

PRINCÍPIO JURÍDICO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL: DISTINÇÃO ENTRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E CONTROLE DA NATALIDADE

Vanessa Berwanger Sandri

Trabalho de conclusão para cumprimento de requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof^a Ms. Livia Haygert Pithan

Aprovada pela Banca Examinadora em 30/06/2006

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a Ms. Livia Haygert Pithan

Prof^a Ms. Maria Regina Fay de Azambuja

Prof^a Ms. Marise Soares Corrêa

Palavras-chave: controle da natalidade; planejamento familiar, paternidade responsável, direito à informação; cidadania; autonomia, dignidade humana, direitos fundamentais e direitos humanos.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar o princípio da paternidade responsável, disposto no art. 226 § 7º da Constituição Federal de 1988, esclarecendo e diferenciando os termos “planejamento familiar” e “controle de natalidade”. A metodologia utilizada é baseada em revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. Foi feita a descrição da evolução histórica, do controle da natalidade ao planejamento familiar; abordadas as diferentes conotações de paternidade responsável, bem como a relação direta que tem o exercício da cidadania com o direito à informação; e descritas as noções de dignidade da pessoa humana, sua relação com os direitos humanos e fundamentais. Finalmente, foi incluída pesquisa jurisprudencial, demonstrando o uso dos termos centrais deste trabalho - “planejamento familiar”, “paternidade responsável” e “controle da natalidade” - no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça São Paulo, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Os resultados demonstram que planejamento familiar envolve respeito à autonomia, porém, ainda hoje, no Brasil, a

Lei de Planejamento Familiar é aplicada prioritariamente para promover a contracepção, tornando sua efetivação semelhante ao controle da natalidade, que visava exclusivamente ao controle demográfico.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the responsible paternity principles, in accordance with the Brazilian Federal Constitution in the article 226 § 7º from 1988 that clarifies and makes a difference between “family planning “ and “birth control”. The methods used is based in book reviews and Brazilian jurisprudential analysis. It was described a historical evolution, the “birth control” and the “family planning”; making different connotations to the responsible paternity, as well as the direct relation with citizenship and information rights; and the dignity principles description of the human being, its relation with the human and fundamental rights. Finally, the jurisprudential research was included, by presenting the central terms usage of this paper – “family planning”, “responsible paternity” and “birth control” – in the State Court of Rio Grande do Sul, the State Court of São Paulo, Supreme Federal Court and Superior Supreme Court. The results present that the “family planning” involves respect to the autonomy, however, nowadays in Brazil, the family planning law is applied as a priority to promote the contraception, effectively similar to the “birth control”, which used to focus only in the demographic control.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa investigar a compreensão atual do princípio da paternidade responsável, disposto no art. 226 § 7º da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a fim de esclarecer a interpretação dos termos “planejamento familiar” e “controle de natalidade”.

Para realização desta pesquisa, utilizamos o método de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, direcionando a busca dos acórdãos à alguns tribunais brasileiros.

No decorrer do estudo foram surgindo algumas questões, muitas vezes presentes no nosso dia a dia, como quando ouvimos afirmações incisivas que dizem que a solução para a acabar com pobreza e a violência é o controle da natalidade.

Será que o controle demográfico resolve a questão da miséria e da violência no Brasil e no mundo? Planejamento familiar é o mesmo que controle da natalidade? Qual a abrangência e o objetivo do planejamento familiar no Brasil? O que é paternidade responsável? Está relacionado somente com a responsabilidade dos pais para com os filhos? Qual a interpretação dada por alguns tribunais de nosso país sobre os termos centrais deste trabalho?

Sob o ponto de vista da dignidade humana, as pessoas que não têm seus direitos mínimos assegurados, têm condições de escolher se querem ou não ter filhos? Poderia uma pessoa incapaz ser esterilizada a fim de evitar uma possível gravidez?

A partir destas perguntas fomos buscando respostas que acabaram se traduzindo e serão demonstradas no presente trabalho. Paternidade responsável, planejamento familiar e controle da natalidade nos remetem às questões socioeconômicas e nos fazem pensar sobre a dignidade humana, autonomia, direitos fundamentais e direitos humanos.

Inicialmente, será feita a descrição da evolução histórica do controle da natalidade ao planejamento familiar, bem como a abordagem das diferentes conotações de paternidade responsável e a relação direta que tem o exercício da cidadania com o direito à informação.

Posteriormente, serão desenvolvidas as noções de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos humanos, principalmente em relação ao planejamento familiar, bem como os fundamentos éticos e a dupla dimensão da dignidade humana.

Por fim, será demonstrado, através da pesquisa jurisprudencial, a utilização dos termos “planejamento familiar”, “paternidade responsável” e “controle de natalidade”, nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ).

1. DEFINIÇÕES PRELIMINARES

A luta pelos direitos sexuais e reprodutivos tem um longo caminho percorrido e muitas conquistas alcançadas, desde a reação contra as práticas controlistas da década de 60, podendo ser denominadas controle da natalidade, sendo, no Brasil,

reconhecido, o planejamento familiar, como livre decisão na CF/88 e regulamentado através da Lei 9.263/96.

Este capítulo vai contar a história da luta pelos direitos sexuais e reprodutivos, esclarecer as diferenças entre planejamento familiar e controle da natalidade abordando as diferentes conotações de paternidade responsável, bem como a importância da informação para o exercício da cidadania.

1.1 Do controle da natalidade ao planejamento familiar

As políticas populacionais sempre interessaram principalmente aos países poderosos que, desde a década de 60, desenvolviam idéias e pregavam sobre o controle da natalidade, justificando-o para diminuir a miséria, garantir a manutenção dos recursos naturais e preservar o meio ambiente.

Inicialmente, a idéia do crescimento populacional descontrolado, bem como o desenvolvimento de políticas públicas ligadas à reprodução humana, estavam ligadas ao pensamento malthusiano.¹ Thomas Malthus criou a teoria que dizia que a população cresce em uma progressão geométrica, enquanto os alimentos em uma progressão aritmética, e apesar desta teoria estar desacreditada, ainda ressurgem alguns seguidores, denominados neo-malthusianos, como o demógrafo americano Paul Ehrlich o qual afirma que “com menos gente no mundo, a pobreza e a fome não teriam grassado e se tornado com as proporções atuais”.²

A queda acentuada da taxa de natalidade no Brasil foi acompanhada do aumento da miséria social, contradizendo as teses neo-malthusianas, ocorrendo, ao contrário dos padrões dos países desenvolvidos, ao mesmo tempo que cresceu o empobrecimento da população.³

Segundo Brauner, as primeiras manifestações pelos direitos das mulheres, juntamente como movimento feminista, surgiram entre mulheres da França e Inglaterra, a partir de suas expectativas frustradas da inclusão feminina nas idéias de liberdade, igualdade e solidariedade.⁴

¹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito Sexualidade e Reprodução Humana**: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003:4

² EHRLICH, Paulo. **Tem gente demais**. Entrevista concedida a Revista Veja, 08/02/2006: 11 - 15

³ ÁVILA, M. B. Apud: SILVA, Suzana Maria Veleda da. Inovações nas políticas populacionais: o planejamento familiar no Brasil, **Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales**. Nº 69 (25). Barcelona, 2000. Disponível em: www.ub.es/geocrit/sn-69-25.htm

⁴ BRAUNER, 2003: 2

A questão sobre a vida sexual e reprodutiva sempre foi um dos problemas enfrentado prioritariamente pelas mulheres, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos estimulou o debate sobre o direito reprodutivo das mulheres, o qual envolve não apenas questões referentes ao funcionamento do aparelho genital e processo reprodutivo, mas também a idéia da busca do prazer como um direito de todo cidadão.⁵

Pedro chama a geração das mulheres que nasceram nas décadas de 40 e 50 de “geração pílula”, e vincula as políticas de planejamento populacional à guerra fria, destacando que quando se exigia, através de acordos internacionais, a redução da população dos países do terceiro mundo, era sobre sexo e sobre o corpo feminino que estavam a decidir. Diz, ainda, que a pressão dos países ricos para a redução da natalidade no Brasil, por exemplo, fica demonstrada pela brusca queda no número de nascimentos a partir da década de 60.

