

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado Acadêmico em Direito

BEATRIZ ANDRADE GONTIJO DA CUNHA

O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO NO PROCEDIMENTO DE LAQUEADURA COMO
EXPRESSÃO DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E
AUTONOMIA PRIVADA

UBERLÂNDIA
2022

BEATRIZ ANDRADE GONTIJO DA CUNHA

O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO NO PROCEDIMENTO DE LAQUEADURA COMO
EXPRESSÃO DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E
AUTONOMIA PRIVADA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito para obtenção do título de mestre em direito.

Área de concentração: Direitos e garantias fundamentais

Linha de Pesquisa: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais

Orientadora: Prof^a Dra. Keila Pacheco Ferreira

UBERLÂNDIA
2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

C972d
2022 Cunha, Beatriz Andrade Gontijo da, 1995-
 O direito ao próprio corpo no procedimento de laqueadura como
 expressão do livre desenvolvimento da personalidade e Autonomia
 privada [recurso eletrônico] / Beatriz Andrade Gontijo da Cunha. - 2022.

 Orientadora: Keila Pacheco Ferreira.
 Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
 Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Modo de acesso: Internet.
 Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2023.7025>
 Inclui bibliografia.

 1. Direito. I. Ferreira, Keila Pacheco, 1975-, (Orient.). II.
 Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em
 Direito. III. Título.

CDU: 340

Glória Aparecida
Bibliotecária Documentalista - CRB-6/2047



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

| | | | | | |
|------------------------------------|---|-----------------|-------|-----------------------|-------|
| Programa de Pós-Graduação em: | Direito | | | | |
| Defesa de: | Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 175, PPGDI | | | | |
| Data: | Trinta e um de outubro de dois mil e vinte e dois | Hora de início: | 10:00 | Hora de encerramento: | 12:00 |
| Matrícula do Discente: | 12012DIR006 | | | | |
| Nome do Discente: | Beatriz Andrade Gontijo da Cunha | | | | |
| Título do Trabalho: | O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO NO PROCEDIMENTO DE LAQUEADURA COMO EXPRESSÃO DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E AUTONOMIA PRIVADA | | | | |
| Área de concentração: | Direitos e Garantias Fundamentais | | | | |
| Linha de pesquisa: | Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais | | | | |
| Projeto de Pesquisa de vinculação: | Direitos e Deveres na Sociedade de Risco | | | | |

Reuniu-se no Auditório ESAJUP, Bloco 5V, Campus Santa Mônica, da Universidade Federal de Uberlândia, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professoras/es Doutoras/es: Bruno Marques Ribeiro - UEMG/Ituiutaba; Fernando Rodrigues Martins - UFU; e Keila Pacheco Ferreira - UFU - orientadora da candidata.

Iniciando os trabalhos a presidenta da mesa, Dra. Keila Pacheco Ferreira, apresentou a Comissão Examinadora e a candidata, agradeceu a presença do público, e concedeu à Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação da Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir a senhora presidenta concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos examinadores, que passaram a arguir a candidata. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando a candidata:

Aprovada.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pela discente.



Documento assinado eletronicamente por **Fernando Rodrigues Martins, Professor(a) do Magistério Superior**, em 02/12/2022, às 14:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Keila Pacheco Ferreira, Presidente**, em 10/12/2022, às 22:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Bruno Marques Ribeiro, Usuário Externo**, em 12/12/2022, às 10:30, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Beatriz Andrade Gontijo da Cunha, Usuário Externo**, em 12/12/2022, às 17:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4045677** e o código CRC **26AEEE31**.

Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a
liberdade que oprime e a lei que liberta – Henri Lacordaire

Ao meu paizinho, com amor. Nas palavras de Nelson Gonçalves, “nos seus olhos eram tanto brilho que mais que sua filha, eu me tornei sua fã”. Te amo

AGRADECIMENTOS

Nesses dois anos e meio de mestrado várias pessoas passaram por mim, e cada uma me tocou de um jeito tão especial que foram essenciais para que eu continuasse minha caminhada. O ano de 2021 foi o ano mais triste da minha vida, foi o ano que perdi meu paizinho, eu sequer havia tido tempo de me qualificar no mestrado, por isso, por diversas vezes, achei que não fosse conseguir finalizar esse trabalho, mas essas pessoas me deram força e não me deixaram desistir.

Primeiramente, gostaria de agradecer a minha mãe, Ana Lupe, por sempre ter se dedicado tanto a sua família, com a senhora aprendi o valor do esforço e do trabalho duro, as consequências da dedicação e o poder de nunca desistir. Obrigada por me mostrar que o impossível é só um ponto de vista. Te amo.

Em segundo lugar, gostaria de agradecer ao meu pai, Celso, que sempre foi o meu maior fã e incentivador. Obrigada por acreditar mais em mim do que eu mesma, olhe sempre por mim de onde estiver.

Gostaria também de agradecer aos meus irmãos, Vitor e Henrique, que compartilham das minhas vitórias com a mesma alegria e emoção que dedicariam as suas próprias. Fico muito feliz por Deus ter me dado irmãos que também são meus melhores amigos.

Também gostaria de dedicar um agradecimento especial a minha prima Larissa Andrade, meus tios Simone Andrade e Domingos Andrade, e meus amigos Jasmine Freitas e Lucas Fideles, que, ao lado do meu irmão Vitor, abriram as portas de sua casa para nos abrigar no momento mais difícil da minha vida.

Um agradecimento muito especial a meu tio Eduardo Cunha e minha tia Ana Paula Cunha, cujo apoio nesses últimos meses foi essencial para que eu pudesse ter a oportunidade de dar eu adeus com dignidade e ficar em paz para continuar trilhando minha caminhada.

Também gostaria de dedicar um agradecimento aos meus tios Décio Júnior e Roberta Andrade que, desde que eu era pequena, sempre se fizeram presentes e vibrando junto em todas as nossas conquistas.

Não poderia deixar de fazer um agradecimento nominal a minhas amigas, Isadora Mape, Ruth Domingues, Nayne Assis, Júlia Gomes, Thais Caixeta e Celina Silveira que deixaram meus dias mais leves e alegres.

Por fim, mas não menos importante, gostaria de um agradecimento muito especial a minha orientadora, professora Dra Keila Pacheco, e ao professor do programa do mestrado, Dr Luiz Carlos Goiabeira, pois foram extremamente essenciais ao meu trilhar acadêmico. Que um dia eu possa fazer pelos meus alunos, o que vocês fazem pelos seus. Vocês me inspiram.

RESUMO

Essa dissertação tem como problema central o artigo 10º da Lei 9.263/96, que estabelece as premissas legais para a realização dos procedimentos de esterilização voluntário. Esse dispositivo sofreu mudanças significativas com o advento da lei 14.443/2022, que flexibilizou esses requisitos. Não obstante, não é possível analisar essas modificações legais sem antes identificar os pilares aos quais a legislação está fundada, quais sejam: os fatores pregressos, principalmente a época em que a lei foi aprovada, a teoria filosófica ao qual esses fatos se apoiam e as normas, valores e princípios representados pelo ordenamento jurídico pátrio e externo; Dessa forma, o trabalho foi dividido em três partes: na primeira parte foi realizado um levantamento dos contextos históricos e teorias filosóficas que se encontram no pano de fundo do dispositivo. Na segunda parte, buscou-se apresentar as bases jurídicas, nacionais e internacionais, aos quais os direitos reprodutivos encontram respaldo. Por fim, na terceira parte, realizou-se uma análise exegética de dois pontos do artigo 10º: § 5º e o inciso I e II; Para que esse trabalho fosse possível, foi utilizado o método dialético, com auxílio do método monográfico. Ao final, concluiu-se que as modificações trazidas pela lei 14.443/2022 trouxeram grandes avanços, especialmente aos direitos reprodutivos das mulheres, já que eliminou a necessidade de autorização conjugal para realização do procedimento, autorizando a realização do procedimento logo após o parto. Apesar disso, percebe-se que, embora tenha havido uma flexibilização considerável em relação a idade mínima para realizar o procedimento, que decaiu de vinte e quatro anos para vinte e um anos, observa-se ainda a presença de um perfeccionismo estatal, já que não foi trazida a baila nenhuma teoria científica razoável que demonstrasse a necessidade de impor idade superior a maioria civil de dezoito anos.

Palavras-chave: direitos reprodutivos; Lei 9.263/96; esterilização

ABSTRACT

This dissertation has as its central problem the article 10 of Law 9.263/96, which establishes the legal premises for carrying out voluntary sterilization procedures. This device underwent changes with the advent of law 14.443/2022, which made these requirements more flexible. However, it is not possible to analyze these legal changes without first identifying the pillars on which the legislation is based, namely: the predecessor factors, mainly the time when the law was approved, the philosophical theory on which these facts are based and the norms, values and principles represented by the national and foreign legal order; In this way, the work was divided into three parts: in the first part, a survey was carried out of the historical contexts and philosophical theories that are in the background of the device. In the second part, we seek to present the legal bases, national and international, to which reproductive rights are supported. Finally, in the third part, an exegetical analysis of two points of article 10 was carried out: § 5 and items I and II; For this work to be possible, the dialectical method was used, with the aid of the monographic method. In the end, it was concluded that the changes brought about by Law 14,443/2022 brought great advances, especially to women's reproductive rights, since it eliminated the need for marital authorization to perform the procedure, authorizing the procedure to be performed soon after childbirth. Despite this, it is clear that, although there has been considerable flexibility in relation to the minimum age to perform the procedure, which has dropped from twenty-four to twenty-one years, the presence of declared perfectionism is still observed, since no reasonable scientific theory has been put forward that demonstrates the need for an age greater than eighteen years of civil majority

Keywords: reproductive rights; Law 9.263/96; sterilization

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 4 |
| 2. RECORTE FILOSÓFICO: PODER E LIBERDADE NA QUESTÃO DE GÊNERO. .4 | 4 |
| 2.1 Indivíduo: poder e a liberdade individual sobre o próprio corpo..... | 11 |
| 2.2 Sociedade: poder e controle de natalidade..... | 16 |
| 2.3 Família: poder e instituições familiares..... | 24 |
| 3. FUNDAMENTO JURÍDICO: A REPRODUÇÃO SOBRE A ÓTICA DO DIREITO. 36 | 36 |
| 3.1 Direitos humanos: perspectiva internacional sobre os direitos reprodutivos..... | 38 |
| 3.2 Direito fundamental: dignidade humana, o livre desenvolvimento da personalidade..... | 48 |
| 3.3 Direitos da personalidade: autonomia privada como reflexo da dignidade e o direitos das futuras gerações..... | 64 |
| 4. PLANEJAMENTO FAMILIAR E ESTERILIZAÇÃO..... | 78 |
| 4.1 Autonomia existencial: casamento como comunhão de vida e a necessidade da autorização conjugal na decisão de não ter filhos..... | 83 |
| 4.2 Do paternalismo ao perfeccionismo: idade mínima para decisão sobre a laqueadura..... | 91 |
| 5. CONCLUSÃO..... | 106 |
| REFERÊNCIAS..... | 106 |

1. INTRODUÇÃO

A Lei 9.263/96 regulamenta o § 7º da art. 226 da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o conceito estatal de Planejamento Familiar e implementa diretrizes que devem ser observadas tanto pela família quanto pelo próprio Poder Executivo enquanto gestor do Sistema Único de Saúde. O artigo 10º do diploma legal estabelece requisitos a serem preenchidos pelos indivíduos que queiram se submeter ao procedimento de esterilização voluntária, método contraceptivo definitivo.

A redação original do artigo contava com a estipulação do § 5º do artigo 10º da lei, uma das mais polêmicas previsões da legislação, que condicionava a laqueadura e a vasectomia (métodos de esterilização) à autorização do cônjuge. O principal problema envolvendo essa normativa é a legitimidade de se condicionar a realização de um procedimento individual à autorização de um terceiro, em oposição ao direito ao próprio corpo. Atrelado a isso, o dispositivo também poderia dificultar o exercício do desenvolvimento individual da personalidade, corolário da dignidade da pessoa humana, uma vez que a decisão sobre ter filhos possui caráter existencial e está diretamente ligada às visões de mundo que essa pessoa tem e quais os caminhos que deseja empenhar ao longo de sua vida.

Em 2014, por considerar que tais dispositivos da lei estavam em desacordo com os princípios do Estado Democrático de Direito, em especial os relativos a autonomia privada, a Anadep ingressou com a ADI 5.097, questionando a inconstitucionalidade do referido §5º. Para o órgão, ao condicionar a realização da cirurgia de esterilização voluntária a concordância de um terceiro, o sistema jurídico anuiria com um ato que atentaria contra a autonomia corporal e ao livre planejamento reprodutivo. Em 2018, foi proposta a ADI 5911, abordando a mesma temática.

Por sua vez, a redação original do inciso I e II do art. 10º trazia a necessidade de o sujeito ter a idade mínima de vinte e cinco anos ou no mínimo dois filhos para realizar o procedimento, também trazendo a proibição de que o procedimento fosse realizado em mulheres logo após o parto. Os requisitos trazidos no artigo visavam diminuir os casos em que a esterilização voluntária era tida como opção pelos casais, tendo em vista que restringiam as situações em que era permitido sua realização.

Tais medidas, tomadas pelo governo com o intuito de proteger as pessoas de ações, muitas vezes tomadas irrefletidamente, mas cujas consequências atingem apenas a esfera pri-

vada dos titulares do direito, são classificadas como sendo ações paternalistas. Por vezes o paternalismo é necessário para que o governo auxilie seus cidadãos a tomarem decisões mais conscientes, e não se deixarem levar apenas por influências externas, como o de grandes corporações. Não obstante, por vezes, o Estado também pode ser infiltrado por sentimentos pessoais daqueles que ocupam os cargos políticos, impondo medidas de caráter perfeccionista, cujo interesse é unicamente o de impor conceitos morais individuais, em sua maioria de raízes religiosas, a toda coletividade.

Em 2022, foi aprovado a lei 14.443/2022 que trouxe mudanças significativas ao artigo 10º da lei de Planejamento Familiar, mudando os rumos do direito reprodutivo no Brasil. Por ser uma lei muito atual, as suas consequências ainda são muito incertas, fazendo-se necessário a análise exegética dos dispositivos, antes e depois da modificação, de modo a avaliar se as alterações foram positivas e se há coadunação com os novos valores adotados pelo direito de família, principalmente depois da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Apesar de a Constituição Federal contar com diversas previsões reflexas aos direitos reprodutivos, ela não trouxe no seu corpo a previsão expressa de um direito geral à reprodução, deixando a cargo dos tratados internacionais de direitos humanos às principais normativas a respeito do tema. Com isso, embora a temática tenha muita relevância para o direito brasileiro, é necessário um grande esforço interpretativo para que as normas de direito reprodutivo sejam extraídas das várias disposições espaciais existentes no direito internacional e nacional, sendo essencial o auxílio da doutrina e da jurisprudência a respeito.

Para que isso fosse possível, essa pesquisa utilizou-se do método dialético. A dialética é um movimento pelo qual perpassa todas as normas sociais antes de integrarem o sistema jurídico, pois o processo democrático presume discussões e debates até a formalização da norma. Não obstante, a partir do momento em que o regramento é formulado, a dialética adquire ainda mais relevância, é ela que irá pôr em dúvidas todos os dogmas levantados pela lei e tentar refutar todas as verdades aparentes trazidas pela norma. Para que esse movimento aconteça é essencial que todas as teses disponíveis a respeito sejam levantadas, ainda que contraditórias, pois apenas fundamentada em uma base sólida, que observa o objeto de estudo sobre todas as perspectivas, é que se permitirá uma conclusão igualmente sólida, com todas as lacunas devidamente preenchidas.

Ao auxílio do método dialético, também foi utilizado o método monográfico. Apesar dessa pesquisa trazer muitos casos concretos, principalmente trazidos de julgados da Suprema

Corte Norte-americana, com o intuito de clarificar e exemplificar as teorias basilares adotadas, não houve o objetivo específico de conceder uma resposta definitiva a esses casos. Outrossim, pretendeu-se observar esses fatos da forma como ocorreram e, conjuntamente com as principais teorias recolhidas sobre a temática, estabelecer generalizações que auxiliassem na resposta do problema central desse trabalho.

Assim, essa dissertação foi dividida em três partes. A primeira parte, denominada “recortes filosóficos”, traz as principais questões históricas e filosóficas que servem de plano de fundo à teoria desenvolvida. Por considerar que a maioria dessas teorias convergem em torno das várias facetas que o poder e a liberdade adquirem ao longo das discussões envolvendo gênero, esse capítulo foi organizado de acordo com os reflexos que essa oposição reverbera nas três diferentes esferas: individual, social e a familiar.

A segunda parte desse trabalho foi denominada “fundamento jurídico” e pretendeu estabelecer uma base jurídica ao direito reprodutivo e aos demais direitos a ele conexos. Para isso, primeiro buscou-se fundamentar sua previsão dentro da esfera internacional, para depois adentrar nos direitos fundamentais, e, por fim, nos direitos da personalidade. Nesse último, também buscou-se traçar a dialética envolvendo a autonomia procriativa e os direitos das gerações futuras.

A terceira e última parte desse trabalho, denominada “planejamento familiar e esterilização”, visou analisar as consequências trazidas pela redação original e pela alteração do artigo 10º da lei de planejamento familiar. Ela foi dividida em dois subcapítulos: o primeiro buscou apreciar § 5º do artigo 10 do referido diploma legal, perpassando pelas ADI 5097 e 5911; já o segundo subcapítulo analisou os incisos I e II do mesmo artigo, antes e depois da alteração legislativa, adentrando nas teorias do paternalismo e do perfeccionismo enquanto medidas de proteção estatal aos sujeitos considerados vulneráveis.

2. RECORTE FILOSÓFICO: PODER E LIBERDADE NA QUESTÃO DE GÊNERO

O poder sempre intrigou o Ser Humano ao longo dos séculos, sendo fonte de ordem e caos na história da humanidade. De acordo com Stuart Mill¹, durante os primórdios das sociedades, a lei do mais forte legitimava o uso da força na conquista pelo poder sobre o outro, entretanto, com o avanço das civilizações, este estado primitivo foi gradualmente se assentando em leis, justificados como sendo costume e tradições. Dessa forma, várias instituições jurídicas deixaram de ser aferidas com base em considerações de justiça e conveniência social, para se apoiarem em tradições sociais. Por meio dessa lógica, ao longo dos anos foram justificadas a existência de escravidões e opressões sociais de diversos aspectos².

Se as pessoas, na maioria das vezes, não estão cientes de que, durante a maior parte da existência da nossa espécie, lei do poder foi regra declarada de conduta em geral e que qualquer outra lei era somente uma consequência especial ou excepcional de laços peculiares [...] tão pouco elas lembram ou levam em consideração o fato de as instituições e os costumes, que nunca foram baseados em outra coisa a não ser na lei do poder, durarem por séculos e dominarem os estados de opinião geral³.

De acordo com a Foucault, a soberania estaria diretamente atrelada às concepções de poder sobre a vida e morte. Dessa forma, ao governante era garantido o direito de eleger quais

1 Devido ao fato de os principais trabalhos de Stuart Mill estar muito associado a ideia de liberdade econômica e ao utilitarismo, muitos escritores repreenderam o conceito de liberdade trazido pelo autor em textos como “Sobre a Liberdade” e “A Sujeição das Mulheres”. Gertrude Himmelfarb argumenta que Stuart Mill modificou radicalmente o conceito de liberdade até então defendido por ele após sua associação Harriet Taylor, sua esposa e grande expoente do feminismo, acusando-o de adotar posturas contraditórias. Não obstante, Dworkin defende a ausência de incongruências nas obras de Stuart Mill, mas somente confusões em relação a dois diferentes conceitos de liberdade. Para Dworkin, a ideia de liberdade se subdivide entre “Liberdade como Licença”, ou seja, o grau de liberdade que alguém possui para fazer o que tem vontade, e “Liberdade como Independência”, ou seja, o *status* de alguém como livre e igual perante os seus semelhantes. Dessa forma, a liberdade como licença é compreendida como um conceito indiscriminado, pois não diferencia formas de comportamento: toda lei prescritiva diminui, em algum grau, a liberdade de seus cidadãos, ainda que seja em nome do bem geral. Já a liberdade como independência é entendida como adicional à igualdade, uma vez que, para Stuart Mill, a independência de um indivíduo é ameaçada não só quando seu direito de fato é negado, mas também quando não lhe é concedido igualdade de tratamento. Essa segunda concepção foi adotada no livro “Sobre a Liberdade” e utilizada pelo autor como base do liberalismo em algumas de suas obras. O que não o impediu de também abordar sobre a liberdade como licença em outras obras. Além do mais, para Dworkin, embora Stuart Mill defendesse o princípio do utilitarismo, ele não defendia o seu uso generalizado, mas apenas em situações específicas em que o governo precisasse proibir um ato por ser perigoso ao próprio titular do direito, como dirigir uma motocicleta sem o uso de capacete, ou quando a ação é ofensiva aos padrões morais de determinada comunidade, não defendendo que o princípio pudesse ser utilizado para que o governo moldasse a personalidade de seus cidadãos, defeso ao Estado – DWORKIN, Ronald. 11. Liberdade e liberalismo. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2020

2 STUART MILL. John. **A Sujeição das Mulheres**. São Paulo. Lafonte. 2019.

3 STUART MILL. John. **A Sujeição das Mulheres**. São Paulo. Lafonte. 2019. p. 18

dos seus súditos morreriam e quais poderiam continuar vivendo⁴. Essa perspectiva foi paulatinamente sendo modificada após o século XIX, passando a ser compreendida como o poder de preservar a vida, no qual o Estado passou a ser o responsável por todas as questões as quais a vida humana esteja envolvida: seja por meio de criação de sistemas de saúde e saneamento até a providência de medidas para controlar o sepultamento dos corpos.

Foucault⁵ denomina o poder que o Estado exerce sobre a vida de seus cidadãos como *biopoder*. Por meio do biopoder, é possível ao Estado submeter sobre sua ordem, de maneira racionalizada, todos os campos vitais da existência humana, controlando os processos de multiplicação, criação, demarcação ou até extinção da vida⁶. De acordo com Foucault, para que seja possível o exercício do biopoder, o Estado se utiliza de duas tecnologias: a regulamentação e a disciplina. A regulamentação se preocupa com o homem enquanto um ser social, cujas ações possam interferir na ordem social, devendo se submeter a lei. Já a disciplina é focada no homem enquanto indivíduo por si só, e busca a vigilância, doutrinação e punição desses corpos.

Nesse sentido, fenômenos sociais ligados a vida, como mortalidade, natalidade, reprodução, são capazes de interferir diretamente na política e economia da sociedade, e, por isso, são considerados de interesse social. Para que possa exercer seu biopoder sobre esses fenômenos, os Estados desenvolvem medidas específicas denominadas *biopolítica*⁷. De acordo com Rose e Rabinow⁸, a biopolítica se refere a “todas as estratégias específicas e contestações sobre as problematizações da vitalidade humana coletiva, morbidade e mortalidade, sobre as formas de conhecimento, regimes de autoridade e práticas de intervenção que são desejáveis, legítimas e eficazes”.

O interesse público presente na regulamentação dessas medidas é notório, isso faz com que o exercício do biopoder por uma instituição capaz de impor suas leis àqueles que estão sobre sua tutela se faça inevitável. Dessa forma, o biopoder não está necessariamente ligado a ações autoritárias e brutais sobre seus subordinados, não está relacionado a ameaças contra a

4 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Maria Ermantina Galvão p. 286-287

5 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Maria Ermantina Galvão p. 313

6 RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. O conceito de biopoder hoje. *Política & trabalho*, v. 24, p. 27-57, 2006. p. 28

7 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Maria Ermantina Galvão p. 289-291

8 RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. O conceito de biopoder hoje. *Política & trabalho*, v. 24, p. 27-57, 2006. p. 28

vida ou a liberdade dos súditos⁹. Além do mais, o Estado não é o único organismo detentor do biopoder, que também pode ser exercício por meio da influência política e econômica do mercado e empresas privadas¹⁰.

Baseado nas formas clássicas de dominação conjugal, Stuart Mill condenava a ausência de igualdade de gênero dentro do casamento. Para ele, as mulheres eram educadas e criadas para se tornarem esposas, porém perdiam toda a sua identidade e liberdade para se dedicar incondicionalmente ao seu marido, que se tornava seu senhor, independente do modo como elas fossem tratadas por ele. As leis inglesas de seu tempo colocavam as mulheres em situações inferiores à escravidão, pois a sua servidão envolvia todos os aspectos de sua vida, inclusive a vida sexual, sem que pudesse recusar seus maridos. A ausência de leis que autorizavam o divórcio tornava a servidão feminina vitalícia, e impediam-na de qualquer perspectiva de mudança futura.

Stuart Mill descreve que a posição socialmente assumida pelas mulheres foi consagrada como tradicionais e justificadas por diferenças supostamente naturais entre os dois sexos. Entretanto, o autor pontua que o que a sociedade atribui como pertencente a natureza feminina, de fato, é um produto artificial produto de repressões traçadas por relações de poder. A simples presunção de que determinados papéis são naturalmente atribuídos a um dos sexos

Diniz, Costa e Gumieri¹¹ descrevem que o patriarcado constitui uma forma de poder e é exercida por diversos regimes de governo. Como medidas de força, esse poder faz uso da subalternização, do castigo e da vigilância para controlar o feminino. Além do mais, os valores cultivados pelo sistema patriarcal penetra no complexo estrutural da sociedade e atinge o alto escalão governamental. Sendo o Estado detentor do biopoder e sendo preenchido apenas por sujeitos do sexo masculino, ao Estado cabe o poder sobre a vida e o corpo feminino. Nesse contexto:

Y no existe poder soberano que sea solamente físico. Sin la subordinación psicológica y moral del otro lo único que existe es poder de muerte, y el poder de muerte, por sí solo, no es soberanía. La soberanía completa es, en su fase más extrema, la de “hacer vivir o dejar morir”.⁹ Sin dominio de la vida en cuanto vida, la dominación no puede completarse¹².

9 RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. O conceito de biopoder hoje. *Política & trabalho*, v. 24, p. 27-57, 2006. p. 28

10 RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. O conceito de biopoder hoje. *Política & trabalho*, v. 24, p. 27-57, 2006. p. 50

11 DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 114, p. 225-239, 2015.

Segundo Paglia, muitas feministas utilizam da alegada injustiça do patriarcado como escusas para tratar as mulheres com excessos de vitimização, banalizando problemas graves – como o estupro ou agressões domésticas – por meio de generalizações esdrúxulas, que culpam os homens por todos os acontecimentos sociais e retiram qualquer tipo de responsabilidade pessoal feminina pelas próprias escolhas. Desse modo, para ela, o excesso de leis protetivas, que tentam de alguma forma garantir alguma compensação histórica às mulheres, atuam como proteções infantilizadoras, incapazes de emancipá-las e igualá-las ao universo masculino. Assim, Paglia defende que, em vez de exigir proteções especiais, as mulheres deveriam abandonar a ideia de empatia, ao qual foram todas criadas, e alimentar um espírito competitivo de busca pelo poder e liderança, ingressando no mercado dispostas a enfrentar as mesmas condições a que são oferecidas aos homens¹³.

Entretanto, ao concluir toda a problemática de gênero apenas como uma mudança de postura feminina frente a civilização patriarcal, Paglia ignora todas as questões envolvidas nos complexos de poder. Nesse sentido, Stuart Mill descreve que o patriarcado possui especial agravante, pois, diferentemente de outras formas de subjugação, a regra de poder entre homens e mulheres é voluntariamente aceita pelas mulheres, que dificilmente enxergam o processo a qual estão submetidas. Isso ocorre, pois, mais do que o uso da força bruta, “eles colocam em prática tudo o que for possível para escravizar suas mentes”¹⁴, criando-as e educando-as para acreditarem nessas diferenças “*naturais*”, e as fazendo acreditar que não possuem autocontrole, vontade própria, capacidade e precisam abdicar-se de si mesmas e se dedicar ao seu senhor, para que possam continuar vivendo¹⁵.

De forma bem simplificada, Butler¹⁶ descreve que, no âmbito da psicanálise, o poder age sobre o sujeito de duas formas: torna o sujeito possível, pois apenas por meio da sujeição o outro se percebe como alguém que existe; e segundo, quando ele é retomado pelo sujeito e passa a ser reiterado por meio de suas ações. Dessa forma, percebe-se que em um governo patriarcal, o sujeito subjogado – as mulheres – acabam por aceitar a ideia que lhes são impostas, pois é a única forma conhecida de ser mulher. Sua sujeição é a única forma que elas se percebem como serem existentes aos olhos dos outros, e a aceitação social da sua existência é importante para que elas possam se reafirmar como um sujeito.

12 SEGATO, Rita Laura, **La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**, Buenos Aires, Tinta Limón, 2013.p. 22

13 PAGLIA, Camille. *Vampes & Vadias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora. 1994

14 STUART MILL. John. **A Sujeição das Mulheres**. São Paulo. Lafonte. 2019. p. 25

15 STUART MILL. John. **A Sujeição das Mulheres**. São Paulo. Lafonte. 2019.

16 BUTLER. Judith. *A vida psíquica do Poder*. São Paulo. Autêntica. 2020

Dessa forma, o poder age sobre o sujeito tanto externamente, antes da sua própria existência, a partir do qual ele é formado, e, ao mesmo tempo, dentro do sujeito, e concomitante a sua existência, como um efeito desejado por ele, que anseia em existir. Por óbvio a teoria de Butler sobre o sujeito é muito mais complexa e envolve várias variantes que não serão detalhadas aqui, por não ser o foco desse estudo, entretanto, essa pequena simplificação serve ao objetivo de explicar o porque, por tantos anos, a feminilidade permaneceria adstrita as definições patriarcais do que é ser mulher, sem que fossem questionadas pelo sujeito ao qual o poder age, as mulheres. Os efeitos psicológicos do poder cria no sujeito o desejo de existência, que só é possível a partir do poder, criando, a um primeiro momento, a ideia de aceitação pacífica de uma situação de opressão e submissão, ainda que, posteriormente, essa ideia seja questionada por meio de uma resistência a opressão.

Nessa linha, Segato faz uma análise sobre como as relações de poder e o patriarcado estão interligados nos casos de crime de natureza sexual contra a mulher, a chamada “cultura do estupro”. Segundo ela, o estupro constitui “la violación como el uso y abuso del cuerpo del otro, sin que éste participe con intención o voluntad comparables”¹⁷. De acordo com ela, vários estudos apontam que o ofensor desse tipo de crime, não apresenta problemas de socialização, sendo muito comuns que ocorram também em grupos. Além do mais, esses mesmos estudos, contrariam a tese de que essas pessoas seriam acometidas por alguma espécie de psicopatia ou distúrbio psicológico, mas sim fortemente ligado a aspectos históricos, sociais e culturais¹⁸.

Paglia também refuta a ideia de cultura do estupro, contestando a própria existência do patriarcado. Para ela, o estupro – embora constitua um crime de barbaridade incontestável – está inserido dentro de uma esfera primitiva do homem, movida pela ira e inveja, inatingível por aspectos culturais. Paglia defende o útero, e a capacidade reprodutiva, concedeu as mulheres um poder, ao qual, ao lado da sensualidade natural feminina colocariam os homens em uma posição de desvantagem. Nesse sentido, o estupro seria uma expressão animalesca e primitiva de inveja e obsessão por esse poder, ao qual os homens nunca possuirão. Por advir diretamente de um extinto animal do homem, seria impensável a ideia de que uma reeducação social poderia interferir nos números de casos de estupro¹⁹.

17 SEGATO, Rita Laura. **Las Estructuras Elementales de la Violencia**: ensayos sobre géreno entre la antropología el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 2003.

18 SEGATO, Rita Laura. **Las Estructuras Elementales de la Violencia**: ensayos sobre géreno entre la antropología el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 2003.

19 PAGLIA, Camille. *Vampes & Vadias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora. 1994

Em contraposição a essa ideia, Segato argumenta que o estupro não estaria atrelado a nenhuma ideia de distúrbio psicológico, mas sim a ideia de dominação do corpo feminino e extermínio de qualquer forma de manifestação de vontade da vítima, uma vontade incessante de consumo do outro. Assim, “su resto de existencia persiste sólo como parte del proyecto del dominador”²⁰. Segato conclui que o estupro é uma das únicas formas de poder no qual o agressor é capaz de sujeitar completamente a vítima a seu poder físico e moral enquanto ainda está viva. Nas palavras da autora, “el trazo por excelencia de la soberanía no es el poder de muerte sobre el subyugado, sino su derrota psicológica y moral, y su transformación en audiencia receptora de la exhibición del poder de muerte discrecional del dominador”²¹.

Apesar de ser improvável que exista alguma comunidade em que essa forma de dominação é inexistente, estudos demonstram que peculiaridades culturais influem muito na forma e frequência em que ele ocorre. Pode se citar, por exemplo, algumas tribos indígenas do Continente Americano que utilizam do estupro como forma de disciplinar a mulher que violou as regras da comunidade e, por isso, perdeu a proteção dos homens de sua família²². Verifica-se que o caráter disciplinar do estupro ainda está muito presente nas comunidades de hoje, porém não dirigida a uma única mulher específica, sequer a vítima, mas sim dirigido a toda comunidade feminina, em forma de símbolo de resistência contra a emancipação feminina²³. Observa-se que o objetivo do agressor é passar uma mensagem censuradora e moralizadora por meio da violência, de que a mulher deve ser censurada e subjugada²⁴.

Os resultado de uma pesquisa realizada por Segato junto a um sistema carcerário em Brasília demonstrou que muitos prisioneiros sequer pareciam saber que o seus atos constituíam um crime. Segundo a autora, isso só reforça a ideia de que em uma sociedade patriarcal a apropriação do corpo feminino por meio de estruturas de força e poder, não seria considerado um crime, mas um direito²⁵.

20 SEGATO, Rita Laura, **La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**, Buenos Aires, Tinta Limón, 2013. p. 20

21 SEGATO, Rita Laura, **La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**, Buenos Aires, Tinta Limón, 2013. p. 21

22 SEGATO, Rita Laura. **Las Estructuras Elementales de la Violencia: ensayos sobre género entre la antropología el psicoanálisis y los derechos humanos**. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 2003.

23 SEGATO, Rita Laura. **Las Estructuras Elementales de la Violencia: ensayos sobre género entre la antropología el psicoanálisis y los derechos humanos**. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 2003.

24 SEGATO, Rita Laura, **La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**, Buenos Aires, Tinta Limón, 2013

25 SEGATO, Rita Laura. **Las Estructuras Elementales de la Violencia: ensayos sobre género entre la antropología el psicoanálisis y los derechos humanos**. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 2003.

Por fim, ela elencou três principais motivações apresentadas pelos prisioneiros: 1) como símbolo de resistência em favor da manutenção das formas tradicionais de poder, disciplinando e punindo mulheres genéricas que se retiram da sua posição de subordinação. 2) como forma de resposta ao desafio do poder masculino, sendo o estupro como prova de propriedade do sujeito desafiado sobre o o corpo feminino desafiante. 3) como prova de virilidade e força perante os seus pares²⁶.

O uso do exemplo do crime de estupro, como o mais grotesca forma de dominação, serve para ilustrar como as relações de poder ainda são extremamente presentes na atualidade, e como elas podem tomar formas animalescas que fogem do controle do racional. Embora Paglia tente retirar a responsabilidade do patriarcado sobre o estupro, negando a existência do próprio patriarcado, ela se contradiz ao revelar que a sociedade possui regras de convívio social incompatíveis com a forma como as mulheres são criadas para atuar. Apenas jogando sobre as mulher a responsabilidade de sair da condição de sujeição ao foi colocada desde o nascimento, desconsiderando os efeitos psicológicos dessa relação sobre esse sujeito.

Nessa linha, ainda que não seja correto vitimizar essas mulheres, ao ponto de retirar-lhes completamente a responsabilidade pela condução de sua autonomia, é necessário analisar como essa rede de poder atua nas três esferas de domínio do sujeito: o individual, o social e o familiar. Apenas após a análise sobre a condição de liberdade do sujeito frente a essas três esferas se é possível apresentar os contornos de ação que o Estado deve tomar para não intensificar, e desequilibrar, os polos poder/liberdade. Sendo o poder estatal necessário e inevitável, apesar de diretamente extraído das relações de dominação, é necessário compreender suas origens e consequências, de modo a tentar mitigar os efeitos negativos que possam refletir sobre os sujeitos aos quais se destina.

2.1 Indivíduo: poder e a liberdade individual sobre o próprio corpo

Na análise entre o poder e a liberdade individual do sujeito sobre o próprio corpo, é importante frisar que, somente a partir do reconhecimento do *status* de pessoa como sujeito dotado de individualidade, foi possível atribuir valor a pessoa humana como fim em

26 SEGATO, Rita Laura. **Las Estructuras Elementales de la Violencia**: ensayos sobre géreno entre la antropología el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 2003.

si mesmo²⁷. Na idade clássica, por exemplo, o indivíduo apenas era considerado uma imperfeição frente ao todo representado pelo cosmos. Foi somente com o Cristianismo, e a ideia do homem como imagem e semelhança de Deus, que a ideia de Ser Humano como dotado de especial dignidade começou a ser desenvolvido: o homem representava a versão finita de um Deus infinito²⁸.

Na obra de Pico de la Mirandola, um grande expoente do Humanismo Renascentista, é possível perceber a ideia de individualidade e dignidade humana ainda muito misturada com conceitos cristãos sobre criador e criatura. O autor baseava a liberdade do homem no livre arbítrio do direito canônico. Ele dizia que, de todas as criaturas, os Seres Humanos eram dotados de *especial admiração*, pois possuíam racionalidade, sendo capaz de decidir o que queiram ser, dessa forma, para alcançarem o céu deveriam se guiar pela busca do conhecimento e da verdade²⁹.

Se distanciando da ideia cristã de dignidade, a tese mais famosa a respeito do tema é atribuída a Kant, e muito defendida por diversos teóricos posteriores. De acordo com o autor, as coisas às quais são atribuído um preço, ou seja, um valor relativo, podem facilmente ser substituído por outro equivalente, e, logo, são passíveis de serem negociadas no mercado. Em geral, trata-se de coisas relacionadas as inclinações e necessidades gerais do ser humano. Entretanto, o próprio ser humano possui fim em si mesmo, ele é capaz de se auto-governar e apenas seguir as regras que estabeleceu para si mesmo, não admitindo substituição por outro equivalente, pois são insubstituíveis. Assim, Kant estabelece que eles não possuem um valor relativo, um preço, mas sim um valor íntimo, dignidade³⁰.

Assim, a dignidade é inerente ao próprio ser humano, e logo, ela não é objeto de concessão, mas sim de reconhecimento. Apesar de, aparentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana ser fruto de uma construção moderna, a dignidade do ser humano sempre existiu, e logo, não cabe a um governo criá-la ou retirá-la, mas apenas reconhecê-la, tutela-la e promovê-la³¹.

27 FERRAJOLI, Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011

28 GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e Direito da Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela. Lisboa: Almedina, 2008.

29 PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. Discurso sobre a dignidade do homem. Edições 70, LDA, 2011

30 KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 2007

31 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

A teoria kantiana dispunha que somente as ações externas dos sujeitos, ou sejam, as liberdades que repercutem sobre os demais podem ser objeto de objeção do Direito, que não tem o poder de proteger o sujeito contra ações provocadas por ele mesmo. Assim, o imperativo categórico kantiano buscava a compatibilização das liberdades externas por meio da lei universal, que não incluía a proibição do auto-prejuízo³².

Nesse mesmo sentido, Sarmiento destaca que a teoria de Stuart Mill se apoiava na ideia de que somente um dano a uma terceira pessoa, fora da esfera individual do sujeito, poderia justificar a intervenção estatal a sua liberdade. Dessa forma, seria inconcebível a sociedade e ao Estado interferir na liberdade do indivíduo de modo a forçá-lo a ser virtuoso ou para garantir sua proteção contra si mesmo³³.

O entendimento sobre as diferentes teorias da liberdade servem ao propósito de se compreender os limites que o poder estatal possui sobre o corpo individual. Embora o Estado possua o papel de regulação social, ele encontra limites na sua própria finalidade, que é a de promoção do ser humano e de sua dignidade. Dessa forma, esse poder encontra-se limitado a não agir de modo contrário a dignidade da pessoa humana, e, para isso, embora seja, em um primeiro momento, supressor de parte da liberdade individual, essa supressão não pode ser absoluta ou capaz de aniquilar as capacidades de escolha do indivíduo. Ainda que, aos olhos do direito, o poder dominante fosse capaz de proporcionar opções de vida melhores do que as eleitas pelo sujeito, em nome da dignidade, não seria possibilitado a ele ultrapassar a esfera da liberdade individual naquilo que não prejudicasse terceiros.

