister compreender que o direito da personalidade constitui valor inerente à essência do ser humano, e que deve receber proteção de igual forma àquela despendida em favor dos direitos fundamentais, previstos no art. 5º, CF/1988, conforme entendimento doutrinário neste sentido, o que caracteriza a condição de fundamentalidade dos direitos da personalidade. Constatou-se ainda que, se verificado qualquer afronta aos direitos da personalidade de caráter fundamental, seja por ocorrência de vazio legal ou mesmo de posicionamento temerário por parte do legislador, o ativismo judicial é a forma com que se possa garantir a efetivação destes direitos e conseqüentemente assegurar a dignidade da pessoa humana.

Por fim, coube proceder a uma análise técnico-jurídica acerca das previsões constantes da Lei do Planejamento Familiar, bem como aos aspectos psicológicos da vivência conjugal na hipótese de conflitos e, por fim, a exposição acerca das manifestações durante o trâmite da ADI 5097/2014, ainda em andamento, que objetiva a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que prevê o consentimento do cônjuge para fins de esterilização cirúrgica. A edição da Lei nº 9.263/96 foi notável no sentido de conceder a prerrogativa, através do SUS, de qualquer cidadão exercer seus direitos reprodutivos, observados os requisitos legais. Contudo, claudicou ao incluir a exigência do consentimento do cônjuge nos requisitos para fins de esterilização.

Toda e qualquer vivência conjugal é composta de conflitos, e espera-se que estes sejam resolvidos de maneira pacífica e através do diálogo. Contudo, concordase de maneira lúcida que esta não é a realidade de grande parte das uniões conjugais.

A violência é o método comumente utilizado para a resolução de divergências e incompatibilidades conubiais e, com isto, coube demonstrar-se que a violência psicológica é uma das várias formas pelas quais o opressor controla o oprimido, infligindo sentimentos devastadores na psique humana.

A realidade posta demonstra que a mulher é figura vulnerável na relação conjugal. Tal fato advém de uma estrutura brasileira de caráter patriarcal e leva a analisar os fatos da forma como comumente são apresentados no meio social. Dito isto, cabe salientar que a exposição sobre a violência psicológica leva à certeza de que é inconcebível que o consentimento para exercer um direito reprodutivo, dependa da autorização de um possível opressor. Os filhos, nas relações conjugais abusivas, constituem uma garantia de continuidade da submissão feminina e, conseqüentemente, do casamento. Além disto, dificultar ou impedir a mulher de fazer uso de qualquer método contraceptivo é crime, sendo esta conduta prevista na Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

Assim como qualquer dispositivo legal infraconstitucional, a Lei do Planejamento Familiar deve obedecer aos preceitos fundamentais, o que não se verifica na exigência do consentimento de outrem. O direito ao próprio corpo e direito à liberdade sexual e reprodutiva, constituem direitos da personalidade, dotados de conteúdo igualmente relevante aos direitos fundamentais. Considerando-se o caráter absoluto e indisponível destes direitos, foi evidente e incontestável a verificação de afronta à direitos considerados constitucionais.

Diante da análise do problema proposto para este estudo – É inconstitucional a exigência do consentimento do cônjuge como limitação jurídica que obsta a esterilização voluntária? – pode-se concluir que a hipótese inicial aduzida para este questionamento é verdadeira. Na medida em que o Estado impõe esta exigência de consentimento e criminaliza a conduta quando da realização do procedimento sem a observância do requisito, legitima norma de ordem inconstitucional, a qual não é válida para produzir efeitos. A previsão colide com o art. 226 da Constituição Federal, bem como afronta o direitos à liberdade e disponibilidade física do corpo (ou autonomia ao próprio corpo), culminando com a violação do princípio da dignidade humana, princípio-luz norteador do ordenamento jurídico pátrio.

REFERÊNCIAS

AKERMAN, William. Ação direta de inconstitucionalidade: principais aspectos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3124, 20 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20894>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

ALMEIDA, Rodrigo A. de. Direitos Fundamentais da Personalidade? **Revista de Direito UNIFACS**, Salvador, n. 130, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1464>>. Acesso em: 26 abr. 2017.

