

LIBERDADE DE NÃO PROCRIAR E ESTERILIZAÇÃO HUMANA

Clarissa Bottega*

INTRODUÇÃO

Desde o início dos tempos, desde o tempo do homem das cavernas, seja no campo da ciência, da religião ou da filosofia, é notório e pacífico que um dos objetivos principais da humanidade em sua passagem pelo mundo existencial é a perpetuação da raça humana com a geração prole, descendentes, através da reprodução. Acerca disso não existem discussões mais acirradas.

O que existe para discussão, e, diga-se de passagem, um campo vasto para produção científica, é a questão relacionada à liberdade de procriação e aos métodos contraceptivos, vez que tal liberdade está intimamente ligada ao período cultural vivenciado pela humanidade.

O presente trabalho tem como objetivo analisar e debater alguns pontos relacionados à liberdade de não procriar e a esterilização humana, vez que a esterilização humana é uma das formas de exercício da liberdade de não procriar inerente ao ser humano, e é também uma das formas mais utilizadas para o controle da natalidade e para o planejamento familiar em todo o mundo, bem como lançar algumas questões para discussão em sede da nova roupagem do Direito de Família.

De início, faremos uma breve exposição acerca da doutrina tradicional do casamento, a evolução do seu conceito e o alargamento de suas fronteiras; logo após iremos conceituar o que é a esterilização humana, apresentar os seus tipos e suas implicações como meio de exercício da liberdade de não procriar. Feito isso, analisaremos o antecedente histórico de tal método contraceptivo, sua evolução em alguns ordenamentos jurídicos e seus reflexos no planejamento familiar e no controle de natalidade.

* Advogada sócia do Escritório Bottega & Bottega Advogados Associados, professora universitária da cadeira de Direito de Família e Sucessões na Universidade de Cuiabá-UNIC, com atualização em Direito de Família pela PUC/MG, professora substituta de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Mato Grosso-UFMT, especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá-UNIC, MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas-RJ, mestranda em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra – Portugal, membro da 5ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MT.

Faremos uma análise acerca dos requisitos para a esterilização humana presentes nas legislações de Portugal e Brasil, uma breve passagem pelo caso dos incapazes, e por derradeiro, apresentaremos um breve estudo acerca do exercício à liberdade de não procriar e sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

BREVE REFLEXÃO SOBRE A DOCTRINA TRADICIONAL DO CASAMENTO

Antigamente a liberdade de não procriar, ou seja, a liberdade negativa de procriação era vista como um direito apenas àquelas pessoas que estivessem dispostas a renunciar à prática de relações sexuais e ao casamento, vez que tradicionalmente o casamento era a instituição social encarregada de controlar a transmissão da vida de uma geração a outra, pressupondo assim relações sexuais entre os cônjuges.

Em verdade, o casamento gerava mesmo o chamado débito conjugal, que era conceituado como a prática sexual entre os cônjuges; houve, outrora, relevantes discussões para conceituação e delimitação do débito conjugal, o que não nos interessa aqui discutir; basta saber que “a recusa de consumir o casamento ou de manter relações sexuais com o outro cônjuge constitui violação do dever de coabitação”¹, ou seja, viola os deveres conjugais.

Até algumas décadas atrás, aceitava-se sem problemas a idéia de que os filhos nascessem não das pessoas individuais, mas do próprio casamento: havia formas de filiação e as diversas categorias de “filho” eram consideradas como enraizadas na “própria natureza das coisas”, a ponto de crer que a filiação legítima, fruto da união matrimonial, não pudesse nem devesse ser, de forma alguma, equiparada às outras formas de filiação. As formas de filiação diferentes eram então vistas como uma espécie de “sanção” para quem tivesse violado a ordem matrimonial cominada através do estigma posto sobre o filho ilegítimo.

Nessa mesma época, o casamento proporcionava ao cônjuge a liberdade positiva de procriar e limitava a liberdade negativa de não procriar, impondo o dever de respeitar os deveres próprios e intrínsecos ao casamento; entre eles aquele relativo à dívida conjugal, como já mencionado alhures, e ao acolhimento dos eventuais filhos; desta feita, a esterilidade voluntária, que limita-

1 COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 392.

va a fecundidade como, por exemplo, métodos anticoncepcionais, era contrária à moral natural e cristã. Igualmente contrária, se fosse praticada com o mesmo intento, era a esterilização preventiva dos órgãos que suprime, ainda que temporariamente, o poder da procriação.