Assim, Stuart Mill conferia *status* singular a individualidade. Embora não negasse a importância das tradições e costumes como experiências humanas válidas, considerava que estas consistiam apenas em visões particulares de mundo, não necessariamente aplicáveis a todas as pessoas. Dessa maneira, o autor reconhecia que o poder de escolha de um indivíduo somente poderia ser considerado uma faculdade se ele, de fato, pudesse raciocinar e se posicionar sobre o objeto da escolha, o que não ocorria durante o seguimento de uma tradição. Nas palavras do autor³⁴:

32 SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016.

33 SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016.

34 STUART MILL, John. Sobre a Liberdade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

Não é apagando-se até atingirem a uniformidade em tudo o que é individual em si que os seres humanos se tornam nobres e belos objetos de contemplação, mas sim cultivando a individualidade e trazendo-a à luz, dentro dos limites impostos pelos direitos e interesses dos outros; [...] Estar sujeito a regras rígidas de justiça para bem dos outros desenvolve os sentimentos e capacidades que têm por objeto o bem dos outros. **Mas ser restringido em coisas que não afetam o bem dos outros, simplesmente porque essas coisas são desagradáveis, nada desenvolve de valioso, exceto uma força de caráter que se possa desenvolver através da resistência ao constrangimento.** Se tal constrangimento for aceite, entorpecerá e neutralizará a natureza inteira. Para dar uma justa oportunidade à natureza de cada um, é essencial que seja permitido a diferentes pessoas levar vidas diferentes³⁵.

Contrariamente a essa posição, Sarlet³⁶ defende que, a irrenunciabilidade da dignidade da pessoa humana imputa o dever jurídico do Poder Público de intervir todas as vezes que a dignidade do sujeito se encontra em ameaça, inclusive quando a ameaça partir do próprio sujeito titular do direito.

Essa perspectiva eleita por Sarlet deve ser vislumbrada com cautela, uma vez que, por estar em uma posição privilegiada, é muito fácil ao Estado ultrapassar a sua esfera legítima de atuação para impor visões de mundo que ele considera válida a sujeito considerando que será mais benéfica esse sujeito, ainda que, na prática, não satisfaça suas necessidade da personalidade humana desse indivíduo, que possui valores pessoais contrários aos impostos verticalmente.

Stancioli ressalta que, na construção do conceito de personalidade, é imprescindível a ideia de valor como integrante a pessoa natural. Nesse sentido, na medida em que a pessoa estabelece a crença em valores de bem ou mal, e se posiciona segundo esses valores, mais do que mero reflexo ou projeções da pessoa, eles passam a integrá-la. Porém não é possível pré-determinar o conteúdo desses valores, já que não são idiossincráticos, mas são formados intersubjetivamente, a depender da cultura e do momento histórico vivido pela pessoa. Assim, por serem considerados como parte constitutiva do sujeito, logo, a negação de acesso a esses valores por parte do Estado, constituiria uma profunda ferida a personalidade do indivíduo, já que estaria-lhe negando o direito de fazer valer a pena o seu direito a vida³⁷.

Dentro desse contexto, o Estado deve se ater a determinados preceitos que devem ser realizados para garantir que esse sujeito tenha sua personalidade reafirmada dentro do

35 STUART MILL, John. Sobre a Liberdade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 97

36 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

37 STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou Como Alguém se Torna o que Quiser**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

ordenamento. No mesmo sentido, determinadas ações também devem ser evitadas para que essa mesma personalidade não seja mutilada. Frisa-se que, por serem valores sócio-culturais, construídos de acordo com um espaço geográfico específico, deve-se compreender que não são provenientes apenas de uma fonte, sendo transferido aos particulares a capacidade de constituírem os valores constitutivos da personalidade humana a depender do contexto considerado³⁸.

Nessa ótica, ainda é pertinente abordar a liberdade sobre as perspectivas negativa e positiva. A liberdade negativa, citando Bobbio, é “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos”³⁹, enquanto a liberdade positiva se projeta na capacidade de autodeterminação do sujeito de direito, sendo, para isso, necessário que o indivíduo seja munido com as ferramentas indispensáveis a realização de suas escolhas, não bastando a mera ausência de impedimentos externos⁴⁰.

Assim, além de impossibilitar a impor valores preconcebidos ao sujeito, por meio da liberdade negativa, a liberdade positiva ainda adquire grande relevância na sociedade contemporânea na medida em que se reconhece a importância do Estado na promoção da liberdade individual. Assim, cabe ao Estado promover ferramentas para que o indivíduo possa agir conforme as opções de vida eleitas por ele. No entanto, mais uma vez, deve se tomar o cuidado para que, na tentativa de promovê-la o Estado não acabe por sujeitar o cidadão a projetos totalitários de bem comum não condizente com sua vontade. Não se obriga a ninguém a ser livre. Nas palavras de Sarmiento:

Por tudo isso, parece-nos anacrônica a rejeição à ideia da liberdade positiva, diante da inevitável constatação de que a pessoa humana não é minimamente livre enquanto suas necessidades vitais não estão satisfeitas. Cumpre apenas, para afastar o espectro totalitário que ronda a ideia de liberdade positiva, situá-la na pessoa humana e não na coletividade. **Livres devem ser os homens e as mulheres, para realizarem seus projetos de vida, e não o Estado ou a coletividade política, que não podem impor paternalisticamente aos não conformistas a adesão a um ideal, por mais nobres que sejam as razões invocadas**⁴¹. (grifo nosso)

38 STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou Como Alguém se Torna o que Quiser**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017

39 Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993. p. 96

40 SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. p.175

41 SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. p.177-178

Nessa mesma linha, Sarmento⁴² dispõe apresenta duas teorias clássicas da liberdade ainda muito debatidas no âmbito constitucional: a liberdade do cidadão, representada pela visão democrata de Rousseau e a liberdade do burguês, entendida pela ótica liberal de Stuart Mill. Enquanto a perspectiva democrata valoriza a voz ativa nos espaços públicos como forma de participação cidadã, para a ótica liberal *liberdade* significa a existência de uma parcela de autodeterminação individual imune ao constrangimento estatal, de modo que o indivíduo não seja sempre alvo da política da maioria.

No entanto, Sarmento⁴³ ressalta que pensadores contemporâneos ligados às diferentes concepções admitem que ambas as correntes são importante para a obtenção de um real significado de liberdade. Ainda que subsista certos conflitos e tensões entre as ideias, é inequívoco reconhecer o caráter complementar que um conceito adquire em relação ao outro.

Ainda nesse tópico, Dworkin⁴⁴ introduz dois conceitos distintos de liberdade: liberdade como licença e liberdade como independência. A liberdade como licença refere-se ao grau de liberdade que o indivíduo possui de amarras jurídicas e sociais para fazer o que tem vontade de fazer. Já a liberdade como independência dispõe sobre o grau de independência, igualdade e ausência de subserviência de um indivíduo em relação aos seus semelhantes.

Assim, em busca de uma medida do poder estatal frente a individualidade do sujeito, o Estado deve considerar os dois aspectos da liberdade: a liberdade do indivíduo frente ao Poder Público, e a liberdade do indivíduo frente a outros indivíduos. Nessa linha, embora o Estado deva se manter neutro ao máximo possível quando seu objeto de observação é o seu próprio poder frente a liberdade dos sujeitos, tendo em vista o ser humano como finalidade desse poder, ele deve se mostrar interventivo quando se tem em jogo a liberdade individual de diferentes sujeitos, uns contra os outros. Essa intervenção, entretanto, não é partidária, ela não serve para apoiar qual lado melhor se coaduna com os valores eleitos pelo Estado, mas sim serve para maximizar as esferas individuais de liberdade de ambos os lados conflitantes, garantindo que a liberdade possa ser exercida, na sua individualidade por ambos os sujeitos.

Nesse último contexto, mostra-se imprescindível compreender como o poder estatal atua na regulação das liberdades individuais em conflito com o restante do corpo social. Para o objeto desse estudo, torna-se de especial importância a compreensão da sua atuação em rela-

42 SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. p. 171

43 SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. p. 171

44 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2020

ção às políticas de controle de natalidade, tendo em vista que, por ser sujeita a medidas de regulação, representa diretamente a atuação do poder estatal às liberdades individuais em nome de um bem coletivo.

2.2 Sociedade: poder e controle de natalidade

Moen⁴⁵ esclarece que durante o século XVIII e até metade do século XX, a taxa de mortalidade da sociedade moderna, quando comparado ao índice de natalidade, era muito alta. Devido a isso, preocupados com a sobrevivência da espécie, alguns autores acreditavam que a solução estava na reprodução imoderada, dizendo que o controle da natalidade não poderia ficar a cargo exclusivo do indivíduo.

Posteriormente, com o advento de novas tecnologias, o avanço da medicina e o comércio internacional, verificou-se uma grande melhora na qualidade de vida da população. Conseqüentemente, houve uma redução nos índices de mortalidade e aumento na expectativa de vida, invertendo a pirâmide demográfica, que antes era causa de alarde⁴⁶.

Conquanto não fosse mais necessário a preocupação com a possível extinção da espécie, a necessidade de um grande número populacional ainda era tido por alguns países como símbolo de Poder. O medo que o decréscimo populacional significasse uma queda no Poder fez com que os líderes fascistas da Alemanha e da Itália, na década de 30, estipulassem uma arbitrária política de natalidade, estabelecendo uma verdadeira coerção reprodutiva às mulheres⁴⁷. De acordo com Moen,

The most extreme policies were carried out in fascist Italy with the 'battle for births', 'baby marathon', and 'demographic rejuvenation', and fascist Germany where Joseph Goebbels declared that mission of woman was be beautiful and to bear children⁴⁸

45 MOEN, Elizabeth. **Women's Rights and Reproductive Freedom**. *Human Rights Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1981

46 MOEN, Elizabeth. **Women's Rights and Reproductive Freedom**. *Human Rights Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1981

47 MOEN, Elizabeth. **Women's Rights and Reproductive Freedom**. *Human Rights Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1981.

48 “As políticas mais extremas foram levadas a cabo na Itália fascista com a 'batalha por nascimentos', 'maratona de bebês, e 'rejuvenescimento demográfico', e a Alemanha fascista onde Joseph Goebbels declarou que a missão da mulher era ser bonita e ter filhos”. (tradução livre) – Moen, Elizabeth. **Women's Rights and Reproductive Freedom**. *Human Rights Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1981, p.55

Não obstante, o grande crescimento demográfico da população causa uma grande preocupação: as consequências que a ausência de controle reprodutivo pode trazer para a economia do país. “Thus, with low mortality, survival is threatened by high fertility”⁴⁹. Na China, por exemplo, a grande quantidade de pessoas prejudica o acúmulo de capital e, com isso, o investimento em educação e na qualidade de vida.

Moen, no entanto, destaca que as pessoas mais afetadas na ausência de uma liberdade de controle reprodutivo são as mulheres. Ela esclarece que, além do enorme número de mães solteiras no país, e ainda aquelas que contam com o apoio do parceiro, a maioria dessas crianças, fruto da grande expansão demográfica, são geradas, criadas e educadas principalmente pelas mães, que realizam um verdadeiro trabalho não remunerado às custas de muito sacrifício físico e psicológico.

Moen esclarece que “in many such societies a woman is expected to bear a large number of children, and she is coerced into doing so even though high fertility may not be in her best interest or that of the nation as a whole”⁵⁰. Neste diapasão, liberdade de reprodução é muito mais do que apenas permitir que alguém tenha quantos filhos é capaz de gerar.

Liberdade de reprodução, esclarece Moen, é assegurar às mulheres independência econômica, livre decisão sobre ter ou não ter filhos e, principalmente, domínio sobre todos os meios de controle de reprodução. Ela expõe que, além dos países comunistas, os países capitalistas realizam políticas para manipulações demográficas de forma velada. O governo, no entanto, é composto majoritariamente por homens, fazendo com que as mulheres, mesmo sendo as mais impactadas, fiquem impedidas de participar das decisões sobre liberdade reprodutiva.

Para a autora, as decisões sobre natalidade não podem ser reservadas exclusivamente ao público feminino, pois possuem enorme relevância para toda população. No entanto, ressalva que elas devem possuir um espaço prioritário na discussão, tendo em vista que são as mais afetadas pelas políticas de controle de fertilidade. Moen conclui que:

It would be to all women's advantage if implicit policies and hidden agendas regarding fertility were made public, because women freedom is to be found more in their participation in decision about aggregate reproduction

49 Assim, com baixa mortalidade, a sobrevivência é ameaçada pela alta fertilidade” (Tradução livre) Moen, Elizabeth. **Women's Rights and Reproductive Freedom**. *Human Rights Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1981, p. 55

50 “Em muitas dessas sociedades, espera-se que uma mulher tenha um grande número de filhos, e ela é coagida a fazê-lo, embora a alta fertilidade possa não ser de seu interesse ou da nação como um todo”. (tradução livre) Moen, Elizabeth. **Women's Rights and Reproductive Freedom**. *Human Rights Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1981, p. 57

ve goals that in access to birth control. The participation of woman in such decisions is notably absent⁵¹.

Através dessas perspectivas, é possível identificar que hoje, na sociedade contemporânea, o crescimento demográfico ainda é associada ao poder. Diante disto, aumenta a preocupação dos governantes em realizar um controle demográfico velado na população. Nessa lógica, o poder estatal subtrai a liberdade individual em nome da própria conservação desse poder, que é tido como essencial para manutenção do corpo social. A problemática dessa lógica é que esse raciocínio ignora a própria finalidade do sistema jurídico, que deve ser centrada no indivíduo, e não na perpetuação do poder. Ao ignorar essa premissa básica dos limites do uso do poder pelo Estado, os governantes acabam por adotar medidas que invertem a lógica do sistema, e não promovem em nada os indivíduos que compõe esse corpo social.

Nesse diapasão, em 1907, no estado de Indiana, os Estados Unidos aprovou a primeira lei do mundo sobre esterilização, como forma de política de controle de natalidade. A legislação possibilitava a realização de esterilização coercitiva em pessoas detentoras de genes considerados inferiores e prejudiciais a população americana, como aqueles portadores de doenças mentais ou baixo coeficiente de inteligência. Até 1937, outros trinta e dois estados americanos havia adotados legislações semelhantes ao estado de Indiana, objetivando realizar uma limpeza eugênica na população. O famoso caso “Buck vs. Beck”, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou ser legítimo ao Estado promover políticas voltadas a extinção de genes prejudiciais em nome da saúde pública, conferiu a segurança jurídica necessária para que essas políticas fossem mantidas até o final da década de 70⁵².

Nouse⁵³ considera que a decisão da Suprema Corte no caso “Buck vs. Beck” representa uma mancha no passado do constitucionalismo americano, principalmente devido a polêmica decisão do *Justice* Oliver W. Holmes Jr., que contrariou os dois princípios que estavam sendo utilizados até então para derrubar as decisões favoráveis às esterilizações: o Princípio do Devido Processo Legal e o Princípio da Igualdade. Embora não concordasse com a utilização do termo “poder de polícia”, Holmes defendeu a teoria levantada pela dou-

51 Seria vantajoso para todas as mulheres se políticas implícitas e agendas ocultas em relação à fertilidade fossem tornadas públicas, porque a liberdade das mulheres podem ser encontradas mais em sua participação na decisão de metas reprodutivas agregadas que no acesso ao controle de natalidade. A participação da mulher nessas decisões é notavelmente ausente. (tradução livre) Moen, Elizabeth. **Women's Rights and Reproductive Freedom.** *Human Rights Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1981, p. 59

52 STERN, Alexandra Minna. Eugenics, sterilization, and historical memory in the United States. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.23, supl., dez. 2016, p.195-212.

53 NOURSE, Victoria. **Buck v. Bell:** A Constitutional Tragedy from a Lost World. *Pepp. L. Rev.*, v. 39, 2011, p. 101-117

trina dominante de seu tempo de que o devido processo legal estaria devidamente cumprido, e o direito satisfeito, se fosse observado que o Estado agiu de acordo com o seu poder de polícia.

Assim, ele argumentou que não haveria possibilidade interpretativa quando o que estivesse em jogo fossem decisões de cunho estatal. Holmes acreditava que os direitos individuais não deveriam prevalecer em face ao interesse público de saúde e segurança e era contra as teses de análise material do processo. Para o *Justice*, a privação dos direitos individuais estaria justificada, pois seria um preço muito pequeno a ser pago em nome de um bem maior a toda a coletividade⁵⁴.

Apesar de o pensamento de Holmes parecer completamente contrário às ideias de direitos humanos defendidas na atualidade, ela representava o pensamento majoritário da sua época. Pensamento este que sustentou a legitimidade do controle de natalidade por parte do Estado por quase setenta anos nos Estados Unidos, sendo a maioria mulheres de descendência latinas⁵⁵.

No final dos anos 70, a República Popular da China também estabeleceu uma política de planejamento familiar coercitivo, a chamada “política do filho único”, que estabeleceu a obrigatoriedade de que as pessoas casadas tivessem apenas um filho. Na prática, a política também era chamada de “política do filho único e meio”, pois nas comunidades rurais, os casais eram permitidos a terem um segundo filho, caso o primeiro nascesse mulher. O descumprimento da norma, gerava a penalização dos casais desde multa até esterilizações e abortos forçados. O seu revés, ou seja, o cumprimento da norma, por sua vez, era recompensado com incentivos financeiros e benefícios sociais. Devido a isso, embora o aborto por seleção de sexo tenha sido proibido em 1994, a prática ainda é muito praticada no Estado Chinês, o que resultou um enorme desequilíbrio na proporção dos sexos no país⁵⁶.

O monitoramento e controle, por parte do governo chinês, dos corpos femininos é acompanhado da insensibilidade e ausência de humanidade nas disposições de políticas de controle demográfico, que além de não levarem em consideração a dignidade singular de cada indivíduo nascente, ainda é extremamente discriminatória. Em resposta a essas políti-

54 NOURSE, Victoria. **Buck v. Bell**: A Constitutional Tragedy from a Lost World. *Pepp. L. Rev.*, v. 39, 2011, p. 101-117

55 STERN, Alexandra Minna. Eugenics, sterilization, and historical memory in the United States. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.23, supl., dez. 2016, p.195-212.

56 CAI, Yping. Desvelando a Reconfiguração da Política Populacional na China. *Sexuality Policy Watch*. p. 1-5. jan de 2022. Disponível em: <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2022/02/RUP-Cai-Yping-PT.pdf>. Acessado em: 25 de março de 2022.

cas, as mulheres chinesas têm demorado cada vez mais para se casarem e terem filhos. Para muitas delas, casar e ter filhos não se tornará uma opção até que uma sociedade fundada na igualdade de gênero se torne realidade. Como resultado, o declínio exacerbado das taxas de fertilidade, em conjunto com o crescente envelhecimento da população está criando uma crise demográfica no país – a média de natalidade foi de 5,6 filhos por mulher, em 1970, para 1,3 filhos por mulher em 2020, valor inferior ao necessário para manutenção estável da população (2,1 filhos por mulher)⁵⁷.

Ciente dessa crise demográfica, verifica-se uma mudança radical de postura do governo chinês em adotar políticas pró-natalistas, buscando reverter a crise demográfica na China. Em 2021, o governo chinês anunciou um novo programa de planejamento familiar que autoriza a média de até três filhos por casal. Além disso, em 2020, o governo também anunciou um programa de dez anos que busca a redução de abortos que não sejam por indicação médica. Para as feministas, ao longo prazo, esse programa limitará a legalidade do aborto apenas a casos que sejam de recomendação médica, o que significará um retrocesso aos direitos das mulheres chinesas, e poderá iniciar uma nova crise⁵⁸. Para Cai, a obsessão do governo chinês com controle demográfico o faz não enxergar políticas muito mais importantes e resolutivas para a crise na China. Nas suas palavras:

Talvez o primeiro passo para enfrentar a atual crise demográfica seja **acabar com a obsessão sobre a fertilidade e o fetichismo sobre a intervenção através da manobra de políticas demográficas e engenharia social**. É o momento de **mudar o foco no controle do corpo e da sexualidade das mulheres e voltar a se concentrar na melhoria da saúde e do bem-estar de todos**, incluindo sua saúde e direitos sexuais e reprodutivos, respeito e proteção da integridade corporal das mulheres e promoção da igualdade de gênero⁵⁹. (grifo nosso)

Ao tentar manipular o corpo social como se fosse uma unidade global, sujeita a movimentos uniformes e constantes, o Estado ignora o fato de que os indivíduos que compõe a sociedade possuem movimentos autônomos e dinâmicos, de modo a tornar imprevisível as proporções que uma política tão agressiva, quanto o controle de natalidade, possa tomar.

57 CAI, Yping. Desvelando a Reconfiguração da Política Populacional na China. **Sexuality Policy Watch**. p. 1-5. jan de 2022. Disponível em: <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2022/02/RUP-Cai-Yping-PT.pdf>. Acessado em: 25 de março de 2022.

58 CAI, Yping. Desvelando a Reconfiguração da Política Populacional na China. **Sexuality Policy Watch**. p. 1-5. jan de 2022. Disponível em: <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2022/02/RUP-Cai-Yping-PT.pdf>. Acessado em: 25 de março de 2022.

59 CAI, Yping. Desvelando a Reconfiguração da Política Populacional na China. **Sexuality Policy Watch**. p. 1-5. jan de 2022. Disponível em: <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2022/02/RUP-Cai-Yping-PT.pdf>. Acessado em: 25 de março de 2022. p. 4

Além do mais, ao avaliar as consequências dos níveis de controle apenas sobre seu efeito geral e pragmático, ignora-se as sequelas refletidas na vida de cada um dos indivíduos, que não podem ter suas vidas instrumentalizadas em nome de um eventual bem social.

Dias⁶⁰ argumenta que o exitamento do legislador em adentrar em determinados temas que compõem pautas sociais, como a liberdade reprodutiva feminina, se deve ao fato de estes temas poderem gerar algum índice de rejeição do eleitorado, colocando em risco a reeleição do parlamentar “*audacioso*”. Nesta postura conservadora e cautelosa, o legislador tenta manter o direito posto, deixando um vazio legislativo sobre várias situações do cotidiano do cidadão que acontecem – pois a sociedade é dinâmica – mas são marginalizadas.

A autora ressalta que “a justiça é retardatária, sempre vem depois do fato e quer impor o cumprimento da lei, simplesmente negando qualquer direito a quem age contrário aos modelos de comportamento aceitos pela sociedade”⁶¹. Desta forma a adequação do direito posto com a realidade social acaba ficando por conta dos juízes e tribunais, que precisam fazer verdadeiros “malabarismos” para tornar legislações, já desatualizadas, compatíveis com a ordem instaurada pelos valores constitucionais.

Nesse diapasão, apenas para ilustrar o caráter eminentemente moral das leis, que não levam em consideração a perspectiva dos direitos fundamentais e nem se preocupa verdadeiramente com o sujeito de direito, analisemos dois aspectos da lei penal, trazidos por Dias. O primeiro é denotado do título “dos crimes contra a dignidade sexual”: Até a mudança realizada pela lei 12.015 de 2009, esses crimes eram denominados “crimes contra o costume”, cujo bem jurídico tutelado eram os costumes sociais e a honra familiar representada pela pureza das “mulheres de família”, apesar de os crimes sexuais ferirem diretamente a dignidade física e psíquica da vítima, o que não era considerado.

Outro ponto interessante é a discriminante trazidas nos artigos 128, inciso II do Código Penal que diz não ser punível o aborto quando a gravidez for resultante de estupro. A preocupação do legislador na tutela da vida cede espaço no caso de a prole proveniente de um estupro poder macular a honra de uma família com a inserção de um filho ilegítimo no seio familiar. Sobre o caso em tela Dias esclarece:

60 DIAS, Maria Berenice. **A evolução das famílias e seus direitos**. 2010. Disponível em:[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_575\)7_a_evolucao_da_familia_e_seus_direitos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_575)7_a_evolucao_da_familia_e_seus_direitos.pdf). Acessado em: 03 dez. 2018. p. 02

61 DIAS, Maria Berenice. **A evolução das famílias e seus direitos**. 2010. Disponível em:[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_575\)7_a_evolucao_da_familia_e_seus_direitos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_575)7_a_evolucao_da_familia_e_seus_direitos.pdf). Acessado em: 03 dez. 2018. p. 02

Claro que o bem tutelado não é a liberdade da mulher de não querer gerar um filho fruto de uma relação sexual indesejada. Basta lembrar que, sendo a vítima menor de 14 anos, mesmo que a relação tenha ocorrido sem violência, se configura o crime. Assim, ainda que eventualmente o ato sexual tenha sido desejado, possível é a interrupção da gravidez, quando houver a manifestação de vontade não da vítima, mas de seus pais⁶².

Nessa toada, Dworkin expõe que há dois diferentes modelos que tentam balizar os direitos individuais e o bem-estar da sociedade como um todo. O primeiro modelo, dispõe que o Estado deve buscar sempre alcançar um meio termo, traçando um equilíbrio entre a vontade social e os direitos dos indivíduos. Já o segundo modelo baseia-se na convicção de que todos os seres humanos, por mais frágeis que sejam, devem ser dotado de igual liberdade decisória, independente do possível efeito que possa causar no bem-geral⁶³.

Nessa segunda perspectiva, pressupõe-se que, em um Estado de Direito, uma violação de um direito individual a favor do bem geral gera um custo de eficiência e política social muito maior do que uma inflação equivocada em favor de um indivíduo. Isso, pois, ao se adotar o primeiro modelo, o governo parte do pressuposto de que os direitos individuais e as exigências da sociedade são concorrentes, e, logo, possuem o mesmo valor em nível de eficácia social⁶⁴.

Porém, de fato, em uma sociedade de direitos, em que cada cidadão é considerado igual detentor de igualdade e respeito, um erro a favor do indivíduo, criando um direito que supostamente é inexistente é muito menos grave do que um erro contra o indivíduo, violando seus direitos por qualificá-lo inferior em detrimento dos demais membros sociais. Dessa forma, para Dworkin só é possível a busca pelo equilíbrio entre direitos concorrentes, quando se está em jogo duas liberdades individuais, ou duas exigências sociais⁶⁵.

Nessa mesma linha, Sarmiento⁶⁶ dispõe que embora o direito apenas possa interferir na liberdade externa do indivíduo, ou seja, quando sua ação cause um dano a um terceiro, a restrição da liberdade individual no intuito de tutelar o direito de um terceiro não pode significar a instrumentalização do indivíduo em prol do outro, ou mesmo em prol da sociedade. Isso pois, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana proíbe que o indi-

62 DIAS, Maria Berenice. **A evolução das famílias e seus direitos**. 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_575\)7_a_evolucao_da_familia_e_seus_direitos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_575)7_a_evolucao_da_familia_e_seus_direitos.pdf). Acesso em: 03 dez. 2018. p. 03

63 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2020.

64 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2020.

65 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2020.

66 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016.

víduo seja utilizado como meio para que fins alheios a ele sejam alcançados. Além do mais, ainda nesses casos, deve-se sempre procurar a proporcionalidade, ou seja, não pode haver uma restrição severa a liberdades básicas do sujeito com o intuito de proteger direitos de terceiros que não possuam relevância jurídica básica.

Dessa forma, Dworkin⁶⁷ explica que quando o que se está em jogo é a liberdade individual e as exigências sociais, há apenas três casos que permitem a prevalência das exigências sociais: a) quando o governo consegue demonstrar que não há risco aos direitos originais, mas apenas a uma forma atenuada deles. b) se o direito acolhesse o caso excepcional, algum direito concorrente em sentido forte poderia ser restringido. c) se o governo provar que o custo social da escolha a favor da liberdade individual não seria apenas um custo adicional, mas sim de grau suficientemente grave, ao ponto de justificar o atentado a dignidade ou igualdade do sujeito envolvido.

Sarlet⁶⁸ explica que o foco da dignidade da pessoa humana é o indivíduo, logo, não é possível que, em prol da dignidade humana da sociedade, seja sacrificada a dignidade humana de um único indivíduo. Entretanto, ele também destaca que a expressão jurídico constitucional de dignidade e de direitos fundamentais é determinada pela ordem de valores comunitários. Assim, a dignidade da pessoa humana é sempre a dignidade da pessoa considerada dentro do seio social, refletindo em diversos direitos fundamentais conexos e autônomos⁶⁹.

Nesse sentido, ao regulamentar a liberdade do indivíduo e o bem-estar social, o Estado deve sempre buscar maximizar esses dois aspectos dentro do que for compatível. Entretanto, em um possível conflito entre as duas esferas, de modo a tornar impossível o equilíbrio de tensões, é preferível ao Estado aumentar as liberdades individuais a sacrificar o sujeito em nome da sociedade. A lógica por trás desse raciocínio é a busca pela não instrumentalização da pessoa, que tem o direito de, em nome da dignidade humana, ser reconhecida como fim em si mesmo. Além do mais, caso as medidas elencadas pelo Poder Público sejam incutidas de equívocos, é preferível que os custos dessa falha seja repartido por toda sociedade, do que imputar todo ônus em cima de um único sujeito.

Por fim, ainda se mostra essencial explorar as dimensões adquiridas pelo poder na regulação das relações familiares, em especial no papel do indivíduo inserido dentro do seio

67 DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2020.

68 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

69 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

da instituição familiar. Nesse sentido, sendo a família o primeiro contato do indivíduo com a sociedade, e grande contribuinte para a formação dos aspectos mais sensíveis da personalidade do sujeito, torna-se objeto de grande importância para o direito. Logo, para uma completa observação dos reflexos do poder na liberdade, torna-se necessária a análise da legitimidade e dos limites da regulação do Estado dentro da instituição familiar.

2.3 Família: poder e instituições familiares

De acordo com Engels, o casamento monogâmico, na forma como conhecemos hoje é uma construção moderna capitalista e patriarcal, criada como forma de assegurar a paternidade dos filhos aos quais a herança seria transmitida. Estudos demonstra que a poligamia, o casamento por grupos e o incesto dominou muitas culturas nas sociedades primitivas. Nesse sentido, a mulher nem sempre ocupou um papel de submissão dentro dessas sociedades. Por ser responsável pela criação dos filhos e a governança do lar, a mulher detinha um papel de extrema relevância e centralidade nessas civilizações. A inexistência da monogamia fazia com que a paternidade se tornasse incerta, de modo que a única linhagem familiar segura fosse a materna⁷⁰.

Com a atribuição de valor ao trabalho e a implementação das propriedades, que deixaram de pertencer ao grupo e passaram a compor o patrimônio familiar, o bens familiares passaram a necessitar de cuidados maiores do que a quantidade de pessoas disponíveis para executar essa tarefa. O acúmulo de riquezas atribuiu ao homem posição de destaque no seio familiar, exigindo uma mudança na forma de transmissão hereditária, de forma a conservar o patrimônio acumulado dentro da família: os filhos. Para que isso se tornasse possível, foi necessário modificar o sistema de descendência de acordo com a linha materna, em vigor até então, pela linhagem paterna, detentor dos bens⁷¹.

A alteração no modo como a herança passou a contabilizada tornou necessário a criação de um sistema de casamento que garantisse a legitimidade da descendência paterna, que só poderia ser garantida por meio da monogamia feminina. De acordo com Engels, esse giro histórico foi responsável pelo rebaixamento da posição da mulher dentro do lar, que deixou de responsável pela direção do lar, e assumiu um papel de escrava sexual e instrumento reprodutivo. Dessa forma, “para assegurar a fidelidade da mulher e, por conseguinte, a paternidade

70 ENGLER, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Lafonte. 2017

71 ENGLER, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Lafonte. 2017

dos filhos, a mulher é entregue incondicionalmente ao poder do homem. Mesmo que ele a mate, não faz mais do que exercer um direito seu⁷².

Nesse contexto, Foucault explica que as relações sexuais deram lugar a um dispositivo de aliança, que incluem o sistema matrimonial monogâmico descrito por Engles, a fixação e desenvolvimento de linhagem de parentesco definidas, a transmissão de nomes e de bens. Assim, as famílias conjugais se apropriam da sexualidade, estrita a esfera reprodutiva. Nos séculos XVII, o sexo tomou um papel de destaque na regulação dos discursos sociais. O deleite sexual era tido como pecado, e o casal era contemplado com um manual de confissão que obrigavam-nos a confessar todos os detalhes da execução sexual de forma a garantir que ele ficasse adstrito a esfera reprodutiva. Posteriormente, a partir do final século XVIII e início do século XIX, a medicina se apropriou da vigilância e análise sobre os discursos sexuais. Com o auxílio da psiquiatria, a medicina buscou identificar e categorizar todos os comportamentos sexuais tidos como excessivos, anormais ou passíveis de tratamento⁷³.

Nesse sentido, o que era adstrito a esfera religiosa, passou a ser regulado na ordem cível por meio de leis apoiadas na moral e na natureza descrita pela medicina. Dessa forma, o que antes poderia ser punido com excomunhão pela comunidade religiosa, passou a ser tido como crimes passíveis de serem regulados pelo Estado. O adultério, o rapto, a relação homossexual, o casamento sem o consentimento dos pais, a busca por prazeres estranhos – ainda que dentro do próprio casamento – poderiam justificar a condenação em um tribunal, por serem taxados contranatural, imoral e, principalmente, ilegal⁷⁴.

As práticas sexuais “incompletas”, cujo produto não levava diretamente a reprodução, foi classificado pela medicina como patologias orgânicas, funcionais ou mentais, ocupando o papel antes ocupado pelas igrejas de intervenção na sexualidade do casal e de repulsa a “fraudes reprodutivas”⁷⁵.

Com a evolução dos processos econômicos e políticos nas sociedades modernas, o dispositivo da aliança tornou-se insuficiente para regular as complexidades exigidas pelas novas relações sociais. Isso, pois, o dispositivo da aliança era composto por meio do preestabelecimento de regras de conduta que definiam o que era permitido e o que era proibido dentro da

72 ENGLES, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Lafonte. 2017 p. 80

73 FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade 1**. Vontade de Saber. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra. 2021.

74 FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade 1**. Vontade de Saber. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra. 2021.

75 FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade 1**. Vontade de Saber. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra. 2021.

relação conjugal. Assim, surgiu o dispositivo da sexualidade. Constituído sobre a lógica oposta, o dispositivo da sexualidade é articulado pelos próprios parceiros, passando a centrar-se na sensação dos corpos, na qualidade dos prazeres entre os envolvidos⁷⁶.

Dessa forma, o dispositivo de aliança, focado em manter a harmonia e o equilíbrio do corpo social, qualitativamente, por meio da preservação das regras predefinidas pelo direito, e quantitativamente, por meio da reprodução, foi invadido pelo dispositivo da sexualidade, que tem como razão de ser “não o reproduzir, mas o proliferar, inovar, anexar, inventar, penetrar nos corpos de maneira cada vez mais detalhada e controlar as populações de modo cada vez mais global”⁷⁷.

Embora, Foucault não disponha que os dispositivos de aliança tenham sido completamente substituídos pelos dispositivos da sexualidade, porém a inclusão da sexualidade no seio familiar trouxe o afeto e amor para as relações familiares, antes adstritas a relações econômicas e políticas⁷⁸. Nesse sentido:

Essa fixação do dispositivo da aliança e do dispositivo de sexualidade na forma da família permite compreender certo número de fatos: que a família se tenha tornado, a partir do século XVIII, lugar obrigatório de afetos, de sentimentos, de amor; que a sexualidade tenha, como ponto privilegiado de eclosão, a família;⁷⁹

Utilizando como parâmetro, esse novo formato de família contemporânea, Villela⁸⁰ descreve que a relação entre a instituição familiar e a autonomia privada é complexa. Ele destaca que de muitas maneiras a família acaba por limitar o indivíduo, que tem de sacrificar uma parcela de sua liberdade. Paradoxalmente, ela lhe confere realização pessoal, fazendo com o Ser Humano se desenvolva, e nesta medida, o liberta.

Para que seja possível compatibilizar os dois conceitos é necessário estabelecer critérios que resultem no mínimo de restrições individuais e no máximo de realizações pessoais. Ou seja “trata-se de identificar os comportamentos, hábitos e atitudes que, no exercício

76 FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade 1**. Vontade de Saber. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra. 2021.

77 FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade 1**. Vontade de Saber. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra. 2021. p. 116

78 FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade 1**. Vontade de Saber. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra. 2021. p. 116

79 FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade 1**. Vontade de Saber. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra. 2021. p. 118

80 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 658

de situações de família, sejam aptos a promover o crescimento, enquanto pessoa, e a preservar a liberdade”⁸¹.

Nesta perspectiva, a autonomia privada deve repercutir não só na esfera interna do indivíduo – sua liberdade de crença e pensamento – como também na sua capacidade de expressar suas vontades e ver suas escolhas refletidas dentro de seu seio familiar. É necessário ponderar que a capacidade do indivíduo de se autodeterminar constitui um dos corolários da própria dignidade da pessoa humana, sendo inconcebível reconhecer ao indivíduo dignidade e condicioná-lo às concepções do que o outro acredita ser correto para sua vida. Nas palavras de Sarmento:

[...] o valor da autonomia privada não é apenas instrumental para a democracia, pois ela está indissociavelmente relacionada à proteção da dignidade da pessoa humana. **Na verdade, negar ao homem o poder de decidir de que modo vai conduzir sua vida privada é frustrar sua possibilidade de realização existencial**⁸². (grifo nosso)

É certo que, como todo princípio, a autonomia privada não é absoluta. Ela está sujeita a limites impostos pela lei, até para salvaguardar a liberdade dos demais indivíduos que convivem na sociedade. Afinal, como disse Henri Lacordaire, “*Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*”⁸³. No entanto, “existem dimensões da autonomia privada da pessoa humana tão relevantes para a sua dignidade, que se torna necessário protegê-las até mesmo do legislador, encarnação da vontade das maiorias”⁸⁴.

Circunscrita no próprio conceito de dignidade da pessoa humana, esse escopo mínimo recebe um reforço constitucional, e até mesmo internacional, reafirmando sua existência nas principais Constituições do mundo moderno ocidental. É claro que, na esfera prática, a autonomia privada estará sempre sujeita a ponderação de princípios estabelecido por Robert Alexy, no entanto, o que se quer enfatizar é que, na nova ótica do Estado de Direito, é neces-

81 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 658

82 SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005 p. 182

83 “Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta.” (tradução livre) - LACORDAIRE, Henri. **Conférences de Notre-Dame de Paris**, éd. Sagnier et Bray, 1848, p. 246

84 SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005 p. 183

sário reconhecer que o legislador está adstrito a todos os princípios, explícitos e implícitos, contidos no sistema constitucional, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

No que tange ao direito de família, Tartuce dispõe que, na nova era do Estado de Direito, para garantir uma maior efetividade da Constituição, houve a inclusão do direito privado como parte dos temas constitucionais juridicamente relevantes. Desta forma grande parte do direito de família foi constitucionalizado, fazendo com que seus antigos princípios adquirisse uma roupagem totalmente diversa da que possuía antes⁸⁵.

Nessa ótica, o direito privado – aqui representado tanto pelo código civil, como as demais legislações extravagantes sancionadas após o advento da Constituição Federal de 1988 – foi formulado de modo a permitir um amplo diálogo com as demais fontes do direito, como um sistema aberto, de forma que seja possível complementá-lo com a aplicação dos demais princípios constitucionais. Assim, como primeiro princípio que exerceu grande impacto no direito de família temos o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tartuce relembra que, através do reconhecimento da incidência direta deste princípio no direito de família, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformulou o conceito de bem de família da lei n. 8.009/90 para abarcar também o imóvel residencial do indivíduo solteiro, o renomeando como *bem do patrimônio mínimo*. Tem-se também a aplicação pelos tribunais da *tese do abandono paterno-filial* para condenar pais acusados de abandono afetivo a pagarem indenizações a seus filhos, considerando ter havido lesão a dignidade humana desses filhos⁸⁶. Logo, pode-se afirmar “que o princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro”⁸⁷.