Diferentemente dos países de terceiro mundo, na Europa, as políticas natalistas adquiriram importância após as guerras mundiais, sendo que na França, por exemplo, a pílula somente foi liberada em 1967. Já, no Brasil, desde 1960, a pílula, juntamente com o DIU, eram comercializados livremente. Na França, onde a cidadania era minimamente respeitada, a introdução da pílula representou mudanças separando sexo de reprodução, dando mais liberdade para as mulheres, enquanto no Brasil, especialmente para a população pobre, a pílula neste período foi direcionada para o controle da expansão demográfica.⁶

A partir das observações da autora, podemos entender que o exercício da cidadania está relacionado com o respeito à dignidade humana, ou seja, exercício da autonomia por parte das mulheres francesas, que tinham a condição de escolher não engravidar. No Brasil, principalmente em relação a população pobre, a distribuição da pílula visava não aumentar a população, sem incluir a garantia dos direitos básicos, esclarecimentos e informações que pudessem possibilitar o exercício da cidadania e autonomia.

Na Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1993, foi feita a exigência da vinculação entre direitos humanos das mulheres, estes ligados também aos direitos sexuais e reprodutivos, e direitos humanos, havendo a necessidade desta

⁵ Idem: 4, 5, 9 e 12

⁶ PEDRO, Joana Maria. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. **Revista Brasileira de História**. Vol 23, n.45. São Paulo, Jul 2003: 239, 241

idéia ser disseminada no Brasil para assegurar os direitos reprodutivos através de instrumentos jurídicos⁷ e na Conferência do Cairo, em 1994, o conceito de saúde reprodutiva foi substituído por Direitos Reprodutivos⁸, havendo a mudança de foco, deixando de lado as considerações apenas demográficas, passando-se a adotar políticas orientadas pelos direitos humanos e sociais.⁹

A partir de 1974, apareceu um novo discurso no Brasil, resultando, em 1984, na criação do Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM). Buscava atender a saúde integral da mulher em todas as etapas de sua vida, incluído aí o planejamento familiar, sendo tratado, pela primeira vez, o assunto fecundidade como Política Pública.¹⁰ Segundo Moura e Silva, o PAISM teve amplo desenvolvimento na etapa inicial, disseminando informação em saúde reprodutiva, porém, tal ação foi descontinuada, mantendo-se muito no discurso e pouco concretizada nas unidades de saúde e comunidades.¹¹

No Brasil, apesar de não ser explícito o controle da natalidade, “os serviços de saúde contam com um controle real”, pois ainda são oferecidos poucos métodos anticoncepcionais, principalmente a esterilização e os hormônios orais e, muitas vezes, sem um acompanhamento médico.¹²

Apesar dos avanços que tiveram nos últimos anos, as questões sobre o planejamento familiar ainda precisam ser discutidas, aperfeiçoadas e principalmente implementadas através de políticas efetivas que, muito além de informar qual ou como utilizar os métodos contraceptivos, criem programas sociais que garantam a possibilidade de atendimento aos direitos da população, principalmente os direitos sociais, que são a base para a ampliação dos direitos individuais e garantia do exercício da autonomia e cidadania.

⁷ BRAUNER, 2003:12 -13

⁸ BRAUNER, 2003: 13 – 15. Os direitos sexuais e reprodutivos são integrantes dos direitos humanos e devem: “ser assegurado a todo cidadão, tendo em vista o caráter indispensável em disponibilizar a todas as pessoas o conhecimento, os meios científicos seguros e eficazes para a proteção da saúde, garantia da autonomia e liberdade dos indivíduos”.

⁹ SOUZA-STEPHAN, Auta Iselina. Relendo a Política de Contracepção: o olhar de um profissional sobre o cotidiano das Unidades Públicas de Saúde. **Caderno de Saúde Pública**, vol. 11, nº 3 – Rio de Janeiro – Jul/set. 1995:409

¹⁰ Idem: 418 e 419

¹¹ MOURA, Escolástica Rejane Ferreira e SILVA, Raimunda Magalhães. Informação e planejamento familiar como medidas de promoção da saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, vol. 9, nº 4. Rio de Janeiro: out./dez., 2004:1024

¹² DALTRO, M. E.; NORONHA, C.; MENEZES, G. Apud: SILVA, Suzana Maria Vele da, 2000. Disponível em: www.ub.es/geocrit/sn-69-25.htm. Acesso em 15/03/2006

1.2. Diferentes Conotações de Paternidade Responsável

Interessante analisar as diferentes conotações do termo paternidade responsável e suas implicações na vida das pessoas. O art. 226, § 7º da CF/88 elevou a princípio constitucional a paternidade responsável. A partir disso, qual seria o alcance significativo do princípio jurídico da “paternidade responsável”?

O termo “paternidade responsável” pode ter mais de uma conotação. Poderá ser entendido em relação à autonomia para decidir responsável e conscientemente sobre ter ou não filhos, assim como, quantos filhos as pessoas desejam ter. Também pode ser interpretado sob o aspecto da responsabilidade dos pais para com os filhos, ou seja, o dever parental.

O termo será abordado sob os dois aspectos, até para ser possível entender e conhecer como este termo é reconhecido. Porém, nosso maior destaque será no sentido de adotar a expressão e interpretá-la com a conotação de autonomia, responsabilidade e consciência para decidir sobre o planejamento familiar.

No Direito de Família, os princípios podem ser subdivididos em duas classes: a garantia da liberdade aos membros da família, livre de qualquer interferência do Estado ou de terceiros; e o direito do membros da família perante o Estado, que tem o dever, pela Constituição Federal, de prestar educação, saúde e lazer, entre outros.

Segundo Oliveira, “a estrutura do Código Civil deixa muito clara a ingerência e o controle por parte do Estado na família, ou seja, o Estado interferia nas decisões e ações praticadas pela família”. Hoje, como ressalta o mesmo autor, a partir de novos valores desenvolvidos pelas pessoas, se tem uma nova maneira de conduzir as questões referentes às famílias. Há maior liberdade e, conseqüentemente, mais felicidade.¹³

O Estado atual deve, a partir da Constituição Federal de 1988, garantir a não interferência na vida privada de seus membros. A partir de então, podemos compreender a imposição legal do respeito ao planejamento familiar como decisão íntima das pessoas, independente do tipo de família que constituem, seja casamento, união estável ou monoparental.

Seguindo com Oliveira, este afirma que “o equilíbrio entre os interesses familiares e do Estado foram bem dispostos na Constituição Federal de 1988 (...) em

¹³ OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002:272, 279, 280

particular, na “paternidade responsável” e no “planejamento familiar” devendo a intervenção do Estado ser apenas a nível de orientação e distribuição de contraceptivos”. Esta postura da Constituição e, por consequência, do Estado, que deve segui-la, demonstra e respeita os limites “necessários e indispensáveis de um Estado Democrático de Direito”.¹⁴

Isto diferencia claramente planejamento familiar, onde o Estado auxilia, dando orientação, de controle da natalidade, onde o Estado impõe controle demográfico, invadindo a vida privada e desrespeitando a autonomia das pessoas e, consequentemente, sua dignidade.

No mesmo sentido, Leite diz que o planejamento familiar não constitui “um processo puramente antinatalista, mas um fator que harmoniza cada parto com preservação da saúde feminina, que harmoniza o número de filhos com as possibilidades financeiras e as condições psíquicas e emocionais de cada casal (...) porque o planejamento familiar é a plenitude da vida e não a sua restrição.”¹⁵

O planejamento familiar é um assunto contemporâneo, e não tem recebido, dos Órgãos públicos no Brasil, a devida atenção. Entrou em nosso ordenamento jurídico, como bem demonstrado por Brauner, pela Constituição Federal de 1988. Esta, no o art. 1º, assegura o princípio da dignidade humana, no art. 3º preconiza o bem estar de todos, no art. 5º garante o direito à igualdade entre homens e mulheres, bem como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a honra e imagem das pessoas, punindo discriminação aos direitos e liberdades fundamentais. Por fim, garante o art. 226, §7º, o direito ao planejamento familiar, e expressa o Princípio da paternidade responsável, que foi regulamentado pela Lei do Planejamento Familiar nº 9.263/96.¹⁶

A referida lei garante o planejamento familiar como direito de todo cidadão e, assim, o define, no artigo 2º, como o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Portanto, diz respeito, além da limitação da prole, como é entendido o termo pela maioria das pessoas, relacionando-o e igualando-o ao controle da natalidade, também ao seu aumento ou constituição.