Dizia-se, então, que o contrato matrimonial era um contrato *sui generis*, cujas condições são postas não pelos contraentes, mas pela própria natureza; o homem é livre para contrair matrimônio ou não, mas, se aceita o matrimônio, deve também aceitar as condições de indissolubilidade, de unicidade, etc., requeridas pela natureza, pela própria essência da união matrimonial.

Em verdade, quem pensava em matrimônio, deveria, obrigatoriamente, pensar no conceito de família, débito conjugal, procriação e filhos, como forma de continuidade da espécie humana.

Havia mesmo um entendimento massificado de que o processo de procriação era evidente e inerente ao casamento e assim qualquer intervenção que pretendesse modificar essa ordem natural do processo era considerada imoral e ilegal.

Em verdade, a esterilização era considerada vexatória e ofensiva ao interesse público, vez que era executada para permitir ao homem ou à mulher desfrutar do prazer do sexo sem assumir as responsabilidades ligadas a ele.

Pensamentos nesse sentido eram muito comuns em algumas décadas atrás, ao passo que atualmente parecem simplesmente inadequados e obsoletos. Caso fossem utilizadas seriamente, resultariam inconvenientes ou até ofensivas, porquanto parecem impor uma injustificada limitação à liberdade pessoal.

Com efeito, se continuássemos nesse raciocínio chegaríamos a uma conclusão descabida nos tempos atuais, a conclusão de que a liberdade de não procriar deveria estar condicionada pela renúncia ao casamento, e mais, tal liberdade negativa deveria ser completamente abandonada com o casamento.

Pode-se replicar que a opinião hoje difundida é só mais um indício da atual decadência dos costumes. Acrescentando que o exercício da liberdade negativa de procriação requer de fato a separação voluntária entre sexualidade e procriação, a qual comporta uma espécie de “fraude” com relação à natureza, que está sendo violada em suas funções naturais, com conseqüências sociais daninhas.

Todavia, considerando as atuais circunstâncias demográficas, não parece que manter a liberdade negativa comporte sério dano ao interesse público. Nem parece que as outras considerações tenham alguma força, pois hoje acredita-se que o controle da fertilidade e o exercício da liberdade de não procria-

ção sejam uma fonte importante da dignidade da pessoa.

Diante disso, e levando em consideração a evolução da sociedade e a mudança de conceitos, a separação entre sexualidade e procriação está longe de ser uma decadência dos costumes ou da moral; em verdade essa separação favorece a auto-realização da pessoa, que pode se favorecer de encontros com outras pessoas, aumentando a sua qualidade de vida sem que tenha que conviver com o ônus de uma possível gravidez.

Defendendo a tese da liberdade negativa de procriar, reconhecemos uma mudança na concepção tradicional de casamento, pelo menos a nível teórico, vez que o casamento passa a ser desvinculado da chamada “ordem natural de procriação”, imposta pela necessidade inerente de perpetuação da espécie.

Em verdade, o casamento limitava a liberdade de não procriar, gerando uma necessidade quase premente de sexualidade e procriação; atualmente, porém, essa realidade mudou, não existindo mais essa ligação quase umbilical entre o casamento e a procriação ou entre a sexualidade e o casamento, ou mais ainda entre a sexualidade e a prole.

Hoje, a liberdade de não procriar ganhou espaço para ser exercida sem as pressões que outrora sofreu em razão de sua ligação íntima com o matrimônio.

ESTERILIZAÇÃO HUMANA

ASPECTOS GERAIS

Diante dos recentes avanços na área da procriação medicamente assistida, faz-se necessário questionar acerca da liberdade de procriar, liberdade de não procriar e a esterilização humana e seus efeitos na sociedade.

Desde sempre a raça humana diferenciou o fator fecundidade, ou seja, faculdade reprodutora, fertilidade, do fator esterilidade, que quer significar impossibilidade de procriar, infecundo, concedendo à fecundidade uma importância relevante em razão de significar perpetuação da espécie.

Em verdade, as primeiras manifestações de arte traziam a mulher grávida como símbolo de beleza e importância, colocavam a mulher grávida para simbolizar a terra fecunda, por poder fazer brotar de si uma nova vida. Já no que tange à mulher estéril, esta era considerada amaldiçoada, e dessa forma deveria ser excluída do meio social em que vivesse, por ofender a ordem natural das coisas.