Dentro do seio familiar, houve a chamada *despatriarcalização do direito de família*, com a saída do pai da posição de dominação hierárquica, para dar lugar a um regime de companheirismo e colaboração. Isto pode ser analisado, por exemplo, quando se verifica a substituição de expressões, como “pátrio *poder*” – que evidência o lugar de destaque da fi-

85 TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: SEMINÁRIO VIRTUAL TEMAS ATUAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

86 TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: SEMINÁRIO VIRTUAL TEMAS ATUAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

87 TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: SEMINÁRIO VIRTUAL TEMAS ATUAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

gura masculina – por “poder familiar” - sem qualquer conotação de gênero. Este novo princípio é denominado por Tartuce como Princípio da Igualdade Na Chefia Familiar⁸⁸.

O art. 1.513 do Código Civil, por sua vez, dispõe que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Esta norma nada mais é do que o reflexo da autonomia privada dentro do direito de família, e conduz a noção de o que Estado, ou até mesmo o particular, não poderá intervir coercitivamente na vida privada da família. No entanto, Tartuce relembra que a Constituição Federal estabelece que cabe ao Estado propiciar os recursos educacionais e científicos necessários para que as famílias sejam capazes de realizar um livre planejamento família e uma paternidade responsável. Retomando os conceitos de liberdade positiva, abordados na primeira seção⁸⁹.

Findado neste novo paradigma, o casamento adota características muito mais próximas à realização íntima dos cônjuges do que ao interesse social de provimento da prole e sucessão patrimonial, como outrora já exprimiui. Foi instaurado o princípio da igualdade entre os cônjuges e os regimes patrimoniais do casamento passaram a serem flexibilizados para se amoldarem aos interesses dos nubentes, instituindo também o divórcio.

Inverteu-se o cenário do indivíduo que existe para o casamento, para o do casamento como uma instituição que serve ao desenvolvimento pessoal dos indivíduos. Esta mudança de paradigma, no entanto, não significou o menosprezo da importância da instituição. Ao contrário, só existe liberdade onde antes há responsabilidade⁹⁰. A *affectio maritalis* teve sua relevância asseverada, pois a liberdade de escolha permite que só se permaneça casado quem encontra significado na instituição familiar.

Nesse ponto, Tartuce destaca que o afeto constitui o principal fundamento das relações familiares moderna. O chamado princípio da afetividade eleva as relações afetivas a condição de realização da dignidade da pessoa humana e dispõe que os vínculos familiares devem ser entendido muito mais como um vínculo afetivo do que biológico, permitindo o reconhecimento de um conceito de família mais condizendo com o meio social⁹¹

88 TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: SEMINÁRIO VIRTUAL TEMAS ATUAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

89 TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: SEMINÁRIO VIRTUAL TEMAS ATUAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

90 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 664

Em relação a reprodução, Villela destaca que a antiga ideia de família, como responsável pela procriação, foi fundamentada no conceito, oriunda da Idade Média, de que era necessário muita mão de obra para o cultivo dos campos, já que a população era eminentemente agrícola e a taxa de mortalidade infantil era muito alta. Arelado a essa concepção, houve a demonização do sexo pela Igreja Católica, atribuído a ele a fundação exclusiva de procriação, propagando a ideia de Eva, a pecadora, relacionada ao sexo e Maria, a santa, relacionada a maternidade⁹².

Novais ressalta que as igrejas mais tradicionalista impuseram às sociedades a ideia de “reserva do Criador”. Segundo esta teoria, o homem possuiria a *dignidade sublime* de ter uma especial ligação com Deus, já que teria sido feito a sua imagem e semelhança. Nessa ótica, qualquer área da ciência que venha a investigar aspectos ligados a reprodução, nascimento e morte dos seres humanos encontrariam a barreira intransponível da reserva biológica do *Criador*. Logo, estimular meios não naturais de processos contraceptivos ou de reprodução padeeriam de uma presunção moral de *pecado*, por constituir uma instrumentalização da vida humana, e intervenção humana no sagrado⁹³.

Dworkin pontua que, durante a idade média, utilizavam-se do termo homicídio para designar qualquer intervenção humana na ordem natural da procriação, inclusive o uso de contraceptivos, ou a masturbação. Considerava-se que tanto a morte de um ser humano real, o aborto, quanto a intervenção mecânica na *força criadora divina*, era considerado um crime contra a santidade da vida⁹⁴. A título de exemplo, cita-se a encíclica papal de Paulo VI sobre a concepção:

Equally to be condemned, [...], is direct sterilization, whether of the man or of the woman, whether permanent or temporary. Similarly excluded is any action which either before, at the moment of, or after sexual intercourse, is specifically intended to prevent procreation—whether as an end or as a means.⁹⁵

91 TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: SEMINÁRIO VIRTUAL TEMAS ATUAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

92 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 667

93 NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*. Vol 1. 2a ed. Coimbra: Almedina. 2018.

94 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

95 Digna de igual condenação [...] é a esterilização direita, seja do homem ou da mulher, permanente ou temporária. Igualmente excluída encontra-se uma ação que antes, durante ou depois da relação sexual visa especificamente a evitar a procriação – seja como fim seja como meio (tradução livre) – The Holy See. **Encyclical Letter Humanae Vitae of the Supreme Pontiff Paul VI**. Disponível em: https://www.vatican.va/content/paul-vi/en/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-

Nesse sentido, é importante se destacar as diferenças existentes entre as influências religiosas nos países europeus de forte influência católica, e nos Estados Unidos de influência protestante. De acordo com Catroga, os países europeus como Portugal, Itália e Espanha, sofreram um processo mais intenso e rigoroso de secularização, principalmente após a queda da monarquia e instauração da república. A tentativa de instaurar uma independência cívica repentina nesses países fez com que os governos, em um primeiro momento, rompessem completamente com o clero. Apesar de a forte cultura religiosa ainda permanecer entre a população, a abrupta secularização forçada fez com que a população concordasse com a laicidade do Estado, ainda que intimamente continuassem a ter uma visão religiosa sobre os assuntos da esfera pessoal⁹⁶.

Por outro lado, nos Estados Unidos, os primeiros colonos, fugindo das guerras religiosas que aconteciam em toda Europa, estabeleceram um clima de tolerância das diversas religiões existentes. Além disso, a influência protestante existente no país perpetuava uma filosofia religiosa da separação entre Estado e religião, baseado na ideia de que fazia parte da vontade divina a instituição de três pactos distintos: a social, a política e a religiosa. Por outro lado, o catolicismo teve uma influência tardia e muito diminuta na neutralidade estatal, já que consideravam a existência de uma intervenção estrangeira – representada pela Santa Sé – na política do país, poderia prejudicar as pautas democráticas republicanas⁹⁷.

Ao contrário das matrizes europeias, a ausência de um Estado religioso a ser combatido conduziu em uma maior liberdade para que a sociedade definisse uma cultura religiosa sem que isso fosse visto como um possível perigo à democracia. Assim, embora a separação entre Estado e religião fosse originalmente instituída, a ausência de uma desconfiança maior em relação ao que é religioso fez com que a religião pudesse penetrar sutilmente em muitos aspectos da cultura americana, sem que isso fosse visto com maus olhos pela população. O alto patriotismo americano também colaborou para a criação de uma religião civil, que prolongou a tradição bíblica, sem que fosse identificada como tal⁹⁸.

[vitae.html](#) . Acessado em 08 de outubro de 2022.

96 CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, Laicidade e Religião Civil**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2010

97 CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, Laicidade e Religião Civil**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2010

98 CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, Laicidade e Religião Civil**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2010

Essa breve passagem pela história da influência religiosa na Europa e nos Estados Unidos servem para ilustrar como os Estados Unidos, por mais que siga sendo marcado pela ausência de interferência estatal nas relações privadas, continua tendo uma influência religiosa muito forte na vida privada da população. Nesse ponto, a recusa do governo em adentrar em assuntos privados acaba por prejudicar os direitos individuais de sujeitos que não possuem força política o suficiente para se opor a medidas estabelecidas por essas igrejas, a maioria de caráter privado, embora, na teoria, o Estado continue sendo marcado pela laicidade.

No que tange aos países da Europa Ocidental – e de influência europeia –, a luta contra a secularização introduziu uma enorme desconfiança da população contra as religiões institucionizadas, embora isso não significasse uma menor influência religiosa na vida privada. Assim, estudos apontam o número de pessoas que acreditam um Ser Superior aumentou significativamente entre os anos de 1947 a 2001. Assim, compreende-se que na Europa houve o fenômeno da desinstitucionalização, denominado “*believing without belonging*”, ou seja, o aumento no número de pessoas que alimentam determinadas crenças, sem que isso signifique o regresso da igreja como instituição política. Dessa forma, em países católicos como a Itália, por exemplo, especialmente nas camadas mais jovens da população, observou-se uma diminuição da capacidade da igreja de influenciar escolhas individuais⁹⁹. Nesse sentido, destaca-se:

Depois de décadas em que, autoritariamente, reinou um oficial “católico-nacionalismo”, a acelerada modernização da sociedade espanhola, após o processo de democratização, fez crescer o “indiferentismo”. E o hiato entre o “acreditar” e o “praticar” denota – como nos restantes países católicos europeus – **que o catolicismo, embora dominante, se está a transformar mais numa referência sociocultural do que numa escolha religiosa efectivamente praticada**. Daí que, também aqui, tenha ganho terreno a afirmação da liberdade dos indivíduos na “construção” da sua crença “à la carte”, atitude acompanhada por uma maior “flexibilidade dogmática”, bem contrastante com os dogmatismos anteriores¹⁰⁰ (grifo nosso).

Ainda nessa linha, em Portugal, por exemplo, verificou-se que a pluralização entre o modo como a religião é enxergada dentro da sociedade, resultou na cisão entre dois grupos sociais: os “crentes nucleares”, devotos a uma visão mais tradicional e conservadora da religião – verificável, principalmente, entre grupos socioeconômicos mais desprivilegiados, com menor escolaridade, compostos, em sua maioria, por idosos, viúvas e inválidos – e grupos de

99 CATROGA, Fernando. *Entre Deuses e Césares: secularização, Laicidade e Religião Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2010

100 CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, Laicidade e Religião Civil**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2010. p. 422

posição mais fluida e tolerante, composto por jovens, escolarizados, advindos de famílias alfabetizadas, em sua maioria homens solteiros. Enquanto o primeiro grupo se mostrou contra relações homossexuais, aborto, eutanásia e inseminação artificial, o segundo grupo se apresentou como sendo abertos a uniões de fato, fecundação artificial, doação de órgão, igualdade de papéis familiares e alguns casos de aborto, quando presentes deficiências comprovadas¹⁰¹.

Observa-se, assim, que a mudança na forma como as sociedades enxergam a religião influencia muito nos reflexos que essa religião terá politicamente. Atualmente, os países de influência europeia – como o Brasil – embora apresentem taxas elevadas de pessoas com crenças individuais em um ser superior, deixou de observar a religião como capaz de regular todos os aspectos da vida da população. Apesar disso, essa crença na religião apenas adstrita a esfera da vida privada, ainda é mais difundida entre jovens – em especial de escolaridade condição econômica mais alta – o que gera um abismo muito grande entre as opiniões de pessoas mais idosas e de menores condições financeiras, para quem a religião ainda possui grande influência social.

Nesse contexto, Novais aponta que essa atenuação na capacidade de influência das religiões – em especial com o estabelecimento do secularismo – fizeram com que as igrejas buscassem fundamentar suas visões dogmáticas dentro de princípios jurídicos que lhes dessem suporte. Para isso, o princípio da dignidade religiosa, especialmente pela sua origem Cristã, foi enxergado como uma abertura do ordenamento a visões de mundo fundamentalistas¹⁰².

Nessa estratégia, o princípio da dignidade da pessoa humana e ideologicamente carregado traria pressupostos confessionais atemporais e indiscutíveis, engessando outros princípios de singular importância ao direito, como o direito à vida, a multividades confessionais particulares. No entanto, o autor esclarece que a moral religiosa não pode vir disfarçada em conceitos jurídicos para impor *autoritariamente* formas de vida não pactuadas por todos os particulares. Portanto, deve-se compreender o respeito a dignidade da pessoa humana como o direito que cada um dos indivíduos possuem a uma vida pautada em autonomia, autodeterminação e liberdade¹⁰³.

De Menezes argumenta que, historicamente, durante o período do Brasil imperial, a família brasileira seguia o regime imposto pela Igreja Católica, religião oficial do país, que es-

101 CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, Laicidade e Religião Civil**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2010

102 NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais**. Vol 1. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2018.

103 NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais**. Vol 1. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2018.

tipulava o reconhecimento apenas da família matrimonial advinda do casamento na igreja e cuja organização era patriarcal. O casamento civil só foi reconhecido em 1890, por meio do decreto nº 181, porém, mesmo com a proclamação da República e a extinção do catolicismo como religião oficial, o modelo familiar eleito pelo catolicismo ainda permaneceu sendo o predominante nas sociedades brasileiras¹⁰⁴.

Porém é necessário se ter em vista a enorme mudança pela qual passou as famílias nos últimos anos, e que essa disciplina baseada no direito religioso português não é condizente com as organizações familiares que foram surgindo ao longo da história. Somado a isso, têm-se a mudança paradigmática pela qual passou o direito com a inserção da pessoa no centro do sistema jurídico, reservando às instituições o papel coajuvante de promoção da pessoa. Assim, “A família é uma instituição a serviço da formação e bem-estar da pessoa e não o contrário. O direito de personalidade à autodeterminação ético-existencial do sujeito não pode ceder a um modelo único de estrutura familiar”¹⁰⁵.

Nessa ótica, importante a contatação de Stuart Mill, que defende que, em decisões que digam respeito ao próprio indivíduo, sua individualidade deve prevalecer sobre costumes e posições tradicionais da sociedade. Isso pois, o costume e tradições podem levar a imposições de estilos de vida por vezes inadequadas ao sujeito ao qual se está imputando o costume. Além do mais, a ausência de questionamento do próprio costume que está se imposto gera a repetição de equívocos incontestados, freando a possibilidade de desenvolvimento e gerando a estagnação da raça humana. Nas palavras do autor:

O despotismo dos costumes é em toda parte um obstáculo permanente ao desenvolvimento humano; é perpetuamente antagônico à vontade de ter em vista algo melhor do que simplesmente coisas costumeiras — algo a que se chama, segundo as circunstâncias, espírito de liberdade, ou espírito de progresso e desenvolvimento. O espírito de desenvolvimento nem sempre é um espírito de liberdade, pois pode ir no sentido de impor melhorias contra a vontade de um povo; e o espírito da liberdade, na medida em que resiste a tais tentativas, pode aliar-se local e temporariamente aos inimigos do desenvolvimento; **mas a única fonte inabalável e permanente de desenvolvimento é a liberdade, dado que através dela há tantos centros possíveis de desenvolvimento independente como indivíduos**¹⁰⁶.

Ao conjugar a análise realizada por Cartoga, no que tange a conversão de princípios religiosos como referência sociocultural, e a análise realizada por Stuart Mill sobre o perigo

104 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-132, 2008.

105 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 1, 2008. p. 121.

106 STUART MILL, John. **Sobre a Liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 105.

do despotismo dos costumes, é possível perceber que muitos desses costumes despóticos são derivados de referências religiosas. O problema é gerado quando há uma ausência de consciência sobre a origem desse processo. Isso, pois, conforme dispôs Novais, muitas dessas normas fundadas em princípios religiosos e, portanto, em uma visão particular de vida, podem ser sedimentadas em normas jurídicas sob a justificativa de busca pela tutela da dignidade da pessoa humana e não como uma posição específica de visão de mundo. Essa manobra dificulta o debate, pois não se está, de fato, discutindo conceitos jurídicos, mas sim dogmas religiões incontestáveis.

A título de exemplo, no caso do aborto, Dworkin defende que a maior dificuldade em defender uma posição coerente em relação ao tema é que ambos os lados da discussão estão apoiados em convicções inatas, o que torna impossível a comprovação dos argumentos levantados. Não há um fato biológico a ser descoberto, ou uma analogia moral a ser resolvida, mas sim o questionamento se o feto constitui ou não uma pessoa. Dessa forma, Dworkin argumenta que, nesses casos, deve-se mudar a pergunta. Deve-se afastar o problema da questão metafísica e aproximá-la do debate jurídico. Em vez de questionar se o feto constitui ou não uma pessoa, deve-se questionar qual o real bem jurídico protegido: a proteção do valor sagrado da pessoa humana¹⁰⁷.

Assim, compreender as origens pelas quais determinada lei advieram é extremamente importante para verificar as reais justificativas que levaram a sua aprovação e, com isso, analisar sua legitimidade. Somado a isso, torna-se importante analisar as condições reais às quais se encontram a sociedade a qual a lei se destina, e verificar se, de fato, a norma aprovada é condizente com a realidade enfrentada pelos seus destinatários.

No caso do direito de família, é necessário compreender que as sociedades se desenvolvem de maneira muito mais dinâmica, de forma que às leis só cabem documentar aquilo que já foi observado depois do fato ocorrido. Conforme pode-se perceber, o conceito de família sofreu grandes mudanças ao longo dos anos, assim como as necessidades sociais. Dessa forma, a análise dos fundamentos jurídicos que constituíram o pilar das normas jurídicas se tornou essencial para que se pudesse adentrar ao próximo tópico: os fundamentos jurídicos do direito reprodutivo sobre a ótica dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade.

107 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

3. FUNDAMENTO JURÍDICO: A REPRODUÇÃO SOBRE A ÓTICA DO DIREITO

O fenômeno da desumanização do outro pode ser descrito como o tratamento do outro como sendo tão inferior que sequer é considerado humano, sendo passivo de objetificação e instrumentalização. Percebe-se que durante a história da humanidade muitas teorias justificaram o desrespeito aos direitos de um indivíduo com a negação da humanidade. Durante o período clássico, o filósofo grego Aristóteles defendeu a existência de uma hierarquia natural entre seres humanos que legitimava a existência da escravidão. Nesse sentido, percebe-se que, ao utilizar o famoso argumento “o homem é um animal político”, Aristóteles trouxe a ideia de que todos os homens viviam dentro da pólis grega e todos aqueles que estivessem fora da Cidade-Estado, os bárbaros, não eram considerados homens¹⁰⁸.

Seguindo o mesmo exemplo, na Idade Média, muitas mulheres foram coladas na fogueira para queimar até a morte pela Santa Inquisição ao serem declaradas feiticeiras, negando-lhes o caráter de humanas. Posteriormente, durante a segunda guerra mundial, o genocídio praticado contra os judeus representou mais uma expressão da desumanização do outro: para os nazistas os judeus não eram simples inimigos de guerra, mas uma *raça a ser exterminada*.

Por fim, mas não menos assustador, o *apartheid* ocorrido na África do Sul, até 1995, também se baseava na ideia de que os negros não seriam humanos. De acordo com o fundamentalismo da Igreja Reformada Holandesa, os negros não possuíam alma e, logo, podiam receber tratamento inferior¹⁰⁹.

Percebe-se que, no processo de desumanização do outro, o “outro” é considerado um ser inferior na pirâmide social, não lhe sendo concedido o direito ao gozo pleno de sua humanidade. Segundo Habermas¹¹⁰, a busca incessante dos seres humanos pela razão e por avanços científicos acabaram por afastá-lo da moral e da vida ética. Não obstante, a moral e a ética são fundamentais para que seja possível responder aos questionamentos “quem somos” e “quem queremos ser”. Assim, é essencial que seja desenvolvido uma teoria capaz de voltar os conceitos éticos e moral para a orientação da vida humana.

Para Habermas, o princípio da dignidade da pessoa humana traduz a ideia de que todos os seres humanos possuem igual direito de acesso aos direitos humanos, sendo o elo entre di-

108 ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

109 ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

110 HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004

reito e moral. Assim, este princípio é capaz de converter o conceito de moral racional (respeito e consideração pelo outro), para direito racional (obrigações jurídicas e reconhecimento do outro como igual sujeito de direito)¹¹¹.

Nessa ótica, o direito deve ser utilizado como instrumento orientado aos fins da humanidade, compreendida como uma sociedade global merecedora de igual respeito e dignidade. Sem ter isso em foco, o direito pode se converter em um sistema de opressão e dominação. A volta da ética e da moral aos ordenamentos sugere a compreensão do direito como um produto humano, sujeito a falhas e evoluções, que não pode ser alheio a pontos éticos relativos a própria existência da humanidade.

Nesse contexto, a tutela dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais torna-se imprescindível para que se possa garantir um ambiente de igualdade e respeito às mulheres enquanto detentoras de direitos inerentes a sua humanidade. O não reconhecimento de igualdade de acesso a esses direitos, ou a sua mitigação, implica na declaração de que elas ocupam uma posição inferior na hierarquia social, e merecem menos respeito por parte da comunidade internacional.

A instrumentalização da mulher para servir a propósitos comunitários, como a manutenção e equilíbrio populacional do Estado, também implica na sua desumanização, uma vez que ela é objetificada, e utilizada a servir propósitos alheios ao seu próprio ideal de vida. Desta feita, se faz necessário abordar os fundamentos jurídicos que dão suporte aos direitos reprodutivos enquanto direito humano e reflexo da tutela do livre desenvolvimento da personalidade.

3.1 Direitos humanos: perspectiva internacional sobre os direitos reprodutivos

Após a promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, o direito internacional sofreu uma importante mudança de paradigma. Os direitos humanos passaram a ser compreendidos como direitos básicos e inatos a todos os Seres Humanos, independente das leis do país a qual se encontram. Dessa forma, houve uma necessária mitigação da soberania estatal, que não era mais capaz de justificar graves violações de direitos humanos contra seus cidadãos¹¹².

111 HABERMAS, Jurgén. El concepto de dignidade humana y la utopia realista de los derechos humanos. **Di-
anóia**, vol. LV, nº 64, pp. 3-25, maio de 2010

112 FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

Em definições técnicas, a Declaração não constitui um tratado internacional, pois não foi submetida ao procedimento regular de aprovação, mas sim surgiu por meio de uma Resolução da ONU. Entretanto, atualmente, devido a sua importância histórica como marco do reconhecimento da universalidade dos direitos humanos, ela é considerada *jus cogens* internacional, logo, é de aplicação imperativa e não permite derrogações por parte do Estado-membro. Em reforço a esse posicionamento, em 1980 ela foi reconhecida pela Corte Internacional de Justiça como um direito internacional consuetudinário durante o julgamento do caso “Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã”¹¹³.

Ressalta-se que a qualidade universal da Declaração dos Direitos Humanos ainda é muito questionada por diversas correntes do pós-modernismo que consideram-na como um produto do mundo ocidental, incapaz de adequar as diferentes culturas e tradições ao redor do mundo sem destruí-las. Apesar desses posicionamentos, Alves destaca que diversos países não-ocidentais apenas obtiveram independência após a promulgação da Declaração, e, ainda assim, aceitaram-na voluntariamente, incorporando muito de suas disposições em seus ordenamentos internos, sem que sua cultura ou religião sofressem modificações. A adoção espontânea da Declaração e a influência positiva no reconhecimento de direitos internos aos cidadãos desses países reforça correntes que defendem a sua importância na luta contra o colonialismo, e refuta a ideia de que seria uma imposição imperialista¹¹⁴.

Em reforço a essa posição, Ferrajoli defende a atenuação da soberania estatal em defesa da universalização dos Direitos Humanos. Para ele, a depender a gravidade da violação, a tutela desses direitos justifica até mesmo sua oposição contra questões culturais do Estado, que sofrem os efeitos do reconhecimento dos Direitos Humanos ainda que tal país não haja consentido com tais direitos. Para justificar seu posicionamento, Ferrajoli explica que certas tradições culturais camuflam relevantes violações à dignidade humana de seus titulares, ainda que sejam consideradas legítimas pelo Estado violador¹¹⁵.

Não obstante, Habermas alerta sobre os perigos de se utilizar de pretextos de tutela universal como forma de dissimular dominação imperialista sobre culturas tidas como inferiores. Ele reconhece que a positivação dos direitos humanos na esfera internacional criou aos Estados a obrigação de garantia desses direitos a todos os povos, independente de fronteiras estatais, entretanto, defende que a dignidade humana só será de fato tutelada dentro de uma

113 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

114 ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

115 FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais**. Trad. De Alexandre Salim e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

sociedade cosmopolita. Esse cosmopolitismo a ser buscado pela comunidade internacional exige a abordagem dos Direitos Humanos sobre o povo de vista do Multiculturalismo¹¹⁶.

Assim, em oposição a uma universalidade irreflexiva e abrupta, o multiculturalismo busca analisar os contextos sociais sobre o ponto de vista da própria comunidade impactada pelas decisões. Dessa feita, busca-se a defesa dos direitos individuais dos membros daquele grupo sem excluir suas manifestações pessoais durante o processo, tutelando e fomentando suas culturas e religiões¹¹⁷. O multiculturalismo urge ainda que se reconheça os diferentes conceitos éticos e noções identitárias dentro de uma mesma sociedade. Em caso de conflitos entre comunidades diversas, é exigido do Estado que considere todos os conceitos éticos envolvidos durante o processo de efetividade dos direitos humanos. Tanto os grupos majoritários quanto os grupos minoritários devem ter igual consideração e oportunidade de influir nas decisões políticas estatais, já que ambos compõe o corpo social¹¹⁸.

Em 1993, reiterando os direitos já proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi firmada a Convenção Mundial dos Direitos Humanos. Ocorrida na Áustria, na cidade de Viena, a Convenção foi ratificada por unanimidade por mais de 170 países, sem que nenhuma reserva fosse realizada¹¹⁹. A Convenção de Viena dispôs expressamente sobre a obrigação dos Estados-membros em proteger os Direitos Humanos, independente de questões políticas, econômicas ou culturais internas, prevendo um parâmetro mínimo de dignidade humana a ser garantido por toda comunidade internacional a todos os povos¹²⁰.

Dessa feita, percebe-se que foi amplamente reconhecido pela comunidade internacional a existência de direitos tão essenciais para preservação de vida digna que foram considerados de cumprimento obrigatório por toda comunidade internacional, sem possibilidade de derrogação e de caráter imperativa, e, por isso, chamados de *jus cogens*. A título de exemplo, destaca-se a proibição de genocídio. Nesse caso, o país infrator não precisa ser signatário de nenhum tratado que contenha previsão expressa a respeito para ser responsabilizado pela infração. Outro exemplo elencado por Mazzuoli é a proteção dos direitos fundamentais, cuja tutela também possui natureza cogente¹²¹.

116 HABERMAS, Jurgén. El concepto de dignidade humana y la utopia realista de los derechos humanos. **Di-anóia**, vol. LV, nº 64, pp. 3-25, maio de 2010

117 HABERMAS, Jurgén. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002

118 HABERMAS, Jurgén. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002

119 ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

120 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

121 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Piovesan pontua que esse primeiro momento de conquista dos direitos humanos foi pautado por uma grande necessidade de se proteger o “outro” enquanto ser humano e igual detentor de direitos, buscando, principalmente, punir crimes de destruição em massa, como o genocídio. Entretanto, essa generalização em designar quem é o outro não é suficiente para lidar com casos em que esse sujeito precisa ser definido e designado com todas as suas particularidades e necessidades específicas. Assim, ao lado do direito à igualdade, é necessário também se reconhecer o direito à diferença. Nesse caso, seria necessário discutir formas de proteção adequadas a diferentes casos e especificidades, respeitando o outro como alguém que possui uma cultura, crenças e desafios não uniformes com as demais pessoas do mundo¹²².

Ao encontro dessa posição, Habermas defende que uma teoria do direito deve compreender a preservação da integridade das identidades dos indivíduos, porém dentro do contexto coletivo ao qual sua identidade está submetida. No Estado Democrático, os direitos subjetivos iguais pressupõem assegurar a coexistência de diferentes grupos étnicos e suas formas culturais de vida. Nesse sentido, para se garantir a integridade de um indivíduo, é essencial que se proteja o contexto social que ele se insere e no qual ele formou sua identidade. Assim, a identidade individual está intimamente ligada a identidade coletiva. Esse tipo de reivindicação deve, no entanto, ser apenas jurídica, e não pode resultar em uma valoração axiológica sobre o conteúdo dessa cultura. Dessa forma, não se busca analisar o benefício que determinada cultura tem para o futuro da humanidade¹²³.

Nesse ponto, a teoria chamada “teoria do reconhecimento” de Habermas tem, como fim último, apenas ao reconhecimento identitário dos membros desse grupo e está limitada a teoria do direito enquanto tal, e não a uma teoria ecológica sobre a preservação das espécies. Pois preocupar-se com a sobrevivência da espécie retiraria dos membros desse grupo a liberdade de permanecer ou não no grupo, necessário à preservação de uma herança cultural. Isso pois, algumas culturas só conseguiram se manter vivas até os dias de hoje, graças a sua liberdade e poder de autotransformação e adaptação. Assim, em sociedades multiculturais, a coexistência equitativa das formas de vida significa que cada cidadão pode se desenvolver livre de pressões externas e internas de seu próprio universo cultural, podendo confrontar sua tradição, modificá-la ou dar-lhe continuidade¹²⁴.

122 PIOVESAN, Flávia. A mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 2, p. 39-44. 2004

123 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política.** Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pp. 229-266.

124 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política.** Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, pp. 229-266.

Em 1979 foi realizado a primeira Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. A Convenção foi voltada a dois objetivos complementares: punição e repressão de qualquer forma de discriminação e promoção da igualdade e respeito no tratamento da mulher. Não obstante, além de ter sido, até então, o documento que mais recebeu reservas dos Estados signatários, ela só foi ratificada pelo Brasil em 1984¹²⁵. Por fim, em 2002, a convenção finalmente foi trazida para o direito interno por meio do Decreto 4.377. Dentre outras previsões, importante destacar o art. 12 da convenção que declarou ser obrigação dos Estados-membros eliminar todas as restrições ao acesso a procedimentos e serviços de saúde, retirando a obrigatoriedade de autorização de terceiros para realização desses procedimentos, como, a título de exemplo, a necessidade de autorização de cônjuges e pais na realização de procedimentos de saúde¹²⁶.

Seguindo esse movimento, em 1994, as Nações Unidas realizou a 1ª Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, Egito. O objetivo dessa conferência foi discutir maneiras de promover o desenvolvimento sustentável das nações ao redor do mundo. Dessa forma, buscou-se traçar estratégias focadas tanto na expansão econômica quanto na melhoria da qualidade de vida da população. Para que isso fosse possível, a ONU contou com a presença de representantes de mais de 182 países e mais duas mil ONGs de toda parte do globo¹²⁷. Dentre os principais pontos abordados destaca-se principalmente os temas: proteção da mulher e igualdade de gênero; saúde, mortalidade e envelhecimento da população; sexualidade saudável e planejamento familiar e bem-estar familiar.

Dos temas elencados, os que suscitaram mais conflitos foram os envolvendo a sexualidade e o planejamento, tendo como principais opositores a Santa Sé e alguns membros de países islâmicos. De maneira geral, os principais argumentos contrários aos dispositivos seria os de que eles seriam contrários a alguns fundamentos religiosos defendidos pelo catolicismo e pelo islamismo¹²⁸. Nessa questão, importante reproduzir parte do discurso realizado por Benazir Bhutto, Primeira-Ministra do Paquistão à época:

125 PIOVESAN, Flávia. A mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 2, p. 39-44. 2004

126 VENTURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas. 3ª Ed. 2009

127 ALVES, José Augusto Lindgren. **A Década das Conferências: (1990-1999)**. 2a ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2018

128 ALVES, José Augusto Lindgren. **A Década das Conferências: (1990-1999)**. 2a ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2018

[...] [Na] condição de mulher, mãe, esposa e chefe de governo da maior nação muçulmana com eleições democráticas, [...] o Programa de Ação não deveria ser encarado como uma Carta destinada a impor o adultério e o aborto, nem os participantes deveriam permitir que uma minoria de mentalidade estreita ditasse a Agenda ¹²⁹.

Assim, nessa linha, o princípio 4º da Conferência traçou dispôs sobre a igualdade entre os sexos, direitos reprodutivos e emancipação feminina. O princípio 8º do mesmo dispositivo imputou ao Estado o dever de garanti acesso a saúde reprodutiva, de modo a garantir tanto o exercício sexual saudável quanto planejamento familiar. Além do mais, ao casal foi garantido livre poder decisório sobre o exercício do direito reprodutivo, sendo proibida qualquer forma de coerção¹³⁰.

O Capítulo 7 da Convenção foi dedicado inteiramente aos direitos sexuais e reprodutivos, sendo reafirmado suas condições como direito humano. Dessa forma, aos indivíduos foi garantido o direito a uma vida sexual segura, com acesso a informações e a métodos contraceptivos eficazes, de modo a permitir a realização de planejamento familiar. Além disso, foi expressamente estipulado que o direito a reprodução fosse exercido conforme o plano de vida de cada um, sem nenhum tipo de intervenção externa, coerção, violência ou discriminação, tanto por parte de particulares, como pelo próprio Estado¹³¹. O ponto 7.12 foi expresso ao proibir qualquer forma de intervenção do Estado no exercício do planejamento familiar, conforme se é possível observar a baixo.

7.12 O sucesso de **programas de educação da população e de planejamento familiar**, numa variedade de circunstâncias demonstra que o indivíduo informado pode agir e agirá, em toda parte, **com responsabilidade, de acordo com as suas próprias necessidades e das necessidades de sua família e da comunidade**. O princípio da livre escolha consciente é essencial ao sucesso em longo prazo de programas de planejamento familiar. **Não há lugar para qualquer forma de coerção**. Em toda sociedade há muitos incentivos e desestímulos sociais e econômicos que afetam decisões individuais sobre a gravidez e o tamanho da família. **No século passado, muitos governos experimentaram planos que incluíam incentivos e desestímulos para reduzir ou aumentar a fecundidade**. A maior parte dos planos teve apenas um impacto marginal na fecundidade e, em alguns casos, foram contraproducentes. Os objetivos governamentais de planejamento familiar devem ser definidos em termos de necessidades não-satisfeitas de informação e de serviços. Objetivos demográficos, embora objeto legítimo de estratégias governamentais de desenvolvi-

129 ALVES, José Augusto Lindgren. **A Década das Conferências: (1990-1999)**. 2a ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2018. p. 191

130 ONU. Constituição (1994). **Relatório da Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento**. Cairo, Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf> Acesso em: 14 jul. 2021.

131 ONU. Constituição (1994). **Relatório da Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento**. Cairo, Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf> Acesso em: 14 jul. 2021.

mento, não devem ser impostos aos prestadores de serviços de planejamento familiar na forma de alvos ou quotas no recrutamento de clientes¹³² (grifo nosso).

Os trechos destacados reforçam o contexto histórico ao qual o documento estava inserido, e faz alusão aos vários casos já apontados nesse estudo em que os governos se utilizaram de medidas políticas para realizar controle demográfico coercitivo em sua população. Dessa forma, esse dispositivo reforça o direito à liberdade no planejamento familiar, e impossibilita que governantes de todo o mundo interfira nessa escolha. A realização de Políticas Públicas capazes de auxiliar na adoção de planejamento familiar responsável é possível e desejável, desde que seja feita por meio de fornecimento de programas educativos capazes de conscientizar a população de sua importância, emancipando o indivíduo e viabilizando um melhor exercício do direito reprodutivo. Porém esse movimento jamais pode ocorrer de modo impositivo.

Apesar dos notáveis avanços a nível de reconhecimento internacional, a inserção de diversas reservas por parte dos governos fundamentalistas fez com que o documento não possuísse muitos reflexos práticos, pois tais países não se sentiam obrigados a cumprir os programas de trabalhos assinalados. Além do mais, os progressos internacionais provocaram uma onda de violências e ataques de grupos privados, que se negavam a aceitar que as novas ideias emancipatórias fossem implementadas¹³³.

Em 1995, as Nações Unidas organizaram em Pequim, na China, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher. De tamanho colossal, ela foi cinco vezes maior que a Conferência de Viena e duas vezes maior que Conferência do Cairo, e conteve a presença de 4969 delegados representante de 189 países, 4200 ONGs, 3235 jornalistas e 35 mil participantes do fórum não governamental de fórum não-governamental de Huairou¹³⁴.

A Plataforma de Ação advinda da Conferência de Pequim tinha como principal objetivo o empoderamento feminino, com a consequente expansão da sua participação na vida pública e privada, estabelecendo igualdade de poder e responsabilidade entre homem e mulher. Posteriormente, buscou-se traçar o contexto global ao qual as mulheres estavam inseri-

132 ONU. Constituição (1994). **Relatório da Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento**. Cairo, Disponível em: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf> Acesso em: 14 jul. 2021. p. 64

133 ALVES, José Augusto Lindgren. **A Conferência De Beijing E Os Fundamentalismos**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol. 6. Ago 2011. p. 787 – 816.

134 ALVES, José Augusto Lindgren. **A Conferência De Beijing E Os Fundamentalismos**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol. 6. Ago 2011. p. 787 – 816.

das, destacando-se o grande número de estupros e abortos coletivos, a feminização da pobreza, a estereotipação e inferiorização do corpo feminino promovido pela comunicação generalizada, e, a partir disso, estabelecer um conjunto de ações a serem desenvolvidas pelos próximos cinco anos a fim de que esse objetivo pudesse ser cumprido¹³⁵.

Mais uma vez, a pauta dos direitos reprodutivos e sexuais, compuseram a pauta mais problemática e debatida pelos países de fundamentalistas religiosos. Dentre as pautas levantadas pela Convenção destaca-se: o aumento do poder de tomada de decisão feminina em todos os âmbitos da vida pública e privada – inclusive no âmbito da fecundação – a expansão da participação da mulher nos sistemas de comunicação, a preocupação com a saúde feminina, desde a concepção até o aborto, proteção contra HIV, direitos sexuais e reprodutivos¹³⁶. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho da Declaração:

É preciso lograr que as mulheres possam exercer o direito a usufruir o mais elevado nível possível de saúde durante todo o seu ciclo vital, em igualdade de condições com os homens. **As mulheres padecem de muitas das afecções de que padecem os homens, mas de maneira diferente.** A incidência da pobreza e da dependência econômica da mulher, sua experiência com a violência, as atitudes negativas para com mulheres e meninas, a discriminação racial e outras formas de discriminação, o controle limitado que muitas mulheres exercem sobre sua vida sexual e reprodutiva, **e sua falta de influência na tomada de decisões são realidades sociais** que têm efeitos prejudiciais sobre sua saúde [...] A boa saúde é essencial para viver de forma produtiva e satisfatória, e é fundamental para o avanço das mulheres que tenham **o direito de controlar** todos os aspectos de sua saúde e, em especial, de sua própria fertilidade.¹³⁷

O dispositivo reforça a ideia traçada por Moen¹³⁸, trazidas no primeiro capítulo, de que o papel social ao qual a mulher está sujeita a coloca em uma posição de desequilíbrio em relação aos homens que se encontrem em situações semelhantes, o que é intensificado pela ausência de voz política feminina em assuntos ligados aos direitos reprodutivos. Assim, destaca-se a ênfase trazida pelo dispositivo sobre a importância de a mulher deter o real poder de escolha sobre sua própria fertilidade, o que só ocorrerá se for compreendidas suas necessidades enquanto sujeitos expostos a particular vulnerabilidade econômica, física e emocional. O documento enfatiza como a dependência econômica da mulher ainda está presente em muitas

135 ALVES, José Augusto Lindgren. **A Conferência De Beijing E Os Fundamentalismos**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol. 6. Ago 2011. p. 787 – 816.

136 ALVES, José Augusto Lindgren. **A Conferência De Beijing E Os Fundamentalismos**. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. Vol. 6. Ago 2011. p. 787 – 816.

137 ONU. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim. 1995. p. 177

138 Ver mais em: MOEN, Elizabeth. **Women's Rights and Reproductive Freedom**. *Human Rights Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1981.

comunidades ao redor do mundo. Esse fato, conjuntamente com a discriminação de gênero e a violência, limitam consideravelmente sua capacidade decisória.

No ano 2000, outra importante conquista dos direitos reprodutivos no direito brasileiro foi a ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, promulgado no ordenamento interno pelo Decreto 4.388, de 25 de Setembro de 2002. Nesse contexto, o art. 7º, 1, “g” do Estatuto dispõe ser considerado crime contra a humanidade agressão e escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada e todas as demais formas de violência sexuais de igual gravidade¹³⁹

No Brasil, o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição federal dispõe que os direitos e garantias individuais possuem aplicação imediata, e, portanto, não depende de lei regulamentar para que iniciem sua vigência. O parágrafo 2º do mesmo artigo, por sua vez, constitui uma cláusula aberta para adoção de demais direitos humanos não expressos no texto constituinte, mas reconhecidos em sede da ordem internacional. Dessa forma, dispõe o artigo que “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”¹⁴⁰.