¹⁴ Idem: 286 e 287

¹⁵ LEITE, Júlio César do Prado. Apud OLIVEIRA, 2002: 288

¹⁶ BRAUNER, 2003:13 a 15

Planejamento familiar compreende ato de escolha consciente, a partir de um processo educativo e de esclarecimento quanto à decisão do número de filhos que a pessoa deseja ter, respeitando assim o direito fundamental à dignidade humana. Está relacionado com a garantia que todo cidadão tem de definir e decidir, a partir de condições dignas de vida, para poder receber e entender uma informação e educação, promovidas pelo Estado, sobre constituir família, ter um ou mais filhos ou não ter filhos. Cabe aqui destacar que planejamento familiar também inclui o direito de uma pessoa sem posses, que não pode ter filhos, poder usar de métodos artificiais para realizar o seu desejo, ou seja constituir a prole e não somente limitá-la, através do uso de contraceptivos.

A lei veta e justifica a exclusão da expressão controle da natalidade, quando dispõe no § único do mesmo artigo 2º que “é proibida a utilização das ações a que se refere o caput para qualquer tipo de controle demográfico.”

No art. 10, a mesma lei cria a previsão legal da esterilização, porém, somente permite sua realização quando a pessoa tiver capacidade plena, mais de 25 anos de idade e dois filhos vivos, ou quando houver risco à vida ou à saúde da mulher ou do conceito. Condiciona a esterilização à autorização escrita, estabelecendo um período de 60 dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico, quando o usuário(a) terá aconselhamento de equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce.

É vedado, pela lei, art. 10 § 2º, a esterilização em mulher durante o parto ou aborto, exceto comprovada necessidade, sendo definido, , como crime a esterilização cirúrgica em desacordo com a lei (art. 15), quando o médico deixar de notificar a autoridade sanitária das esterilizações que realizou (art. 16); induzir ou instigar dolosamente a esterilização cirúrgica (art. 17) e, finalmente, se for cometido contra a coletividade caracteriza-se genocídio (§ único, art. 17), prevendo pena de detenção e reclusão para os diferentes casos.

Já quando se fala em controle da natalidade, Souza-Stephan diz que esta é uma ação impositiva por parte do Estado, visando reduzir o número de nascimentos e, conseqüentemente, o crescimento populacional, tendo conotações políticas e morais discutíveis. Pois, “antes de qualquer interesse humanitário, as instituições

controlistas abrigam a determinação de conter, a qualquer custo, a possibilidade de nascimento da população considerada por elas desnecessária” .¹⁷

Do outro lado, está o planejamento familiar que prevê escolha livre e consciente, tendo estes dois termos, portanto, diferenças básicas em um Estado Democrático de Direito, tendo em vista, principalmente, o princípio da dignidade humana, que tem como pressuposto a autonomia, estar explícito em nossa constituição.

A segunda interpretação dada ao termo “paternidade responsável”, e usada pelos tribunais nas ações que se referem aos direitos dos filhos, diz respeito ao dever da família em assegurar a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, regulados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069/90, prevendo como crime tipificado no Código Penal, art. 244 e 246, o abandono material e intelectual do filho menor.

O princípio da “paternidade responsável” é a diretriz que embasa o direito parental e o planejamento familiar, sendo estes os dois eixos que o integram. Direito parental no que diz respeito à responsabilidade dos pais para com os filhos, no dever de cuidar e provê-los, e planejamento familiar no que diz respeito à autonomia do indivíduo, para escolher quanto, não só ao aumento, mas também à diminuição ou constituição da prole, diferentemente de controle da natalidade, que é imposição ao indivíduo, por parte do Estado, de controle demográfico e diminuição dos nascimentos.

1.3. O direito à informação como condição ao exercício da cidadania

Para que se efetive o preconizado na CF/88, sobre o planejamento familiar, é necessário que o Estado garanta, através de políticas públicas, principalmente fazendo chegar aos usuários as informações necessárias ao seu esclarecimento, e disponibilizando mecanismos que garantam o livre exercício dos direitos sexuais.

Moura e Silva demonstram, a partir da análise de uma pesquisa nacional (PNDS –1996), que entre as mulheres unidas em idade fértil de 15 a 49 anos, em 1996, 40,1% estavam laqueadas, 20,7% usavam hormônios orais, 1,2% usavam hormônios injetáveis e 1,1% tinham o DIU. A maioria das laqueaduras foi feita no parto do último filho, nascido através de cesariana, sem critério que a justificasse, o

¹⁷ STEPHAN-SOUZA, 1995:417

que contribuiu muito para o Brasil ter uma das maiores taxas de cesarianas do mundo.¹⁸

Brauner afirma que o Brasil detém um dos maiores índices de esterilização do mundo, e reforça os dados supracitados trazendo que, em 1996, 40,1% das mulheres, entre 28/29 anos, tinham sido esterilizadas, apesar da previsão do art. 129 § 2º, III do Código Penal, pois muitos defendem que poderia enquadrar a esterilização como crime de lesão corporal de natureza gravíssima, se feita sem o devido esclarecimento à paciente ou sem sua autorização.¹⁹

Ainda Moura e Silva afirmam que “a educação em saúde é algo que vai mais além, convocando profissionais e serviços a oferecer condições para que as pessoas desenvolvam o senso de responsabilidade (...), mudando os comportamentos sociais, políticos, culturais”. Portanto, é preciso a promoção de medidas concretas para melhorar a qualidade no repasse das informações às usuárias.

O artigo 4º da Lei de Planejamento Familiar diz que este “orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”. A mesma lei diz, ainda, no artigo 5º, ser “dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, (...) promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar”, garantindo através do artigo 9º que “para o exercício do planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.”

Para efetivação de tais artigos da lei, deve-se entender que é preciso educação num sentido amplo, para que os usuários do serviço de planejamento familiar possam entender as implicações de ter ou não filhos. Neste sentido, Moura e Silva dizem que a informação quando disseminada de maneira adequada provoca uma reação ou impacto e o usuário passa a ser autor de seu próprio destino, passando a ter “suas próprias opiniões, tomando decisões e percebendo-se na relação consigo, com a família, com a sua comunidade e a sociedade como um todo”.²⁰

¹⁸ MOURA e SILVA, 2004:1024

¹⁹ BRAUNER, 2003: 29 e 30

²⁰ MOURA e SILVA, 2004:1029

A questão do planejamento familiar não está resolvida a partir somente de programas informativos e distribuição de contraceptivos, até mesmo porque planejamento familiar vai além de redução da prole, incluindo sua constituição e aumento. O assunto é complexo e envolve a vida das pessoas, de sua família, da comunidade, do país, ficando difícil afirmar que apenas com informações disseminadas estaríamos resolvendo o problema do planejamento familiar no Brasil, quando as pessoas, alvos dos programas, muitas vezes não tem o mínimo necessário para sobreviver.

Para que uma pessoa tenha efetivamente esclarecimento para exercer suas escolhas, precisa estar suprida, primeiramente, de suas necessidades básicas, seus direitos sociais dispostos no art. 6º da CF/88. Ter um mínimo de organização em sua vida e estar ciente de sua condição no mundo, podendo a partir de então ser dono de suas ações, assumindo o ônus e o bônus de suas escolhas, tornando-se sujeito cidadão. É importante considerar que a falta de condições mínimas de sobrevivência é fator decisivo para o exercício cidadania.