No início, a esterilidade era considerada uma deficiência apenas feminina, esquecendo-se que em alguns casos o problema era da escassez de es-

permatozóides; apenas no séc. XVII, com Johann Ham, é que tal preconceito foi minimizado.²

Até hoje existe uma certa discriminação em relação aos casais que sofrem com o problema da infertilidade ou ainda em relação aos casais que optam pela liberdade de não procriar, tendo em vista que em ambos os casos há uma fuga da regra geral esperada pelo grupo social, qual seja, a reprodução humana com geração de descendentes para a perpetuação da espécie.

Diante dessas facetas,

percebe-se que a esterilidade atinge o ser humano não apenas na sua vida íntima, mas trás conseqüências no seu convívio familiar, na sua relação com a sociedade como um todo. Assim, é extremamente compreensível que a pessoa estéril busque todos os meios possíveis para a superação dessa sua incapacidade reprodutiva na tentativa não apenas de resolver a falta do tão almejado filho, mas, sobretudo, para restabelecer-se psicológica, sentimental e socialmente.³

Já por outro lado, a esterilização passou a ser entendida como um dos métodos para evitar a gravidez e assim surgiu o conceito de esterilização humana artificial.

A esterilização humana artificial pode ser conceituada como um conjunto de técnicas especiais, cirúrgicas ou não, com o objetivo de impedir a fecundação ou ainda qualquer procedimento que, quando realizado, torna o indivíduo submetido incapaz para a reprodução da espécie, entretanto não perde sua capacidade para a prática do ato sexual.

A esterilização humana artificial pode ser realizada através de mecanismos que retirem as funções das trompas de Falópio nas mulheres ou ainda que retirem as funções dos canais seminiais nos homens, conhecidos como vasectomia para homens e ligadura de trompas para mulheres.

A esterilização pode ser classificada com base em diversos critérios, e um deles é com referência ao consentimento do esterilizado: esterilização voluntária, quando realizada com o consentimento do esterilizado ou esterili-

2 LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.17.

3 PALUDO, Anison Carolina. Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2333>>. Acesso em: 15/mar/06.

zação coativa, também conhecida como compulsória, quando não há o consentimento do esterilizado.

A esterilização também pode ser classificada com base na sua finalidade, podendo ser terapêutica, quando realizada no interesse da saúde do indivíduo ou não terapêutica quando a intervenção cirúrgica se realiza sem qualquer indicação médica de saúde, podendo ainda ser dividida em acidental, culposa, dolosa, coativa e voluntária.

A esterilização ainda pode ser dividida com base no critério do propósito específico da intervenção, sendo classificada em terapêutica, eugênica, cosmética, punitiva e de limitação da natalidade.

A esterilização dita eugênica, tem como objetivo impedir a transmissão de doenças hereditárias indesejáveis com o intuito de impedir a geração de uma futura prole com deficiência.⁴

A esterilização punitiva foi largamente utilizada nos Estados Unidos a partir do ano de 1889, com o Dr. Harry Sharp, que passou a realizar a esterilização de jovens do reformatório do Estado de Indiana. Essa espécie de esterilização é realizada no sentido de punir com a perda da capacidade reprodutiva as pessoas condenadas pela prática de crimes sexuais ou reincidência.⁵

Deve ser ressaltado que esse tipo de esterilização – eugênica e mesmo a punitiva – se for praticada sem o consentimento da pessoa que está sendo esterilizada, atenta de forma direta contra o princípio da dignidade da pessoa humana por retratar uma afronta ao direito à vida e à liberdade, vez que diminui ou até mesmo cessa a capacidade reprodutiva da pessoa que fica sem poder exercer seu direito de procriação.

No Brasil, tal prática nunca foi concebida, apesar de recente tentativa do deputado federal Wigberto Tartuce (PPB/DF). Em 20/6/2002 ele apresentou projeto de lei que modificaria as penas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor (artigos 213 e 214 do Código Penal brasileiro). Ao invés da pena restritiva de liberdade, o parlamentar propôs a adoção da pena de castração com a utilização de recursos químicos, cuja duração é temporária. No entanto, após apreciação pela Co-

4 HENTZ, André Soares. Esterilização humana: aspectos legais, éticos e religiosos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6544>>. Acesso em: 15/abr/06.