Somado a isso, a Emenda Constitucional 45 de 2004, a chamada “Emenda da Reforma do Judiciário”, veio para complementar o parágrafo segundo do artigo 5º, estabelecendo que os tratados internacionais de direitos humanos que fossem aprovados por dois turnos, com três quintos dos votos, nas duas casas do Congresso Nacional – processo semelhante ao prescrito para a aprovação de emendas constitucionais – teriam força equivalente às emendas constitucionais¹⁴¹.

De acordo com Sarlet, os tratados de direito internacional já possuem hierarquia constitucional, pois por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, são considerados materialmente constitucional, porém, essa mudança no Texto Magno possibilitou que fossem asseguradas às normas sobre direitos humanos também o caráter de direito formalmente constitucional. Entretanto, o autor coloca a problemática de se estabelecer qual a natureza dos tratados internacionais sobre direitos humanos estabelecidos anteriormente a EC 45/2004, e, por-

139 VENTURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas. 3ª Ed. 2009

140 BRASIL. Constituição Federal da República. 1988

141 SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 12, n. 2, p. 325-344, 2011.

tanto, já incorporados ao ordenamento interno, porém, sem ter passado pelo crivo do art. 5º, § 3º, recém inserido na Magna Carta¹⁴².

Dessa forma, Sarlet dispõe que muitos autores questionaram a constitucionalidade da inovação trazida pela Emenda, pois, de fato, apenas dificultou a adoção interna dos tratados sobre direitos humanos, além de possibilitar interpretações que rebaixassem os tratados já incorporados ao ordenamento interno a textos meramente legais, contrariando o § 2º – norma constitucional originária. Assim, a única interpretação capaz de conciliar a aparente contradição entre a EC e a norma anterior foi a de que os tratados aprovados segundo o rito da EC 45/2004 adquiririam o caráter formalmente constitucional, e constituiriam um bloco de constitucionalidade que atuariam no controle de constitucionalidade, conjuntamente às demais normas do Texto Magno¹⁴³.

Além do mais, esse bloco de constitucionalidade, devido ao fato de passar por um processo legislativo mais robusto, poderiam não só reformar as normas constitucionais, mas também funcionariam como limite às reformas posteriores. Entretanto, os tratados já incorporados ao ordenamento pátrio permaneceriam hierarquicamente constitucionais devido ao fato de já serem materialmente constitucionais, além de não poderem ser injustificadamente denunciados devido ao Princípio da Proibição do Retrocesso em Matéria de Direitos Humanos¹⁴⁴.

O STF já adotou o posicionamento de que os tratados aprovados pelo sistema proposto pelo § 3º do artigo 5º possuiria um *status* jurídico de emenda constitucional, enquanto os demais tratados sobre direitos humanos teriam caráter supralegal, porém fora do texto constitucional. Apesar disso, Sarlet dispõe que em busca de uma solução que privilegie uma solução mais favorável ao princípio da dignidade da pessoa humana, o argumento encontrado pela Suprema Corte ainda possibilita que se chegue a uma interpretação que conclua pela equivalência hierárquica entre os dois tipos de tratados sobre direitos humanos. Isso, pois, o caráter de direitos fundamentais trazidos outorgados pelo § 2º do artigo 5º, frisa-se, norma

142 SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 12, n. 2, p. 325-344, 2011.

143 SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 12, n. 2, p. 325-344, 2011.

144 SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 12, n. 2, p. 325-344, 2011.

constitucional originária, torna imperativo a proteção constitucional de tais direitos, que são indisponíveis ao legislador ordinário infra-constitucional¹⁴⁵. Nesse sentido, dispõe o autor:

De resto, há de enfatizar sempre que a **condição de direitos fundamentais é absolutamente incompatível com uma hierarquia normativa infraconstitucional**, visto que direitos fundamentais são sempre direitos constitucionais e não podem estar à disposição plena do legislador ordinário. Entendimento diverso, mesmo que seja em favor de uma hierarquia supralegal dos tratados (posição hoje ado-tada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria!), ainda que tenha representado um considerável avanço em relação ao entendimento antes prevalente, em favor da paridade entre lei ordinária e tratado, segue relegando os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais a uma posição secundária em face dos direitos fundamentais da Constituição, sendo, de tal sorte, no mínimo questionável¹⁴⁶.

Dessa forma, adotando o posicionamento adotado por Sarlet, devido a abertura trazida pelo § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, todos os tratados internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil é signatário são materialmente constitucionais, possuindo a mesma força hierárquica que as demais normas da Constituição. Isso, pois, ao serem trazidos para o direito pátrio, eles são revestidos de caráter fundamental, devendo receber tutela adequada pelo Estado.

Nesse contexto, as norma previstas nos tratados sobre direitos sexuais e reprodutivos, em especial os que dizem respeito a tutela da mulher como sujeito dotados de especial condição de vulnerabilidade, são incorporadas ao direito brasileiro sobre as vestes de direito fundamentais, sendo sujeito a todas as garantias e tutelas previstas no Texto Magno, em especial às que dizem respeito a inconstitucionalidade de leis que de qualquer forma ofender esses direitos. A esse assunto, porém, será dedicado o capítulo 3, posteriormente a análise dos direitos reprodutivos como direitos fundamentais ao qual foi dedicado o subcapítulo seguinte.

3.2 Direito fundamental: dignidade humana, o livre desenvolvimento da personalidade

Ferrajoli descreve os direitos fundamentais como sendo um conjunto de direitos subjetivos, universalmente imputados a todos os Seres Humanos dotados de *status* de pessoa, de cidadão, ou de pessoa com capacidade de agir. A definição apresentada pelo autor, além de ideologicamente neutra, prescinde da previsão desses direitos por parte de um or-

145 SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 12, n. 2, p. 325-344, 2011.

146 SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 12, n. 2, 2011, p. 338.

denamento jurídico, que, apesar de consistir em condição de existência e vigor naquele ordenamento específico, não interfere na definição do conceito de direitos fundamentais¹⁴⁷.

Não obstante, Sarlet considera que o principal critério de diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos é a ideia de que os direitos humanos, por estarem fundados necessariamente na dignidade da pessoa humana possuem caráter universal. Entretanto, os direitos fundamentais podem ou não ser fundados na dignidade, sendo seu principal diferencial o fato de estarem constitucionalmente garantidos na ordem jurídica do país¹⁴⁸.

A primeira definição concetual que se é impõe é a que difere os direitos fundamentais dos direitos patrimoniais. Enquanto os direitos fundamentais são universais, ou seja, atribuído a todas as pessoas pelo simples fato de serem pessoas, os direitos patrimoniais são singulares, diversificados em qualidade e quantidade. Além disso, os direitos fundamentais são indisponíveis, isso significa que não podem ser subtraídos nem pelo mercado, nem por decisões políticas, enquanto os direitos patrimoniais são negociáveis. Por fim, os direitos fundamentais constituem limites ao poder público e ao próprio indivíduo, e, por isso, constituem normas de direito, enquanto os direitos patrimoniais são predispostos por normas, sujeitos aos efeitos que as normas os atribuem¹⁴⁹.

Outra característica dos direitos fundamentais é que eles, geralmente, são formulados por princípios jurídicos, e não por regras. Isso se dá, pois os princípios possuem um grau de abstração e complexidade muito maior, permitindo que eles prescrevam não uma única forma de conduta, mas sim inúmeras condutas orientadas a valores constitucionalmente protegidos¹⁵⁰.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 elencou a dignidade da pessoa humana e o pluralismo jurídico como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III e IV). A inserção da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental representou o retorno do ordenamento ao Ser Humano, como centro do sistema jurídico. Já o pluralismo jurídico assegurou o direito de cada pessoa de adotar as concepções de vida boa

147 FERRAJOLI, **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011

148 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

149 FERRAJOLI, **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011

150 DUQUE, Marcelo Schenk. NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes Do. O Princípio Da Proporcionalidade À Luz Da Teoria Dos Limites Dos Limites: Critérios De Análise De Restrições A Direitos Fundamentais. **Revista Estudos Institucionais**, V. 4, N. 2, P. 949-968, 2018

que melhor lhes aprovéssem seguir. Dessa forma, o livre desenvolvimento da personalidade deve ser reconhecido como forma de satisfação e elevação da própria dignidade humana¹⁵¹.

Nessa linha, mais do que um princípio hermenêutico, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida como princípio fundamental da ordem jurídica e valor supremo que deve perpassar todos os campos da vida da pessoa, ou seja, não só a esfera jurídica, como a política, a econômica e a cultural¹⁵². Dessa forma, o sujeito passou a ser compreendido como centro de todo o ordenamento jurídico, dotado de igual importância e proteção independente das suas escolhas e projetos de vida¹⁵³.

Barcellos descreve que a dignidade da pessoa humana é dotada de eficácia negativa quando empenhado pelos cidadãos contra o Estado na defesa de suas liberdades, vedando que o Estado tome qualquer atitude que possa ferir a dignidade de seus cidadãos. Porém ela também possui efeito positivo, pois exige uma atuação ativa do Estado em promover condições mínimas de existência ao seu povo. Destarte, a dignidade ainda presume duas esferas: uma de conteúdo político e a democrático, cujo mérito não é passível de ser redefinido pelo judiciário, e outra de conteúdo constitucional, da qual se afere uma categoria mínima de direitos indisponíveis, que não podem ser extintos ou reduzidos pelos governantes¹⁵⁴.

Quanto ao seu conteúdo constitucional, Sarlet explica que a dignidade também possui um conteúdo cultural, ou seja, além das dimensões naturais, ela também é fruto de uma construção de diversas gerações ao longo da história da humanidade e, portanto, permanece em processo contínuo de formação. Entretanto, essas duas dimensões se complementam e interagem de modo mútuo¹⁵⁵.

Nesse sentido, para haver dignidade é essencial que a pessoa seja dotada de liberdade e autonomia para desenvolver sua personalidade. A palavra personalidade já sugere um sujeito dotado de qualidades que lhes são característico, uma individualidade consci-

151 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018, p. 76 e 79.

152 SILVA, José Afonso da. Adignidade da Pessoa Humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro 212: p. 89-94, abril/jun 1998

153 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018, p. 76 e 79.

154 BARCELLOS, Ana Paula. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo da FGV**, vol. 221, pp. 159-188, jul./set 2000.

155 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

ente, de forma que a liberdade lhe seja inerente. Ao tutelar o livre desenvolvimento da personalidade, busca-se proteger o direito do indivíduo de desenvolver sua própria identidade de acordo com sua essência. Atrelado ao direito a liberdade, protege-se ainda o direito a diferença¹⁵⁶.

Para Miranda, o direito ao desenvolvimento da personalidade abarca mais do que apenas a liberdade individual de constituição da personalidade. Para ele, o direito abarca duas vertentes: uma negativa, de abstenção de terceiros de não interferir no exercício dos direitos protegidos – impedindo a constituição de “sujeitos modelos” – e uma positiva, de ação e promoção por parte do Estado. Dessa forma, a proteção desse direito deve englobar uma defesa da personalidade de acordo com as necessidades do sujeito envolvido, abrangendo não só os direitos expressos no ordenamento, mas também àqueles necessários a promoção do livre desenvolvimento da personalidade, constituindo um sistema aberto de proteção de bens jurídicos¹⁵⁷.

Segundo Woischnik, o direito constitucional alemão prevê expressamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade no artigo 2º, inciso I. Baseado na previsão do Texto Magno, o Tribunal Constitucional Alemão interpretou que esse direito é fundamentado em dois ramos fundamentais: os direitos gerais da personalidade e a liberdade geral de ação¹⁵⁸. Nesse contexto, duas correntes analisam a tutela da liberdade no âmbito da proteção da liberdade geral de ação. A primeira, denominada ampla, dispõe que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade abarca a proteção de todas as formas de ação humana. Já a segunda corrente, denominada restrita, ou “teoria do conteúdo nuclear”, dispõe que a liberdade só estará protegida no que se refere às ações relativas à real manifestação da personalidade do sujeito. Dessarte, haveria um núcleo dentro dos direitos da personalidade que refletiria a essencial do indivíduo, e para a proteção desses direitos a liberdade de ação estaria garantida¹⁵⁹.

O Tribunal Constitucional Alemão elegeu a teoria ampla de proteção, pois a teoria do conteúdo nuclear seria muito restritiva, além de ser difícil determinar especificamente qual o conteúdo desse núcleo. Assim, ao desenvolver a teoria do direito geral ao

156 MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a, v. 2, p. 11175-11211, 2013.

157 MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a, v. 2, p. 11175-11211, 2013.

158 WOISCHNIK, Jan (Ed.). Livre Desenvolvimento da Personalidade **Cincüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo. p. 187-264. 2005

159 MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a, v. 2, p. 11175-11211, 2013.

desenvolvimento da personalidade, o Tribunal considerou que o desenvolvimento da personalidade não seria dividido em núcleos mais – ou menos – essenciais de direitos, mas sim em vários modos de manifestação desse desenvolvimento pelo titular do direito, estabelecendo algumas classificações: auto-determinação (o modo como ele conduzirá sua vida), auto-conservação (se reservar dentro da sua esfera íntima, sem contato com o mundo externo) e auto-exposição (o modo como irá se apresentar ao público)¹⁶⁰.

De acordo com Miranda, a liberdade geral de ação implica a proteção da liberdade do sujeito no desenvolvimento da personalidade independente de critérios qualitativos ou quantitativos. Ou seja, essa tutela abarca todas as ações do sujeitos ligadas ao desenvolvimento da sua personalidade, não implicando na valoração do ato praticado ou na análise da existência entre uma especial ligação entre a ação praticada e o desenvolvimento da personalidade em si. Deve-se ressaltar que, essa liberdade de ação também importa na liberdade de *não ação* do sujeito, ou seja, a liberdade de se permanecer inerte em relação ao direito protegido¹⁶¹.

Em complemento à liberdade geral, o direito geral da personalidade abarca a liberdade de desenvolvimento da personalidade humana em todas as suas dimensões, tanto atual quanto futura, tanto em suas manifestações previsíveis quanto nas imprevisíveis. O reconhecimento desse direito significa reconhecer a existência de uma cláusula geral de proteção a todas as formas de manifestação da personalidade, ainda que não esteja expressamente previsto na constituição. Nesse contexto, ele difere os direitos especiais de personalidade – já consagrados expressamente no Texto Magno – e o direito geral, não contemplado expressamente, e portanto, sujeito a cláusula de abertura do sistema¹⁶².

Acrescenta-se ainda que o direito geral da personalidade também protege às posições jurídicas necessárias para o desenvolvimento dessa personalidade, como o direito à imagem, o direito à palavra gravada, dentre outros. Em um caso envolvendo a liberdade de expressão e o direito geral da personalidade, o Tribunal Constitucional Alemão considerou que o direito geral da personalidade poderia ser utilizado para justificar o cerceamento à liberdade de expressão, quando constatado que estão as declarações feitas pela pessoa ti- nha apenas o intuito de denegrir a imagem de alguém junto a opinião pública¹⁶³.

160 WOISCHNIK, Jan (Ed.). Livre Desenvolvimento da Personalidade **Cincüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo. p. 187-264. 2005

161 MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a, v. 2, p. 11175-11211, 2013.

162 MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a, v. 2, p. 11175-11211, 2013.

163 WOISCHNIK, Jan (Ed.). Livre Desenvolvimento da Personalidade **Cincüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo. p. 187-264. 2005

Nesse caso, foi considerado que a diminuição do prestígio social de um sujeito frente a opinião pública poderia afetar a auto-estima do indivíduo, e, como consequência, restringindo o livre desenvolvimento da sua personalidade. Em casos como esse, considera-se que o mais sensato a se fazer é ponderado o grau de afetação à personalidade do acusado e as perdas à liberdade de expressão causadas pela possível censura das declarações¹⁶⁴.

O livre desenvolvimento da personalidade também é utilizado como fundamento para extração de outros direitos constitucionais implícito na ordem constitucional. A título de exemplo, Maria Helena Diniz ressalta que o direito ao esquecimento, muito discutido após o julgamento do caso Aida Curi¹⁶⁵, também têm por fundamento a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade, garantindo ao indivíduo o direito de se insurgir contra determinados fatos que possam prejudicá-lo frente opinião pública e que perderam a relevância pública com o decurso do tempo¹⁶⁶.

Nesse sentido, caso não se trate de informações de interesse público, a natureza de direitos da personalidade faz com que o direito ao esquecimento possa prevalecer em relação à liberdade de expressão e ao direito à informação. Assim, a pessoa que se arrependeu de seus atos pretéritos e deseja redesenhar sua personalidade, tem o direito ao recomeço, sem que seus atos sejam constantemente lembrados sem a sua autorização¹⁶⁷.

Assim, a liberdade geral de ação tutela todas as liberdades de ação humana, incluindo liberdades específicas expressamente tuteladas, como liberdade de expressão, a autonomia privada, porém também impõe um dever a terceiros e ao Estado de não intervir no livre desenvolvimento da personalidade¹⁶⁸. No caso direito ao esquecimento, citado no exemplo a cima, caso reconhecido a impertinência da matéria ao interesse público, é imposto ao Estado e a terceiros um dever de abstenção na divulgação de informações pretéritas de um sujeito que não quer mais se ver vinculado a àquelas informações.

Somado a isso, Miranda também argumenta que o próprio Tribunal Constitucional Alemão já produziu decisões no sentido de que um ato do Poder Público também

164 WOISCHNIK, Jan (Ed.). *Livre Desenvolvimento da Personalidade Cincüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo. p. 187-264. 2005

165 CASO AIDA CURY

166 DINIZ, Maria Helen a. **Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido**. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 2, p. 7-25, 2017.

167 DINIZ, Maria Helena. **Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido**. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 2, p. 7-25, 2017.

168 MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a, v. 2, p. 11175-11211, 2013.

pode ter sua inconstitucionalidade declarada, sendo considerado materialmente inconstitucional, ainda que formalmente de acordo com a Constituição, caso seja considerado contrário à liberdade de ação. Isso pois, um ato – ou norma jurídica – cujo conteúdo seja contrário ao livre desenvolvimento da personalidade – um direito fundamental – concede ao indivíduo o poder de invocar contra o Estado o dever de abstenção¹⁶⁹.

Nesse sentido, de acordo com Novais, o Estado Democrático de Direito pressupõe dois pilares: o princípio democrático, expresso pelo Estado, cujos governantes são representantes eleitos pelo povo, e, portanto, representam a voz da maioria, e os direitos fundamentais, que representam posições jurídicas individuais dos cidadãos que compõe o povo. Logo, ainda que o Estado de Direito seja regido pelo princípio democrático, e, logo, as decisões sejam tomadas pela voz da maioria, há um núcleo de direitos individuais que não estão a disposição do Estado, podendo, inclusive, serem opostos a ele, sendo utilizados como *objeções contramaioritárias* que estabelecem limites ao alcance da vontade da maioria¹⁷⁰.

Nesse caso, Novais esclarece que, os direitos fundamentais são particularmente caros a minoria, cuja voz muitas vezes não se encontra representada pelo princípio democrático. Isso pois, a vontade da maioria já se encontra salvaguardada pela representação democrática presente dentro do parlamento, porém aos direitos individuais, cuja representação da vontade esteja em deficit, é que se observará a real importância dos direitos fundamentais. É na possibilidade de ofensa de um desses direitos pela maioria que a força dos direitos fundamentais se torna mais evidente, uma vez que eles constituem limites intransponíveis ao princípio democrático. Por esse motivo, são denominados como *trunfos contra a maioria*¹⁷¹. Nesse sentido, importante a descrição de Novais ao dispor que:

As virtualidades da metáfora devem ser desenvolvidas segundo uma perspectiva não categorial, explorando o sentido da **indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte da maioria**, não em torno dessa pretensa possibilidade de contraposição estanque – direitos fundamentais contra fins coletivos de bem comum – mas, nos termos que a seguir serão desenvolvidos, enquanto exigência contramaioritária imposta pela necessária observância jurídica do princípio da **igual dignidade da pessoa humana**¹⁷². (grifo nosso)

169 MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a, v. 2, p. 11175-11211, 2013.

170 NOVAIS, Jorge Reis **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**, Coimbra Editora, 2006

171 NOVAIS, Jorge Reis **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**, Coimbra Editora, 2006

172 NOVAIS, Jorge Reis **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**, Coimbra Editora, 2006. p. 29

Nesse trecho, é possível perceber que Novais considera que os direitos fundamentais são *indisponíveis* a maioria, não podendo ser modificados pela simples vontade do legislador. A oponibilidade desses direitos ao poder da maioria constitui o balanço necessário ao princípio democrático, que garante a vontade da maioria não suprima o princípio da equidade, traduzido como a compreensão de que todos os seres humanos são seres dotados de igual respeito e dignidade. Devido ao fato de a dignidade da pessoa humana impossibilitar a instrumentalização de vidas humanas, não se pode admitir que a minoria se sujeite aos fins coletivos de bem comum em sacrifício aos próprios direitos individuais, que merecem igual proteção, ainda que não representem a vontade da maioria¹⁷³.

As discussões relativas ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade no direito alemão são importantes, pois, ao contrário do direito brasileiro, a Lei Fundamental da Alemanha – *Grundgesetz* – previu expressamente a presença do direito no ordenamento, o que permitiu uma discussão mais ampla e dogmática sobre a matéria. No ordenamento jurídico brasileiro, a previsão do direito no texto constitucional não se deu de forma expressa, mas sim foi uma construção doutrinária que identificou a presença implícita do princípio na Magna Carta. Dessa forma, considera-se que as contribuições do direito alemão não só são válidas, mas constituem uma grande inspiração às interpretações do direito, que, por não ter um amparo legal expresso, acaba por ser permeado por grande obscuridade.

Nesse contexto, Sarlet¹⁷⁴ enfatiza que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana funciona como uma cláusula geral aberta na ordem constitucional para abarcar outros direitos fundamentais não expressamente positivados, a exemplo dos direitos estabelecidos em tratados internacionais de direitos humanos, direitos fundamentais implícitos e decorrentes da própria unidade sistêmica constitucional. Para o autor, com base no conceito de dignidade da pessoa humana é possível, inclusive, se deduzir direitos fundamentais autônomos de outros princípios já expressamente positivados na carta magna.

Embora somente possa ser considerados fundamentais os direitos cuja fonte seja a Constituição, excluindo aqueles que conste apenas no texto infra-constitucional, poderá ser considerado direitos fundamentais implícitos, e dignos de tutela constitucional, todos

173 NOVAIS, Jorge Reis **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**, Coimbra Editora, 2006

174 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

àqueles que possam ser extraídos do princípio da dignidade da pessoa humana, ou cuja ausência de tutela possa causar um dano a dignidade¹⁷⁵.

Nesse contexto, Barroso dispõe que a dignidade da pessoa humana é composta pela autonomia, ao lado do valor intrínseco da pessoa humana, valor social da pessoa humana. Para ele, a autonomia é o elemento ético da dignidade, e está atrelada a razão e ao exercício da vontade. Assim, a dignidade no sentido de autonomia significa a liberdade de autodeterminação do indivíduo, de escolher livremente os modos com os quais irá desenvolver sua personalidade¹⁷⁶. Novais, estabelece que:

O princípio da dignidade da pessoa humana acaba, assim, por constituir o fundamento da concepção dos direitos como trunfo, **porque é desse igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm**, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independente da maior ou menor adesão social que concitem¹⁷⁷. (grifo nosso).

Nesse contexto, é importante verificar como a ideia de direitos fundamentais como trunfo contra a minoria se coaduna com a ideia de autonomia defendida por Barroso. Compreendendo os direitos fundamentais como limites ao poder majoritário se reconhece o direito dos indivíduos de elegerem, sem ingerência estatal, os fins e planos de vida que desejam guiar sua vida, ainda que sejam dotados de menor adesão social.

Pulido destaca que a liberdade constitui um princípio fundamental inerente a toda sociedade bem organizada, a questão maior é: se de fato há um direito fundamental geral a liberdade – tal qual reconhecido pelo direito alemão – e qual o *status* jurídicos que ela adquire na prática. Durante o Estado liberal, as liberdades eram ditadas pelo chamado *agere licere*. Ou seja, o indivíduo era considerado livre para agir desde que sua ação não fosse proibida por ser irrelevante para o direito, sem que sua ação contivesse nenhuma proteção específica, estando sujeita a diversas intervenções do poder público¹⁷⁸.

175 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

176 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mi-meografado, p. 04, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acessado em: 01 de abril de 2022

177 NOVAIS, Jorge Reis **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**, Coimbra Editora, 2006. p. 30-31

178 PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos Direitos: Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. São Paulo: Marcial Pons. 2013

Com a instituição do Estado Constitucional e o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, todas as formas de liberdade passaram a ser ratificadas e protegidas, pois não só as liberdades negativas específicas foram expressamente positivadas, como todas àquelas liberdades necessárias ao livre desenvolvimento da personalidade foram residualmente tuteladas. Entretanto, para o autor, esse direito fundamental geral a liberdade não é absoluto, e, embora goze de especial *status*, podem sofrer intervenções do Poder Público sempre que se identificar que tal restrição é razoável e proporcional¹⁷⁹. Nas palavras do autor:

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um direito fundamental que compreende toda posição jurídica de liberdade, não incluída dentro das margens semânticas das liberdades constitucionais específicas, **de fazer ou omitir tudo aquilo que se quiser e que não esteja proibido** ou ordenado pela Constituição ou por outras normas jurídicas de inferior hierarquia que sejam por sua vez razoáveis e proporcionais ¹⁸⁰ (grifo nosso).

Ou seja, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade importa em conceder ao cidadão a liberdade de agir conforme lhe aprouver fora das margens constitucionais e legais, elegendo as opções que melhores se adequem ao estilo de vida escolhido. Conforme apontado anteriormente, o próprio Tribunal Constitucional Alemão, ao interpretar o direito a liberdade geral de ação, reconhece os limites aos quais ele está inserido. Nesse sentido, o direito alemão reconhece-se que o livre desenvolvimento da personalidade encontra-se sujeito aos seguintes limites: o direito de terceiros, o direito moral e o direito constitucional¹⁸¹.

Porém, ainda assim reconhece-se ser estabelecido um sistema axiológico limitador do Poder Público, representados pela autonomia, a dignidade e a responsabilidade pessoal, que devem ser garantidas dentro de um Estado Constitucional de Direito. Por isso, embora a liberdade geral de ação não seja absoluta, considera-se que, ao lado da dignidade humana, valor supremo da ordem jurídica, ainda há uma esfera de liberdade humana, constitucionalmente reservada, que é intangível ao Poder Público¹⁸².

179 PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos Direitos: Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. São Paulo: Marcial Pons. 2013

180 PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos Direitos: Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais**. São Paulo: Marcial Pons. 2013 p. 238

181 WOISCHNIK, Jan (Ed.). **Livre Desenvolvimento da Personalidade Cincüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo. p. 187-264. 2005

182 WOISCHNIK, Jan (Ed.). **Livre Desenvolvimento da Personalidade Cincüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo. p. 187-264. 2005

Sarlet dispõe que a dignidade e a condição de ser pessoa justifica o fato de alguém ser titular de direitos, e, portanto, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo é diretamente extraído do princípio da dignidade¹⁸³. No que tange aos limites aos quais essa liberdade de desenvolvimento está submetida, Barroso dispõe que a capacidade de autodeterminação pressupõe a presença de certas condições sociais e pessoais sem as quais não é possível o seu exercício. No contexto público, a dignidade assume a forma de “autonomia pública”, e reflete na democracia e no livre uso dos direitos políticos, de modo a possibilitar que todos tenham direito de influir no processo político e na escolha de um governante que melhor os represente. Já no contexto privado, a dignidade assume a forma de “autonomia privada”, e assume especial importância no seio dos direitos individuais, sendo condições para seu exercício a liberdade – entendida como ausência de interferências externas ilegítimas –, e igualdade material¹⁸⁴.

Em relação ao terceiro elemento apontado por Barroso, o valor social da pessoa humana, deve-se compreender aqui os valores compartilhados pelo Ser Humano enquanto um ser social inserido em uma comunidade, abarcando valores compartilhados por uma dada sociedade sobre o que seria vida boa. Esse ponto constituiu o revés da autonomia, ou seja, constitui um limite externo a liberdade. O valor social da pessoa humana como conteúdo integrante da dignidade cumpre três funções: proteger o indivíduo contra atos praticados por ele mesmo; b) proteger terceiros, c) proteger valores sociais, como a solidariedade¹⁸⁵.

Apesar de o valor social da pessoa humana demonstrar a existência de limites às expressões de autonomia, que não é absoluta, ele não pode ser utilizado para justificar políticas paternalistas puras e extremistas, enfraquecimento dos direitos fundamentais e problemas em definir o que seria valor social, findando em uma tirania da maioria¹⁸⁶.

183 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

184 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, p. 04, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acessado em: 01 de abril de 2022

185 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, p. 04, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acessado em: 01 de abril de 2022

186 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, p. 04, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acessado em: 01 de abril de 2022

Nas palavras de Barroso:

A imposição coercitiva de valores sociais, em nome dessa dimensão comunitária da dignidade, nunca será uma providência banal, **exigindo fundamentação racional consistente**. Em qualquer caso, deverá levar seriamente em conta: a) a existência ou não de um **direito fundamental em questão**; b) a existência de **consenso social forte** em relação ao tema; e c) a existência de **risco efetivo para o direito de outras** pessoas. A dignidade de um indivíduo jamais poderá ser suprimida, seja por ação própria ou de terceiros. **Mas aspectos relevantes da dignidade poderão ser paralisados em determinadas situações**. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de prisão legítima de um condenado criminalmente¹⁸⁷.

Dessa forma, Barroso reconhece a possibilidade de limites ao livre desenvolvimento da personalidade, em especial fundamentado por valores sociais externo ao sujeito, quando for verificado fundamentação racional suficiente fundado em forte consenso e com potencial dano a direito de terceiro. Esses limites se coadunam com os já estabelecidos pelo Tribunal Constitucional Alemão, qual seja, o direito de terceiros, o direito moral e o direito constitucional. Além do mais, o autor ressalta que a dignidade da pessoa humana jamais poderá ser suprimida do sujeito, mas poderá ter algum de seus aspectos – no caso em questão, a autonomia do pleno desenvolvimento – paralisada.

Dentre os complexo de direitos abarcados pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de extrema importância são os direitos sexuais e reprodutivos. Conforme dito anteriormente, esses direitos já estão inseridos no corpo constitucional por força dos inúmeros tratados internacionais de que o Brasil faz parte, cuja transposição para o direito nacional ocorre sob as vestes de direito fundamental, por força do § 2º, art. 5º da Constitucional, conforme já explanado no final do capítulo 2.1. Além da previsão na seara internacional, é possível notar a presença de vários elementos do direito sexual e reprodutivo difundidos pelo corpo constitucional. A título de exemplo cita-se: o direito a proteção da maternidade (art. 6º, *caput*), o direito a licença gestante (art. 7º, inciso XVIII), acesso a informação sobre saúde sexual e reprodutiva, livre de discriminação, violência e coerção (art. 226, § 7º)¹⁸⁸.

Dentre essas previsões, melhor destaque merece o art. 226, § 7º da Constituição, que trata sobre o livre planejamento familiar responsável. Às famílias é assegurado especial

187 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, p. 04, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acessado em: 01 de abril de 2022

188 VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas. 3ª Ed. 2009

detentora de proteção do Estado, por considerarem serem de extrema importância na formação psíquico-social do indivíduo, já que consistem no primeiro contato da pessoa com vida em sociedade, onde ela receberá as primeiras orientações de comportamento social¹⁸⁹. Ao lado do princípio do livre desenvolvimento da personalidade, a Constituição também estabeleceu o princípio da livre decisão do casal no planejamento familiar. Transcrevendo o artigo, têm-se que:

§ 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 privadas¹⁹⁰. (grifo nosso).

Com fundamentos na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, o artigo ampliou o conceito de família que agora não se resume ao modelo tradicional de pai, mãe e filho biológico. Sobre o assunto, Dias dispõe que:

Até o ano de 1988, somente as uniões constituídas pelo casamento eram reconhecidas como família e recebiam especial proteção. Esta foi a maneira encontrada pelo Poder Público de **desonerar-se de sua responsabilidade de garantir a vida em sociedade a todos, desde o nascimento**. Delega esta função e coloca-se em confortável terceira posição. É o que diz a Constituição Federal (art. 227): “É dever da família, da sociedade e do Estado...”¹⁹¹ (grifo nossa).

Martins argumenta que a nova Constituição redefiniu os substratos valorativos de transformação da comunidade, dirigindo-os à promoção do sujeito enquanto pessoa. Entretanto, para que isso fosse possível, houve abandono da Texto Magno enquanto carta programática para buscar a efetivação das necessidades básicas da população por meio do desenvolvimento de suas preceitos normativos. A constitucionalização do direito privado produziu reflexos, sobretudo no direito de família, em que, nas palavras do autor houve o “[sepultamento] no jazido da memória do Estado liberal aquelas situações de antanho marcadas pela plena desigualdade: *o pai patrão, o marido cabeça de casal, o filho procriador e a filha casta*”¹⁹² (grifo original).

189 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-132, 2008.

190 BRASIL. Constituição Federal da República. 1988

191 DIAS, Maria Berenice. **A evolução das famílias e seus direitos**. 2010. Disponível em: <[http://www.maria-berenice.com.br/manager/arq/\(cod2_575\)7_a_evolucao_da_familia_e_seus_di_reitos.pdf](http://www.maria-berenice.com.br/manager/arq/(cod2_575)7_a_evolucao_da_familia_e_seus_di_reitos.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2018. p. 05

Nesse sentido, até a Constituição de 1988, apenas as famílias fundadas no casamento monogâmico era reconhecida como família, excluindo todo o resto de grupos que, embora existentes de fato, eram ignorados pelo direito, sofrendo com discriminação por parte da sociedade e por parte das religiões¹⁹³. Porém, ao se interpretar o novo texto, percebe-se que, ao contrário da previsão constitucional anterior, foi suprimido o trecho “constituída pelo casamento” do *caput* do artigo, significando na expansão dos modelos de família. Atrelado a isso, percebe-se que a natureza complexa e multidisciplinar da família e a sua função social

Nessa linha, observa-se que o direito privado anterior a constituição era fundado segundo os ensinamentos religiosos fundados em culpa e pecado. A monogamia ainda constitui um resquício normativo das influências religiosas no direito de família. Entretanto, é possível se observar a enorme evolução representada pela constitucionalização do direito de família quando se percebe que, até o Código Civil de 1916, a mulher casada era considerada relativamente incapaz, devendo ser assistida pelo seu cônjuge, a virgindade da esposa era tida um dos pressupostos para se atestar a validade do casamento, os filhos havidos dentro do casamento possuíam tratamento privilegiado, enquanto os havidos fora de uma relação matrimonial recebiam o *status* de *ilegítimos*, presunção absoluta de paternidade dos filhos havidos dentro da constância matrimonial, ainda que o houve indicação contrária por parte da esposa¹⁹⁴.

Mais do que interferência religiosa, percebe-se o quanto havia um enorme interferência estatal dentro do seio familiar. Havia uma necessidade de controle e vigilância muito grande por parte do Estado em relação ao que ocorria dentro das famílias. Essas normativas exemplificam muito bem as observações de Foucault explicadas no primeiro capítulo desse estudo, e demonstram o quanto as religiões e os Estados se misturavam a vida privada dos indivíduos, e enxergavam nas famílias a porta de entrada mais legítima para imporem os seus sistemas de vida boa.

Martins ainda pontua que somente com o advento do Estatuto da Mulher Casada, na década de sessenta, houve o reconhecimento da capacidade feminina para o trabalho independente da autorização conjugal. Com isso adveio a possibilidade de emancipação

192 MARTINS. Fernando Rodrigues. **Direito Privado e Policontextualidade: fontes Fundamentos e Emancipação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito. 2018. p. 445

193 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-132, 2008.

194 MARTINS. Fernando Rodrigues. **Direito Privado e Policontextualidade: fontes Fundamentos e Emancipação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito. 2018.

econômica feminina que, ao lado da emancipação sexual, com a inserção dos contraceptivos no mercado, o sexo dentro do casamento passou a ser um meio de satisfação pessoal do casal, e não mais apenas um meio de reprodução¹⁹⁵.

Por fim, com a Constituição Federal de 1988, houve a valorização das pessoas inseridas dentro do núcleo familiar, além da família como instituição em si, fundamentando essa proteção nos seguintes preceitos axiológicos: dignidade da pessoa humana, igualdade, na solidariedade e direitos fundamentais. Assim, a família enquanto instituição é hoje compreendida como um local de desenvolvimento da personalidade e de dignidade. Sobre esse ponto, importante ressaltar que, conforme compreensão de Martins, a tutela às famílias ocorre apenas de forma indireta, pois não constitui o primeiro objetivo de tutela do Estado, mas sim sua representação enquanto um *locus* de desenvolvimento da personalidade, indispensável a realização da dignidade humana. Logo, essa posição subserviente ao qual às famílias estão sujeitas às impõe a características de permanecer abertas e integradas às sociedades civis, de forma a possibilitar que esse desenvolvimento da personalidade se viabilize.¹⁹⁶

Ao encontro a essa posição, De Menezes afirma que as famílias previstas no Texto Magno possui natureza socio-cultural, sendo de extrema importância o sentimento de pertença do indivíduo àquele *locus*, que se dá por meio do vínculo afetivo afetivo, e se fundamenta no afeto e na solidariedade. O direito, antes focado na perspectiva das instituições passou a focar na perspectiva das pessoas, incoerente com a previsão fixa de apenas um modelo de família, já que sua função humanizante de desenvolvimento da pessoa humana impede que se engesse as possibilidades organização familiar¹⁹⁷.

De acordo com Lorenzetti, a superação da dicotomia público-privado, e a constitucionalização do direito civil, tornou imperativo o reconhecimento de novos modelos familiares e de maior liberdade de decisão dentro do núcleo da família. Segundo ele, as escusa utilizada pelo legislador de considerar tudo atinente a ordem familiar como sendo de ordem pública cedeu espaço para a identificação de um direito familiar imune a ingerência estatal, e, portanto, livre para desenvolver as noções de pluralismo reconhecidos

195 MARTINS. Fernando Rodrigues. **Direito Privado e Policontextualidade: fontes Fundamentos e Emancipação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito. 2018. p. 445

196 MARTINS. Fernando Rodrigues. **Direito Privado e Policontextualidade: fontes Fundamentos e Emancipação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito. 2018. p. 445

197 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-132, 2008.

pelo direito internacional¹⁹⁸. “La idea no es proponer un modelo obligatorio sino diferentes opciones para que cada persona adulta tenga la libertad de organizar su familia como lo desee”¹⁹⁹. Nas palavras de De Menezes:

Em vista disto, o desenvolvimento da pessoa se inclui entre os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, demandando a aplicação de esforços públicos e privados para sua promoção, por meio de prestações positivas ou de prestações negativas. Imiscuíram-se o direito público e o direito privado em superação à tutela unilateral da pessoa, fosse de cepa publicista ou de orientação exclusivamente privatista. **Consolida-se, pois, uma proteção integral e global no âmbito das situações subjetivas existenciais e patrimoniais** (grifo nosso)²⁰⁰.

Nesse sentido, percebe-se que a constitucionalização do direito privado, em especial o direito de família, infiltrou os conceitos privados com as novas ordens imperativa no texto constitucional. Dessa forma, a importância assegurada ao livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade da pessoa humana, colocou o ser humano como fim último de todo o ordenamento, questionando a posição sagrada ao qual estava adstrita a instituição familiar até então. A família passou a ser compreendida não como uma entidade com fim em si mesmo, mas sim com a finalidade de promover os indivíduos que a compõe. Para que isso ocorra, é necessário que o modelo de família permaneça aberta, sujeito às adaptabilidades e preferências dos seus membros.

Adicionado a isso, têm-se a mudança do foco da família fundamentada na procriação, para o foco na família como espaço de desenvolvimento da personalidade dos filhos, na medida em que houve a opção por tê-los. Assim, embora seja um local de importante desenvolvimento da filiação, é possível tanto a existência de famílias matrimoniais *clássicas*, quanto as famílias monoparentais – formadas apenas por um dos pais e seu descendente – e as família sem filhos, dado a consagração do livre planejamento familiar pela Constituição Federal²⁰¹. Nas palavras de Martins:

198 LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia De La Constitucionalización Del Derecho Privado En La Regulación De La Vida Cotidiana De Las Personas El Caso Del Código Civil Y Comercial De La Nación Argentina.