No dicionário, cidadania é “qualidade ou estado de cidadão”, sendo cidadão o “indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado, ou no desempenho de seus deveres para com este.”²¹

Para que se possa escolher, é preciso conhecer e estar ciente das possibilidades existentes. Na afirmação de Rocha, “a conscientização é um processo que permite ao homem compreender a realidade que o cerca(...) e reagir a essa realidade, assumindo seu destino e dos seus semelhantes com autonomia, buscando sempre melhores condições de vida”. Neste processo de conscientização vai percebendo quais suas necessidades e possibilidades, e como superá-las através de sua participação na sociedade em que vive.²²

A partir do entendimento de Oliveira Cepick, o direito à informação está relacionado com desenvolvimento central da cidadania, “capaz de operar transformações nas esferas da liberdade (civil), da participação (política) e da necessidade (social)”, sendo o conhecimento uma condição para que os indivíduos e

²¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p.1838- 403

²² ROCHA, Marisa Perrone Campos. **A Questão cidadania na sociedade da informação**. Ciência da Informação, vol. 29, nº1. Brasília, jan/abr 2000: 43

os grupos posicionem-se em igualdade de condições também no acesso aos serviços sociais.²³

O cidadão é um indivíduo que mantém um vínculo com o Estado, e a Constituição e todo ordenamento jurídico lhe garantem direitos, mas também lhe impõe deveres. Jardim destaca Benevides, que distingue cidadania passiva, como “aquela que é outorgada pelo Estado, com a idéia moral do favor e da tutela”, de cidadania ativa, que é “aquela que institui o cidadão como portador de direitos e deveres, mas essencialmente criador de direitos para abrir novos espaços de participação política”.²⁴

O reconhecimento da cidadania é essencial ao processo democrático. Cidadania pressupõe exercício dos direitos que assistem a cada um de nós. Para que as pessoas possam exercer direitos, neste caso o direito ao planejamento familiar, é preciso o respeito à sua autonomia, pressuposto da dignidade humana. Para que efetivamente seja respeitada a autonomia de cada um é necessário que tenhamos condições de escolher, para tanto é preciso alternativas e opções, as quais somente serão possíveis com a garantia, primeiramente, do suprimento das necessidades básicas das pessoas, e então, conhecimento e informações suficientes para que todos possam escolher o que consideram melhor para si.

2. A dignidade humana no planejamento familiar

O art. 226 § 7º da CF/88 fala em planejamento familiar como “livre decisão do casal”, o que nos remete à autonomia, ou seja, escolha, pressuposto da dignidade humana. Portanto, não se pode falar em planejamento familiar sem falar em dignidade.

2.1. Fundamentos éticos da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida como sendo uma qualidade natural, inerente ao ser humano, irrenunciável e inalienável, “constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal”. Valor próprio por todos

²³ CEPICK, Oliveira. Apud: JARDIM, José Maria. **Transparência e opacidade do estado no Brasil** : usos e desusos da informação governamental. Niterói : EdUFF, 1999: 69-70

²⁴ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Apud: JARDIM, José Maria, 1999: 82-83.

nascem iguais, com razão e consciência, podendo isso explicar por que dignidade é intrínseca a todo ser humano.²⁵

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU 1948) diz que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, (...)”.

O princípio da dignidade humana faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, erguido a partir daí o fundamento do nosso Estado Democrático de Direito. Os princípios fundamentais de nossa Constituição acabam por servir de referencial hierárquico, tendo função de embasar o processo hermenêutico, o que acontece cada vez mais em nossos tribunais que os usam como fundamento para solução de controvérsias.²⁶

Podemos entender que, sem o respeito aos princípios da dignidade humana, não há democracia e como a dignidade é prerrogativa humana, ou seja, pelo fato de sermos humanos, temos dignidade, seu desrespeito viola o direito à igualdade entre as pessoas e, por conseqüência, o Estado Democrático de Direito.

Cada pessoa tem a capacidade, a partir de sua própria decisão, de autodeterminar suas ações, ter a autonomia para decidir e conduzir sua vida, e isso significa respeito à dignidade. Neste sentido, liberdade para escolher, ou seja, exercer a autonomia e dignidade, estão intimamente relacionadas, dependendo fundamentalmente da liberdade a efetivação da dignidade da pessoa humana.²⁷

O conceito de autodeterminação se ampara no princípio da dignidade humana, previsto na CF/88, sendo reconhecido juridicamente como poder, ou seja, o poder de cada indivíduo livremente administrar a sua esfera de interesses, fazendo a sua vida de acordo com as suas opções²⁸, e chama para si o conceito de autonomia privada da vontade do Direito Civil, que significa a livre constituição das relações jurídicas, especialmente nos contratos.²⁹

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001:27

²⁶ Idem p. 79, 80, 83 e 86

²⁷ SARLET, 2001: 40

²⁸ RIBEIRO, Joaquim de Souza. Apud: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. a 41, n 163. Brasília: Jul/Set 2004: 126

²⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, 2004: 126-127

No dicionário, o conceito de dignidade é: “Autoridade moral; honestidade, honra, respeitabilidade, autoridade; Decência, decoro; Respeito a si mesmo; amor próprio, brio, pundonor”.³⁰

Para Sarlet, quando direcionamos tal conceito para a área jurídica, devemos entender que depende o seu desenvolvimento e concretização da prática constitucional, partindo do pressuposto que a dignidade é irrenunciável e inalienável. Não existe a possibilidade de uma pessoa pretender a concessão da dignidade, esta pode ser reconhecida, respeitada, protegida, mas não concedida ou retirada.

Os direitos fundamentais, garantidos na Constituição Federal de 1988, juntamente com a liberdade pessoal, são requisitos essenciais à efetivação da dignidade da pessoa humana e a base que sustenta todo o nosso sistema jurídico. A partir deste entendimento “verifica-se ser indissociável a relação entre dignidade da pessoa e os direitos fundamentais (...) sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa humana.”³¹ Portanto, a dignidade humana exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.

Do ponto de vista histórico a origem dos direitos fundamentais é a partir dos direitos humanos, sendo que os direitos fundamentais dizem respeito às manifestação positivas do direito, a fim de produzir efeitos no plano jurídico.³²

Segundo Höffe “os direitos humanos são padrões morais aos quais uma ordem jurídica dever-se-ia submeter. Os direitos fundamentais, ao contrário, são os direitos humanos, na medida em que efetivamente são reconhecidos por uma ordem jurídica dada.”³³

Paulo Bonavides destaca o surgimento de uma nova universalidade dos direitos fundamentais, mais concreta e de efetiva aplicação destes direitos, deixando de figurar simbolicamente na legislação e passando a ser aplicado como instrumento de transformação social.³⁴

³⁰ FERREIRA, 1986:589

³¹ SARLET, 2001:41, 80, 86-87

³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. In: Guerra Filho, Willis Santiago. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997:12

³³ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado**. Petrópolis: Vozes, 1991:372

³⁴ GONÇALVES, Flávio José Moreira. **Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais**. In: Guerra Filho, Willis Santiago. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado 1997:38

Os Direitos Humanos podem ser compreendidos a partir da noção de dignidade humana, sendo indissociáveis da democracia e da cidadania. Esta última significa não-exclusão, ou seja, a inclusão das várias representações sociais da família e consideração das diferenças e da valorização do sujeito de direito.³⁵

Para Bobbio, os direitos humanos são direitos históricos, nascidos gradualmente e conquistados através de lutas por maiores liberdades, sendo sempre desejáveis, mas que ainda não foram todos reconhecidos, sendo também uma expressão muito vaga e heterogênea.

A expressão é vaga porque a maioria de suas definições diz, de forma diversa, sempre a mesma coisa, e inclui termos avaliativos. É heterogênea, por haver muitas aspirações diferentes e até contraditórias.