ALVES, José E.D. As políticas populacionais e o planejamento familiar na América Latina e no Brasil. Instituto Nacional de Geografia e Estatística – IBGE. Escola Nacional de Ciências e Estatísticas, Rio de Janeiro, n. 21, 2006. **IBGE**. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv31808.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Camila F. **Esterilização e planejamento familiar**: Uma análise à luz da possibilidade de disposição do próprio corpo. 2015. 105 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Faculdade Baiana de Direito, Salvador. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Camila%20Ferraro%20Bastos.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

BIASOLI-ALVES, Zélia Maria Mendes. Famílias brasileiras do século XX: os valores e as práticas de educação da criança. **Revista Temas em Psicologia**. Ribeirão Preto, v. 5, n. 3, p. 33-49, 1997. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X1997000300005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 mar. 2017.

BIBLIOTECA MÉDICA VIRTUAL. Histerectomia. Minas Gerais, [entre 2000 e 2017].

Bibliomed. Disponível em:

<<http://www.bibliomed.com.br/lib/showdoc.cfm?LibDocID=16348>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BITTAR, Carlos A. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BOLZE, Simone D. A. Relacionamento Conjugal e Táticas de Resolução de Conflito entre Casais. **Pepsic**. San José, v. 27, n. 114, p. 71-85, 2013. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S025864442013000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 mai. 2017.

BORCAT, Juliana C; ALVES, Alinne C. Os direitos da personalidade como direitos fundamentais e manifestação da dignidade. Instituição Toledo de Ensino – ITE. Marília. **Univem**. 2013. Disponível em: <<http://www.univem.edu.br/file/artigo01.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Assistência ao Planejamento Familiar**: manual técnico. Brasília, 2002, 4 ed. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0102assistencia1.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL, Ministério da Saúde. Puerpério: período pós-parto requer cuidados especiais. **Blog da Saúde**, 2015, Brasília. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/index.php/promocao-da-saude/50212-puerperioperiodo-pos-parto-requer-cuidados-especiais>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do SUS. Brasília: Conass, 2003. **BVSMS**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 17 mai. 2017.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 18 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.097 de 19 de janeiro de 2015. Altera a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13097.htm#art142>. Acesso em: 16 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias... Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM>. Acesso em: 17 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5097. Relator: Ministro Celso de Mello. **Acompanhamento Processual**, 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5097&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Ata de Julgamento. Brasília-DF, 12/04/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/a_dp54.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de lei e outras proposições. 1991. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173183>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEMIN, Beatris F. **Manual da Univates para trabalhos acadêmicos: planejamento, elaboração e apresentação**. 3. ed. Lajeado: Univates, 2015. E-book. Disponível em: <www.univates.br/biblioteca> Acesso em 09 mar. 2017.

COELHO, Edméia de A. C. LUCENA, Maria de F. G. de; SILVA, Ana T. de m. O planejamento familiar no Brasil no contexto das políticas públicas de saúde: determinantes históricos. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 37-44, mar. 2000. **USP**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/reeusp/article/view/41133>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **Parecer nº 09/08**. 2008. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2008/9_2008.htm>. Acesso em: 16 mai. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. Resolução nº 1.480, de 08 de agosto de 1997. Dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica e revoga a Resolução CFM nº 1.346/1991. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1997/1480>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO – CREMESP. Consulta nº 60.174/98. 1999. **Portal Médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/crmesp/pareceres/1998/60174_1998.htm>. Acesso em: 10 mai. 2017.

COSTA, Ana M. Planejamento Familiar no Brasil. **Revista Bioética**. Brasília, v. 4, n. 2, 1996. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewArticle/416>. Acesso em: 31 mar. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais. **Brasil Jurídico**, Bahia, 25 jan. 2015. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dosdireitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>>. Acesso em 02 mai. 2017.

D'INCAO, Maria A. Mulher e família burguesa. In: DEL PRIORE, Mary (Coord.). **Histórias das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001.