In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77 a 91.

199 LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia De La Constitucionalización Del Derecho Privado En La Regulación De La Vida Cotidiana De Las Personas El Caso Del Código Civil Y Comercial De La Nación Argentina.

In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 87

200 MENEZES, JOYCEANE. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

201 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-132, 2008.

Se o conceito de família se põe em caráter funcional-típico ambiente de desenvolvimento humano – certamente a compreensão da entidade apenas no modelo matrimonial impediria a promoção plena dos componentes. Portanto, outra observação se põe o reconhecimento de modelos abertos por arranjos familiares.²⁰²

Nesse sentido, De Menezes argumenta que embora o direito queira escapar às situações que fogem a sua sistemática perfeccionista, é justamente essas situações que constituem sua contraface, a face *torta*, contrária ao “*modelo ideal*”. Porém, ainda que nege a sua existência, essas realidades continuaram existindo cabendo a jurisprudência regular os diferentes casos que surgem sem qualquer previsão normativa. É nesse contexto que o regramento civil formado fundado no dogma da completude, da previsibilidade e da segurança jurídica, cede espaço aos princípios e regras constitucionais, únicos capazes de abrir espaço e flexibilizar essas previsões rígidas²⁰³.

Assim, a família deixou de ser um berço de tradições e bons costumes, e passou a funcionar como instituição intermediária de promoção do indivíduo. De certa forma, diz-se ter havido uma espécie de desinstitucionalização com a privatização do direito de família, no sentido de retirar das discussões públicas assuntos atinentes a esfera privada dos seus membros. O novo modelo de família caracterizasse pela igualdade entre os cônjuges ou conviventes, pela divisão dos encargos sociais com a sociedade e o Estado, pela afetividade e solidariedade – que unem seus membros – ao mesmo tempo em que respeita a individualidade e o desenvolvimento pessoal de cada um²⁰⁴.

E é sobre essa ótica que deve ser interpretado o art. 226 da Constituição Federal, no que tange ao planejamento familiar. Ao fundamentar as normas que dispõe sobre a instituição familiar na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, o texto constitucional reforçou a ideia de família composta por membros que devem ser individualmente considerados enquanto detentores de igual respeito e dignidade, sem qualquer tipo de hierarquia entre eles. Seguidamente, ao dispor que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, a Constituição reforçou o papel da família como *locus* de livre desenvolvimento da personalidade, proibindo a intervenção estatal em decisões que dizem respeito a essa liberdade, já que, enquanto direito fundamental, o livre desenvolvimento da perso-

202 MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito Privado e Policontextualidade: fontes Fundamentos e Eman-
cipação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito. 2018. p. 456

203 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-132, 2008.

204 MENEZES, Joyceane. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da auto-
nomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

nalidade constitui um trunfo contra a maioria, que objeta qualquer ação estatal que pretenda ofender esse direito.

3.3 Direitos da personalidade: autonomia privada como reflexo da dignidade e os direitos das futuras gerações

A Laqueadura, também chamada de ligação tubária, é um procedimento cirúrgico de esterilização definitiva, no qual o médico realiza o corte, o fechamento ou a remoção de partes das trompas de Falópio. Com isso, o ovário fica impedido de chegar ao útero, impossibilitando seu contato com o espermatozoide e, conseqüentemente, sua fecundação²⁰⁵. Segundo Taşkömür e Erten, o uso da Laqueadura como método contraceptivo vêm aumentando ao longo dos anos, devido à segurança e alta proteção oferecida pela técnica, que é rápida e fácil de ser realizada²⁰⁶.

De acordo com *American College Of Obstetricians And Gynecologists* cerca de 25% das mulheres americanas utilizam da esterilização como forma de contracepção. Nesse sentido, percebe-se que, nos Estados Unidos, o procedimento é mais difundido entre as mulheres de baixa condição financeira, que não possuem seguro de saúde ou que utilizam o seguro de saúde público, com menor escolaridade e mais comuns entre negros e hispânicos²⁰⁷.

No que tange a prescrição legislativa, Schreiber, em uma postura mais conservadora e cautelosa, questiona a abstração pouco meticulosa adotada pelo Código Civil ao conceituar os direitos da personalidade²⁰⁸. No caso do direito ao próprio corpo, por exemplo, o Código traz apenas três disposições sobre o assunto.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

205 PLANNED PARENTHOOD. Sterilization for Women (Tubal Sterilization). Disponível em: <https://www.plannedparenthood.org/learn/birth-control/sterilization-women> Acesso em: 20 de março de 2022.

206 TAŞKÖMÜR, Aysun Tekeli; ERTEN, Özlem. The effect of tubal ligation surgery during cesarean operation on dysmenorrhoea, dyspareunia and menstrual cycle. **Journal Of Gynecology Obstetrics And Human Reproduction**, [S.L.], v. 50, n. 6, p. 102054, jun. 2021. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jogoh.2020.102054>

207 American College Of Obstetricians And Gynecologists. Access to Postpartum Sterilization. **Obstetrics & Gynecology**, [S.L.], v. 137, n. 6, p. e169-e176, 24 mar. 2021. Ovid Technologies (Wolters Kluwer Health). <http://dx.doi.org/10.1097/aog.0000000000004381>.

208 SCHREIBER, Anderson. **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). Diálogos sobre Direito Civil. Rio de Janeiro, 2008, v.II, p. 231-264.

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.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte²⁰⁹ (grifo nosso)

Schreiber²¹⁰ alega que a postura adotada pelo código na defesa do direito ao próprio corpo é meramente proibitiva, pois estabelece não ser permitido a disposição do próprio corpo quando resultar em redução da capacidade física permanente ou contrariar os bons costumes. Não fazendo outras maiores referências a proteção dos direitos ao longo do corpo legal.

O autor reconhece que a expressão “bons costumes”, utilizada pelo Código, é extremamente nebulosa e ultrapassada. A depender da intenção, ela pode ser deturpada para enquadrar situações socialmente inaceitáveis aos olhos conservadores, como por exemplo a tatuagem ou *piercing*, mas que impliquem em insignificante sacrifício ao bem jurídico protegido pela norma²¹¹.

Embora o Código Civil apresente conceitos vagos a respeito do que seria disposição do próprio corpo, Da Cunha Pereira, Dias e Chaves dispõe que a realização da esterilização voluntária por meio do procedimento da laqueadura cumpre todos os requisitos do Código. Além de não ser moralmente questionável, já que é prevista em lei, não pode ser considerado ato de disposição do próprio corpo, pois constitui somente em uma inibição da capacidade reprodutiva, uma função biológica²¹².

Em relação ao direito privado, é necessário compreender que os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos criam uma ampla margem de proteção ao sujeito de direito. O três pilares do livre desenvolvimento da personalidade, qual seja, a liberda-

209 BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Lei que estabelece o Código Civil.

210 SCHREIBER, Anderson. **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). Diálogos sobre Direito Civil. Rio de Janeiro, 2008, v.II, p. 231-264. p. 237

211 SCHREIBER, Anderson. **Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002**. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). Diálogos sobre Direito Civil. Rio de Janeiro, 2008, v.II, p. 231-264. p. 237

212 DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo; DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. Da (In) Justiça No Planejamento Familiar. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36824731/DA_IN_JUSTI%C3%87A_NO_PLANEJAMENTO_FAMILIAR?bulkDownload=thisPaper-topRelated-sameAuthor-citingThis-citedByThis-secondOrderCitations&from=cover_page Acessado em: 24 de março de 2022. Parecer elaborado a partir de uma consulta feita ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, relativamente à constitucionalidade do inciso I e dos parágrafos 2º e 5º do artigo 10 da Lei n. 9.623, de 12 de janeiro de 1996. Tal legislação que regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências relativas ao tema. O parecer foi apresentado junto com a petição inicial da ADI 5911.

de, a igualdade e a dignidade da pessoa humana criam uma cláusula geral de tutela da pessoa que, embora aumente significativamente a proteção do indivíduo, também pode significar a redução consequencial da autonomia privada, sendo, por isso, alvo de muita crítica por parte da doutrina²¹³.

Entretanto, considera-se que a integração do direito privado com os direitos humanos e os direitos fundamentais foi primordial para a compreensão do ordenamento como um sistema unitários de regras e princípios eficaz e sensível na compreensão do Ser Humano e de suas situações subjetivas existenciais²¹⁴. Fundamentado nessa ideia, o Enunciado número 274 da IV Jornada de Direito Civil, sobre coordenação de Gustavo Tepedino e Sílvio Romero Beltrão, tendo por referência o art. 11 do Código Civil Brasileiro, que será abordado mais a frente, reconheceu que:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da **cláusula geral de tutela da pessoa humana**, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação²¹⁵ (grifo nosso).

Nesse enunciado denota-se que, no direito brasileiro, houve o reconhecimento dos direitos da personalidade como cláusula geral de tutela da pessoa. Para De Menezes, dessa cláusula geral de tutela da pessoa é possível retirar a previsão da autodeterminação e do autogoverno, que permite ao indivíduo tanto o direito de *ser*, quando o de *vir a ser*. Entretanto, para o exercício do autogoverno, alguns direitos exigem bens específicos que os viabilizem, e que são adicionados aos direitos. A esses bens essenciais a essa especial proteção denominam-se direitos especiais da personalidade²¹⁶.

Meireles aponta que a dignidade da pessoa humana é composta pela igualdade, a integridade psicofísica, a solidariedade e a autonomia privada²¹⁷. Steinmetz dispõe que a autonomia privada é o princípio fundamental do direito privado. Ela traduz o poder de auto-vinculação e autodeterminação do particular, porém a sua aplicação ocorre sempre de

213 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

214 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

215 BRASIL, Conselho da Justiça Federal. "Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil." 2018

216 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

217 MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **A Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 104-105.

maneira não linear, podendo incidir com maior ou menor intensidade a depender da situação²¹⁸. Nesse contexto, a autodeterminação é compreendida mais do que um interesse movido pela vontade humana, mas sim um objetivo moral e natural a ser percorrido por todos os Seres Humanos. É com base nela que o homem é capaz de exercer seu potencial criativo e realizar avanços sociais, sempre guiado em busca da sua realização pessoal²¹⁹.

Nessa linha, o conceito de liberdade é explorado em três conceitos jurídicos distintos, porém amplamente confundidos: liberdade jurídica, autonomia da vontade e autonomia privada. Meireles²²⁰ acentua que a liberdade jurídica constitui a ausência de proibição legal e denota um aspecto negativo e mais amplo de liberdade. Já a autonomia da vontade é descrita como o viés psicológico da liberdade e aborda a subjetividade da vontade. Por fim, a autonomia privada abarca o caráter objetivo da vontade, aquele que pode ser compreendido pela manifestação da vontade de seu titular e, por tanto, àquela a qual pode se retirar reais efeitos jurídicos.

Prata²²¹ descreve a autonomia privada como sinônimo de liberdade negocial, e dispõe que ela representa o reconhecimento pela ordem jurídica do sujeito de direito como detentor de poder para juridicizar sua atividade, concedendo efeitos jurídicos aos seus negócios.

Apesar da clássica denominação da autonomia privada, ressalta-se que a dicotomia público-privado já se encontra superada. Atualmente, entende-se que o direito deve ser interpretado como uma unidade sistemática, logo seus institutos, ainda que historicamente pertencentes a esfera eminentemente privada, tal como a autonomia, também detém uma função social, e, portanto, são inseridos dentro do contexto de interesse público. Ademais, a simples ação humana projetada pela autonomia da vontade não basta para que esta detenha efeitos jurídicos válidos, sendo necessário que o próprio ordenamento jurídico legitime-a, concedendo *status jurídicos*²²².

Nessa linha, Prata descreve que o direito objetivo é o conteúdo e o limite externo do poder jurídico da vontade (direito subjetivo), determinando-a na medida que impede a vinculação de efeitos a qualquer manifestação de vontade que não se encaixe dentro dos parâmetros

218 STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores.

219 MENEZES, JOYCEANE. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

220 MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **A Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 64.

221 PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 13.

222 MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **A Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 104-105.

estabelecidos pela lei.²²³ A mudança do paradigma da autonomia da vontade para autonomia privada, tornou-se necessário a inserção de mais um pressuposto para que o direito pudesse cumprir sua função social: a igualdade. Nesse sentido, enquanto autonomia da vontade, adstrita a esfera privada, apenas era necessário a vontade na concretização do negócio e a adequação dessa vontade com a declaração emitida.

Entretanto, a função social do direito faz com que esses dois requisitos se tornem insuficiente para avaliar se a autonomia real dos sujeitos está de fato sendo respeitada, pois é preciso considerar em qual situação aquele que manifesta sua decisão estava no momento em que emitiu sua decisão. Dessa maneira, mais do que igualdade formal por parte do Estado, este deve ser capaz de reconhecer e mitigar a existência de disparidade entre as duas partes contratantes, coibindo possíveis abusos de direito²²⁴.

Nesse contexto, a autonomia existencial é um direito extrapatrimonial, composto pelo poder de escolha entre disposições distintas (liberdade) – porém incapazes de modificar ou extinguir a situação de fato – e o poder de dispor de situações jurídicas já existentes (poder de disposição). Nesse último sentido, o conceito de disposição abarca a possibilidade de se orientar de acordo com a manifestação da vontade, determinando o sentido do direito subjetivo²²⁵. Destarte, a autonomia existencial é personalíssima, pois traduz uma esfera de direitos atinentes a própria existência do sujeito, e, logo, não são suscetíveis de serem delegados a um terceiro. Assim, por não ultrapassar a esfera individual do sujeito de direito, o ato existencial é considerada unilateral e só exige a manifestação de vontade do seu próprio titular, que intenta apenas desenvolver sua personalidade conforme suas convicções internas²²⁶.

Assim, no que tange a autonomia existencial, é necessário que as escolhas feitas pelo indivíduo sejam protegidas ainda que estejam fora do padrão normalmente estabelecido pela sociedade, devendo ser afastadas intervenções de caráter paternalistas que limitem o livre desenvolvimento da personalidade²²⁷. De acordo com Wallauer e Pereira²²⁸, na tentativa de prote-

223 PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016, p.19.

224 PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 80-81 e 85.

225 DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p.59.

226 MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **A Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.108 e 205.

227 CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Desafios para a tutela do direito de não saber: corpo, autonomia e privacidade. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 191-204

228 PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. WALLAUER, Rafaela Jardim Soto. A Natureza Jurídica da Doação Compartilhada de Oócitos em Técnicas de Reprodução Humana Assistida. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 167-186

ger o indivíduo de si mesmo, o Estado acaba impondo restrições muito rígidas ao indivíduo, em especial quando diz respeito à disposição do próprio corpo, o que, por se tratar de uma ação paternalista extrema, pode colocar em risco a própria autonomia do sujeito.

A autonomia privada, aqui abordada em seu aspecto amplo, é a “capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual”²²⁹. Mais do que a simples liberdade de realizar diferentes negócios jurídicos, o conceito de autonomia privada engloba tanto a ótica do direito negocial quanto também questões ligadas a escolhas existenciais – “com quem vou me relacionar” ou “se vou me relacionar”, “como vou conduzir minha vida”, “quais os fins devo perseguir”, dentre tantas outras indagações que permeiam a mente humana.

Ao contrário do Poder Público que, por ser regido pelo princípio da legalidade, tem suas ações delimitadas pela lei, o sujeito de direito deve ter ampla liberdade para determinar sua existência de acordo com suas preferências subjetivas, sempre respeitando as escolhas de seus pares. A liberdade de escolha deve ser protegida constitucionalmente como forma de reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Desta forma, as escolhas realizadas no plano existencial devem ter uma esfera de proteção muito mais ampla e intensa, do que aquelas concernentes ao plano econômico e negocial.²³⁰

Além dos direitos patrimoniais, disponíveis e apreciáveis economicamente, a pessoa humana também é titular de direitos que não se traduzem em valores pecuniário, mas que também são dotados de grande importância jurídica. A esses direitos é reconhecido o caráter universal e inato ao ser humano, e exatamente por se encontrarem intimamente vinculados à personalidade humana são denominados direitos da personalidade²³¹.

Eles foram oficialmente reconhecidos pela comunidade interacional pela Assembleia Geral da ONU em 1948, mas já se faziam presentes na Convenção da Filadélfia – no recém-criado Estados Unidos da América – e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão – oriunda como produto da Revolução Francesa²³².

A matéria foi tratada de maneira ínfima pelo Código Civil de 1916²³³. Devido a forte influência liberal da época em que foi concebido, ele se preocupava mais em amparar os di-

229 SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005 p. 168

230 SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 4 - n.14, p. 167-217 - jan./mar. 2005. p. 169

231 PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direitos da Personalidade**. Revista Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizontes, n. 1, 1995, p. 118

232 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direitos da Personalidade**. Revista Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizontes, n. 1, 1995, p. 119

reitos patrimoniais do que os direitos fundamentais da pessoa humana. A ausência de uma Constituição que tutelasse com efetividade os interesses sociais e o caráter eminentemente individualista do Código Civil, transformava o direito privada em um verdadeiro instrumento de exploração dos vulneráveis²³⁴.

De acordo com Lorenzetti a desigualdade abissal existente entre particulares sujeitos ao direito civil, e a compreensão do Estado como mediador de interesses entre diferentes setores sociais, fez com que o entendimento do direito público e privado como dois setores estanques necessitassem sofrer uma mudança. Assim, a Constituição – antes apenas fonte primária de normas de império e de justiça distributiva – passou a incorporar normas de direito privado, e o direito civil – antes adstrito a regulação de relações entre sujeitos de uma mesma posição jurídica – passou a ser permeado por princípios constitucionais²³⁵.

Primeiramente, reconheceu-se que o princípio da igualdade real constituía o prelúdio do exercício pleno dos direitos fundamentais, pois só assim se garantiria liberdade e autonomia aos sujeitos, ainda que em situação de vulnerabilidade. Assim, estabeleceu-se normas capazes de equilibrar o polo jurídico das relações em disparidade em razão da vulnerabilidade existente entre uma das partes. Por fim, estabeleceram legislações capazes de incluir os sujeitos menosprezados nas codificações anteriores, com o estabelecimento, por exemplo, da igualdade matrimonial entre os gêneros, extinguindo a posição do homem como chefe da família²³⁶.

A Constituição Federal de 1988 ratificou os direitos da personalidade e os elevou a qualidade de direitos fundamentais individuais, os consagrando no seu art. 5º. O Código Civil de 2002, por ter sido configurado sobre a guarida da Constituição Federal de 1988, foi revolucionário em abarcar os Direito da Personalidade em seu escopo legislativo.

233 ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro m perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**, n. 30, p.93-124, jan/junho 2013.

234 FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso de direito nas relações Obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

235 LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia De La Constitucionalización Del Derecho Privado En La Regulación De La Vida Coditiana De Las Personas El Caso Del Código Civil Y Comercial De La Nación Argentina. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77 a 91.

236 LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia De La Constitucionalización Del Derecho Privado En La Regulación De La Vida Coditiana De Las Personas El Caso Del Código Civil Y Comercial De La Nación Argentina. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77 a 91.

Segundo Moraes²³⁷ os princípios estruturais eleitos pela Constituição Federal de 1988, como a dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza e da marginalização, redução da desigualdade sociais, bem como a cláusula aberta contida no art. 5º §2º da CF/1988 enseja a constatação de que quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, representam uma cláusula geral de tutela da personalidade.

Em vista disto, qualquer atitude que fosse de encontro com a teleologia constitucional na ordenação desses princípios, e, portanto, lesionasse os direitos da personalidade, deveria ser impedida. Nas palavras de Moraes:

Significa dizer, em primeiro lugar, que qualquer lei que, mesmo cumprindo os ditames constitucionais específicos para certas matérias, como por exemplo o art. 199 da CF, em matéria de transplante —, desatendesse a preocupação do legislador constituinte relativamente à realização da personalidade e à dignidade da pessoa humana, padeceria da vício da inconstitucionalidade²³⁸.

Os direitos da personalidade são definidos como intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Eles podem existir por si só – como o *direito a vida* – na regulação das relações jurídicas entre particulares – como o *direito a intimidade* – ou ainda na regulação das relações entre o particular e o Estado – como o *direito a liberdade*. Nesse sentido, eles possuem um âmbito negativo, que exige uma inação do Estado e de terceiros, ou seja, ausência de interferência no exercício das liberdades dos indivíduos. E um âmbito positivo, que, ao contrário do anterior, reclama uma atuação do Estado na promoção de direitos necessários para o desenvolvimento da personalidade com dignidade. Nesse último sentido, só será viável ao indivíduo desenvolver sua personalidade conforme as concepções de vida boa que cultiva se ele for munido de ferramentas que torne possível sua tomada consciente de decisão.

Além disso, para além da autonomia privada, ele deve possuir relativa disponibilidade de seus interesses. Dessa forma, para Borges, ainda que os direitos da personalidade sejam irrenunciáveis, ainda é permitido ao titular limitar voluntariamente o seu exercício – que não se confunde com a própria titularidade. Não obstante não possa haver uma separa-

237 MORAES, Maria Celina Bodin. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2004. p. 32-38

238 MORAES, Maria Celina Bodin. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2004. p.50-51

ção em sujeito e direito, ou seja, a titularidade não possa ser retirada do sujeito, ele pode ceder temporariamente algum de seus direitos, como o direito a imagem, ou escolher não exercer outros direitos, como o direito a reprodução, desde que tal inibição permaneça compatível com a dignidade da pessoa humana²³⁹.

Nesse mesmo sentido, para Stancioli a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade não retira a possibilidade de inibição de seu exercício, pois a titularidade de um direito não pode ser confundida com o seu exercício. Embora não haja liberdade de escolha entre ter ou não ter tais direitos, é possível decidir se o indivíduo quer ou não quer exercê-lo. Dessa maneira, o direito de *ter* a titularidade de um direito, sem a possibilidade de escolha entre *usá-lo ou não*, torna-se um arbítrio. E o que era para ser liberdade se transforma em arbitrariedade. Assim, a titularidade de um direito deve ser acompanhado sobre a possibilidade de escolha. O direito de ter filho, e, por tanto, constituir uma família, por exemplo, deve ser acompanhado do direito de estar só, caso seja de interesse do titular²⁴⁰.

De Menezes, entretanto, pontua que, ao lado da autodeterminação, um dos elementos da autonomia e essencial ao permanente movimento do ser humano em direção a sua subjetividade, é a *alteridade*. A alteridade compõe outro elemento de singular importância para o desenvolvimento da personalidade, e ela é representada pelo reconhecimento do homem como um ser inserido dentro de um corpo social, fundado no interesse em desenvolver-se livremente também em comunidade²⁴¹. Nesse sentido, se faz de grande importância as palavras utilizadas por De Menezes:

O homem esculpe sua identidade, constrói sua personalidade sob influências genéticas, por meio das quais sua natureza biológica se manifesta; adapta-se culturalmente às condições ambientais de seu lugar, as quais interferem em sua dimensão comportamental e identitária, e, por intermédio da rede de relações que estabelece com os demais, influencia e é influenciado em um processo contínuo de construção e reconstrução de si²⁴².

O princípio da alteridade deixa em evidência que o ser humano é um ser social, embora sua individualidade não possa ser suprimida sobre a justificativa de prevalência do bem

239 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 55-77, 2017.

240 STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou Como Alguém se Torna o que Quiser**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.p.130

241 MENEZES, JOYCEANE. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

242 MENEZES, JOYCEANE. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, 2018. p. 5-6

social, ele não pode utilizar de sua autonomia para suprimir o corpo social, somado ao fato de que as relações sociais também constituem um ponto importante para o desenvolvimento da sua personalidade. A conservação do corpo social, no que tange aos direitos reprodutivos, colocam em questão se o direito das futuras gerações seria afetado pelo reconhecimento da laqueadura como um direito fundamental reprodutivo.

A maior problemática se instala no fato de que, ao se proteger a autonomia da mulher nos procedimentos de laqueadura, por exemplo, e proibir o Estado de impor medidas de controle coercitivo de natalidade, poderia se impedir que o Estado tutelasse os direitos das gerações futuras, que poderiam se deparar com problemas relacionados ao excesso ou escassez populacional.

De acordo com Lima Marques e Miragem, as gerações futuras são consideradas vulneráveis, e, portanto, sujeito a proteção especial pelo ordenamento jurídico. Isso, pois o Código Civil de 2002, fundamentado no princípio do pluralismo jurídico, deferiu tutela especial aos vulneráveis. O conceito de vulnerabilidade pode ser descrito como um estado especial de risco em que a pessoa se encontra, sendo necessário que o estado atue com mais flexibilidade para que possa atingir a igualdade de fato. Para que isso seja possível é imprescindível que seja analisado as particularidades do caso concreto. No caso das gerações futuras, a vulnerabilidade se encontra no fato de não ser possível que reivindicuem hoje a tutela de seus interesses²⁴³.

Nesse contexto, reconhecendo a função social do direito, e a inexistência de um direito absoluto, se impõe a necessidade de estabelecer limites aos direitos subjetivos. Para que isso ocorra, há a dissociação entre a existência do direito e o exercício desse direito, pois, embora ele permaneça existindo, o seu exercício está sujeito a contornos, cuja não observância é caracterizada como abuso, e, portanto, como ilicitude. Dessa forma, em nome do princípio da dignidade das gerações futuras, cabem às gerações atuais estabelecerem os limites do exercício de seus direitos subjetivos, de modo a garantir que os interesses das gerações futuras permaneçam preservados²⁴⁴.

O direito a sustentabilidade está garantida no direito brasileiro no ordenamento jurídico pátrio e em diversos tratados que o país é signatário. A Constituição prevê o direito a um meio ambiente equilibrado e a um desenvolvimento sustentável no art. 225 de seu corpo

243 MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2012

244. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2012

normativo. Na legislação infraconstitucional, o art. 3º da Lei 6.938/81 conceitua meio ambiente como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”²⁴⁵. Nesse sentido, a tutela do meio ambiente deve ser compreendido como a proteção a todas as formas de vida em todas as suas complexidades²⁴⁶.

A partir de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, por meio da combinação entre o dispositivo legal com o texto constitucional, previu-se o direito material a um meio ambiente equilibrado, o que implica na proteção da vida representada pela fauna e a flora, mas também – e principalmente – a vida humana. Para que essa tutela seja viabilizada, é esse fundamental que seja reconhecido a relação jurídica entre a pessoa e inúmeros bens ambientais indispensáveis a uma sadia qualidade de vida. Ressalta-se que a sociedade, ao lado do Estado, é corresponsável pela proteção e preservação desses bens²⁴⁷.

De acordo com Brown Weiss, por sermos seres dotados de racionalidade, possuímos particular responsabilidade do uso sustentável dos recursos a nossa disposição²⁴⁸. A sustentabilidade incumbe ao Poder Público e à sociedade o dever de realizar um desenvolvimento material e imaterial inclusivo, solidário, ético, limpo e eficiente, assegurando às presentes e futuras gerações bem-estar físico, psíquico e espiritual. Logo, é possível que o desenvolvimento se coadune com a sustentabilidade, isto é, que as necessidades das gerações atuais sejam satisfeitas sem que as gerações futuras sejam comprometidas²⁴⁹.

Canotilho distingue sustentabilidade em *strito sensu*, que se restringe a questões ecológicas, e sustentabilidade *lato sensu*, fixada em três pilares: sustentabilidade econômica, sustentabilidade ecológica (*strito sensu*), e sustentabilidade social²⁵⁰. Dessa forma, percebe-se que a sustentabilidade *lato sensu* é dotada de várias facetas complementares ao seu aspecto ecológico. De igual importância, destaca-se sua dimensão jurídico-política e sua dimensão ética. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade torna imperativo o reconhecimento da liberdade do cidadão como um dever inalienável pelo Estado. Ao seu encontro, a

245 Constituição Federal de 1988

246 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1, nº 2, p. 867-910, 2012.

247 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1, nº 2, p. 867-910, 2012.

248 BROWN WEISS, Edith. In fairness to future generations and sustainable development. **American University International Law Review**, v. 8, n. 1, p. 19-26, 1992.

249 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2011.

250 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos**, n. 13, p. 07-18, 2010.

dimensão ética, fundamentada na compreensão kantiana de dignidade, impõe a não coisificação do ser humano e a universalização do bem-estar em sua forma duradoura. A partir desses princípios, retira-se, dentro outros, o direito à informação livre, o direito à longevidade digna, o direito à democracia – preferencialmente direita, e o direito à boa administração pública²⁵¹.

Com base nessa ideia, têm-se que as origens da sustentabilidade está diretamente ligada ao imperativo categórico kantiano, e deve ser interpretada segundo os fundamentos desse imperativo²⁵². Dessa forma, “os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações.”²⁵³.

Em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, também denominada Eco-92, o princípio da sustentabilidade foi ancorado na responsabilização de longa duração. Isso significa que os Estados passaram a ser responsáveis a prever medidas de prevenção e proteção que sejam capazes de garantir a sobrevivência da espécie humana e a dignidade das gerações futuras. Assim, ao lado do desenvolvimento sustentável e do aproveitamento racional dos recursos, o princípio da solidariedade entre gerações foi reconhecido como um dos delimitadores normativos dos níveis de proteção adequados²⁵⁴.

De acordo com Brown Weiss, a Declaração de Direitos Humanos, ao se referir a todos os seres humanos como detentores de direito a liberdade, justiça e paz, pretendeu fazer uma referência atemporal a todos os seres humanos, já trazendo de modo expresso o direito das gerações futuras. Para ela, a terra constitui a conexão entre as gerações passadas e as gerações futuras, não existindo preferência entre passado, presente e futuro. Assim, os custos da evolução humana devem ser distribuídos igualmente entre as gerações passadas, presentes e futuras, de modo a não onerar excessivamente as futuras gerações²⁵⁵.

Na ótica nacional, o art. 225 da Constituição Federal de 1988 previu – pela primeira vez – o direito ao meio ambiente equilibrado às presentes e futuras gerações, dispondo que a

251 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2011.

252 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos**, n. 13, p. 07-18, 2010.

253 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos**, n. 13, 2010. p. 09

254 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos**, n. 13, p. 07-18, 2010.

255 BROWN WEISS, Edith. In fairness to future generations and sustainable development. **American University International Law Review**, v. 8, n. 1, p. 19-26, 1992.

prevenção e a precaução eram os únicos modos de assegurar que esses direitos pudessem alcançar as gerações posteriores²⁵⁶. Brown Weiss elenca três princípios a serem observados no que diz respeito às futuras gerações: primeiramente, todas as gerações devem conservar opções, ou seja, devem preservar os recursos naturais e culturais, de modo a garantir que as futuras gerações tenham acesso a todos esses meios disponíveis. Em segundo lugar, cada geração deve cuidar da qualidade do planeta, de modo a não deixá-lo em condições piores aos quais usufruiu. Por fim, cada geração deve preservar o legado da geração anterior, garantindo que ele chegue até as gerações futuras²⁵⁷.

Entretanto, para uma correta aplicação dos princípios elencados por Brown Weiss, é necessário se ter em considerações algumas condições expostas a seguir. Os princípios devem ser utilizados de forma a encorajar a igualdade entre as gerações, dessa forma não permitem que as gerações atuais explorem recursos de forma a excluir as gerações futuras ou imponha-os um ônus muito pesado. Além disso, os princípios não podem impor a gerações futuras valores pré-determinados, devendo ser flexíveis e permitir que as futuras gerações elenquem valores próprios. Os princípios também devem ser claros e as situações a quais se aplicam devem ser previsíveis. Por fim, eles devem contemplar diferentes culturas, sistemas econômicos e políticos, de forma a serem inclusivos²⁵⁸.

De acordo com Brown Weiss, alguns direitos defendido pelas gerações atuais, embora tenha contorno de direitos individuais, cujo interesse pertença apenas a indivíduos considerados, beneficiam também as gerações futuras, que permanecem salvaguardadas por meio da atuação desses indivíduos individualmente considerados²⁵⁹. No caso da bioética, por exemplo, ao defender o direito individual do feto de não ser instrumentalizado, na realidade se protege o direito de toda uma geração de não ser utilizados como *cobaias* em experimentos científicos, protegendo o futuro da espécie humana.

Canotilho argumenta que, no que se refere a matéria ambiental, o legislador tem uma autonomia reduzida, pois reconhece-se o direito a proibição do retrocesso ambiental. Entretanto, a procura por um meio ambiente equilibrado não serve de justificativa para impedir que o desenvolvimento ocorra, desde que os riscos sejam proporcionais aos benefícios trazi-

256 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1, nº 2, p. 867-910, 2012.

257 BROWN WEISS, Edith. In fairness to future generations and sustainable development. **American University International Law Review**, v. 8, n. 1, p. 19-26, 1992.

258 BROWN WEISS, Edith. In fairness to future generations and sustainable development. **American University International Law Review**, v. 8, n. 1, p. 19-26, 1992.

259 BROWN WEISS, Edith. In fairness to future generations and sustainable development. **American University International Law Review**, v. 8, n. 1, p. 19-26, 1992.

dos a humanidade, este princípio é denominado por ele como sendo o princípio do risco ambiental proporcional²⁶⁰.

Dessa forma, as Constituições não devem retirar toda possibilidade de desenvolvimento a fim de eliminar qualquer risco às gerações futuras, mas sim fixar parâmetros a serem seguidos dentro do possível. Três princípios servem de orientação a essas normas: o princípio da proporcionalidade dos riscos, que estabelece que o risco criado deve ser proporcional a gravidade do dano; o princípio da proteção dinâmica do meio ambiente, que estabelece que só serão aceitos riscos que não puderem ser previstos conforme os critérios de segurança estabelecidos na atualidade; e o princípio da precaução, que estabelece que ausência de certeza sobre a ocorrência do dano não desobriga o Estado de ser responsável pela proteção ambiental²⁶¹.

Nessa mesma linha, Hans Jonas defende que, em vista aos novos avanços científicos, deve ser estabelecido novos conceitos de responsabilidade e limites capazes de acompanhar esse desenvolvimento. Assim, por trás de novos processos tecnológicos, deve-se perguntar quais as consequências aquele processo teria para o futuro da humanidade. O prolongamento exacerbado da vida humana, por exemplo, poderia em contrapartida diminuir o número de natalidades, fazendo com que as sociedades tenha um número de idosos desproporcional em relação ao número de jovens²⁶².

De acordo com Dworkin, para se identificar a ideia do sagrado é necessário perceber se algo é subjetivamente valiosa ou intrinsecamente valiosa. Será considerado subjetivamente valioso se tomar como referência as pessoas que desejam aquilo, porém será intrinsecamente valiosa se seu valor independer do que as pessoas desejam, necessitam ou apreciam. No caso da vida humana, considera-se que ela é sagrada tanto subjetivamente quando intrinsecamente. Entretanto, o autor ressalta uma segunda distinção de extrema importância: aquilo que valorizamos incrementalmente, ou seja, o valor está na quantidade, independente do quanto já se tem daquilo que se deseja, e o que só valorizamos quando já existe²⁶³.

Assim, ele pontua que o sagrado é oposto ao incrementalmente valioso, pois a sua existência já justifica seu valor, sendo inviolável pelo que representa *após* já existir. Dessa

260 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékne-Revista de Estudos Politécnicos**, n. 13, p. 07-18, 2010.

261 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékne-Revista de Estudos Politécnicos**, n. 13, p. 07-18, 2010.

262 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC/Rio, 2006

263 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

forma, “não é importante que existam mais pessoas. Mas uma vez que uma vida humana tenha começado, é muito importante que floresça e não se perca”.²⁶⁴

A preocupação com a preservação da espécie humana é especialmente reforçada quando se tem em pauta os direitos das gerações futuras de viverem com dignidade. Logo, é justo e desejável que as gerações atuais não só não eliminem as possibilidades de existência da humanidade, como que preservem os recursos naturais e culturais às futuras gerações, permitindo o seu bem-estar futuro. Entretanto, deve-se ressaltar que a sacralidade da vida não é medida pela quantidade de pessoas, sendo de extrema importância a inviolabilidade das pessoas que já existem²⁶⁵.

Nesse sentido, Dworkin argumenta que a sacralidade da vida humana possui duas bases criativas que justifica sua inviolabilidade: a criação natural e a criação humana. Dessa forma, durante toda formação de um indivíduo é realizado vários esforços humanos que colaboram com o seu desenvolvimento, tanto na inserção de expectativas sobre seu futuro, quanto em investimento pessoal de tempo, dinheiro e afeto. Segundo essa lógica, não ocorre frustração de vida quando há uma menor taxa de natalidade, pois não houve nenhum investimento criativo em vida, o processo sequer for deflagrado. Além do mais, deve-se compreender que, em certos casos, a inevitabilidade de uma gravidez não desejada levará não só o feto, mas também a mãe a uma vida cheia de frustrações. Frustra-se os investimentos criativos já realizados na vida da mãe e os realizados pela própria mãe, que se verá frustrada em cumprir seu próprio projeto de vida²⁶⁶.

Dessa maneira, embora a proteção dos direitos das futuras gerações seja de extrema importância para a preservação da vida humana, em especial a tutela de direitos ligados a proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável, isso não significa que a dignidade das gerações atuais deva ser sacrificada para garantir um aumento significativo na quantidade das gerações futuras. O fato da sacralidade da vida humana estar apoiada no investimento humano realizado nas vidas existentes, e não no valor incremental, faz com que a *qualidade* das vidas existentes seja muito mais importante do que a quantidade das vidas que há de vir.

Logo, embora o governo deva investir em programas que incentivem o planejamento familiar, e auxiliem a tomada consciente de decisão por parte dos indivíduos, não deve pro-

264 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 102

265 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

266 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

mover a reprodução a todo e qualquer custo. Mas sim investir na qualidade das vidas que já existem e as que possam a vir existir.

4. PLANEJAMENTO FAMILIAR E ESTERILIZAÇÃO

O artigo 226, § 7º da Constituição Federal estabelece ser livre o planejamento familiar, entretanto não há nenhum dispositivo constitucional que trate especificamente sobre direitos sexuais e reprodutivos, dentro ou fora do âmbito familiar. Dessa forma, a regulamentação dessa matéria fica a cargo dos tratados e convenções internacionais que o Brasil faz parte.

Um importante documento a conduzir essa matéria é o Relatório produzido durante a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento na cidade do Cairo, Egito, em 1994. Nesse dispositivo, até de a saúde reprodutiva ter sido tratada exaustivamente, ainda dispôs expressamente se tratar de um direito humano merecedor de tutela e observação internacional. Assim, o princípio 8º do relatório dispõe: “[...] Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção [...]”.

A “Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher” de Pequim, realizada em 1995, também trouxe disposições expressas sobre direitos sexuais e reprodutivos da mulher em seu princípio 96, que traz “os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência [...]”.

Tanto o Relatório, quando a Declaração, ambas ratificadas pelo Brasil, incorporaram o corpo do ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 5º § 2º da Constituição Federal, que, conforme abordado anteriormente, dispõe que os direitos expressos na Carta Magna não excluem outros advindos de princípios e tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Nesse contexto, a partir do princípio 96 da Declaração de Pequim, deduz-se que além de acompanhamento a gestante durante toda a gravidez e após o parto, também constitui dever do Estado conceder informações, orientações, prevenção de doenças e fornecimento de contraceptivos eficazes. Dessa forma, de acordo com o documento, o direito reprodutivo constitui

não só o direito a ter filhos, como também o direito de exercer a sexualidade e o planejamento familiar de forma responsável²⁶⁷.

De acordo com Barcellos²⁶⁸ os direitos sociais expressos na Carta Constitucional podem ser cumpridos através de três formas: pelo poder judiciário, pelo poder legislativo e pelo poder executivo. Nesse contexto, as decisões judiciais, apesar de serem um meio extremamente eficaz na implementação dos princípios, somente atinge casos pontuais e dificilmente são capazes de produzir reflexos em todos o macrossistema. O poder legislativo, por sua vez, trata dos direitos sociais a partir de uma posição abstrata e geral, abarca um número maior de cidadãos, porém sem a concretude necessária para garantir plena efetividade ao Texto Magno.

Em conclusão, para a autora, a forma mais eficaz de garantir que os direitos sociais se tornem prestações positivas aos seus titulares é por meio de Políticas Públicas, implementadas pelo Poder Executivo²⁶⁹. As Políticas Públicas podem ser descritas como “um conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública”²⁷⁰.