Com as mudanças históricas, os direitos humanos também se modificam, constituindo uma classe variável. Direitos considerados absolutos, como a propriedade, sofreram limitações nas declarações contemporâneas. Considerando tudo isso, podemos esperar que muitos direitos humanos de hoje podem não ser direitos humanos amanhã, enquanto outros serem destacados como direitos humanos.³⁶

Os direitos humanos são classificados em: de primeira geração, que são os direitos ou liberdades individuais; de segunda geração, que diz respeito aos direitos sociais; de terceira geração, que segundo Bobbio, constituem uma categoria vaga, porém um deles é o direito de viver num meio ambiente não poluído, ou direitos da coletividade; e como novidade, os direitos humanos de quarta geração, que dizem respeito às pesquisas biológicas, manipulações do patrimônio genético.³⁷

Bobbio destaca que o tema direitos humanos indica um progresso moral à humanidade, sendo necessário buscar sua realização efetiva, pois, “às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados”. Devemos buscar “não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo.”³⁸

³⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha . Família Direitos Humanos, Psicanálise e Inclusão Social. **Revista Brasileira de Direito de Família : Violência contra a Mulher**. V.4, n16. Porto Alegre: Síntese – IBDFAM. 2003: 5 e 6

³⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Elsevier: Rio de Janeiro, 2004: 37-39

³⁷ BOBBIO, Norberto, 2004: 25

³⁸ Idem: 79-81

Dignidade humana faz parte dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, como disposto na CF/88 no art. 1º, inciso III, sendo requisito da democracia e cidadania. Direitos fundamentais são a expressão positiva dos direitos humanos que, por sua vez, indicam padrões morais a partir de onde a ordem jurídica é construída.

2.2. Dupla dimensão da dignidade humana: autonômica e assistencial e seu respeito no exercício do planejamento familiar.

A dignidade humana se apresenta sob as dimensões autonômica e assistencial. Relacionando as dimensões da dignidade humana com os direitos humanos podemos dizer que a dimensão autonômica está associada aos direitos humanos de primeira geração, ou seja, os direitos individuais que se referem às liberdades públicas e são “direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado omita-se de interferir em uma esfera juridicamente intangível.”³⁹ ou direitos de liberdade, de resistência ou oposição ao Estado.

Para o exercício do planejamento familiar é necessário o respeito à dimensão autonômica da dignidade humana, porque a mulher e o homem têm o direito de escolher quantos filhos desejam ter. Relembrando, como afirma e destaca Sarlet “a noção de dignidade repousa (...) na autonomia pessoal (...), na liberdade (...) que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar sua existência e ser sujeito de direitos”.⁴⁰

O respeito à dignidade humana implica, necessariamente, a garantia dos direitos fundamentais dos seres humanos. Somente tem assegurada a sua dignidade quem tem a garantia do exercício de sua autonomia, podendo fazer suas escolhas com liberdade e consciência.

O Estado deve garantir o respeito à dignidade humana através da proteção da integridade física das pessoas, não as tratando de modo que não possam responder pelo seu próprio corpo.⁴¹

Planejamento familiar envolve intervenção no corpo físico. Portanto, deve ser assegurado à pessoa que ao optar, por exemplo, por usar anticoncepcional ou

³⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago, 1997: 13

⁴⁰ SARLET, 2003: 87

⁴¹ Idem: 89-90

fazer uma esterilização, saiba todas as conseqüências que estes métodos possam trazer para sua vida.

Como prevê o art. 5º, X da CF/88 “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente e sua violação”, e o Código Civil, em seu art. 21, diz ser inviolável a vida privada da pessoa natural, não sendo permitido qualquer imposição ou mesmo aconselhamento no sentido de, por exemplo, indicar método de anticoncepção sem o usuário estar ciente de todas as opções existentes e implicações que este pode acarretar.

Quando falamos em dimensão assistencial da dignidade humana estamos falando também da segunda geração dos direitos humanos, que corresponde aos direitos sociais e devem ser prestados pelo Estado, conforme art. 6º da CF/88. Somente a partir do suprimento das necessidades básicas, os usuários do serviço de saúde podem, com educação e informação suficientes, fazer uma escolha esclarecida e consciente.

Como demonstrado por Sarlet, o Estado tem o dever de propiciar os direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa, seja na dimensão prestacional, sendo que “os direitos sociais de cunho prestacional (...) encontram-se (...) a serviço da igualdade e da liberdade material”, visam proteger a pessoa contra suas necessidades materiais, havendo vinculação direta do respeito à dignidade humana com a garantia dos direitos sociais a todo ser humano.

Na dignidade da pessoa humana “transparece (...) a sua dupla função, defensiva e prestacional (...) os direitos de defesa, mas também os direitos a prestações fáticas e jurídicas (...) da dignidade decorrem, simultaneamente, obrigações de respeito e consideração, mas também um dever de sua promoção e proteção”.⁴²

Conforme explica Barzotto, são necessários alguns bens para a vida boa da pessoa como: liberdade, saúde, educação, etc. e “a expressão dignidade da pessoa humana é a tradução jurídico-constitucional do conceito de vida boa (...), como algo devido a cada pessoa humana.”⁴³

Planejamento familiar está relacionado com a intimidade e vida privada de cada um, estando em jogo sentimentos, desejos, integridade física e mental. Está

⁴² Idem: 92, 93 e 96

⁴³ BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003:193

ligado ao fato do surgimento de nova vida, sendo que o novo ser não tem como nos dizer se quer ou não nascer. E, finalmente, está relacionado também com a vida em sociedade e conseqüências sociais e individuais para a família e o novo ser, que implicam os nascimentos.

É preciso, portanto, considerar para o pleno exercício do princípio do planejamento familiar, que as pessoas quando optam por ter ou não filhos, tenham noção das conseqüências, em todos os âmbitos da vida, que possa ter sua decisão. Neste sentido, as dimensões autonômica e assistencial da dignidade humana são requisitos essenciais para o exercício do direito ao planejamento familiar.

3. PESQUISA JURISPRUDENCIAL

No presente capítulo demonstraremos como os termos “planejamento familiar”, “paternidade responsável” e “controle da natalidade” aparecem nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), a partir do ano de 1988, tendo em vista a promulgação da Constituição Federal.⁴⁴

QUADRO DEMONSTRATIVO DOS ACÓRDÃOS RECUPERADOS PELAS PALAVRAS-CHAVE “PLANEJAMENTO FAMILIAR”, ‘PATERNIDADE RESPONSÁVEL” E “CONTROLE DE NATALIDADE”

Palavra-Chave: Planejamento Familiar	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS 1990 - 2006	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SP 1998 - 2006
DEVER PARENTAL	-	1
RESPONSABILIDADE CIVIL (de médico por gravidez após esterilização ou introdução do DIU; e laboratório por gravidez após uso de contraceptivo);	3	10
PROCESSO EM SEGREDO DE JUSTIÇA	-	33

⁴⁴ TJ/RS, STF e STJ - datas-limite de 1990 a 2006, e no TJ/SP - datas-limite de 1998 a 2006, por somente estarem disponíveis para pesquisa acórdãos a partir de 1998.

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ESTERILIZAÇÃO		2
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ESTERILIZAÇÃO DE INCAPAZ	1	2
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADIN's) CONTRA MUNICÍPIO QUE LEGISLOU EM ASSUNTO DE PLANEJAMENTO FAMILIAR	3	2
DEVER DO ESTADO EM GARANTIR O PLANEJAMENTO FAMILIAR	1	-
TOTAL DE OCORRÊNCIAS	9	50

Palavra-chave: Paternidade Responsável	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS 1990 - 2006	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SP 1998 - 2006
DEVER PARENTAL	10	2
RESPONSABILIDADE CIVIL (de médico por gravidez após esterilização ou introdução do DIU; e laboratório por gravidez após uso de contraceptivo);	-	2
PROCESSO EM SEGREDO DE JUSTIÇA	-	145
TOTAL DE OCORRÊNCIAS	10	149

Palavra-Chave: Controle da Natalidade	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS 1990 - 2006	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SP 1998 - 2006
CONTROLE DA NATALIDADE	1	1
CONTROLE DA NATALIDADE DE ANIMAIS	-	2
OUTROS ⁴⁵	-	1
TOTAL DE OCORRÊNCIAS	1	4

Em que pese a CF/88, no art 226 § 7º, ter elevado à princípio o exercício da paternidade responsável, regulado posteriormente pela Lei de Planejamento Familiar

⁴⁵ Controle de um nascimento - Cobertura Plano de Saúde transfusão intra-uterina.

em 1996, foram poucos os acórdãos encontrados no TJ/RS tratando dos termos centrais deste trabalho.