DALLARI, Dalmo de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados, Seção 1. 21 de março de 1991. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22 MAR1991.pdf#page=21](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22%20MAR1991.pdf#page=21)>. Acesso em: 15 mai. 2017.

DIREITO CONSUETUDINÁRIO ou costumeiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 02 out. 2008. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=enciclopedia_de_talhes&id=8403>. Acesso em: 17 mai. 2017.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no Direito**. Curso família do século XXI – aspectos jurídicos e psicanalíticos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. E-book. Disponível em:

<<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiadoseculoXXI.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

FAMÍLIA BRASILEIRA: do patriarcalismo colonial ao crescente poder feminino na contemporaneidade. **PUC-Rio**, Rio de Janeiro. [20--]. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12054/12054_3.PDF>. Acesso em: 23 mar. 2017.

FAMÍLIA contemporânea. **PUC-Rio**, Rio de Janeiro. [200 -?]. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16785/16785_3.PDF>. Acesso em: 18 mar. 2017.

FARIA, Sheila de C. **A colônia em movimento**. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Abrangendo o Código de 1916 e o Novo Código Civil: Volume I: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, José J. **Direito Civil: introdução e parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NÚMERO DE CASAMENTOS CAI PELA PRIMEIRA VEZ DESDE 2002: 2,3%. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. 2010. **IBGE**. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=1&idnoticia=1753&busca=1&t=numero-casamentos-cai-pela-primeira-vez-desde-2002-2-3>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

JORGE, Eduardo. **Biografia**. [2014]. Disponível em: <<http://www.eduardojorgepv.com.br/biografia/>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

KUNRATH, Yasmine C. Os direitos da personalidade enquanto direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 151, ago. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17637&revista_caderno=7>. Acesso em: 27 abr. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADEIRA, Cristina. A maldade na violência psicológica e os seus reflexos na saúde. **Revista Progredir**, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.revistaprogridir.com/blog-artigos-revista-progredir/a-maldade-na-violencia-psicologica-e-os-seus-reflexos-na-sade>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

MALUF, Adriana C. do R. F. D. Novas modalidades de família na pós-modernidade. São Paulo: Atlas, 2010. Faculdade de Direito. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. **USP**. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522472895/cfi/4!/4/4@0.00:19.1>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

MEIRA, Mara C. R.; CENTA, Maria de L. A evolução da família e suas implicações na educação dos filhos. **Revista Família, Saúde e Desenvolvimento**. Curitiba, Paraná, v. 5, n. 3, p. 215-222, 2003. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/refased/article/view/8085/5704>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 10647130082793002, da 2ª Câmara Cível. Apelantes: Vanessa Aparecida Mosqueti. Apelado: Município São Sebastião Paraíso, MG. Relator: Marcelo Rodrigues. Belo Horizonte, 29 jun. 2015. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/203362883/apelacaocivel-ac-10647130082793002-mg/inteiro-teor-203362947>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. 2007. 180 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7752/1/Ricardo%20Nakahira.pdf>>. Acesso em 28 abr. 2017.

NASCIMENTO, Fátima R. M. do. **Adiamento do projeto parental: um estudo psicológico com casais que enfrentam a infertilidade**. Dissertação (mestrado), Campinas: PUC-Campinas, 2008. Disponível em: <<http://tede.bibliotecadigital.puccampinas.edu.br:8080/jspui/bitstream/tede/225/1/Fatima%20Regina%20Mibach%20Nascimento.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

NOGUEIRA, Mariana B. A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância. **Observatório do Governo Eletrônico**, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da C. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. **LEXML**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:1999;000564180>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

PEREIRA, Viviane A. Ter ou não ter filhos: desejo ou destino? Família, subjetividade feminina e maternidade. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Psicologia, 2016. **PUCRJ**. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27174/27174.PDF>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

PUGLIESI, Renan C. M. Efetivação dos Direitos Fundamentais e o Ativismo Judicial. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO, 1, 2011, Paraná. **Anais eletrônicos...** Paraná: UENP, 2011. Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/40.pdf>>. Acesso em: 02 maio de 2017.