Desde os anos 70, muitas organizações femininas buscam atrair atenção para a necessidade de imposição de Políticas Públicas voltadas ao corpo feminino, entretanto posições ligadas a setores religiosos e conservadores da comunidade ainda se recusam a atribuir importância a sexualidade da mulher. “A abordagem franca dos temas e conceitos reprodutivos acarreta, amiúde, graves tensões entre os costumes, crenças, hábitos comunitários”²⁷¹. Dessa forma, a implementação dessas políticas enfrentam forte resistência desses setores sociais, intensificadas pela burocracia, pela crise econômica, por conflitos ideológicos, ausência de informação, pela falta de interesse dos representantes eleitos e por deturpações culturais²⁷².

Ao encontro desse posicionamento, Ávila²⁷³ argumenta que o modelo de políticas públicas a ser buscado deve incentivar uma libertação igualitária, evitando o estabelecimento de

267 RIBEIRO, Mariska. Direitos reprodutivos e políticas descartáveis. **Revista Estudos Feministas**, v. 1, n. 2, p. 400 - 407, 1993. p. 401

268 DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005. p. 90

269 DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005. p. 90

270 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14

271 FARAH, Elias. Planejamento Familiar. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**. Vol. 2/2014. p. 45 – 68. Out /Dez de 2014. p. 56

272 RIBEIRO, Mariska. Direitos reprodutivos e políticas descartáveis. **Revista Estudos Feministas**, v. 1, n. 2, p. 400 - 407, 1993. p. 406

273 ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 19, p. S465-S469, 2003

padrões de comportamento. Assim, a busca deve ser direcionada a discursos éticos e libertários, abandonando-se a prescrição e o controle.

No que se refere aos direitos reprodutivos, a Lei 9263/96 regulamenta o artigo 226, § 7º da Constituição Federal. Segundo a lei, Planejamento familiar consiste em um conjunto de ações que propicie a constituição, aumento ou a limitação dos filhos. Um planejamento familiar de qualidade traz diversos benefícios a população daquele Estado, destacando-se: a diminuição da taxa de mortalidade materna, redução de abortos clandestinos, melhor controle do consumo familiar, diminuição de risco de doenças em crianças durante o nascimento, além de melhor na relação conjugal e entre pais e filhos²⁷⁴.

Em 1996, por meio do Decreto Federal 1.904 de 13 de abril de 1996, o Brasil instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, com o propósito de promover os direitos humanos, identificar os obstáculos para sua implementação, difundir os seus conceitos entre a população, implementar os tratados sobre direitos humanos e reduzir os índices de violência e discriminação no país. Os debates e políticas dentro do PNDH são realizados em conjunto com representantes da sociedade, de modo a melhor atender as demandas sociais²⁷⁵.

Em 1999, o PNDH II buscou estabelecer medidas focadas no combate a crimes sexuais, mas não se aprofundou muito na educação sexual e reprodutiva de crianças e adolescentes. A ausência de discussão sobre essa temática com crianças e adolescentes tem sido um dos principais fatos da difusão de doenças sexualmente transmissíveis e gravidezes indesejadas entre essa faixa etária. Assim, o PNDH III tentou adentrar no assunto sobre a saúde sexual e reprodutiva de adolescentes, mas também de maneira ainda não satisfatória. O Programa também buscou expandir o implemento da assistência a saúde geral da mulher, prevenção contra gravidez na adolescência, prevenção a mortalidade materna e a humanização do parto e da adolescência. Por fim, o programa ainda estabeleceu a promessa de desenvolvimento de políticas de educação e planejamento familiar e acesso a métodos contraceptivos²⁷⁶.

Conforme denota Perrotti, Machado Perrotti e Machado²⁷⁷ os métodos contraceptivos mais utilizados são os de barreira mecânica, como preservativos, espuma e diafragmas. Entretanto, verifica-se que o avanço da medicina trouxe a evolução de muitos desses métodos, e

274 FARAH, Elias. Planejamento Familiar. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**. Vol. 2/2014. p. 45 – 68. Out /Dez de 2014. p. 55

275 VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas. 3ª Ed. 2009

276 VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas. 3ª Ed. 2009

277 MACHADO, Paulo Affonso Leme. PERROTTI, Maria Regina Machado. PERROTTI, Marcos Antônio. Direito do Planejamento Familiar. **Revista dos Tribunais**. Vol. 749/1998. p. 46 – 59.1998. p. 50

vêm substituindo-os por outros mais modernos, como o dispositivo intrauterino (DIU), esteróides injetáveis de duração prolongada, anticoncepcionais orais, esteróides. A partir de 2005, o Sistema Único de Saúde (SUS) estabeleceu que todos os meios contraceptivos existentes passariam a ser também ofertados pelo SUS, porém essa política é satisfatoriamente divulgada²⁷⁸.

Ainda em relação a Lei 9263/96, o art. 3º, parágrafo único da lei apresentou um conjunto de políticas públicas, de caráter meramente exemplificativos, a serem realizadas pelo Estado. Destaca-se: atendimento a mulher, desde a concepção até após o parto, promoção de medicamentos e procedimentos contraceptivos, controle de doenças sexualmente transmissíveis e especial atenção a prevenção e combate ao câncer de colo de útero.

Percebe-se que a lei tentou trazer efetividade aos direitos reprodutivos por meio da prescrição de políticas públicas a serem adotadas pelo poder executivo. Entretanto, percebe-se que a legislação trouxe apenas medidas de caráter prescritivo e controladora, em vez de buscar promover a liberdade e a ética em sede de direitos reprodutivos. Nesse mesmo sentido, também é possível visualizar que o dispositivo jurídico trouxe diversas sanções penais aos médicos e às mulheres que elejam medidas de controle reprodutivo contrário a prescrição legal. A título de exemplo, destaca-se o art. 15 da lei, que prescreve reclusão de dois a oito anos e multa, ao profissional e/ou a gestante que realize a esterilização de forma diversa a prescrita.

Para Farah, os riscos presentes na reprodução são potencializados com a baixa escolaridade, e as baixas condições econômicas do agente. Assim, o planejamento reprodutivo cumpre o papel de prevenir esses riscos em especial dentro de comunidades onde esses fatores são agravados, se atentando sempre a grupos sociais e raciais marginalizados²⁷⁹. Entretanto, verifica-se que a lei de planejamento familiar não se preocupou em abordar os métodos contraceptivos encontrados no mercado, nem sequer buscou meios de difundir o conhecimento da sua existência entre os membros da população.

Dentre os fatores de risco, especial atenção merece a prostituição. De acordo com Vilela e Monteiro, a discriminação sofrida pelas mulheres que adentram no mundo da prostituição influi não só na segregação social desse grupo, mas também no seu menor acesso a serviços de saúde e informações capazes de melhorar sua qualidade de vida. Um estudo de 2010, realizado com 2523 profissionais do sexo provenientes de dez cidades do Brasil, apontou que

278 FARAH, Elias. Planejamento Familiar. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**. Vol. 2/2014. p. 45 – 68. Out /Dez de 2014. p. 55

279 FARAH, Elias. Planejamento Familiar. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**. Vol. 2/2014. p. 45 – 68. Out /Dez de 2014. p. 56

cerca de 50% dessas mulheres nunca compareceram a uma consulta ginecológica. Além do mais, 40% alegaram sequer terem procurado os serviços de saúde ao apresentarem algum problema relacionado a saúde sexual²⁸⁰.

Seguindo nas previsões legislativas, no art. 2º parágrafo único da lei 9263/96 é imposta a proibição ao Poder Público de se utilizar de qualquer medida voltada a interferir no crescimento ou diminuição demográfica, determinando tratar-se de uma decisão exclusiva da família. “Assim, o planejamento familiar não deve conduzir ao induzimento do comportamento social de quantos filhos um casal deve ou pode ter”²⁸¹. Não obstante, no art. 10 do texto legislativo são estabelecidos requisitos para a realização de esterilização voluntária, que não pode ser realizado livremente pelo titular do direito. Assim, pertinente se faz a transcrição do referido dispositivo:

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

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

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

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

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expreso de ambos os cônjuges.²⁸²

Conforme é possível se depreender do dispositivo, os incisos I e II do artigo 10 especifica os casos em que é permitido a realização da esterilização, restrito a maiores de vinte e cinco anos ou que tenham, pelo menos dois filhos. Já o parágrafo 2º traz uma proibição circunstancial à realização do procedimento, vedando que a laqueadura ocorra no momento do parto ou aborto. Por fim, o parágrafo 5º, aplicado apenas às pessoas casadas, condiciona a esterilização à autorização do cônjuge.

De acordo com De Menezes, os membros de um grupo família são amarrados por um fio de valores e interesses compartilhados entre si, e que motiva as decisões e projetos

280 VILLELA, Wilza Vieira; MONTEIRO, Simone. Gênero, estigma e saúde: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do hiv/aids entre mulheres. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, [S.L.], v. 24, n. 3, p. 531-540, set. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.5123/s1679-49742015000300019>. p. 532

281 MACHADO, Paulo Affonso Leme. PERROTTI, Maria Regina Machado. PERROTTI, Marcos Antônio. Direito do Planejamento Familiar. **Revista dos Tribunais**. Vol. 749/1998. p. 46 – 59.1998. p. 49

282 BRASIL. Lei 9263 de 12 de janeiro de 1996. Lei do Planejamento Familiar.

comuns a preservação da união familiar. Esse espaço é denominado de vida privada familiar, e é protegido contra ingerências externas arbitrária, inclusive por parte do Estado, cita-se como exemplo: a educação dos filhos, o planejamento familiar, a rotina doméstica. Dessa forma, considera-se que a interação entre os membros da instituição familiar produzem efeitos nas esferas sociais, pessoais, jurídicos e culturais desses indivíduos, que corroboram para o seu desenvolvimento enquanto pessoa humana²⁸³.

Entretanto, como nenhum direito é absoluto, é permitida a intervenção na vida privada da família quando necessário na tutela de um interesse de maior valor no caso concreto. Sob essa justificativa que considera-se legítimo a intervenção estatal em casos envolvendo violência doméstica contra a mulher ou em casos envolvendo maus-tratos à criança e ao adolescente, por exemplo²⁸⁴. A demais, em setembro de 2022, o artigo 10º da Lei 9263/96 sofreu uma importante alteração, que flexibilizou os requisitos legais para realização do procedimento de laqueadura e vasectomia. Dessa forma, imprescindível se torna a análise pormenorizada do artigo 10º, inciso I e II, e do § 2º e 5º da lei 9263/96 e, conjuntamente, a análise das mudanças trazidas pela alteração legislativa.

4.1 Autonomia existencial: casamento como comunhão de vida e a necessidade da autorização conjugal na decisão de não ter filhos

De acordo com Mello, a autoridade e a liberdade sempre estiveram em contraposição na sociedade. Para ele, a autoridade não é algo indesejável, já que a ordenação e a colaboração metódica da sociedade conduzem à evolução do Estado primitivo em civilizações. Com a complexidade das relações sociais, essa autoridade é retirada das leis, que apoiam uma cadeia hierárquica de obediência. Nesse contexto, a liberdade se instala nas sociedades, ao lado da autoridade, ambos como princípios basilares da vida em comunidade, porém antagônicos e conciliáveis entre si²⁸⁵.

Ao longo da história, a lei e os costumes consolidaram a lei do mais forte como imperativa nas sociedades. A família, a instituição social mais primitiva e basilar, já encontrava a autoridade organizando sua estrutura, a autoridade do marido sobre a mulher e a autoridade

283 MENEZES, JOYCEANE. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

284 MENEZES, JOYCEANE. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

285 MELLO, José Baptista de. Direito marital. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Vol. 2. p. 33 – 60, Ago. 2011

dos pais sobre os filhos. Essa autoridade, até então, não era regida por conceitos sociais, mas sim por instinto e pela necessidade de proteção e defesa dos mais fracos pelo mais forte, a medida que as sociedades foram se organizando, essa autoridade foi se consolidando em costume²⁸⁶. De acordo com Mello,

A própria palavra “manus” significa a força bruta do marido sobre a mulher, essa força creadora da autoridade e que já vinha mantendo a coesão da família através das idades mais avançadas [...] A mulher, durante a infância, depende do pae; casada, pertence ao marido; viuva, fica sob a tutela dos filhos ou dos parentes mais próximos do cônjuge premorto. “A mulher jamais se governará á vontade”, prescrevia uma lei de Manú; as leis gregas e romanas estabeleciam o mesmo principio.²⁸⁷.

Nessa linha, a lei do mais forte, que imperava nas sociedades primitivas, fez com que as famílias se estabelecessem como local de proteção, e ao homem foi garantido o papel da autoridade, já que ele era detentor da força física, responsável pela segurança do lar. Com isso, a mulher, tida como incapaz e desprovida de qualquer magistratura doméstica, tinha sua tutela repassada, da guarda do pai para a guarda do marido, responsável pela sua proteção, mas também pela sua vida. A puberdade, ainda que não sobreviesse casamento, era capaz de livrar o homem do pátrio poder, mas não a mulher, já que esse era perpétuo²⁸⁸.

O direito brasileiro trazia como deveres conjugais a fidelidade, a vida comum, o domicílio conjugal e assistência mútua. Como o marido detinha a representação familiar, ele era encarregado da administração dos bens comuns e exercia o poder marital sobre a esposa. O poder marital garantia-lhe a transmissão do seu nome familiar a esposa, autorizar que ela exercesse uma profissão, fixar o domicílio conjugal e representá-la juridicamente em juízo, em atos extrajudiciais, na contração de obrigações, para fazer contratos. Em contrapartida ela tinha o direito de ser alimentada pelo marido durante o casamento e em caso de divórcio consensual ou cuja culpa não lhe fosse imputada e não tivesse condições de subsistência²⁸⁹.

A existência do poder marital sobreviveu por muito tempo no sistema jurídico brasileiro, o Estatuto da Mulher casada, Lei n. 4.121, aprovado em 1962, ampliou muito os poderes da mulher sobre a própria vida, apesar de ainda não lhe garantir a igualdade plena. O Estatuto re-

286 MELLO, José Baptista de. Direito marital. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Vol. 2. p. 33 – 60, Ago. 2011

287 MELLO, José Baptista de. Direito marital. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Vol. 2. p. 33 – 60, Ago. 2011. p 38

288 MELLO, José Baptista de. Direito marital. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Vol. 2. p. 33 – 60, Ago. 2011

289 MELLO, José Baptista de. Direito marital. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Vol. 2. p. 33 – 60, Ago. 2011

vogou o inciso VII, do art. 242 do Código Civil de 1916, desobrigando a mulher de obter autorização marital para o exercício profissional. Apesar disso, o Código Comercial de 1850 proibia o exercício do comércio pela mulher casada que não obtivesse autorização do marido para tal, podendo ser a autorização marital revogada a qualquer momento. Com a promulgação do Estatuto da mulher casada, grande esforço argumentativo foi empenhado para considerar que a alteração legislativa também se aplicava ao exercício profissional do comércio pela mulher casada, porém alguns juristas ainda consideravam que o silêncio do Código Comercial, lei especial, implicava em ausência de mudanças das normas relativas ao comércio²⁹⁰.

Apesar de conter muita influência religiosa, o Estatuto da Mulher Casada tentou, na medida do permitido pela cultura da época, estabelecer a igualdade entre os cônjuges e reconhecer o papel da mulher como colaboradora e chefe da família, ao lado do marido. O Estatuto tinha conteúdo programático, e visava atenuar os aspectos autocráticos do patriarcado na relação conjugal, e atendia ao apelo da doutrina e da jurisprudência que já pontuava uma necessidade de mudança econômica e social para o progresso contemporâneo²⁹¹.

Além da autorização para o exercício profissional, independente da permissão do cônjuge, destaca-se como principais mudanças trazidas pelo estatuto: a retirada da mulher casada da lista de relativamente incapazes; a desobrigação da mulher casada de aceitar o domicílio conjugal imposto pelo marido, podendo se valer do judiciário caso o domicílio marital fosse de encontro aos seus interesses; o reconhecimento do seu papel, ao lado do marido, na coordenação moral e material do lar e a divisão da responsabilidade com os encargos da família; o reconhecimento da sua capacidade para estar em juízo, independente de outorga marital; o direito a guarda dos filhos menores em caso de divórcio litigioso, independente do sexo da prole; o direito da viúva que contrai novas núpcias à guarda dos filhos menores advindos do *de cujos*; o direito de aceitar ou repudiar herança ou legado, aceitar tutela ou curatela, ou qualquer outro *munus* público, independente da concordância do marido²⁹².

De acordo com Delgado, o Estatuto ainda foi tímido e não adentrou em determinados aspectos que deveria ter incorporado, para que os direitos da mulher casada fossem plenos. Para ele, o Estatuto da mulher casada, ainda deveria ter reconhecido o “direito da chave”, de modo que fosse lhe autorizado o exercício da administração autônoma do lar, inclusive para

290 MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. É necessária a autorização marital para a mulher exercer o comércio? **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Vol. 1. p. 583 – 592. Ago / 2011

291 DELGADO, José Augusto. Estatuto da mulher casada: efeitos da lei 4.121/62. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 69, n. 539, p. 20-24, 1980.

292 DELGADO, José Augusto. Estatuto da mulher casada: efeitos da lei 4.121/62. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 69, n. 539, p. 20-24, 1980.

poder negocial, ainda restrito pelo Código Comercial. Além do mais, deveria ter lhe sido garantida a qualidade de herdeira necessária na sucessão do marido²⁹³.

A Constituição Federal de 1988 trouxe avanços significativos para o reconhecimento da igualdade plena dos cônjuges na relação familiar: pela primeira vez enfatizou-se a igualdade entre homem e mulher em direitos e obrigações e na sociedade conjugal. No art. 2º do Texto Magno, a constituição previu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção de bem a todos independente de preconceito de sexo. Apesar dos imperativos da Magna Carta, Dias ressalta que não houve uma preocupação do legislador em adequar as legislações infraconstitucionais, que continuavam a vigor com normas que ainda não traziam os novos preceitos em seu escopo legislativo²⁹⁴.

Além do mais, Dias também ressalta que, na ânsia de estabelecer a igualdade, não pode a legislação infraconstitucional se olvidar da necessidade de se reconhecer a diferença, principalmente levando em consideração o grande caminho histórico que desempenhou a mulher na busca de seus direitos. Assim, o estabelecimento de algumas normativas, embora revestida sobre o manto da igualdade trazem, um benefício desproporcional ao homem, já que ele ainda detém privilégios na sociedade. A título de exemplo, Dias argumenta que o regime de separação obrigatória de bens, imposto ao maior de oitenta anos²⁹⁵ que resolva se casar, é uma determinação que protege desnecessariamente o varão idoso em detrimento da nova esposa, já que a probabilidade de um homem de idade avançada se casar é muito maior do que a de uma mulher da mesma faixa etária. Com isso, a nova esposa é preterida no acesso aos bens do marido, ainda que ele, detentor de capacidade jurídica, deseje de maneira diversa. Nesse sentido,

Relegar à invisibilidade o que existe não faz nada desaparecer e, o só fato de existir, merece a proteção do Estado. As omissões e equívocos do legislador levam a sociedade a continuar dependendo da sensibilidade dos juízes, que não são nem mágicos e nem fadas, pois não têm o dom de fazer desaparecer o que existe, pelo simples fato de ninguém querer ver.²⁹⁶

293 DELGADO, José Augusto. Estatuto da mulher casada: efeitos da lei 4.121/62. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 69, n. 539, p. 20-24, 1980.

294 DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Nov. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil. Acesso em: 28 Set. 2022

295 No texto, Maria Berenice Dias cita as normas dispostas no Código Civil de 1916, que estabelecia o regime de separação obrigatória aos casamentos realizados após o nubente completar sessenta anos, entretanto, essa determinação foi mantida pelo Código Civil de 2002, que apenas restringiu o dispositivo aos casos em que o nubente possuir mais de oitenta anos, motivo pelo qual optou-se por utilizar o regramento atual no parágrafo.

296 DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Nov. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil

Dessa forma, para Dias, a relutância do legislador em considerar a realidade enfrentada pelas mulheres na sociedade, e encarar as desigualdades fáticas existentes entre os cônjuges apenas torna a lei uma letra morta, incapaz de responder aos anseios sociais. Com isso, a missão de busca pelo equilíbrio entre os polos da relação conjugal fica a cargo do juiz, que, por estar próximo ao caso concreto, permanece obrigado a resolver as situações que lhe aparece, sempre pautado nos princípios constitucionais, em especial o da igualdade o da dignidade da pessoa humana.

O poder marital, embora tenha sido fulminado pela Constituição Federal de 1988 quando estabeleceu a igualdade entre os sexos e a horizontalidade entre as relações conjugais, ainda permanece exibindo seus resquícios no costume social de muitas sociedades. Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, ainda percebe-se a existência de uma vulnerabilidade física e econômica muito grande da mulher na sociedade conjugal, o que enfatiza o desequilíbrio fático entre o casal, ainda que na lei esteja garantido a existência de uma igualdade formal.

Dessa forma, antes de realizar determinações imperativas a sociedade conjugal, o Estado deve levar em consideração como se dará a aplicação fática da norma. Conforme apontado anteriormente, a redação original do art. 10º § 5º da lei 9.263/96 impunha a necessidade de autorização conjugal para a realização do procedimento de laqueadura ou vasectomia pelos cônjuges. Apesar de não trazer nenhuma disposição aparentemente discriminatória, o dispositivo se olvidou das consequências fáticas advindas da sua aplicação, que apenas potencializava a existência do poder marital que ainda permanecia enraizado no costume social, sem buscar promover, antes, um empoderamento efetivo dos sujeitos vulneráveis do polo relacional.

Nesse contexto, importante trazer a baila o caso noticiado pela BBC News de uma mulher que, aos 32 anos, foi impedida por seu marido de realizar a laqueadura e acabou engravidando de seu sexto filho. Segundo ela, durante a quarta gestação os médicos já a informaram sobre o risco de gestações futuras, além disso, o casal já perpassava por diversas dificuldades financeiras até aquele momento. Por fim, a mulher ainda relatou que as modificações em seu corpo causadas pelas gestações estavam insustentáveis. Mesmo assim seu cônjuge se recusava

a realizar o procedimento de esterilização ou autorizá-la a realizá-lo por acreditar seu contrário aos mandamentos de sua religião²⁹⁷.

“O velho testamento diz 'casai e multiplicai-vos'. Muitos irmãos pregavam com base nisso e meu marido seguia o mesmo pensamento. Ele me disse que eu não faria a laqueadura e quis saber o porquê do meu desejo pelo procedimento. Eu entendi aquela situação como um 'eu que mando' e fiquei passada”, contou ela à BBC News Brasil.²⁹⁸

Casos como esse não constituem exceção, e legislações com resquícios patriarcais são utilizadas como forma de legitimar esse tipo de abuso sobre os corpos femininos. O marido, enquanto detentor do antigo “*pátrio poder*”, e, muitas vezes, responsável financeiramente pelo sustento da família, já que sua esposa permanece nos cuidados com os filhos, é detentor de poder: físico, financeiro e psicológico sobre a mulher. Nesse sentido, atribuí-lo a tarefa de decidir quando um procedimento tão sério quanto a laqueadura poderá ser realizado, acompanhado do discurso de que o casamento constitui uma comunhão plena de vida, é desconsiderar anos de opressão e desigualdade fática entre esses dois membros dentro da instituição familiar.

Por muito tempo, o direito coisificou a mulher, compreendo-a como um instrumento a serviço da família, uma instituição que deveria permanecer inviolável e sagrada. O esforço jurídico na sacralização familiar como um corpo único fez com que o ordenamento permanecesse indiferente face às várias formas de violência de gênero que aconteciam no seio doméstico. As assimetrias das relações de poder e dominação existentes no cerne da união conjugal torna imprescindível o reconhecimento de necessária proteção física e moral aos integrantes vulneráveis²⁹⁹.

Nesse contexto, os direitos das mulheres torna-se um inexorável trunfo contra a maioria, intangível ao princípio democrático, cuja omissão do Poder Público, ou atuação contrária a sua tutela, por si só, é eivada de inconstitucionalidade. O aparente paradoxo existente na necessidade de instrumentos de especial proteção a mulher, de atuação programática e que refle-

297 SOUZA, Felipe. 'Meu marido me proibiu de fazer laqueadura, mesmo após 5ª gestação'. 2022. Da BBC News Brasil em Londres. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60901125#:~:text=A%20C%C3%A2mara%20dos%20Deputados%20aprovou,vasectomia%2C%20no%20caso%20dos%20homens..> Acesso em: 21 abr. 2022.

298 SOUZA, Felipe. 'Meu marido me proibiu de fazer laqueadura, mesmo após 5ª gestação'. 2022. Da BBC News Brasil em Londres. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60901125#:~:text=A%20C%C3%A2mara%20dos%20Deputados%20aprovou,vasectomia%2C%20no%20caso%20dos%20homens..> Acesso em: 21 abr. 2022.

299 STRECK, Lenio Luiz; DE MELO LIMA, Vinicius. Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 8/2015. p. 747 – 773. Ago / 2015

te um cenário contrário à cultura machista e patriarcal emanante da sociedade atual reforça o papel do sistema jurídico como transformador das realidade sociais contrárias aos direitos fundamentais. Assim, ainda que a cultura social reflita um pensamento contrário às exigências dos direitos fundamentais, a ideia de direito das mulheres como trunfo contra a maioria impõe a necessidade de atuação do Estado para mudar essa realidade, indo de encontro à cultura dominante, cumprindo seu papel prospectivo³⁰⁰.

Em busca de modificar essa realidade, no ano de 2014, a Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep) impetrou a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, ADI 5.097, questionando a constitucionalidade do art. 10, §5º, Lei 9.263/96. Para a Associação o dispositivo colocava em pauta questões como a autonomia corporal e o direito à autodeterminação dos direitos existenciais. Somado a isso, a mulher seria o sujeito de direito mais afetado por essa ingerência estatal na vida privada do casal, devendo ser garantido uma total liberdade de escolha sobre a disposição do seu próprio corpo³⁰¹.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), admitido como *amicus curiae* no processo, defende que o dispositivo constituiria uma ofensa a autonomia privada. Em contrapartida, ao ser citado, o Advogado-Geral da União alegou que o direito a maternidade e a paternidade constituiria uma decisão conjunta do casal, que não poderia ser tomada de maneira unilateral, pois o casamento pressupõe uma comunhão plena de vida³⁰².

Ao encontro do posicionamento do IBDFAM, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) – também admitido como *amicus curiae* – argumentou que as decisões sobre controle reprodutivo constituem uma questão atinente a “justiça de gênero”, pois os papéis sociais na criação dos filhos são distribuídos de maneira diferente entre homens e mulheres, e que a imposição constituiria uma violação à liberdade de escolha – principalmente da mulher. Assim, sugeriu-se – em vez de coibir o cônjuge a solicitar a autorização do outro – que se exija apenas um dever de informá-lo sobre a decisão³⁰³.

Apoiado nessa ADI, em 2018, o Partido Socialista Brasileiro (PSB), ingressou com a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5911, também indagando a constitucionalidade do mesmo dispositivo legal, porém, acrescentando o questionamento a respeito da idade mínima

300 STRECK, Lenio Luiz; DE MELO LIMA, Vinicius. Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. 8/2015. p. 747 – 773. Ago / 2015

301 Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.097/DF. Amicus curiae – Petição 20071 Data: 25/04/2016 . PROCESSO N O 9957450-37.2014.1.00.0000

302 Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.097/DF. Amicus curiae – Petição 20071 Data: 25/04/2016 . PROCESSO N O 9957450-37.2014.1.00.0000

303 Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.097/DF. Amicus curiae – Petição 20071 Data: 25/04/2016 . PROCESSO N O 9957450-37.2014.1.00.0000

de vinte e cinco anos exigida pela lei para realização do procedimento. Para fundamentar sua posição, o PSB argumentou que o art. 7º, inciso III, da Lei n. 11.340/06 – Lei Maria da Penha – considera violência doméstica o impedimento da utilização de métodos contraceptivos, buscando resguardar a autonomia feminina na decisão sobre o controle reprodutivo. Além disso, considerou que a idade mínima trazida no dispositivo seria arbitrária, pois a maioridade civil brasileira já é adquirida após os dezoito anos³⁰⁴.

Nessa última ADI, o Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília (CA-Dir/UNB) ingressou como *amicus curiae* e alegou que o casal deve ser entendido como dois seres dotados de individualidades separadas, e, por isso não podem ter sua autonomia individual tolida pela vontade do outro. Além do mais, não deve ser reforçado, por meio da lei, o estigma de que a mulher tem o dever de procriação. Nesse sentido, o Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres – que também ingressou como *amicus curiae* – defendeu que tais exigências dificultam a realização da laqueadura, cabendo ao próprio indivíduo a escolha sobre processos atinentes ao seu próprio corpo³⁰⁵. Ambas as ADIs ainda não foram julgadas pelo STF.

No mesmo sentido das ADIs, em 2014, a Deputada Federal Carmen Zanotto do PPS/SC propôs o Projeto de Lei 7364/2014, com o intuito de revogar o § 5º do art. 10 da Lei de Planejamento Familiar e tornar desnecessária a autorização do cônjuge para realização da laqueadura e da vasectomia. No projeto de lei, a Deputada argumenta que a Constituição Federal, ao instituir o livre planejamento familiar, não trouxe a obrigatoriedade do consenso entre o casal, mas sim que as decisões tomadas devem levar em conta a liberdade individual dos cônjuges. Assim, a exigência de autorização conjugal na laqueadura é incompatível com o direito individual ao próprio corpo, além de enfatizar a prevalência, ainda nos dias de hoje, de dominações masculinas em decisões desse tipo³⁰⁶.

O projeto também propôs a alteração do art. 10º, inciso I e II da lei 9.263/96, que será abordado no subcapítulo posterior. Após oito anos tramitando nas duas câmeras legislativas, o

304 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.911/DF. Amicus curiae - Petição: 53802 Data: 17/08/2018. Processo n o 0067050-27.2018.1.00.0000

305 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.911/DF. Amicus curiae - Petição: 53802 Data: 17/08/2018. Processo n o 0067050-27.2018.1.00.0000

306 ZANOTTO, [Carmen Zanotto](#). Projeto de Lei n 7364, de 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1241795&filename=PL+7364/2014 Acessado em: 18 de setembro de 2022.

projeto finalmente foi aprovado em setembro de 2022, convertendo-se na Lei 14.443/2022, sancionada pelo Presidente da República³⁰⁷.

Nesse contexto, importante trazer a baila o conceito de violência sexual trazida pelo art. 7º da 11.430 de 2006, da Lei Maria da Penha. De acordo com o dispositivo legal, compreende-se como também sendo abuso a proibição, por parte do cônjuge, de que a mulher utilize de qualquer meio contraceptivo ou limitar ou anular os direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Faz-se pertinente a transcrição do artigo:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos³⁰⁸;

A lei Maria da Penha adveio para implementar medidas temporárias de aceleração da igualdade fática entre homens e mulheres, atualmente muito precária. A mulher agredida é considerada em situação de vulnerabilidade, ainda que transitória, e, por isso, não está em posição de igualdade com o seu agressor. Assim, a lei constitui um exemplo de discriminação positiva que, por meio de tratamento desigual, busca impulsionar o empoderamento feminino e concretizar discursos igualitários de gênero³⁰⁹.

De acordo com Bianchini³¹⁰, há duas classes de bens jurídicos protegidos pela Lei Penal: os pertencentes a mulher vítima enquanto sujeito de direitos e os pertencentes a gênero feminino historicamente discriminado social e juridicamente por um sistema jurídico que sempre a desfavoreceu. Dessa maneira, as condutas caracterizadas pela lei como violência abarcam também aquelas que atentam contra seu direito a igualdade, dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade dentro do campo doméstico familiar. Sempre que

307 AGENCIA SENADO. **Lei Reduz Idade Para Laqueadura e Dispensa Consentimento do Cônjuge**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/05/lei-reduz-idade-para-laqueadura-e-dispensa-consentimento-do-conjuge>. Acesso em: 18 set. 2022.

308 BRASIL. Lei 11.430 de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha

309 BIANCHINI, Alice. Reflexões acerca da Lei Maria da Penha: bem jurídico, punitivismo e suas implicações. *Sistemas Judiciales: Una Perspectiva Integral sobre la Administración de la Justicia. Género, diversidad sexual y justicia*. n° 22. p. 102 -110. 2018.

310 BIANCHINI, Alice. Reflexões acerca da Lei Maria da Penha: bem jurídico, punitivismo e suas implicações. *Sistemas Judiciales: Una Perspectiva Integral sobre la Administración de la Justicia. Género, diversidad sexual y justicia*. n° 22. p. 102 -110. 2018.

uma mulher é agredida – seja física, psicológica ou moralmente – todo o gênero feminino constituirá abstratamente sujeito passivo desse ato.

No direito norte-americano, a Suprema Corte dos Estados Unidos fundamenta decisões ligadas a reprodução no direito constitucional à privacidade (*right to privacy*). Dworkin explica, nesse contexto, a privacidade é compreendida como o direito de que o governo não interfira em determinadas liberdades individuais sob a justificativa de proteger um valor intrínseco cujo conteúdo só poder ser determinado individualmente. Dessa forma, questões que em que a coletividade não tenha uma opinião unívoca a respeito, por envolver convicções estritamente religiosas, não podem ser impostas pelo Estado, pois está dentro da esfera individual, e deve ser tomada por cada cidadão, de acordo com as suas próprias convicções. O autor denomina esse princípio geral de privacidade à reprodução como sendo o princípio da autonomia procriadora³¹¹.

As decisões procriadoras são fundamentais em outro sentido; as questões morais nas quais se articulam são religiosas no sentido amplo que defini, chegando à finalidade última e ao valor da vida humana em si. O poder do estado de proibir a contracepção só pode ser plausivelmente defendida a partir do pressuposto de que o governo tem o poder geral de ditar a todos os cidadãos aquilo que exige o respeito pelo valor inerente da vida humana: por exemplo, que as pessoas só mantenham relações sexuais com a intenção de procriar³¹².

Em 1879, o estado de *Connecticut* aprovou uma lei que proibia o uso de qualquer tipo de contraceptivo. A legislação ainda trazia a previsão de que qualquer um aconselhasse ou auxiliasse alguém no uso de métodos contraceptivos seria processado e punido como se fosse o próprio ofensor do comando legal³¹³. Em 1939, a *Connecticut Supreme Court of Errors* confirmou a constitucionalidade da legislação. Para ela, era atributo do Poder de Polícia do Estado primar pelo bem-estar e saúde da população, incluindo o bem-estar moral e os contraceptivos facilitariam casos extraconjugais e a depravação social. Dessa forma, a legislação de *Connecticut* apenas tutelava a castidade, a fidelidade matrimonial e incentivava a autopreservação dos indivíduos da sociedade³¹⁴.

311 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

312 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 221

313 DUDZIAK, Mary L. **Just Say No: Birth Control in the Connecticut Supreme Court Before Griswold v. Connecticut**. Iowa L. Rev., v. 75, p. 915-938, 1989.

314 DUDZIAK, Mary L. **Just Say No: Birth Control in the Connecticut Supreme Court Before Griswold v. Connecticut**. Iowa L. Rev., v. 75, p. 915-938, 1989.

De acordo com a *Connecticut Supreme Court of Errors*, nem mesmo riscos a saúde da mulher casada poderia justificar uma exceção a previsão legislativa, pois métodos contraceptivos não era a única forma de evitar a gravidez. Caso a mulher verificasse que se submeter a uma gravidez poderia trazer risco a sua saúde, deveria se sujeitar a abstinência sexual. Grande parte da rigorosidade da lei em *Connecticut* era devido a enorme influência que a igreja católica exercia no estado americano. A igreja apoiava fortemente parlamentares contrários ao controle reprodutivo, pregando que o controle reprodutivo era contrário aos mandamentos divinos, pois o papel no sexo dentro do casamento era reservado exclusivamente a reprodução³¹⁵.

Após o relato de várias mortes de mulheres que sofreram complicações no parto por falta de informações a respeito de métodos contraceptivos, e outras que ficaram incapacitadas permanentemente devido a acidentes vasculares, em 1961, O *Planned Parenthood League of Connecticut* abriu, por conta e risco, uma clínica de controle reprodutivo em *New Haven*, dirigido pelo médico Dr. Buxton e pela diretora executiva Estelle Griswold. A *Connecticut Supreme Court of Errors* compreendeu que Buxton e Griswold cometera um crime ao aconselhar e ajudar mulheres a realizar controle reprodutivo³¹⁶.

Buxton e Griswold recorreram do acórdão da Corte Estadual³¹⁷, e, em 1965, no clássico julgamento denominado *Griswold v. Connecticut*. a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que ao estado não era permitido proibir pessoas casadas – e em decisões posteriores também as solteiras – de comprar anticoncepcionais. A Corte fundamentou sua decisão na existência do direito constitucional à privacidade, que garantia que o Estado tivesse o dever de não intervir em decisões que afetassem profundamente a vida do indivíduo, como a decisão sobre ter um filho³¹⁸.

Nessa perspectiva, nos Estados Unidos, apesar de a esterilização voluntária ser um dos métodos contraceptivos mais utilizados pelas mulheres americanas, elas ainda encontram muitas barreiras na realização do procedimento. Hospitais vinculados a igreja católica se recusam a fazer qualquer procedimento que envolva aborto, método contraceptivo de longa duração (como DIU) e esterilização. O problema é que cerca de metade da população americana possui plano de saúde vinculado ao seu emprego e, logo, não possuem controle sobre qual plano

315 DUDZIAK, Mary L. **Just Say No: Birth Control in the Connecticut Supreme Court Before Griswold v. Connecticut**. Iowa L. Rev., v. 75, p. 915-938, 1989.

316 DUDZIAK, Mary L. **Just Say No: Birth Control in the Connecticut Supreme Court Before Griswold v. Connecticut**. Iowa L. Rev., v. 75, p. 915-938, 1989.

317 DUDZIAK, Mary L. **Just Say No: Birth Control in the Connecticut Supreme Court Before Griswold v. Connecticut**. Iowa L. Rev., v. 75, p. 915-938, 1989.

318 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

de saúde podem aderir. Além do mais, os locais aos quais os pacientes poderão ser tratados se resumem àqueles que possuem convênio com o plano de saúde eleito pelo empregador. Com isso, estima-se que um a cada sete pacientes são tratados em hospitais de fundamentalismo religioso, ainda que não professem a mesma crença que o hospital³¹⁹.

Em um estudo realizado com as mulheres sujeitas a serem tratadas apenas em hospitais confessionais devido ao seu plano de saúde, 60 % disseram que algo deveria ser feito para mudar esse cenário. Dentre essas, 55% acreditavam que os planos de saúde devem conceder opções de hospitais seculares para atendimento, já 49% disseram que os próprios hospitais, ainda que expressassem uma religião, não poderiam se negar a realizar procedimentos de saúde fundamentados em pontos de vista puramente religiosos³²⁰.

De acordo com Dworkin, o direito norte-americano possui raízes em duas tradições que por vezes conflitam entre si: a primeira é a de preservar a liberdade pessoal e a segunda é a de responsabilizar o governo pela proteção da moral pública. A convergência das duas tradições resulta no reconhecimento de um objetivo extremamente importante para o direito: o objetivo da responsabilidade. Com ele, pretende-se que os cidadãos ao elegerem suas opções de vida individuais levem em consideração questões importantes sobre a moral social e, uma vez conscientes sobre todos os pontos que envolvem a sua decisão, possam tomar uma decisão informada, se responsabilizando pelas consequências de suas escolhas³²¹.

A finalidade de responsabilizar seus cidadãos pelas escolhas que tomam só tem sentido quando se considera que eles são livres para eleger as opções que lhe são postas a frente. Com isso, deve se ter o cuidado de não ultrapassar a linha tênue existente entre a responsabilidade e coerção. Enquanto algumas medidas possam auxiliar a mulher a refletir sobre a decisão que está a tomar, outras podem impor um ônus muito excessivo que acabe por coagi-la a aceitar o que está sendo imposto. Nesse sentido, Dworkin relata que no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania versus Casey*, os *Justices* consideraram que exigir que a mulher obtenha o consentimento marital para realizar o aborto, por exemplo, seria excessivamente

319 SCHUELER, Kellie E.; HEBERT, Luciana E.; WINGO, Erin E.; FREEDMAN, Lori R.; STULBERG, Debra B. Denial of tubal ligation in religious hospitals: consumer attitudes when insurance limits hospital choice. *Contraception*, [S.L.], v. 104, n. 2, p. 194-201, ago. 2021. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.contraception.2021.02.011>.