Em relação a palavra-chave “planejamento familiar”, um dos acórdãos, que daremos destaque, por entender que expressa o sentido abrangente do planejamento familiar, afirma ser do Estado, primeiramente, a responsabilidade em garantir os direitos de vida digna para as pessoas, para então educar e informar, dando condições destas exercerem o direito ao planejamento familiar, como bem destaca o relator Santos:

“para o Estado – através do Ministério Público e do Conselho Tutelar – possa exigir dos pais o cumprimento desta ou daquela medida de proteção a seus filhos, precisa comprovar, antes, que se desincumbiu do seu papel na proteção integral à infância e juventude, desde a criação e execução de programas de **planejamento familiar**.”⁴⁶

No respectivo acórdão o relator considera o planejamento familiar como uma política social necessária para melhorar as condições dos cidadãos, da mesma forma que outros programas como: de integração da família, criação de vagas em creches e pré-escolas. Chama o Estado a cumprir o seu papel e garantir os direitos dos cidadãos.

Entende que, para o Estado cobrar ações positivas dos pais, como proporcionar aos filhos as condições de uma infância feliz, antes deve supri-los de suas necessidades básicas, garantindo-lhes uma vida digna. Do contrário, diz que é penalizar quem já é penalizado pela vida, vindo de um círculo vicioso, já que os pais quando pequenos, na maioria das vezes, também não tiveram sua infância respeitada.

Quando o Estado garante a efetivação dos direitos básicos está atuando na dimensão assistencial necessária à efetivação da dimensão autônoma da dignidade humana. Com isto vai proporcionar que as pessoas possam fazer suas escolhas com maior consciência e também cumprir com os deveres que lhe são impostos.

Outro acórdão encontrado com a palavra-chave “planejamento familiar”, é sobre a esterilização de um incapaz, requerida por seu curador. A jurisprudência do

⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça – Eca. Infração Administrativa - Apelação Civil nº 700129918165. Apelante: A M. R. M. Apelada: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator Des. Luiz Felipe Santos, 2005. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em 24/04/2006. Grifo nosso.

TJ/RS foi no sentido de não autorizar a esterilização, apesar de considerar difícil a situação da interdita que com 20 anos de idade já é mãe de dois filhos os quais são criados por terceiros. Fundamenta o relator que devem ser respeitados os limites legais do poder do curador, conforme art. 1.772 do CC, existindo “limitações de ordem legal e moral ao exercício da curatela”, bem como a dignidade humana e os direitos fundamentais à liberdade e direitos da personalidade expressos no art. 5º da CF/88.

Se refere também à questão do procedimento cirúrgico de esterilização ser “desproporcional no caso concreto, eis que há medidas que alcançam resultado igual ou semelhante e que consubstanciam restrição menos gravosa ao direito à liberdade, direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana”.⁴⁷

Outra alegação do desembargador é em relação ao art. 10, § 6º da Lei de Planejamento Familiar que está na dependência de regulamentação. O referido artigo prevê as situações em que é permitida a esterilização dizendo que somente poderá ocorrer esterilização em incapazes mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

Reforçando o entendimento adotado, relembra outras decisões do TJ/RS que já diziam haver a necessidade de consentimento expresso da pessoa que vai ser esterilizada não cabendo ligadura de trompas em mulher portadora de doença mental que não pode expressar sua vontade.

Ainda o Desembargador Luis Felipe Brasil Santos destaca que este caso trata-se de “um típico caso de confronto de direitos constitucionais”, sendo que, o que o faz negar a esterilização é o fato de haver outras alternativas de contracepção.⁴⁸

No TJ/SP, dos casos de pedido de esterilização de incapazes, que citaram a palavra-chave planejamento familiar, uma das jurisprudências concede a autorização para a esterilização de uma mulher esquizofrênica, com três filhos dos quais não tem condições de cuidar. Fundamenta tal decisão considerando o quadro dramático. Entende o relator que falta a esta pessoa discernimento para evitar uma gravidez indesejável, sem condições de subsistência digna, necessitando que outras pessoas

⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1. Curatela. Curador. Poderes. Limitações. 2. Incapaz. doente mental. Procedimento cirúrgico. Cirurgia. esterilização. Medida desproporcional. - Apelação Cível nº 70010573723. Apelante: J. S. R. E e S. P. E. R. Apelada: J. Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis. 30/03/2005. Disponível no site: www.tj.rs.gov.br/ Acesso em 24/04/2006

⁴⁸ Idem

cuidem dos seus filhos. Cita ainda que a interdita tem quase quarenta anos e resiste na administração de outros métodos anticoncepcionais, bem como, de não haver maneira de enquadrá-la em programas de planejamento familiar. Integra à decisão outros acórdão concedendo tal pedido. Um deles considera a matéria de “alta indagação que não se inclui os limites da curadoria.”⁴⁹

No mesmo sentido, outro acórdão do TJ/SP que concede também a esterilização em incapaz, afirma que a deficiente mental não tem condições de entender os atos da vida sexual , “sendo impossível impedir uma possível gravidez através de métodos normais”.⁵⁰

Ao contrário do acórdão do TJ/RS – Apelação Cível 70010573723 – onde o pedido de esterilização de incapaz foi negado, considerando os limites da curatela e garantias constitucionais de dignidade humana e direitos fundamentais da curatelada, nas decisões do TJ/SP os desembargadores consideram ser menos gravoso a concessão da laqueadura do que a possibilidade da curatelada ter mais filhos, dos quais não tem condições cuidar.

O assunto tratado nos acórdãos diz respeito ao direito individual de intimidade e a medida do limite na interferência da vida privada e intimidade de alguém que tem comprometimento mental para fazer suas escolhas conscientemente.

A partir do entendimento de dignidade humana, todos nascem iguais em dignidade, sendo esta inerente a cada um de nós e nossa característica comum, não podemos interferir na intimidade de alguém que não pode exercer sua autonomia. Uma decisão judicial é sempre muito difícil, mais ainda, quando somam-se questões práticas nada fáceis de administrar, situações limites e imensas dificuldades pelas quais passam as pessoas confrontando-se com prerrogativas legais. O entendimento do TJ/RS parece o mais adequado quando afirma que a pessoa, por não ter capacidade de expressar sua vontade, não pode ser esterilizada, pois se estará ferindo os seus direitos fundamentais e sua dignidade humana.

⁴⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Suprimimento de consentimento - Interdita – Esterilização cirúrgica - Apelação Cível nº 262.646-4/4. Apelante: Antonia Izidio dos Santos. Apelada: Maria Luiza Izidio dos Santos. Relator Des. Quaglia Barbosa , 17/06/2003. Disponível no site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 24/04/2006.

⁵⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Alvará para realização de laqueadura – Doença mental da curatelada que indica da necessidade de tal medida drástica - Apelação Com Revisão nº 378.870.4/7-00. Apelante: Maria de Lourdes da Silva. Apelada: O Juízo. Relator Des. Arthur Del Guércio, 21/07/2005. Disponível no site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 24/04/2006.

Seria mais prudente e respeitoso, no caso específico da esterilização de incapaz, optar-se por medidas menos drásticas, como o uso de outros meios disponíveis para evitar a gravidez. É preciso buscar uma solução a partir da análise do caso concreto e sempre considerando a dignidade como valor máximo do ser humano.