RAMOS, Bárbara G; SANTOS, Renato P. de O. **Alteração da Lei nº 8.080**: Ameaça ao Sistema Único de Saúde. Centro de Educação e Assessoramento Popular, Passo Fundo, 2015. Disponível em: <<http://www.ceaprs.org.br/alteracao-da-lei-n-8080-ameaca-ao-sistema-unico-de-saude/>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

RESOLUÇÃO sobre casamento civil entre pessoas do mesmo sexo é aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2013. **STF**. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=238515>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SAMPAIO, Ângela O; VENTURINI, Renata L. B. Uma breve reflexão sobre a família na Roma Antiga. Jornada de Estudos Antigos e Medievais. Maringá. **PPE**. 2007. Disponível em: <<http://www.ppe.uem.br/jeam/anais/2007/trabalhos/030.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2017.

SANTOS, Fernanda B. dos; MARQUES, Leonardo A. M.; DUARTE, Hugo G. Direitos Fundamentais: a busca por sua efetivação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=10201&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 28 abr. 2017.

SANTOS, Júlio C. dos; FREITAS, Patrícia M. de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. Ciência e saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, p. 1813-1820, mar. 2011. **SCIELO**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000300017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 31 mar. 2017.

SCOTT, Parry. **Famílias brasileiras: poderes, desigualdades e solidariedades**. Série Família e Gênero, 14, Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011. E-book. Disponível em: <https://www.ufpe.br/fagesufpe/images/documentos/Livros_Fages/familias%20brasileiras%20poderes%20desigualdades%20e%20solidariedades.pdf>. Acesso em 27 mar. 2017.

SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. Manual de Neonatologia. São Paulo, 2015. **Saúde SP**. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/homepage/programa-de-fortalecimento-da-gestao-da-saude-no-estado-de-saopaulo/consultas-publicas/manual_de_neonatologia.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2017.

SENA, Márcia T. C. Novas formas de família. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 149, jun. 2016. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17267&revista_caderno=14>. Acesso em: 30 mar. 2017.

SENADO FEDERAL. Atividade Legislativa. **Lei do Planejamento Familiar Brasileiro**. 1994. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/22235>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

SILVA, Célio E. da. História e Desenvolvimento do conceito de família. 2005. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 31 de maio de 2005. **PUCSP**. Disponível em: <<https://www.misp.pucsp.br/bitstream/handle/8393/1/Celio%20PDF.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

SILVA, Heres P. Os direitos da personalidade sob a ótica dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13212>. Acesso em 27 abr. 2017.

SIQUEIRA, Alessandro M. de. O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2664, 17 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17628/o-conceito-defamilia-ao-longo-da-historia-e-a-obrigacao-alimentar>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

SOUZA, Hugo L. de; CASSAB, Latif A. Feridas que não se curam: A violência psicológica cometida à mulher pelo companheiro. Simpósio sobre estudos de gênero e políticas públicas, 1, 2010. Universidade Estadual de Londrina, 2010. **UEL**. Disponível em: <<http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/5.HugoLeonardo.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

STRECK, Lênio L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TENO, Bruna D. C. N.; SALLES, Maria do R. R. Casamento e família no Brasil: breve panorama. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales. **Eumed**. Málaga, 2011. Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/11/ntrs.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

TERUYA, Marisa T. A família na historiografia brasileira: Bases e Perspectivas teóricas. Encontro Nacional de Estudos Populacionais. **Abep**. 2014. Disponível em: <<http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/download/1041/1006>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

TIRADENTES, Adrielly Francine Rocha. Ativismo judicial – garantindo direitos fundamentais. Releitura do princípio da tripartição dos poderes. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 127, ago 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15068>. Acesso em: 02 mai. 2017.

TURKENICZ, Abraham. **Organizações familiares: Contextualização Histórica da Família Ocidental**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ZANELLO, Valeska; PORTO, Madge (Orgs.). Aborto e (não) desejo de maternidade(s): questões para a psicologia. **Conselho Federal de Psicologia**. Brasília: 2016. Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2016/11/CFP_Livro_Aborto-2.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2017.

ZANINI, Leonardo E. de A. **Direitos da personalidade**: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.