320 SCHUELER, Kellie E.; HEBERT, Luciana E.; WINGO, Erin E.; FREEDMAN, Lori R.; STULBERG, Debra B.. Denial of tubal ligation in religious hospitals: consumer attitudes when insurance limits hospital choice. *Contraception*, [S.L.], v. 104, n. 2, p. 194-201, ago. 2021. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.contraception.2021.02.011>.

321 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

oneroso, uma vez que, no intuito de obter essa autorização, ela poderia estar sujeita a intimidações físicas, psicológicas e econômicas, que acabaria por coagi-la, em vez de apenas auxiliá-la na tomada consciente de uma decisão³²². Dessa forma, Dworkin ressalta que:

A característica mais importante dessa cultura é a crença na dignidade humana individual – a crença em que as pessoas têm o direito moral – bem como a responsabilidade moral – de defrontar-se com as questões mais fundamentais sobre o significado e o valor de suas próprias vidas, em busca de resposta para suas próprias consciências e convicções. Esse pressuposto foi o motor da emancipação e da igualdade racial, por exemplo. [...] Em sentido amplo, o princípio da autonomia procriadora encontra-se entranhado em qualquer cultura verdadeiramente democrática.³²³ (grifo nosso).

Conforme o trecho destacado, o direito a autonomia procriadora é um direito *individual*, que leva em consideração a dignidade humana individualmente considerada. Ou seja, o fato de o Estado não poder intervir dentro dessa esfera decisória íntima do sujeito, também significa que outros particulares também devem se abster de realizar qualquer tipo de intervenção na esfera íntima do indivíduo. Conforme ressaltado no capítulo 2.2, De Menezes ressalta que, com a colocação da pessoa no centro do ordenamento, e o reconhecimento da função humanizante das famílias, instituições foram atribuídas o lugar de desenvolvimento da personalidade de seus membros. Dessa forma, considerou-se que embora os sujeitos que a compõe mantenham entre si laços de convivência ou parentesco, são dotados de individualidade. Dessa maneira, cada um de seus membros detêm o direito a vida íntima e privada individual, que devem ser respeitadas uns pelos outros³²⁴.

Ademais, a função primordial da família é participar da educação e do desenvolvimento de seus membros enquanto primeiro contato deles com o mundo social. Ela é informada pelo princípio democrático e funciona como uma réplica do Estado Democrática, também chamada *família democrática*, devendo buscar o desenvolvimento e a autonomia de seus membros por meio da observação e do respeito a liberdade e igualdade dos indivíduos que a compõe. O relacionamento dos membros familiares são pautados pela igualdade, li-

322 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

323 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 233

324 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

berdade e autonomia, respeitando a autodeterminação individual e as escolhas de vida de seus membros individualmente considerados³²⁵.

No que tange ao planejamento familiar, a Constituição Federal consagrou o Princípio da Liberdade no Planejamento Familiar. Dessa forma, a escolha pertence ao casal e deve ser conjunta, não podendo haver a imposição de vontade de um sobre o outro cônjuge. Outrossim, caso advenha um filho da relação entre o casal, a responsabilidade é compartilhada, devendo reger o princípio do melhor interesse do menor³²⁶.

Para De Menezes, a vida familiar deve ser representada pelos princípios da solidariedade, alteridade e individualidade. Nesse sentido, reconhece-se que a vida em família não significa a perda da subjetividade dos sujeitos que compõem a relação familiar, mas sim a promoção da pessoa, que estabelece com os demais uma relação solidária. Dessa forma, deve-se identificar a presença de dois núcleos: primeiramente, o núcleo da vida privada familiar, que é regido pela alteridade e solidariedade, no qual a atuação estatal é limitada. E em segundo lugar, para além do grupo familiar, o núcleo da vida privada individual, que limita o acesso dos próprios membros da constituição familiar³²⁷.

Assim, é imprescindível que se reconheça a existência de uma identidade individual dos membros da instituição familiar que se difere da própria instituição a qual estão inseridos, e que devem ser respeitados por cada um deles. Dessa forma, “em nome da integridade familiar ou de outro bem, não se pode aniquilar o desenvolvimento da pessoa, por esta razão, a par da vida privada em família também se garante o direito à vida privada individual”³²⁸. Dessa forma, reconhecendo o direito a privacidade, nos moldes apresentados pelo direito norte-americano no caso *Griswold v. Connecticut*, entende-se que decisões que afetem extremamente a vida do indivíduo dentro da instituição familiar – como a de ter ou não filhos – não pode ser objeto de intervenção estatal, mas tão pouco podem ser objeto de imposição particular.

Ao prescrever a obrigação de o cônjuge ter a autorização do outro consorte para realizar o procedimento de esterilização, o Estado interveio no modo de interação desse casal, impondo regras de convivência marital que só podem ser decididas pela própria entidade fa-

325 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

326 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

327 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

328 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018. p. 14

miliar. O fato de um dos cônjuges realizar um procedimento de laqueadura sem a autorização do outro cônjuge pode dar ensejo a um pedido de divórcio por parte do cônjuge preterido, que não teria nenhum prejuízo caso percebesse que os planos de vida do seu parceiro não mais se coaduna com os seus. Logo, sobre esse fato não recaí nenhum interesse público suficientemente forte que justifica uma imposição legislativa do estado na vida deste casal.

A exigência de autorização conjugal para decisões relativas ao próprio corpo, em vez de induzir a reflexões a respeito das consequências das decisões relativas à procriação, apenas sujeita um dos cônjuges às imposições e caprichos do parceiro, retirando a autonomia de decidir arcar com essas consequências e assumir, sozinho, os riscos que com elas advêm. Assim, essa imposição legislativa ultrapassa a linha do objetivo da responsabilidade e adentra no campo da coerção, coagindo um dos conjugues a agir conforme as orientações do outro.

Além do mais, a exigência de autorização para realização de um direito de natureza existencial ignora a individualidade dos membros da comunhão familiar. De Menezes enfatiza que ao constituírem uma comunhão plena de vida por meio do casamento, os cônjuges não invalidam a personalidade individual um do outro. Logo, apesar da existência de alguma restrição a liberdade dos cônjuges, como a limitação da liberdade sexual imposta pelo dever de fidelidade, não existe abdicação a vida privada individual e muito menos a renúncia aos direitos da personalidade de cada um dos cônjuges. Nesse contexto, o art. 1566, V, do Código Civil, impôs como um dos deveres do casamento o respeito pela intimidade do parceiro. Por consequência, o desrespeito a vida privada do cônjuge constitui ofensa aos deveres matrimoniais, sendo punido como injúria grave, conforme art. 1572 do mesmo dispositivo legal³²⁹.

Villela³³⁰ constata que as novas perceptivas dadas ao casamento garante que a paternidade seja uma opção, mas não uma obrigação do casal. As novas possibilidades advindas da adoção, e da proibição de diferenciação entre os filhos, retira o conteúdo essencialmente biológico da paternidade. Possibilitando que ela também seja exercida sobre “*a prole biológica alheia*”³³¹. Nas palavras do autor:

329 DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-31, 2018.

330 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 666

331 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 666

De considerar, enfim, que a senhoria fisiológica da sexualidade, iniciada com a invenção da pílula, “o acontecimento mais importante dos tempos modernos”, no dizer de PIERRE SIMON, e a agora completada na fecundação humana in vitro, com o chamado bebê de proveta, abre grave alternativa para o casal. Sexo sem reprodução e reprodução sem atividade sexual já não constituem meras especulações, mas poderes efetivos. Deles fazer instrumento para a realização mútua ou ocasião para um profundo vazio é simples questão de uso. Uso de uma nova e densa liberdade³³².

Villela³³³ defende que às regras atinentes ao Planejamento Família devem ser fundamentadas em um modelo aberto de família, calcado na liberdade de escolha, ainda que limitado pelo interesse público. O autor acredita que a instituição familiar deve ser firmada nas convicções pessoais de cada cônjuge para que seja capaz de contribuir com o desenvolvimento e realização pessoal dos indivíduos.

Só a família fundada na aptidão para responder ao mistério de amor e comunicação que habita cada de ser humana, o pode livrar do vazio e da solidão. **O modelo há de ser, por conseguinte, aberto, vale dizer, inspirado na liberdade.** Se não for resumir demais a regra de ouro pode estar em atribuir ao Estado a garantia e ao homem a construção da família³³⁴.

Nessa linha, compreende-se que a livre decisão sobre ter ou não filhos constitui o início do plano de constituição familiar. Consequentemente, ao eleger a paternidade/maternidade como projeto de vida, é imposto o dever de cuidado, investindo afeto, tempo e dinheiro a fim de auxiliar na promoção do desenvolvimento da personalidade dessa prole. Entretanto, cabe aos pais reconhecer que, ainda que um investimento pessoal tenha sido feito, a criança não constitui um prolongamento da personalidade dos pais, mas sim uma terceira pessoa também sujeito de direitos e de vida privada individual³³⁵.

Nesse mister, a alteração legislativa trazida pela supressão do §5º, do art. 10º da Lei 9.263/96, além de servir ao princípio do livre planejamento familiar, serviu à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana individual dos membros da instituição familiar. Dessa forma, o objetivo da responsabilidade, consequência da autonomia procriativa, permite que as pessoas se conscientizem sobre suas decisões e se compreendam como livres para

332 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 667

333 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 678

334 VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 678

335 MENEZES, JOYCEANE. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 216, p. 1-31, 2018.

elegerem suas opções de vida, pois são eles os sujeitos sobre os quais recairão as consequências da decisão. Enquanto sujeitos livres, eles devem compreender o fardo de suas escolhas, porém não podem ser impedidos de escolherem carregá-lo.

4.2 Do paternalismo ao perfeccionismo: idade mínima para decisão sobre a laqueadura

A redação original do inciso I e II do art. 10 da Lei de Planejamento Familiar estabelecia a idade mínima de vinte e cinco anos, ou a necessidade de ter, pelo menos, dois filhos vivos para que pudesse ser realizado o procedimento de esterilização voluntária em homens e mulheres. Estabelecendo o intervalo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade do paciente, e o ato cirúrgico³³⁶.

Conforme abordado no subcapítulo anterior, em setembro de 2022, foi aprovada a Lei 14.443/2022 que trouxe mudanças significativas à lei 9.263/96. Durante a discussão do Projeto de Lei, a Deputada Relatora Soraya Santos do PL, membro da Comissão de Seguridade Social e Família, suscitou a necessidade de estabelecer outras mudanças na lei de Planejamento Familiar. Para a deputada, é importante que haja a disposição a população de outros métodos contraceptivos, em especial o dispositivo intrauterino (DIU), devendo ser diminuída a demora no acesso a esses dispositivos a no máximo trinta dias³³⁷.

Além desse ponto, a deputada Soraya Santos também defendeu a diminuição da idade mínima para realização de procedimentos de esterilização definitiva voluntária para vinte e um anos. Segundo a deputada, a realidade social mostra que muitas jovens engravidam antes da maior idade civil, e frequentemente já possuem pelo menos três filhos antes de chegar aos vinte e um anos³³⁸.

Por fim, a Deputada também defendeu a modificação § 2º do artigo 10 da lei 9263/96 de modo a permitir que mulheres que desejassem realizar a esterilização definitiva logo após o parto, pudessem realizá-lo, desde que manifestasse sua decisão sessenta dias antes do procedimento cirúrgico. Deputada Soraya Santos argumenta que a realização da operação logo após o parto é muito mais favorável a mulher, já que não precisará passar por outra intenção, novos

336 BRASIL. Lei 9263 de 12 de janeiro de 1996. Lei do Planejamento Familiar.

337 SANTOS, Soraya Santos. Relatório da Comissão de Seguridade Social sobre o Projeto de Lei n 7364, de 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2145419&filename=Tramitacao-PL+7364/2014 Acessado em: 18 de setembro de 2022.

338 SANTOS, Soraya Santos. Relatório da Comissão de Seguridade Social sobre o Projeto de Lei n 7364, de 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2145419&filename=Tramitacao-PL+7364/2014 Acessado em: 18 de setembro de 2022.

exames ou deixar a criança recém-nascida com terceira pessoa, além da demora em ter que ingressar em nova fila para conseguir o procedimento pelo Sistema Único de Saúde³³⁹.

As alterações no projeto sugeridas pela deputada foram aceitas pela Câmara dos Deputados e passaram a compor o projeto de lei. Com a aprovação do projeto em setembro de 2022, foi aprovada a alteração do art. 10º da lei 9.263/96 para diminuir a idade mínima para realização do procedimento de laqueadura. Inovando ao autorizar que o procedimento pudesse ser realizado no momento do parto, desde a manifestação de vontade tenha ocorrido sessenta dias antes do ato cirúrgico, de modo a possibilitar que o indivíduo passe por aconselhamento multidisciplinar visando desencorajar o ato. Transcrevendo a alteração, têm-se:

Art. 2º A Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 10.....
..... I – em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 21 (vinte e um) anos de idade ou, pelo menos, com 2 (dois) filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, inclusive aconselhamento por equipe multidisciplinar, com vistas a desencorajar a esterilização precoce;

.....
§ 2º A esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto será garantida à solicitante se observados o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o parto e as devidas condições médicas.”³⁴⁰

O estabelecimento de requisitos para que o indivíduo realize intervenções cirúrgicas no próprio corpo e que, em tese, não atinja direitos de terceiros, como no caso em tela, pode ser classificado como sendo medida estatais de caráter paternalista. De acordo com Sarmento, o paternalismo constitui um conjunto de medida e ações realizadas pelo Estado na busca pela defesa dos direitos de indivíduo sujeitos a seu manto protetor, resultando na limitação da liberdade de ação desses sujeito. Dessa forma, o paternalismo visa a proteção do sujeito contra ações que possam ser praticadas por eles mesmos. Dentro desse grupo, há um núcleo menor de ações que buscam não apenas proteger o indivíduo, mas também ajustar suas condutas a modelos definidos de virtude e vida boa, a esse núcleo denomina-se perfeccionismo. Logo, o paternalismo pode adotar a perspectiva perfeccionista, ou não perfeccionista³⁴¹.

339 SANTOS, Soraya Santos. Relatório da Comissão de Seguridade Social sobre o Projeto de Lei n 7364, de 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2145419&filename=Tramitacao-PL+7364/2014 Acessado em: 18 de setembro de 2022.

340 BRASIL. Lei 14.443 de 02 de Setembro de 2022. Que altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para determinar prazo para oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização no âmbito do planejamento familiar.

341 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Fórum, 2016

Sarmento também realiza outras classificações dentro do paternalismo, distinguindo entre o paternalismo forte, que incide sobre a ação de pessoas capazes, do paternalismo fraco, que se aplica aos incapazes³⁴². Dentre as maiores críticas ao paternalismo, têm-se que ele infantiliza excessivamente os sujeitos aos quais suas normas se destinam. Tratando-os como incapazes de tomar decisões apropriadas sobre suas vidas. No campo da bioética, por exemplo, são tecidas críticas especialmente ao chamado paternalismo médico, em que o profissional, dotado de maior saber científico, se coloca em posição de superioridade em relação ao paciente, que acaba por infantilizar o enfermo e desconsiderar sua vontade na tomada de decisões³⁴³.

As maiores justificativas do Estado na tomada de decisões de cunho paternalista são de proteção aos direitos fundamentais, porém Sarmento chama atenção ao fato de que essas medidas devem sempre serem submetidas ao crivo do princípio da proporcionalidade. Assim, a restrição à liberdade deve ser confrontada com o bem jurídico a qual se quer proteger, de modo a verificar se a restrição é justificada constitucionalmente. Ainda que nem toda atuação paternalista seja ilegítima, é necessário especial atenção para que essas medidas não se tornem escusas perfeccionistas às opções de vida dos indivíduos. Restrições perfeccionistas ignoram a independência ética dos sujeitos, que, como agentes morais, são perfeitamente capazes de eleger quais atitudes melhores se adéquam a suas vidas³⁴⁴.

Assim, o fato do bem jurídico em disputa possuir extrema relevância – o direito a vida, por exemplo, – não pode ser utilizado para justificar intervenções perfeccionistas a autonomia privada. Deve-se compreender que é justamente nas decisões de cunho existencial que impera uma proteção mais rigorosa a autonomia, diretamente extraída do princípio da dignidade da pessoa humana. Embora o Poder Público não deva se recolher a uma postura de neutralidade absoluta diante das concepções pessoais de seus cidadãos, o que Sarmento considera sequer ser possível, não deve ser permitido ao Estado valer de sua posição para impor posições não justificáveis a seus cidadãos³⁴⁵.

Sunstein e Thaler ressaltam a existência do chamado paternalismo libertário, em que não há imposição de restrições à liberdade das pessoas, mas sim a adoção de medidas não coercitivas voltadas a que os indivíduos adotem decisões consideradas mais racionais. Para eles, o libertarismo parte da falsa noção de que as pessoas sempre sabem o que é melhor para elas mesmas, porém estudos apontam que as pessoas não são, de um modo geral, boas tomadoras

342 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Forum, 2016

343 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Forum, 2016

344 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Forum, 2016

345 SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Forum, 2016

de decisões. Além de problemas ligados a ausência de autocontrole, percebe-se que diferentes respostas podem ser adotadas de acordo com as palavras utilizadas nos questionários apresentados, de modo que suas decisões são facilmente manipuláveis. Assim, percebeu-se uma grande suscetibilidade de aceitarem sugestões sutis e inconscientes que possibilitam a manipulação dessas decisões por parte de grandes corporações³⁴⁶.

Não obstante, o paternalismo clássico, por sua vez, sempre implica em uma coerção, que retira completamente a liberdade de escolha do indivíduo. Como alternativa, e meio termo, o paternalismo libertário leva em conta que os indivíduos poderiam tomar decisões diferentes se tivessem acesso a todo material informativo disponível sobre determinado assunto *antes* da escolha ser feita³⁴⁷. De acordo com os autores:

That is, we emphasize the possibility that in some cases individuals make inferior choices that they would change if they had complete information, unlimited cognitive abilities, and no lack of willpower. Once it is understood that some organization decisions are inevitable, that a form of paternalism cannot be avoided, and that the alternatives to paternalism (such as choosing options to make people sick, obese, or generally worse off) are unattractive [...] ³⁴⁸.

O posicionamento dos autores é importante para esclarecer a posição que o Estado deve tomar frente a uma situação de vulnerabilidade. A ausência da adoção da teoria paternalista clássica não isenta os governantes de buscarem lei e medidas que aumente a capacidade das pessoas de realizarem decisões conscientes, limitando as ocasiões em que grandes organizações utilizam de artimanhas para manipular as decisões dos sujeitos ³⁴⁹.

Logo, Sunstein e Thaler defendem que embora a busca deva ser sempre pela preservação da liberdade de escolha dos sujeitos, em algumas situações cabe ao Estado guiar o indivíduo para que ele seja capaz de tomar uma decisão consciente e que lhe traga bem-estar. Nes-

346 SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. Libertarian paternalism. *American Economic Review*, n. 93, 2003. p. 175-179

347 SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. Libertarian paternalism. *American Economic Review*, n. 93, 2003. p. 175-179

348 “Ou seja, enfatizamos a possibilidade de que em alguns casos os indivíduos façam escolhas inferiores que mudariam se tivessem informações completas, habilidades cognitivas ilimitadas e não faltasse força de vontade. Uma vez entendido que algumas decisões organizacionais são inevitáveis, que uma forma de paternalismo não pode ser evitada e que as alternativas ao paternalismo (como escolher opções para deixar as pessoas doentes, obesas ou em pior situação geral) não são atraentes [...]” (tradução nossa) SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. Libertarian paternalism. *American Economic Review*, n. 93, 2003. p. 175

349 SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. Libertarian paternalism. ***American Economic Review***, n. 93, 2003. p. 175-179

ses casos, deve-se evitar medidas coercitivas, promovendo situações que tragam o maior custo-benefício e bem-estar ao indivíduo ³⁵⁰.

A título de exemplo, a lei francesa permite que a mulher decida livremente sobre o aborto, se ele for praticado até a décima semana de gestação, custeando o procedimento em 70% caso tenha motivações pessoais e em 100% caso os motivos sejam razões médicas, entretanto a mulher deve passar por um aconselhamento antes do ato ser realizado. De acordo com Dworkin, essa legislação permite que as mulheres tomem conhecimento sobre a gravidade moral representada pelo aborto e se responsabilizem pela decisão tomada. Nas palavras do autor:

A lei francesa estipula um critério oficial que a mulher deve interpretar e definir por si mesma como um exercício de responsabilidade pessoal, e estabelece uma instância de aconselhamento na qual a gravidade moral do ato possa ser explorada sem usurpar o direito e a obrigação da mulher de tomar a decisão moral por si própria³⁵¹.

A opção legislativa adotada pela lei francesa exemplifica muito bem aplicação do paternalismo libertário, de forma que o governo, ao identificar a vulnerabilidade da mulher, a acolhe e a permite obter informações o suficiente de forma a tomar uma decisão consciente sobre o que fazer na sua esfera privada. Sem adentrar na temática sobre a moralidade/ constitucionalidade do aborto, a lei permite a promoção igualitária de um vulnerável, sem incidir no erro de aniquilar a sua capacidade volitiva.

Nesse contexto, Konder chama especial atenção no uso generalizado e sem contornos científicos da vulnerabilidade, o que gera a banalização da classificação jurídica, que acaba sendo utilizada apenas como reforço retórico em argumentações jurídicas vazias³⁵². Nesse sentido, Barbosa define a vulnerabilidade como sendo a especial suscetibilidade de determinados sujeitos de direitos serem diretamente afetados em sua condição existencial, de modo a não serem-lhes permitido exercer suas potencialidades de uma vida digna³⁵³. A vulnerabilidade era muito utilizada na busca de equilíbrios de contratos entre figuras economicamente díspares,

350 SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. Libertarian paternalism. **American Economic Review**, n. 93, 2003. p. 175-179

351 DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 89

352 KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade Patrimonial e Vulnerabilidade Existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 99, Mai - Jun 2015, p. 101 – 123.

353 BARBOSA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. Thiago Ferreira Cardoso Neves (coord.). **Direito & Justiça social**. São Paulo: Atlas, 2013.

figurando a necessidade de intervenção estatal para garantir igualdade fática entre as duas posições³⁵⁴.

Com a constitucionalização do direito civil, houve a distinção entre situações jurídicas existenciais e situações jurídicas existenciais, diferenciando ocasiões em que a vulnerabilidade se restringe ao aspecto patrimonial, e quando ela está centrada em situações de cunho existenciais. Nessa medida, a vulnerabilidade existencial se refere a ocasiões em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, que interfere diretamente no livre desenvolvimento da sua personalidade – exigindo que o direito atue na aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada³⁵⁵.

A título de exemplo de vulnerabilidade existencial têm-se a criança, que, enquanto indivíduo de personalidade em desenvolvimento está sujeito as diversas proteções impostas pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme determina o art. 227 da Constituição Federal. Konder, entretanto, ressalta que é necessário cautela no momento de categorização dos sujeitos enquanto vulneráveis existenciais, isso pois, embora seja imposta diretamente pelo princípio da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, é necessário a verificação casuística sobre a necessidade de medidas específicas de proteção ao sujeito em análise³⁵⁶.

Para Barbosa, o uso excessivo da vulnerabilidade gera estigmas e constitui em um paternalismo que corre o risco de preterir diferenças e pluralismo social (perfeccionismo). Assim, a proteção aos vulneráveis deve fomentar o exercício das potencialidades dos indivíduos, respeitando suas concepções de vida boa e suas diversidades culturais. Mais uma vez, a autora cita a vulnerabilidade dos pacientes como um exemplo de como o mal uso do instituto pode gerar situações prejudiciais ao sujeito vulnerável. Nesse sentido, em estudo realizado em unidades públicas de saúde, constatou-se uma retroalimentação da vulnerabilidade. Assim, verificou-se que quando a presença da vulnerabilidade dos pacientes é naturalizada pelos profissionais de saúde, há um olhar de inferioridade àqueles sujeitos, que passam a ser tratados como se não possuíssem liberdade de escolha, retirando-lhes a sua autonomia, o que aumenta sua vulnerabilidade³⁵⁷.

354 KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade Patrimonial e Vulnerabilidade Existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 99, Mai - Jun 2015, p. 101 – 123.

355 KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade Patrimonial e Vulnerabilidade Existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 99, Mai - Jun 2015, p. 101 – 123.

356 KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade Patrimonial e Vulnerabilidade Existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 99, Mai - Jun 2015, p. 101 – 123.

357 BARBOSA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. Thiago Ferreira Cardoso Neves (coord.). **Direito & Justiça social**. São Paulo: Atlas, 2013.

No caso da laqueadura, a análise da presença de uma real vulnerabilidade do sujeito ao qual o direito quer proteger é essencial na adoção de medidas paternalistas pela lei de planejamento familiar. Mais do que isso: é imprescindível analisar se, apesar de vulnerável, a medida adotada se justifica e se, de fato, protege o indivíduo, ou se apenas aumenta sua vulnerabilidade, retirando-lhe a capacidade decisória e a sua autonomia.

A negligência em apurar adequadamente as justificativas e consequências da adoção dessas medidas, também podem acobertar a adoção de tutelas perfeccionistas pelo Poder Público, que, mais do que proteger o sujeito, buscar influir diretamente nas suas escolhas pessoais de vida boa, e ultrapassam a esfera da possibilidade intromissão estatal.

Após os horrores vividos na segunda guerra, percebeu-se a necessidade de intensificar a proteção aos direitos humanos e reafirmar a importância do indivíduo como detentor de dignidade, voltando o direito para a proteção do ser humano nos aspectos mais essenciais da sua existência. Dessa forma, houve o reconhecimento da existência de situações jurídicas que envolviam o desenvolvimento da própria personalidade humana, e não podiam receber o mesmo tratamento das situações patrimoniais, pois caberia apenas ao próprio indivíduo decidir sobre a melhor forma de desenvolver sua personalidade e satisfazendo sua dignidade, surgindo o conceito de autonomia existencial³⁵⁸.

Conforme já apresentado anteriormente, no caso da autonomia existencial, as decisões adstritas a esfera individual do sujeito, não são suscetíveis de serem eleitas por um terceiro, ainda que este se satisfaça na pessoa do próprio legislador. Por isso, questões envolvendo essa matéria são consideradas *indecidibili per il legislatore*”, cabendo ao próprio titular estabelecer qual projeto de vida ele deseja seguir³⁵⁹. Teixeira aponta que, ao contrário dos negócios jurídicos, que exigem a capacidade de fato do agente para concretização do negócio, nas situações jurídicas existenciais há apenas a exigência da capacidade de discernimento do indivíduo em entender e querer aquela situação para que ela possa se aperfeiçoar³⁶⁰. Conclui Teixeira que:

Dessa forma, existe um núcleo vinculado a questões existenciais que concerne à própria pessoa, principalmente quando esta decisão interfere apenas em sua própria esfera jurídica existencial, sem se referir a terceiros. A construção autônoma dessas escolhas é que acarreta legitimidade delas, pois em matéria de tanta intimidade e de

358 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCil-vil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. p. 84

359 MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia éticoexistencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016. p. 196

360 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCil-vil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

construção da vida privada, não é possível conceber-se imposições heterônomas, mesmo que essas venham do Estado ou do legislador³⁶¹.

Conforme mencionado por Konder, a vulnerabilidade existencial presente na criança justificaria, ainda que não em absoluto, a intervenção estatal em busca da defesa dos melhores interesses do menor. Entretanto, a teoria menos agressiva a sua autonomia é a que defende o uso do paternalismo libertário, garantindo que, mesmo nessas situações, a vontade da criança seja levada em consideração, tendo o direito de, quando possível, ser ouvida antes de decisões que a evolvam.

Em termos classificatórios, o termo “criança” determina sujeito que ainda possuem dependência do cuidado adulto, enquanto o termo “adolescente”, embora sugira uma certa independência e uma noção de responsabilidade em desenvolvimento, ainda exige maior proteção que um sujeito adulto. Sawyer *et al* esclarece que as regras biológicas e sociais que definem passagem da adolescência para fase adulta está em constante mudança³⁶².

Nesse contexto, a adolescência é marcada biologicamente pelo início da puberdade, que consiste em vários processos hormonais distintos, porém interligados, que produzem uma série de mudanças físicas e fisiológicas no indivíduo. Nas mulheres, a fase da puberdade ocorre por volta dos onze anos, com desenvolvimento dos seios e a menarca (primeira menstruação), enquanto nos meninos, essa fase ocorre por volta dos treze anos de idade. O período do início da puberdade, entretanto, embora tenha muita relevância para determinar quando a adolescência se inicia, não é o suficiente para determinar quando ela termina.

Sawyer *et al* exibem uma série de estudos que demonstram que o cérebro humano continua em processo de amadurecimento após os vinte anos de idade, e, embora um cérebro de um indivíduo de dezesseis anos tenha seu sistema lógico completamente formado, a parte do seu cérebro responsável pela tomada de decisões e pelo desenvolvimento das relações sociais continuam em evolução ao longo de dez anos posteriores. Além disso, os autores argumentam que regras de conteúdo social possuem reflexo direto que essa maturidade será considerada, por exemplo, países mais pobres tendem a ter idades mínimas para o casamento menores do que os países mais desenvolvidos.

361 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. p. 100

362 SAWYER, Susan M; AZZOPARDI, Peter s; WICKREMARATHNE, Dakshitha; PATTON, George C. The age of adolescence. *The Lancet Child & Adolescent Health*, [S.L.], v. 2, n. 3, p. 223-228, mar. 2018. **Elsevier BV**. [http://dx.doi.org/10.1016/s2352-4642\(18\)30022-1](http://dx.doi.org/10.1016/s2352-4642(18)30022-1).

Somado a isso, a forma como a educação é distribuída ao longo de diferentes países e a inserção de novas tecnologias, também influenciam diretamente no modo como esses adolescentes vão ser classificados na sociedade em que estão inseridos. Sawyer *et al* esclarecem que a adolescência é considerada um período de especial de desenvolvimento e transformação, que influência diretamente na qualidade dos adultos que irão se tornar, logo exigiria uma maior proteção e incentivo governamental. Eles defendem que, para fins de estabelecimento de medidas de proteção, a faixa etária considerada hoje – de até 19 anos de idade – é excessivamente restritiva e defendem a extensão até – pelo menos – os vinte e quatro anos. Para eles, essa maior margem é positiva, pois representam um sinal de maior investimento em políticas sociais a essa população.

Apesar disso, Sawyer *et al* argumentam que o alargamento do período da adolescência também pode significar uma diminuição significativa no poder de autodeterminação desses jovens na sociedade. Dessa forma, em vez de aumentar o tempo que eles possuem para se preparar para a fase adulta, esse tipo de política pode significar o engessamento da participação política desses jovens,

Perhaps the greatest risk to expanding the age band of adolescence would be if adolescents are seen as incapable of full engagement in society and of assuming responsible roles. Such a view would risk disenfranchising adolescents and undermines their rights to fully participate in society. An emphasis on adolescence as a unique phase of energy and creativity, as well as some vulnerability, would allow society to both value the contributions of adolescents and ensure that optimal investments are made to support their healthy growth and development³⁶³.

Em 1973, a *American Academic of Pediatrics* aprovou um documento que disciplinava a necessidade de manifestação de vontade do menor em serviços de saúde, denominado *Model Act Proving for Consent of Minors for Helth Services*. Nesse diploma normativo, instituiu-se a obrigatoriedade de obtenção de consentimento do menor para obtenção de assistência médica sempre que verificado que ele já apresentava grau de maturidade suficiente, ser-

363 “Talvez o maior risco para a ampliação da faixa etária da adolescência seja se os adolescentes forem vistos como incapazes de engajamento pleno na sociedade e de assumir papéis de responsabilidade. Tal visão arriscaria privar os adolescentes e minar seus direitos de participação plena na sociedade. Uma ênfase na adolescência como uma fase única de energia e criatividade, bem como alguma vulnerabilidade, permitiria que a sociedade valorizasse as contribuições dos adolescentes e assegurasse que investimentos ideais fossem feitos para apoiar seu crescimento e desenvolvimento saudáveis.” (tradução livre) SAWYER, Susan M; AZZO-PARDI, Peter s; WICKREMARATHNE, Dakshitha; PATTON, George C. The age of adolescence. *The Lancet Child & Adolescent Health*, [S.L.], v. 2, n. 3, p. 223-228, mar. 2018. Elsevier BV. [http://dx.doi.org/10.1016/s2352-4642\(18\)30022-1](http://dx.doi.org/10.1016/s2352-4642(18)30022-1). p. 228

vindo como indicativo a presença de filhos, o diploma de graduação no 2º grau, ou o fato de já serem casados³⁶⁴.

Em caso que envolvesse doenças sexuais, abuso de substâncias tóxicas, cigarro ou gravidez o documento trazia a obrigatoriedade do profissional de saúde obter autorização do menor para divulgar a informação aos familiares, não tendo a obrigatoriedade de fazê-lo. A comunicação aos familiares de tais problemas enfrentados pelo menor só poderia ser realizada quando o profissional percebesse que poderia trazer benefícios a saúde física e mental do menor e à harmonia familiar, porém sempre com autorização do menor³⁶⁵.

Nesse mesmo sentido, na Inglaterra, na década de 80, o governo inglês emitiu uma normativa desobrigando os profissionais de saúde de comunicar ou solicitar autorização aos responsáveis legais do menor quando o adolescente solicitasse contraceptivos. Ao serem questionados sobre a medida, a Corte dos Lordes mantiveram a normativa emitida pelas autoridades no famoso caso *Gillik v. Norfolk*. Para a Corte, caberia aos médicos responsáveis avaliar se o menor possuía capacidade de discernimento o suficiente no momento de prescrever o anticoncepcional³⁶⁶.

Os dois episódios narrados serviram de base para a teoria do “menor maduro”, que dispunha que a ausência de discernimento do menor para atos da vida civil deveria ser compreendida como sendo apenas relativa. Dessa maneira, em decisões de grande relevância relativa ao corpo ou a saúde do menor, deveria ser avaliada sua capacidade de discernimento sem levar em conta a idade biológica – capacidade jurídica –, mas sim analisando o seu amadurecimento moral. Busca-se enfatizar a aptidão do adolescente em formar juízos de valor da situação *in concreto*. O problema maior dessa teoria é em estabelecer padrões capazes de avaliar o índice de desenvolvimento cognitivo do menor, havendo poucos trabalhos que de fato se debruçam sobre o tema³⁶⁷.

Durante o final do século XX, Piaget desenvolveu um importante estudo a respeito do desenvolvimento cognitivo infantil. Segundo ele, o período compreendido entre os sete até os doze anos de idade, denominado segunda infância, compreende os estágios de desenvolvimento da capacidade de exercício de operações intelectuais concreta do menor, em que há a

364 HAZARD, Sprague W. et al. A model act providing for consent of minors for health services. **Pediatrics**, v. 51, n. 2, p. 293-296, 1973.

365 HAZARD, Sprague W. et al. A model act providing for consent of minors for health services. **Pediatrics**, v. 51, n. 2, p. 293-296, 1973.

366 SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma Nova Hermenêutica do Direito da Criança e do Adolescente. **Civillistica.com: Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 3, n. 2, p. 1-26, 2014.

367 SÁNCHEZ, M. El menor maduro. *Boletín de Pediatría*, v. 45, n. 193, p. 156-160, 2005.

formação dos sentimentos morais, sociais, de justiça e de cooperação. A partir dos sete anos, verifica-se o desenvolvimento da capacidade de dissociar pensamentos e terceiros dos seus próprios, iniciando a atividade reflexiva da criança, em que ela é capaz de pensar antes de agir. Durante a segunda infância há a construção da personalidade do menor, autônomos³⁶⁸.

Além disso, é durante esse período que há a construção da sua personalidade, na qual ele estabelece suas próprias vontades e cria a noção de dever. Na conceituação sobre o significado de *vontade*, Piaget relata que:

A vontade, não é, de nenhuma modo, a própria energia a serviço dessa ou daquela tendência. é uma regulação da energia, o que é bem diferente, e uma regulação que favorece certas tendências à custas de outras [...] a vontade é inútil quando já existe uma intenção firme e única; aparece, ao contrário, quando há conflitos de tendência ou de intenções, como quando, por exemplo, se oscila entre um prazer tentador e um dever³⁶⁹.

Dessa forma, percebe-se que, a formação sobre a personalidade de uma pessoa se inicia já na segunda infância, onde ele desenvolverá a capacidade de diferenciar vontade de dever e de reconhecer as situações em que ambos aparecem em sua vida. Não obstante, os estágios relatados por Piaget são baseados em um ideal de desenvolvimento cognitivo, porém deve-se levar em consideração que um caso real depende de variáveis que podem modificar essa análise, como a sua interação com meio em que vive ou com as pessoas com quem convive³⁷⁰.

Para Sêco, a maior questão na aplicação da teoria do menor maduro é que, ao se levar em conta o sistema de proteção em que a criança está inserida – composta pela família, sociedade e Estado – frequentemente, não é oportunizado a ela que se expresse. Antes de decidir sobre a necessidade de ouvir o menor sobre assuntos atinentes à própria vida, muitas vezes observa-se a gravidade da situação o envolvendo e, dependendo do impacto dos acontecimentos, opta-se por negar-lhe um lugar de fala. Logo, nesses casos, ainda que haja uma manifestação fática de vontade da criança, ela não é ouvida, tornando inexpressiva na concretização da decisão³⁷¹.

368 PIAGET, Jean. **Os seis estudos de psicologia**. 24ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

369 PIAGET, Jean. **Os seis estudos de psicologia**. 24ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 56

370 CAVICCHIA, Durlei de Carvalho. O desenvolvimento da criança nos primeiros anos de vida. **IN Caderno de Formação: Formação de Professores Educação Infantil-Princípios e Fundamentos**, v. 1, p. 13-27, 2010.

371 SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma Nova Hermenêutica do Direito da Criança e do Adolescente. **Civillistica.com: Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 3, n. 2, p. 1-26, 2014.

A vulnerabilidade presente na criança e no adolescente é evidente, sendo merecedores de especial proteção por parte do Estado. Entretanto, o que Sêco destaca é que a infância e a juventude deve ser reconhecida como um estágio passageiro, com o passar do tempo a tendência natural do menor é o aumento gradual do seu desenvolvimento. Dessa forma, para ela, o instituto da capacidade está sujeito a um dinamismo que impõe a sua relativização a depender do caso concreto³⁷².

Nesse diapasão, ainda que não se possa afirmar com precisão quando o ser humano adquire discernimento adequado para cada situação da sua vida, existem alguns parâmetros capazes de auxiliar, caso a caso, quando essa compreensão cognitiva é suficiente para possibilitar sua tomada de decisão. Segundo Sêco, decisões que possuem conteúdo existencial podem ser classificadas em reversível ou irreversível, adiáveis ou inadiáveis. Para ela, no caso do menor, caso se trate de decisões irreversíveis que possam ser adiadas, deve-se aguardar até a maioridade civil, dezoito anos, para que o menor possa realizá-las conforme sua vontade. Por outro lado, decisões que possam ser revertidas, impossíveis de serem adiadas devem ser tomadas de imediato pelo menor, e vinculam tanto a família quanto ao Estado a respeitá-la. Por fim, casos que envolvam situações irreversíveis e inadiáveis, devem ser pautadas caso a caso, pois constituem um *hardcase* jurídico, e não possuem respostas preestabelecidas³⁷³.

De Menezes e Multedo pontuam que, em casos envolvendo decisões reversíveis, de baixo risco ao menor, poder ser resolvidas pelos próprios pais ou tutores do menor, conforme o melhor interesse da criança ou do adolescente. Caso possam ser postergados, elas também defendem que deve aguardar a maioridade do menor para que possam ser solucionados. Não obstante, quando se tratar de questões irreversíveis, inadiáveis e de caracteres personalíssimos, por exemplo, casos envolvendo aborto legal, caberá apenas ao menor fazer a escolha, baseados nos seus próprios propósitos individuais de vida³⁷⁴.

Dessa forma, ainda se trate de menor em desenvolvimento, é necessário se ater ao fato de que a vulnerabilidade não se constitui em escusas para retirar-lhe a autonomia decisória. Para fins desse estudo, a relação do menor com sua vulnerabilidade serve de analogia para outros casos em que o direito possa pretenda utilizar da vulnerabilidade como escusa para uma

372 SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma Nova Hermenêutica do Direito da Criança e do Adolescente. **Civillistica.com: Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 3, n. 2, p. 1-26, 2014.