No TJ/SP também foram encontrados duas decisões sobre o pedido de esterilização durante o parto por cesariana, sendo as duas negadas porque os desembargadores consideraram que tal medida fere a Lei de Planejamento Familiar em seu art. 10, § 2º, o qual veda tal procedimento, assim se expressando o relator em um dos acórdãos: “Bem ou mal, foi essa a solução encontrada pelo legislador, com nítido propósito de exigir dos interessados um prazo de reflexão, antes da consumação da esterilização.”⁵¹

Os demais acórdãos recuperados pela palavra-chave “planejamento familiar”, no TJ/RS e no TJ/SP, se referem à responsabilização civil, de médicos hospitais e laboratórios, por gravidez indesejada, após uso de contraceptivos ou esterilização. Apesar de também expressarem conteúdo sobre dignidade, pois envolvem direitos de escolha e autonomia não respeitados, não lhes daremos maior destaque por entendermos estarem voltados à questão da responsabilidade civil; existem, ainda, acórdão em ADIN's que a Prefeitura legislou em planejamento familiar e não tratam diretamente da interpretação dada a palavra neste trabalho; e processos que tramitaram em segredo de justiça, os quais não foi possível acessar.

Dos acórdãos pesquisados com a palavra-chave “paternidade responsável”, no TJ/RS, foram encontradas 10 ocorrências, sendo que, em todas, a conotação dada à palavra se referia ao dever parental, tratando especificamente de destituição do poder familiar, alimentos e guarda. Não foi encontrada nenhuma jurisprudência em nosso tribunal que considerasse paternidade responsável pela conotação de autonomia dada à pessoa para decidir sobre a constituição, diminuição ou aumento de sua prole.

No TJ/SP a maioria dos acórdãos, que tratam da paternidade responsável, não puderam ser acessado por tramitar em segredo de justiça. Das jurisprudências

⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Alvará – Pedido de autorização judicial para para realização de esterilização – Autora grávida e com pretensão de aproveitar o trabalho de parto - Apelação Com Revisão nº 397.380.4/0-0. Relator Des. Francisco Loureiro, 1º/09/2005. Disponível no site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 24/04/2006.

acessadas duas são no sentido de dever parental e duas sobre responsabilidade civil de laboratório por gravidez após o uso de contraceptivo. Nos dois casos, de responsabilidade civil, foi feita a alegação da impossibilidade da família prover o sustento do filho que nasceu, ou seja cumprir com o dever parental, necessitando da indenização.

Com base no descrito acima podemos concluir que, pelo menos judicialmente, no TJ/RS e TJ/SP, o termo “paternidade responsável” refere-se, prioritariamente, ao exercício da paternidade de filhos já concebidos e o princípio da paternidade responsável não está sendo considerado sob seus dois aspectos, pois não há hipóteses, nos acórdão consultados, que o considere sob o ângulo do exercício da autonomia de cada pessoa no seu planejamento familiar.

Quem mais, além dos operadores do direito, poderia fazer a interpretação e usar o princípio da paternidade responsável sob o aspecto do direito ao exercício da autonomia? Se o princípio da paternidade responsável não está sendo usado sob o aspecto da autonomia é porque os profissionais do direito não tem dado a dimensão e importância devida ao assunto ou este ainda não foi compreendido em toda sua abrangência e sentido.

Finalmente, quanto ao termo “controle de natalidade” encontramos uma jurisprudência, de 1995, no TJ/RS e o termo é trazido no contexto como um dever do Estado e assim dispõe: “(...) preocupando-se, hoje, com aquelas hipossuficientes, seja no **controle da natalidade**, seja na obrigatoriedade do ensino gratuito.”⁵²

No que é possível entender do texto da jurisprudência referida, o desembargador se refere ao dever do Estado em prover as famílias necessitadas, podendo-se entender o termo “controle da natalidade” no sentido dado ao termo “planejamento familiar” desenvolvido neste trabalho. Apesar de que na data (1995) ainda não existia a Lei de Planejamento Familiar, podia-se ter um entendimento sobre o tema, a partir do art. 226 §7º da CF/88, que veda qualquer forma coercitiva por parte do Estado ou instituições privadas, em relação ao planejamento familiar e pelo fato de que as políticas sociais meramente de controle demográfico já haviam sido substituídas, desde Conferência do Cairo em 1994, pela idéia de políticas orientadas pelos direitos humanos e sociais .

⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mensalidade Escolar – Desconto por prole numerosa - Processo Indeterminado nº 593092216 . Relator Des. Carlos Alberto Bencke, 29/03/1995. Disponível em: www.tj.rs.gov.br/ Acesso em 24/04/2006. Grifo nosso.

No TJ/SP o termo “controle de natalidade” aparece em 4 (quatro) ocorrências, sendo 1 (um) se referindo ao controle de um nascimento e o plano de saúde não cobria transfusão intra-uterina, 2 (dois) em relação a controle de natalidade em animais e 1 (um), de 2006, onde o termo foi confundido com planejamento familiar e assim se apresenta “mesmo nos países do chamado primeiro mundo, (...) com programas de **controle de natalidade** e com altos índices de alfabetização”⁵³

Da mesma forma que no TJ/RS, porém no ano de 2006, ou seja, muito tempo depois da promulgação da CF/88 e com a Lei de Planejamento Familiar já em vigor, o relator inclui o termo controle da natalidade num contexto social em que fala de criminalidade, violência, alfabetização. Se considerarmos o histórico percorrido pelos direitos reprodutivos, as ações contrárias ao uso do termo e à implantação de políticas de controle da natalidade e inclusive que a Lei de Planejamento Familiar proíbe, no Brasil, o controle demográfico o desembargador estava se referindo na verdade ao planejamento familiar, mas usando como sinônimo, equivocadamente, o termo controle da natalidade.

Nos casos acima fica demonstrada que a incipiência dos estudos jurídicos sobre o princípio do planejamento familiar, disposto no art. 226 § 7º da CF/88, enseja falta de esclarecimento e promove equívocos na sua interpretação, bem como em sua abrangência. Os desembargadores confundem o termo planejamento familiar com controle da natalidade, ficando clara a confusão terminológica até mesmo em tribunais de justiça, muito mais no meio popular, entre leigos, o que fortalece a afirmação da pouca atenção que é dada em nosso país para este assunto.

Foi feita a pesquisa também no Supremo Tribunal Federal - STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ, sendo encontrado 1 (um) acórdão, no STJ, mencionando “paternidade responsável” no sentido de dever parental. Quanto às expressões planejamento familiar e controle de natalidade não foi encontrada nenhuma ocorrência.

Fica demonstrado que o usuário dos serviços de saúde do Rio Grande do Sul e São Paulo não tem esclarecimento sobre seus direitos, no que se refere ao

⁵³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Indenização – Ônibus depredados e incendiados - Apelação Cível nº 253.020.5/0. Apelante: Viação para todos Ltda. Apelada: Prefeitura Municipal de São Paulo e Outro. Relator Des. José Habice, 13/03/2006. Disponível no site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 24/04/2006. Grifo nosso

princípio da paternidade responsável, viés autonômico, previsto na Constituição Federal e Lei de Planejamento Familiar. Dos acórdãos que foi possível acessar não há nenhum, no TJ/RS e TJ/SP, a partir das palavras chaves “planejamento familiar”, “paternidade responsável” e “controle da natalidade”, concedendo exercício do direito de, por exemplo, uma pessoa pobre que não consegue engravidar, acionar a justiça gaúcha ou paulista para que o Estado lhe proporcione um tratamento para infertilidade.

CONCLUSÃO

A luta pelos direitos sexuais e reprodutivos buscou sempre o direito à liberdade, principalmente da mulher, contra o controle da natalidade, defendendo o direito de escolha livre e consciente. Ao contrário de países como a França, no Brasil a diminuição da população nem sempre esteve vinculada a maior liberdade para as mulheres, mas na imposição dos países desenvolvidos para que houvesse a queda da natalidade.

O tema tratado neste trabalho nos leva a pensar sobre o princípio da paternidade responsável, que inclui, além dos deveres parentais, o planejamento familiar. Este, por sua vez, tem como requisito a autonomia da pessoa, e abarca a redução, o aumento ou a constituição da prole. Difere do controle da natalidade, que visa exclusivamente redução dos nascimentos.