373 SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma Nova Hermenêutica do Direito da Criança e do Adolescente. **Civillistica.com: Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 3, n. 2, p. 1-26, 2014.

374 DE MENEZES, Joyceane Bezerra; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

interferência extrema, como o caso da exigência de idade mínima para realização do procedimento da laqueadura.

Apesar de a Lei 14.443/2022 ter reduzido a idade mínima para realizar o procedimento para vinte e um anos, verifica-se que, ainda assim, tal dispositivo não tem coerência lógica com as demais normas do ordenamento jurídico. Durante a fase de elaboração da lei, também não houve referência a nenhum estudo científico que embasasse a necessidade de previsão de idade superior a exigida para capacidade civil. Ressalta-se que o diploma civil previu a idade mínima para o casamento como sendo dezesseis anos e a idade mínima para prática dos demais atos da vida civil como sendo dezoito anos. Por se tratar de regra restritiva de direito fundamental existencial, caso o legislador compreendesse ser necessário conceder especial proteção aos menores de vinte e um anos, seria necessário que essa medida fosse justificada e cientificamente embasada, demonstrando a existência de especial vulnerabilidade fática desses indivíduos, o que não foi feito.

Conforme leciona Oliva e Tepedino³⁷⁵, a capacidade se diferencia entre capacidade de fato e capacidade de direito. A capacidade de direito se confunde com o próprio conceito de personalidade jurídica, uma vez que é atribuída a todos os sujeitos, que possuem igualmente aptidão em direitos e obrigações. Contrariamente, a capacidade de fato não é atribuída a todos os sujeitos, e possui requisitos estritos para que possa ser atribuída a um titular. Esses requisitos levam em conta o discernimento necessário do indivíduo para exercer todos os atos da vida civil, podendo se manifestar por meio de critérios biológicos, que levam em conta apenas a idade, ou critérios biopsicológicos, que levam em conta a idade e o real discernimento mental do indivíduo.

De acordo com Lorenzetti, como consequência da constitucionalização do direito civil, os Códigos Civis instituídos já no século XXI, como forma de proteção do sujeito vulnerável, foi instituído um sistema de graduação progressivo da capacidade até que a capacidade plena fosse atingida³⁷⁶. Nesse contexto, sabendo que nem todos os sujeitos de direito possuem igual capacidade entendimento, o direito criou dois institutos para proteger os sujeitos consi-

375 OLIVA, Milena Donato. TEPEDINO, Gustavo. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, in Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional. Santa Cruz do Sul: **Essere nel Mondo**, vol. 1, 2016

376 LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia De La Constitucionalización Del Derecho Privado En La Regulación De La Vida Cotidiana De Las Personas El Caso Del Código Civil Y Comercial De La Nación Argentina. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77 a 91.

derados incapazes de fato na realização de suas atividades: a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.

Na incapacidade absoluta, o titular do direito é impossibilitado de realizar qualquer tipo de atividade na ausência de seu representante legal, que atua em nome e em interesse do incapaz. Com a aprovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio da lei 13.146/2015, apenas os menores de dezesseis anos possuem presunção legal de incapacidade absoluta. Já na incapacidade relativa, ao incapaz é possibilitado exercer determinados atos, desde que assistido e auxiliado pelo seu assistente legal, que deve assinar conjuntamente ao assistido³⁷⁷.

Antes da expansão de movimentos em busca do reconhecimento dos direitos da pessoa com deficiência, a teoria das capacidades não buscavam diferenciar a representação dos atos patrimoniais, de atos existenciais, como direitos reprodutivos e casamento. A única exceção realizada pelo Código Civil, era a do pródigo, que tinha os efeitos da tutela limitados aos seus bens patrimoniais, porém nos demais casos os sujeitos tinham sua autonomia existencial tolhida pela lei, permanecendo nas mãos do tutor³⁷⁸.

Assim, estabeleceu-se que, mesmo em casos excepcionais, em que a capacidade deva ser restringida, as extensões e limites dessas restrições devem ser bem determinadas, estabelecendo um sistema de apoios de modo a permitir a conquista da autonomia. Dessa forma, houve uma inversão do ônus argumentativo, a capacidade é presumida a todas as pessoas maiores de dezoito anos, devendo a alegação ao contrário ser devidamente provada³⁷⁹.

377 OLIVA, Milena Donato. TEPEDINO, Gustavo. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, in Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional. Santa Cruz do Sul: **Essere nel Mondo**, vol.

378 OLIVA, Milena Donato. TEPEDINO, Gustavo. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, in Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional. Santa Cruz do Sul: **Essere nel Mondo**, vol.

379 LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia De La Constitucionalización Del Derecho Privado En La Regulación De La Vida Cotidiana De Las Personas El Caso Del Código Civil Y Comercial De La Nación Argentina. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77 a 91.

De acordo com da Cunha Pereira, Dias e Chaves³⁸⁰, o fato de o Código Civil estabelecer a idade de dezoito anos como o marco temporal para que a pessoa possa exercer todos os atos da vida civil, torna absurda a estipulação de uma nova faixa etária para permitir que o procedimento de esterilização voluntário seja realizado. Nesse contexto, a realização da esterilização voluntária é um ato inserido dentro da esfera íntima do sujeito, e não possui nenhum reflexo sobre direitos de terceiros. O que torna absurdo o fato de uma lei estipular uma idade superior a idade civil para prática de um ato personalíssimo.

Assim, os autores consideram que a lei se utilizou de senso comum na elaboração da lei, considerando que uma esterilização voluntária aparentemente precoce, poderia trazer possível arrependimentos futuros, principalmente às mulheres, que poderiam se vir a mudar de ideia ao serem confrontadas pelo próprio relógio biológico. Além de não ter se fundamentado em qualquer critério racional ou científico, percebe-se que a legislação se utilizou de critérios conservadores e patriarcais, baseados na concepção de que todas as mulheres desejam a maternidade, compelindo-as a realizar o que seria o seu papel social³⁸¹.

A título de exemplo, o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente considera que qualquer pessoa, independente do estado civil, que atingir a maioridade civil, dezoito anos, é apta para adotar. Nesse contexto, percebe-se que a lei civil criou uma incoerência legislativa ao considera que o maior de dezoito anos é suficientemente maduro para eleger a opção de se tornar pai, mas não o suficiente para decidir que não quer exercer a paternidade³⁸².

Dessa forma, embora a lei tenha avançado no sentido de diminuir a idade mínima para vinte e um anos, pecou ao não seguir a lógica sistemática da capacidade civil, e estabelecer uma capacidade específica para realização de laqueadura. Com base nos estudos realizados

380 DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo; DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. Da (In) Justiça No Planejamento Familiar. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36824731/DA_IN_JUSTI%C3%87A_NO_PLANEJAMENTO_FAMILIAR?bulkDownload=thisPaper-topRelated-sameAuthor-citingThis-citedByThis-secondOrderCitations&from=cover_page Acessado em: 24 de março de 2022. Parecer elaborado a partir de uma consulta feita ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, relativamente à constitucionalidade do inciso I e dos parágrafos 2º e 5º do artigo 10 da Lei n. 9.623, de 12 de janeiro de 1996. Tal legislação que regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências relativas ao tema. O parecer foi apresentado junto com a petição inicial da ADI 5911.

381 DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo; DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. Da (In) Justiça No Planejamento Familiar. 2018. Disponível em: < https://www.academia.edu/36824731/DA_IN_JUSTI%C3%87A_NO_PLANEJAMENTO_FAMILIAR?bulkDownload=thisPaper-topRelated-sameAuthor-citingThis-citedByThis-secondOrderCitations&from=cover_page > Acessado em: 24 de março de 2022.

382 DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo; DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. Da (In) Justiça No Planejamento Familiar. 2018. Disponível em: < https://www.academia.edu/36824731/DA_IN_JUSTI%C3%87A_NO_PLANEJAMENTO_FAMILIAR?bulkDownload=thisPaper-topRelated-sameAuthor-citingThis-citedByThis-secondOrderCitations&from=cover_page > Acessado em: 24 de março de 2022.

nos capítulos anterior, conclui-se que o intuito do legislador foi dissuadir a realização do procedimento. A análise histórica da cultura ocidental demonstrou que o casamento com função procriativa ainda é muito enraizada na sociedade. Com isso, verifica-se uma dificuldade muito grande dos parlamentares em se abster de estabelecer normas neutras, que deixem a cargo do indivíduo refletir sobre a melhor escolha.

A linha tênue que divide medidas de caráter paternalistas e medidas perfeccionistas faz com que as normas de proteção ao vulnerável devam ser muito bem embasadas e justificadas. A ausência de embasamento científico no estabelecimento da idade de vinte e um anos para realizar o procedimento de esterilização, faz com que a normativa adquira as vestes perfeccionistas, em que o intuito é incentivar a procriação a qualquer custo, ainda que não faça parte do plano de vida daquela indivíduo.

Por outro lado, considera-se que foi acertada a decisão de estabelecer um prazo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e a realização do procedimento. O estabelecimento de um período razoável, conjugado com a disponibilização de informação ao interessado sobre a esterilização e sobre a disponibilização de outros métodos contraceptivos, permite que o sujeito tome uma decisão mais consciente e informada, muito próximo a tese estabelecida pelo paternalismo libertário. Entretanto, para que tal medida seja efetiva, é necessário que as informações de fato sejam disponibilizadas ao interessado, de maneira neutra e efetiva, com o único intuito de informar, e não de apenas dissuadir o interessado em realizar o procedimento.

Outro ponto extremamente positivo e inovador trazido pela alteração do inciso II do art. 10º da lei de Planejamento Familiar, foi a autorização da realização do procedimento de esterilização logo após o parto, desde que a vontade tenha sido manifestada pelo menos sessenta dias antes. A mudança está de acordo com o entendimento da *American College Of Obstetricians And Gynecologists*, que já defendia a inexistência de restrições na realização do procedimento durante esse período.

Segundo a *American College Of Obstetricians And Gynecologists*, cerca de 20% das jovens americanas que utilizam de contraceptivos, faz uso da esterilização tubária como contracepção. Dentro desse quatro, em média 50% das mulheres solicitam a realização do procedimento já durante o pós-parto. Para o órgão, caso não haja nenhuma contraindicação cirúrgica, o procedimento, quando solicitado, deve ser realizado imediatamente. Os médicos devem buscar respeitar a autonomia da paciente, sem buscar dissuadi-la fundamentando-se apenas em valores e ideais pessoais ou religiosos. Além do mais, a recomendação é que as institui-

ções reconheçam a natureza não-eletiva do procedimento, e busquem agendá-lo com prioridade³⁸³.

O *American College Of Obstetricians And Gynecologists* explica que o momento do puerpério imediatamente após o parto vaginal é o mais indicado para realização do procedimento de ligação tubária, pois traz mais comodidade ao paciente e facilita a utilização da técnica pelo médico. Além do mais, alerta-se que o momento do parto pode constituir um dos únicos momentos em que, de fato, aquela mulher terá acesso a cuidados de saúde. A técnica não prolonga o tempo de internação da mulher no hospital e evita possíveis gravidezes indesejadas. Nesse sentido, um estudo aponta que cerca de 50% das mulheres que não tiveram o pedido de esterilização pós-parto atendido engravidaram dentro de um ano após a última gravidez³⁸⁴.

Por muito tempo, a utilização do procedimento durante a cesariana foi associado à ocorrência da síndrome da pós-ligação tubária, em que as mulheres alegavam apresentar menorragia (fluxo menstrual mais intenso), polimenorreia (clico menstrual inferior a vinte e quatro dias), menometrorragia (sangramento irregular), dismenorreia (cólica menstrual) e dispareunia (dor na relação sexual) após a realização da laqueadura. No entanto, estudos apontam que esses fatores adversos podem estar ligados a várias outras ocorrências, como idade, tipo de técnica utilizada, padrão menstrual, doenças anteriores e o uso anterior de outros métodos contraceptivos, não apresentando diferença entre o índice de frequência do problema em mulheres que realizaram ou não o procedimento após a cesariana³⁸⁵.

Dessa forma, acredita-se que a mudança legislativa trazida nos incisos I e II da Lei de Planejamento Familiar representou um grande avanço no direito brasileiro. Embora o inciso I ainda apresente resquícios perfeccionistas, o fato de a diminuição da idade mínima ter sido colocado em pauta, após quase trinta anos de vigência da lei, significou que o parlamento está atento às demandas sociais, e está em movimento para a norma se adéque mais a realidade. Por fim, a permissão em realizar o procedimento de laqueadura logo após o parto representou

383 American College Of Obstetricians And Gynecologists. Access to Postpartum Sterilization. **Obstetrics & Gynecology**, [S.L.], v. 137, n. 6, p. e169-e176, 24 mar. 2021. Ovid Technologies (Wolters Kluwer Health). <http://dx.doi.org/10.1097/aog.0000000000004381>.

384 American College Of Obstetricians And Gynecologists. Access to Postpartum Sterilization. **Obstetrics & Gynecology**, [S.L.], v. 137, n. 6, p. e169-e176, 24 mar. 2021. Ovid Technologies (Wolters Kluwer Health). <http://dx.doi.org/10.1097/aog.0000000000004381>.

385 TAŞKÖMÜR, Aysun Tekeli; ERTEN, Özlem. The effect of tubal ligation surgery during cesarean operation on dysmenorrhoea, dyspareunia and menstrual cycle. **Journal Of Gynecology Obstetrics And Human Reproduction**, [S.L.], v. 50, n. 6, p. 102054, jun. 2021. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jogoh.2020.102054>

uma verdadeira vitória aos direitos reprodutivos femininos, já que, facilitará muito o acesso às mulheres a esse método de contracepção definitivo, já que otimiza o momento do parto, e torna prática a sua realização.

5. CONCLUSÃO

1 – No início da constituição das sociedades, o poder era um subproduto da lei do mais forte, o que foi sedimentado nos costumes até ser fixado em leis jurídicas, legitimando opressões sociais. Com a formação dos Estados e das civilizações, muitas relações de poder foram sendo questionadas sobre sua base científica, mas as relações conjugais submissivas da esposa em relação ao marido permaneceram assentadas em tradições e dogmas sobre a fragilidade feminina, sem que isso fosse colocado a prova, estruturando o patriarcado.

2 – O patriarcado como um regime de governo opressivo possui especial agravante, pois nele a mulher é nascida e criada sobre uma estrutura de poder e dominação que as fazem crer que só existem a partir do momento que se aceitam enquanto seres submissos. Na tentativa de terem sua identidade reconhecida externamente, elas acreditam e agem como inferiores, o que faz com que elas aceitem e reproduzem o sistema sem questioná-lo, ainda que ele se mostre desvantajoso para elas.

3 – Embora o reconhecimento da existência do patriarcado não deva ser utilizado como justificativa para vitimização ou infantilização da mulher, que ainda deve ter a sua autonomia reconhecida, a compreensão da influência externa das relações entre e poder e liberdade é necessária para analisar até quando essas escolhas são livres e até quando é necessário uma atuação estatal para assegurar uma real autonomia.

4 – A partir da ideia de ser humano como um indivíduo separado do todo, passou-se a considerar que a pessoa humana era dotada de dignidade, e, logo, um fim em si mesma, insuscetível de instrumentalização. Dessa forma, o Estado deve servir a promoção do Ser Humano e, embora detenha um papel de regulador social, não pode ultrapassar a sua finalidade de promoção da dignidade humana. Outrossim, estar em sociedade significa abrir mão de parte da liberdade, porém o Estado não pode suprimir a liberdade individual ao ponto de inibir o sujeito de realizar as escolhas de vida boa que eleger para si mesmo.

5 – O Estado deve garantir que o indivíduo permaneça livre para se filiar a valores que façam sentido a sua vida e que a faça valer a pena, ainda que, aos olhos da maioria, lhe cause

danos, pois o contrário seria aniquilar a personalidade do indivíduo, que é formada por valores individualmente refletidos. Dessa forma, ainda que a dignidade da pessoa humana seja irrenunciável, isso não significa que o Estado possa agir independente da vontade do titular do direito toda vez que considerar que ela está em risco.

6 – Por muito tempo a natalidade foi associada a poder, fazendo com que os Estados adotassem políticas de manipulação demográfica velada. As mulheres se mostram como as mais afetadas pela restrição da liberdade reprodutiva, pois é sobre elas que recaem o fardo da maternidade, porém observa-se que são as mais privadas de espaços decisórios.

7 – A lógica existencial do sistema o impede de ser apenas uma fonte de retroalimentação do poder, não podendo instrumentalizar os indivíduos para conservar o domínio estatal, ainda que em nome do bem-estar social. Somado a isso, pesquisas demonstram que os resultados obtidos por meio do controle demográfico realizado a partir da manipulação do corpo social são imprevisíveis, podendo ser opostos ao esperado, uma vez que os movimentos autônomos e dinâmicos das partes que compõe o todo social representam variáveis que tornam impossíveis a previsão das consequências dessas medidas.

8 – Na busca por harmonizar os direitos individuais e o bem-estar social deve se privilegiar a liberdade decisória individual, isso pois o custo em eficiência política causada por um erro a favor do indivíduo é muito menor do que o causado por um equívoco a favor do corpo social. Por serem todos os indivíduos detentor da mesma fração de respeito e dignidade, um erro cometido contra o indivíduo significaria inferiorizá-lo em relação aos demais, negando-lhe a característica de igual detentor de direitos.

9 – Com o acúmulo de riquezas causada pela atribuição de valor ao trabalho, as propriedades deixaram de pertencer ao grupo e passaram a competir à família. A busca por transmissão dessas riquezas por meio da herança tornou necessário modificar o sistema de descendência, até então reservado a linha materna, para a linhagem paterna, detentor dos bens. A criação do sistema monogâmico permitiu que a fidelidade feminina e garantiu a legitimidade da descendência paterna. O homem, responsável pelo trabalho e a manutenção do lar, recebeu papel de destaque, reservando a mulher o papel de instrumento reprodutivo e cuidado dos filhos, sem valor monetário.

10 – O reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana teve por consequência a evolução do conceito de família, abandonando o caráter patrimonial para focar na união pelo afeto. Com isso, a família passou a representar um local de promoção do indiví-

duo. Dessa forma, ela deve possibilitar a esse sujeito o desenvolvimento da sua autonomia, sendo capaz de expressar suas crenças e vê-las refletidas dentro do seio familiar. O casamento deixou de ser uma obrigação do casal e passou a representar uma opção de desenvolvimento pessoal desse sujeito.

11 – As tradições religiosas ainda possuem raízes profundas no pensamento social, justificando, ainda que inconscientemente, muitas medidas adotada pelo direito. Observa-se que questões ligadas a reprodução é vista pela igreja como algo sagrado, reservado ao poder criador divino, oferecendo resistência ao reconhecimento da liberdade individual ligado ao direito reprodutivo. A ideia de interferência humana por meio de contracepção, temporários ou definitivos, é tida como pecado e, por isso, negada aos fieis.

12 – A separação entre Estado e religião fez com que as instituições religiosas buscassem maneiras de justificar a perpetuação de suas crenças sem se apoiar em bases metafísicas. Logo, em substituição às teorias que pregavam a sacramentalidade da vida humana, passaram a justificar a proibição da anticoncepção no princípio da dignidade da pessoa humana.

13 – O uso do princípio da dignidade da pessoa humana para legitimar valores ideológicos confessionais ao direito é equivocado, pois são enxergadas a partir de visões de mundo não necessariamente pactuadas por todos os indivíduos. Com a inserção da pessoa no centro do ordenamento foi reservado às instituições o papel de promoção dessa pessoa. Com isso, as tradições e costumes sociais não podem ser utilizados para impor estilos de vida não condizentes com as opções eleitas pelo sujeito. Somado a isso, a repetição de equívocos pela incontestabilidade dos costumes sociais geram situações de paralisação do desenvolvimento e estagnação da raça humana.

14 – A instrumentalização da mulher para servir a propósitos comunitários, como a manutenção e equilíbrio populacional do Estado, também implica na sua desumanização, uma vez que ela é objetificada e utilizada a servir propósitos alheios ao seu próprio ideal de vida.

15 – Vários foram os instrumentos internacionais que trouxeram a previsão da liberdade reprodutiva feminina destacando: a primeira Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 e 1ª Conferencia Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, de 1994. Ambos os documentos receberam várias ressalvas dos Estados-membros, o que dificultou a efetividade de seus dispositivos. Os principais pontos de divergências foram os que abordavam a liberdade se-

xual e de planejamento familiar, sendo os principais opositores países fundamentalistas religiosos.

16 – O estabelecimento de Políticas Públicas como fomento a um planejamento familiar responsável é uma forma legítima de atuação estatal. Sendo de extrema importância fornecimento de programas educativos que emancipem o indivíduo e permita que ele realize melhores escolhas. Porém essas escolhas jamais devem ser impostas ao sujeito.

17 – A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em 1995, traça um panorama histórico sobre a situação vivenciada pelas mulheres no contexto global, traçando um plano de ações a serem desenvolvidas em cinco anos. A perspectiva trazida na conferência reforça a ideia levantada na primeira parte desse trabalho de que a população feminina se encontram em uma posição de vulnerabilidade econômica, física e emocional, em relação ao homem, o que é ampliado devido a pouca representação política recebida por elas. Dessa forma, é necessário garantir a mulher maior poder sobre os meios de controle reprodutivo, e criar mecanismos que diminuam a discriminação de gênero e a violência.

18 – A Emenda Constitucional 45/2010 introduziu o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal. Acredita-se que a criação da emenda não alterou a condição já estabelecida no § 2º do mesmo dispositivo. Dessa forma, os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento estabelecido na emenda 45/2010 possuem *status* materialmente e formalmente constitucionais, enquanto os tratados sobre direitos humanos que não forem aprovados segundo o procedimento estabelecido no § 3º permanecem tendo *status* apenas materialmente constitucional.

19 – Por força do § 2º do art. 5º da Constituição, todos os tratados sobre direitos humanos que dispõem sobre direitos sexuais e reprodutivos são normas de direito fundamental, devendo receber tutela adequada pelo Estado. Logo, toda lei infraconstitucional que trouxer uma ofensa a essas disposições são inconstitucionais e devem ser retiradas do sistema jurídico.

20 – O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o epicentro do sistema jurídico, ela é descrita como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. A partir dela é retirada a norma que garante o livre desenvolvimento da personalidade, pois somente quando o sujeito passa a agir conforme os fins eleitos por si mesmo, e não instrumentalizado em fins alheios, é que a dignidade está garantida.

21 – O princípio do livre desenvolvimento da personalidade, muito bem desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemã, pressupõe a existência de um sistema que garanta a autonomia, na forma de liberdade geral de ação, e de direitos gerais da personalidade. Dessa forma, esse princípio ainda é utilizado como fundamento para extração de todos os direitos, ainda que implícitos na ordem constitucional, que implique na proteção do titular do direito no desenvolvimento da sua personalidade.

22 – O Estado Democrático de Direito é constituído sobre duas bases, por vezes conflitantes: o princípio democrático e os direitos fundamentais. Enquanto o princípio democrático serve a representação da voz da maioria, os direitos fundamentais protegem àqueles que não se encontram representados dentro da vontade maioritária, sendo por isso descrito como trunfo contramajoritário. Dessa forma, embora o valor social seja utilizado como um dos limites a autonomia, ele não pode ser utilizado para enfraquecer os direitos fundamentais e impor coercitivamente toda e qualquer vontade da maioria.

23 – Os direitos reprodutivos encontra-se inseridos no direito constitucional por força dos tratados internacionais que o Brasil faz parte, em consonância com § 2º, art. 5º da Constituição. Além da sua previsão internacional, ainda há a previsão de algumas normas espaciais relativas a reprodução ao longo do texto constitucional, como a previsão de licença de maternidade e a previsão de acesso a informação sobre saúde sexual e reprodutiva.

24 – Percebe-se que, historicamente, além de interferências religiosas, a família estava sujeita a um enorme controle e vigilância por parte do Estado. Essas duas instituições se misturavam à vida privada do indivíduo, e utilizavam-se das instituições familiares para controlar o estilo de vida adotado pelos próprios indivíduos.

25 – Atualmente, a instituição familiar é compreendida como local de desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que a compõe. Logo, a tutela pelo Estado da família como instituição ocorre apenas enquanto ela estiver servindo ao propósito de promoção do indivíduo. Assim, as instituições familiares devem permanecer abertas e integradas à sociedade, viabilizando esse desenvolvimento pessoal dos sujeitos. Quando a Constituição Federal previu que o planejamento familiar é livre a decisão do casal, ela reconheceu o *locus* representado pela família, proibindo intervenções estatais que pudessem privar o sujeito de ser livre para dispor sobre o seu ideal de vida boa.

26 – No que tange aos conceitos vagos sobre disposição do próprio corpo previsto do Código Civil, a realização da laqueadura cumpre todos os requisitos estabelecidos pelo

dispositivo, pois não possui nenhuma restrição de ordem moral e nem constitui ato de disposição de partes do corpo, mas sim uma inibição da capacidade reprodutiva.

27 – A proteção aos direitos das futuras gerações de viverem com dignidade constitui um dos corolários do direito. Entretanto, a preocupação com a preservação da vida humana futura não deve significar o sacrifício da dignidade da geração atual em busca de aumento da quantidade da geração futura. A sacralidade da vida humana não é medida pelo seu valor incremental, ou seja, pela quantidade de pessoas que possam vir a nascer, mas sim pelo investimento energético, emocional e financeiro nas vidas já existentes. Logo, a qualidade da vida gerada é muito mais importante do que a quantidade de vida que virá a ser gerada. Embora o planejamento familiar seja uma questão importante, não se deve promover a reprodução imoderada, mas sim em reproduções conscientes, que levem em conta a qualidade de vida do indivíduo que está gerando e que está sendo gerado.

REFERÊNCIAS

Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.911/DF. Amicus curiae - Petição: 53802 Data: 17/08/2018. Processo n o 0067050-27.2018.1.00.0000

AGENCIA SENADO. **Lei reduz idade para laqueadura e dispensa consentimento do cônjuge**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/05/lei-reduz-idade-para-laqueadura-e-dispensa-consentimento-do-conjuge>. Acesso em: 18 set. 2022.

ALVES, José Augusto Lindgren. A Conferência De Beijing E Os Fundamentalismos. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. Vol. 6. p. 787 – 816 Ago de 2011

ALVES, José Augusto Lindgren. **A Década das Conferências: (1990-1999)**. 2a ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2018

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2005

American College Of Obstetricians And Gynecologists. Access to Postpartum Sterilization. *Obstetrics & Gynecology*, [S.L.], v. 137, n. 6, p. e169-e176, 24 mar. 2021. **Ovid Technologies (Wolters Kluwer Health)**. <http://dx.doi.org/10.1097/aog.0000000000004381>.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro na perspectiva atual. **Revista Derecho del Estado**, n. 30, p.93-124, jan/junho 2013.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 19, p. S465-S469, 2003

BARBOSA, Heloisa Helena. Proteção dos vulneráveis na Constituição de 1988: uma questão de igualdade. Thiago Ferreira Cardoso Neves (coord.). **Direito & Justiça social**. São Paulo: Atlas, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo da FGV**, vol. 221, pp. 159-188, jul./set 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, p. 04, 2010. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acessado em: 01 de abril de 2022.

BIANCHINI, Alice. Reflexões acerca da Lei Maria da Penha: bem jurídico, punitivismo e suas implicações. **Sistemas Judiciales: Una Perspectiva Integral sobre la Administración de la Justicia**. Género, diversidad sexual y justicia. n° 22. p. 102 -110. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 55-77, 2017.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal. "Enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil." 2018

BRASIL. Constituição Federal da República. 1988

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Lei que estabelece o Código Civil.

BRASIL. Lei 9263 de 12 de janeiro de 1996. Lei do Planejamento Familiar.

BRASIL. Lei 11.430 de 07 de agosto 2006, Lei Maria da Penha

BROWN WEISS, Edith. In fairness to future generations and sustainable development. **American University International Law Review**, v. 8, n. 1, p. 19-26, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUTLER. Judith. **A Vida Psíquica do Poder**. São Paulo. Autêntica. 2020

CAI, Yping. Desvelando a Reconfiguração da Política Populacional na China. **Sexuality Policy Watch**. p. 1-5. jan de 2022. Disponível em: <https://sxpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2022/02/RUP-Cai-Yping-PT.pdf> . Acessado em: 25 de março de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Português e da União Europeia. p. 22-31. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (organizadores). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3a ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhné-Revista de Estudos Politécnicos**, n. 13, p. 07-18, 2010.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Desafios para a tutela do direito de não saber: corpo, autonomia e privacidade. In: DE MENEZES, Joyceane Bezerra; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 191-204

CATROGA, Fernando. **Entre Deuses e Césares: secularização, Laicidade e Religião Civil**. 2ª ed. Coimbra: Almedina. 2010

CAVICCHIA, Durlei de Carvalho. O desenvolvimento da criança nos primeiros anos de vida. **IN Caderno de Formação: Formação de Professores Educação Infantil-Princípios e Fundamentos**, v. 1, p. 13-27, 2010.

CEDAW. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. In: BRASIL. Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas para as mulheres. Participação do Brasil na 29ª Sessão do comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Brasília. 2004

LACORDAIRE, Henri. **Conférences de Notre-Dame de Paris**, éd. Sagnier et Bray, 1848, p. 246

Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Cairo. 1994.

DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo; DIAS, Maria Berenice; CHAVES, Marianna. **Da (In) Justiça No Planejamento Familiar**. 2018. Disponível em: <
https://www.academia.edu/36824731/DA_IN_JUSTI%C3%87A_NO_PLANEJAMENTO_FAMILIAR?bulkDownload=thisPaper-topRelated-sameAuthor-citingThis-citedByThis-secondOrderCitations&from=cover_page> Acessado em: 24 de março de 2022.

DE BARCELOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de direito administrativo**, v. 240, p. 83-105, 2005.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004

DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 1, p. 119-132, 2008.

DE MENEZES, Joyceane Bezerra. A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 216, p. 1-30, 2018.

DE MENEZES, Joyceane Bezerra; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

DELGADO, José Augusto. Estatuto da mulher casada: efeitos da lei 4.121/62. **Revista dos Tribunais, São Paulo**, v. 69, n. 539, p. 20-24, 1980.

DIAS, Maria Berenice. **A evolução das famílias e seus direitos**. 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_575\)7a_evolucao_da_familia_e_seus_direitos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_575)7a_evolucao_da_familia_e_seus_direitos.pdf). Acesso em: 03 dez. 2018

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 21 Nov. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil. Acesso em: 28 Set. 2022

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 114, p. 225-239, 2015.

DINIZ, Maria Helena, Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 2, p. 7-25, 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes Do. O Princípio Da Proporcionalidade À Luz Da Teoria Dos Limites Dos Limites: Critérios De Análise De Restrições A Direitos Fundamentais. **Revista Estudos Institucionais**, V. 4, N. 2, P. 949-968, 2018

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes. 2020.

DUDZIAK, Mary L. Just Say No: Birth Control in the Connecticut Supreme Court Before *Griswold v. Connecticut*. **Iowa L. Rev.**, v. 75, p. 915-938, 1989.

ENGLES, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Lafonte. 2017

FARAH, Elias. Planejamento Familiar. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**. Vol. 2/2014. p. 45 – 68. Out /Dez de 2014

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERRAJOLI, Luigi. Más Allá De La Soberanía Y La Ciudadanía: Un Constitucionalismo Global. **Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, [s. l], n. 9, p. 173-184, out. 1998

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais**. Trad. De Alexandre Salim e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

FERREIRA, Keila Pacheco. **Abuso de direito nas relações Obrigacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Ano 1, nº 2, p. 867-910, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum: 2011.

FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade 1**. Vontade de Saber. Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz & Terra. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Maria Ermantina Galvão

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direito da Personalidade: Fundamentação Ontológica da Tutela**. Lisboa: Almedina, 2008.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002

HABERMAS, Jurgen. El concepto de dignidade humana y la utopia realista de los derechos humanos. **Dianóia**, vol. LV, nº 64, pp. 3-25, maio de 2010

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. A caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jurgen. **Sobre a Constituição da Europa**. Trad. Denilson Luis Werle, Luis Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

HAZARD, Sprague W. et al. A model act providing for consent of minors for health services. **Pediatrics**, v. 51, n. 2, p. 293-296, 1973.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.097/DF. Amicus curiae – Petição 20071 Data: 25/04/2016 . PROCESSO N O 9957450-37.2014.1.00.0000

IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, Pequim, 1995

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC/Rio, 2006

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 2007

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade Patrimonial e Vulnerabilidade Existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 99, Mai - Jun 2015, p. 101 – 123.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Incidencia De La Constitucionalización Del Derecho Privado En La Regulación De La Vida Cotidiana De Las Personas El Caso Del Código Civil Y Comercial De La Nación Argentina. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 77 a 91.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. PERROTTI, Maria Regina Machado. PERROTTI, Marcos Antônio. Direito do Planejamento Familiar. **Revista dos Tribunais**. Vol. 749/1998. p. 46 – 59.1998.

MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Editora dos Tribunais. 2012

MARTINS. Fernando Rodrigues. **Direito Privado e Policontextualidade: fontes Fundamentos e Emancipação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **A Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 104-105.

MELLO, José Baptista de. Direito marital. **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Vol. 2. p. 33 – 60, Ago. 2011

Ministério Público Federal: Procuradoria-Geral da República. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097/DF. 24/09/2015. Parecer no 194.149/2015.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a, v. 2, p. 11175-11211, 2013.

MIRANDA JÚNIOR. Darcy Arruda. É necessária a autorização marital para a mulher exercer o comércio? **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**. Vol. 1. p. 583 – 592. Ago / 2011

MOEN, Elizabeth. **Women's Rights and Reproductive Freedom**. *Human Rights Quarterly*, vol. 3, no. 2, 1981, pp. 53–60

MORAES, Maria Celina Bodin. A tutela da personalidade no ordenamento Civil- Constitucional Brasileiro. In. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOURSE, Victoria. Buck v. Bell: A Constitutional Tragedy from a Lost World. **Pepp. L. Rev.**, v. 39, 2011, p. 101-117

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana: Dignidade e Direitos Fundamentais**. Vol 1. 2a ed. Coimbra: Almedina. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis **Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria**, Coimbra Editora, 2006

Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos das Mulheres. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.911/DF. Amicus curiae – Petição 27665. Data: 13/05/2019. Processo n o 0067050-27.2018.1.00.0000.

OLIVA, Milena Donato. TEPEDINO, Gustavo. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, in Pessoa e mercado sob a metodologia do direito civil-constitucional. Santa Cruz do Sul: **Essere nel Mondo**, vol. 1, 2016, p. 232

ONU. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim. 1995.

PAGLIA, Camille. **Vampes & Vadias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora. 1994

Partido Socialista Brasileiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.911/DF. 08/03/2018. Petição Inicial no 11855/2018. Processo n o 0067050-27.2018.1.00.0000

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direitos da Personalidade**. Revista Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizontes, n. 1, p.117-136, 1995.

PEREIRA, Fábio Queiroz. MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho. LARA, Mariana Alves. (Org). **Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. WALLAUER, Rafaela Jardim Soto. A Natureza Jurídica da Doação Compartilhada de Oócitos em Técnicas de Reprodução Humana Assistida. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 167-186

PIAGET, Jean. **Os seis estudos de psicologia**. 24ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edições 70, LDA, 2011

PIOVESAN, Flávia. A mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 2, p. 39-44. 2004

PLANNED PARENTHOOD. **Sterilization for Women (Tubal Sterilization)**. Disponível em: <https://www.plannedparenthood.org/learn/birth-control/sterilization-women> Acesso em: 20 de março de 2022.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016

PULIDO, Carlos Bernal. **O Direito dos Direitos**: Escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons. 2013

RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. O conceito de biopoder hoje. **Política & trabalho**, v. 24, p. 27-57, 2006.

RIBEIRO, Mariska. Direitos reprodutivos e políticas descartáveis. **Revista Estudos Feministas**, v. 1, n. 2, p. 400 - 407, 1993.

ROBERTO. Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

SÁNCHEZ, M. El menor maduro. **Boletín de Pediatría**, v. 45, n. 193, p. 156-160, 2005.

SANTOS, Soraya Santos. Relatório da Comissão de Seguridade Social sobre o Projeto de Lei n 7364, de 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2145419&filename=Tramitacao-PL+7364/2014 Acessado em: 18 de setembro de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, v. 12, n. 2, p. 325-344, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019.

SAWYER, Susan M; AZZOPARDI, Peter s; WICKREMARATHNE, Dakshitha; PATTON, George C. The age of adolescence. **The Lancet Child & Adolescent Health**, [S.L.], v. 2, n. 3, p. 223-228, mar. 2018. Elsevier BV. [http://dx.doi.org/10.1016/s2352-4642\(18\)30022-1](http://dx.doi.org/10.1016/s2352-4642(18)30022-1).

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2016.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília. a. 4 - n.14, p. 167-217. jan./mar. 2005

SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro, 2008, v.II, p. 231-264.

SCHUELER, Kellie E.; HEBERT, Luciana E.; WINGO, Erin E.; FREEDMAN, Lori R.; STULBERG, Debra B.. Denial of tubal ligation in religious hospitals: consumer attitudes when insurance limits hospital choice. **Contraception**, [S.L.], v. 104, n. 2, p. 194-201, ago. 2021. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.contraception.2021.02.011>.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma Nova Hermenêutica do Direito da Criança e do Adolescente. **Civilistica.com: Revista Eletrônica de Direito Civil**, v. 3, n. 2, p. 1-26, 2014.

SEGATO, Rita Laura, **La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez**, Buenos Aires, Tinta Limón, 2013

SEGATO, Rita Laura. **Las Estructuras Elementales de la Violencia**: ensayos sobre género entre la antropología el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 2003.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como valor supremo da democracia. **Revista de direito Administrativo**, Rio de Janeiro 212: p. 89-94, abril/jun 1998

SOUZA, Felipe. '**Meu marido me proibiu de fazer laqueadura, mesmo após 5ª gestação**'. 2022. Da BBC News Brasil em Londres. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60901125#:~:text=A%20C%C3%A2mara%20dos%20Deputados%20aprovou,vasectomia%2C%20no%20caso%20dos%20homens..> Acesso em: 21 abr. 2022.

STANCIOLI. Brunello. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou Como Alguém se Torna o que Quiser**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

STEINMETZ. Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores.

STERN, Alexandra Minna. Eugenics, sterilization, and historical memory in the United States. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v.23, supl., dez. 2016, p.195-212.

STRECK, Lenio Luiz; DE MELO LIMA, Vinicius. Lei Maria da Penha: uma concretização de direitos. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. Vol. 8/2015. p. 747 – 773. Ago. 2015

STUART MILL, John. **Sobre a Liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

STUART MILL. John. **A Sujeição das Mulheres**. São Paulo. Lafont. 2019.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard H. Libertarian paternalism. *American Economic Review*, n. 93, 2003. p. 175-179

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro**. In: SEMINÁRIO VIRTUAL TEMAS ATUAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA, 2006, Site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

TAŞKÖMÜR, Aysun Tekeli; ERTEN, Özlem. The effect of tubal ligation surgery during cesarean operation on dysmenorrhoea, dyspareunia and menstrual cycle. *Journal Of Gynecology Obstetrics And Human Reproduction*, [S.L.], v. 50, n. 6, p. 102054, jun. 2021. **Elsevier BV**. <http://dx.doi.org/10.1016/j.jogoh.2020.102054>

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, abr./jun. 2018

The Holy See. **Encyclical Letter Humanae Vitae of the Supreme Pontiff Paul VI**. Disponível em: https://www.vatican.va/content/paul-vi/en/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html . Acessado em: 08 de outubro de 2022.

WOISCHNIK, Jan (Ed.). **Livre Desenvolvimento da Personalidade Cincüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo. p. 187-264. 2005

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. Brasília: Fundo de População das Nações Unidas. 3ª Ed. 2009

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, p. 657- 687, 1980.

VILLELA, Wilza Vieira; MONTEIRO, Simone. *Gênero, estigma e saúde*: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do hiv/aids entre mulheres. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, [S.L.], v. 24, n. 3, p. 531-540, set. 2015. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.5123/s1679-49742015000300019>.

ZANOTTO, Carmen Zanotto. Projeto de Lei n 7364, de 2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1241795&filename=PL+7364/2014 Acessado em: 18 de setembro de 2022.