Mesmo com a previsão legal do princípio da paternidade responsável, disposto no art. 226 §7º da (CF/88), regulamentado pela Lei de Planejamento Familiar, ainda observa-se divergências terminológicas no entendimento dos termos planejamento familiar e controle da natalidade.

A paternidade responsável é vista sob dois aspectos, um em relação ao dever parental, expresso no Código Civil, e outro em relação à autonomia das pessoas para decidir sobre o planejamento de sua família, quanto a ter ou não filhos, sendo prioritariamente interpretado, nos tribunais pesquisados, sob o aspecto do dever parental. Para o exercício dessa autonomia é preciso ter respeitada a cidadania, isto é, a garantia dos direitos sociais, informações e educação assegurados por parte do Estado.

A CF/88 garante, no art. 226 § 6º, que o planejamento familiar é livre decisão do casal. As pessoas devem decidir, sem qualquer coerção, quanto ao número de filhos que desejam ter. Porém, determina ao Estado o dever de informá-las para que

possam exercer o direito de escolha com autonomia, responsabilidade e consciência.

A dignidade humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, tem como pressuposto a autonomia, direito de cada um escolher o que é melhor para si e está inserida nos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. Os direitos fundamentais são a expressão positiva dos direitos humanos, os quais remetem a padrões morais a partir de onde a ordem jurídica é construída.

A partir deste estudo, e em relação ao que foi possível encontrar disponível para pesquisa, podemos dizer que a orientação em planejamento familiar no Brasil diz respeito prioritariamente à redução dos nascimentos, através da disponibilização de métodos contraceptivos, não havendo efetivamente uma política que trate o planejamento familiar de acordo com a proposta legislativa, ou seja, a teoria está muito distante da prática existente.

Da mesma forma o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul e de São Paulo só foi acessado para pedidos de controle da prole, em casos de dever parental e aparecendo os termo de forma mais abrangente em ações isoladas, não específicas do tema aqui exposto, sendo citadas as palavras-chave como dever do Estado em oferecer estas, dentre outras políticas públicas.

Apesar da Lei de Planejamento Familiar garantir, em seu art. 2º, além da diminuição, a ampliação e constituição da prole, não foi encontrada nenhuma literatura científica que apontasse programas de planejamento familiar que considerassem também o aumento ou constituição da prole. Em toda fonte bibliográfica e jurisprudência estudada, planejamento familiar está relacionado a diminuição do número de filhos.

Isso demonstra o peso de uma idéia disseminada ao longo dos anos, ou seja, que a diminuição da miséria está relacionada ao controle demográfico. Mesmo após muita luta pelos direitos sexuais e reprodutivos, principalmente das mulheres, o uso do termo “controle de natalidade” acabou taxado como preconceituoso, por remeter a políticas controlistas, ainda existe e se efetiva muitas vezes, o controle demográfico, através da aplicação da Lei de Planejamento Familiar prioritariamente no sentido de promover a contracepção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARZOTTO, Luis Fernando. **A democracia na Constituição**. São Leopoldo: Unisinos, 2003. 214p.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Elsevier: Rio de Janeiro, 2004. 232p.
- BRASIL. **Constituição Federal, código civil, código de processo civil**. Organização de Yussef Saida Cahali. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1725p.
- BRASIL. **Constituição Federal, código penal, código de processo penal**. Organização de Carolina Julien Martini. São Paulo: Rideel, 2001. 852p.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente - Prefeitura Municipal de Florianópolis. Florianópolis, Gráfica Natal, 1995. 120p.
- BRASIL. Lei 9.263, 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de janeiro de 1996. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09/08/2005.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. São Paulo: Renovar, 2003. 223 p.
- Contribuidores da Wikipedia: enciclopédia livre. **Teoria populacional malthusiana**. Disponível em: pt.wikipedia.org/wiki/Teoria_Populacional_Malthusiana. Acesso em 14/04/2006.
- EHRlich, Paulo. **Tem gente demais**. Entrevista concedida a Revista Veja, 08/02/2006. P.11 – 15
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Nova Fronteira: Rio de Janeiro. 1838p.
- GONÇALVES, Flávio José Moreira Gonçalves. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: Guerra Filho, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. P.31-43
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais. In: Guerra Filho, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29
- HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado**. Petrópolis: Vozes, 1991. 404p

- JARDIM, José Maria. **Transparência e opacidade do estado no Brasil : usos e desusos da informação governamental**. Niterói : EdUFF, 1999. 239p.
- MOURA, Escolástica Rejane Ferreira e SILVA, Raimunda Magalhães da. Informação e planejamento familiar como medidas de promoção da saúde **Ciência da Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v.9 n.4, p.1023-1032, out./dez. 2004
- OLIVEIRA, José Sebastião . Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais . 2002. 384p
- PEDRO, Maria Joana. A experiência com contraceptivos no Brasil: uma questão de geração. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 23, n.45, p.239- 260, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. **Revista Brasileira de Direito de Família : Violência contra a Mulher**. v.4, n16. Porto Alegre: Síntese – IBDFAM. 2003: 5 a 11.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça – Eca. Infração Administrativa - Apelação Civil nº 700129918165. Apelante: A M. R. M. Apelada: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator Des. Luiz Felipe Santos, 2005. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em 24/04/2006.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1.Curatela. Curador. Poderes. Limitações. 2. Incapaz. doente mental. Procedimento cirúrgico. Cirurgia. esterilização. Medida desproporcional. - Apelação Cível nº 70010573723. Apelante: J. S. R. E e S. P. E. R. Apelada: J. Relator Des. José Carlos Teixeira Giorgis. 30/03/2005. Disponível no site: www.tj.rs.gov.br/ Acesso em 24/04/2006.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mensalidade Escolar – Desconto por prole numerosa - Processo Indeterminado nº 593092216 . Relator Des. Carlos Alberto Bencke, 29/03/1995. Disponível em: www.tj.rs.gov.br/ Acesso em 24/04/2006.
- ROCHA, Marisa Perrone Campos. A questão cidadania na sociedade da informação. **Ciência da Informação**. Brasília, v.29 n.1, p.40-45, jan./abr. 2000.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. a 41, n 163. Brasília, p.113-130, Jul/Set. 2004.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Alvará – Pedido de autorização judicial para para realização de esterilização – Autora grávida e com pretensão de aproveitar o trabalho de parto - Apelação Com Revisão nº 397.380.4/0-0. Relator Des. Francisco Loureiro, 1º/09/2005. Disponível no site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 24/04/2006.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Alvará para realização de laqueadura – Doença mental da curatelada que indica da necessidade de tal medida drástica - Apelação Com Revisão nº 378.870.4/7-00. Apelante: Maria de Lourdes da Silva. Apelada: O

Juizo. Relator Des. Arthur Del Guércio, 21/07/2005. Disponível no site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 24/04/2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Indenização – Ônibus depredados e incendiados - Apelação Cível nº 253.020.5/0. Apelante: Viação para todos Ltda. Apelada: Prefeitura Municipal de São Paulo e Outro. Relator Des. José Habice, 13/03/2006. Disponível no site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 24/04/2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Suprimento de consentimento - Interdita – Esterilização cirúrgica - Apelação Cível nº 262.646-4/4. Apelante: Antonia Izidio dos Santos. Apelada: Maria Luiza Izidio dos Santos. Relator Des. Quaglia Barbosa , 17/06/2003. Disponível no site: www.tj.sp.gov.br. Acesso em 24/04/2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. 152p.

SILVA, Susana Maria Veleda da. Inovações nas políticas populacionais: o planejamento familiar no Brasil. **Scripta Nova: Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales**. Universidad de Barcelona nº 69, 2000. Disponível em: www.ub.es/geocrit/sn-69-25.htm. Acesso em 15/03/2006.

STEPHAN-SOUZA Auta Iselina. Relendo a política de contracepção: o olhar de um profissional sobre o cotidiano das unidades públicas de saúde. **Caderno de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 11, n.3, p.408-424, jul/set 1995.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil: direito de família**. V.6. São Paulo: Atlas, 2003. 473p.