5 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 144.

missão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, o projeto de lei foi arquivado, sob o argumento de que a Constituição Federal nacional veda a aplicação de penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII, alínea e, Constituição Federal brasileira).⁶

A esterilização cosmetológica, ou ainda chamada de esterilização voluntária propriamente dita, é aquela onde o objetivo principal e único é evitar a gravidez, não tendo nenhuma indicação médica relacionada à saúde da pessoa; referida esterilização leva em conta a liberdade de não procriar.

A esterilização terapêutica, como já foi ressaltado, está ligada à idéia de estado de necessidade ou de legítima defesa. Isso quer dizer que um médico deve diagnosticar previamente as injunções clínicas que autorizariam esterilizar uma pessoa, em razão da impossibilidade clínica de ter filhos em virtude de colocar sua própria vida em risco.⁷

Quando se refere à esterilização para a limitação da natalidade, estamos nos direcionando para políticas públicas que tenham como objetivo restringir a prole no seio familiar, em razão das condições sócio-econômicas de um determinado país, através da esterilização de homens e mulheres. Acerca desse tipo de política pública, temos o caso recente da China que adotou a campanha “um casal – um filho” na tentativa de controlar a explosão demográfica de seu país esterilizando mulheres ou, ainda, concedendo benefícios para os casais com um só filho e retirando esse benefício se o casal viesse a ter mais filhos.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA⁸

A esterilização humana tem uma história recente, posto que a primeira operação de laqueadura tem seu registro no ano de 1881, sendo que a partir de 1910 é que a técnica de ligadura das trompas foi utilizada com maior sucesso.⁹

Já no caso da vasectomia, esse procedimento foi realizado pela primeira vez nos idos de 1889, como já citado em linhas anteriores, pelo Dr. Harry Sharp

6 HENTZ, André Soares. op. cit.

7 Id., Ibidem.

8 Para um aprofundamento na evolução histórica da esterilização em Portugal, consultar a obra de PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente*. FDUC – Centro de Direito Biomédico, n° 9. Coimbra: Coimbra, 2004. pp. 266-278.

9 HENTZ, André Soares. op. cit.

que iniciou a técnica em jovens do Reformatório do Estado de Indiana, EUA.¹⁰

Nos idos de 1971 quase todos os estados norte-americanos já tinham adotado leis que permitiam a esterilização por motivos eugênicos, ou punitivos, desde que houvesse autorização judicial; entretanto, com as emendas à Constituição dos EUA, de números 8 e 14, essas leis foram tidas como inconstitucionais.¹¹

Em sede de continente Europeu, a Suíça, Dinamarca e Suécia foram os primeiros países a legislar acerca da esterilização dos anormais e doentes mentais, no ano de 1929.

Entretanto, o exemplo mais drástico e vergonhoso no que tange à esterilização humana eugênica, foi praticado na Alemanha na busca da pureza da raça ariana, com práticas cruéis e desumanas.

Em verdade, a tentativa de controlar a natalidade sempre foi uma preocupação da raça humana, em razão de seu crescimento descontrolado; porém, nem sempre as técnicas utilizadas eram eficientes.

Tendo em vista a grande explosão demográfica da década de 60, diversos países passaram a adotar medidas de controle para combater o crescimento desordenado da população, com políticas públicas que foram, desde o simples esclarecimento, até mesmo a uma campanha de esterilização compulsória.

Inicialmente os países fizeram campanhas para esclarecer a população acerca dos benefícios da esterilização para o planejamento familiar, porém, como tais campanhas não se mostraram eficazes, alguns países passaram a fazer com que a esterilização fosse obrigatória, como, por exemplo, a Índia que conseguiu esterilizar mais de sete milhões de pessoas em dez meses.¹²

A partir do final da década de 70 voltaram as campanhas de conscientização pelas vantagens da esterilização, a fim de controlar o crescimento populacional e facilitar o planejamento familiar.

Devemos salientar que, a partir da valorização da dignidade da pessoa humana no final do século XX e bem desenvolvida e defendida nos dias atuais, mudou-se o enfoque da esterilização; não há que se falar mais em esterilização compulsória, eugênica ou punitiva, pelo menos nos países mais desenvolvidos e preocupados com o direito à vida e à liberdade, posto que essas modalidades de esterilização não condizem com os anseios sociais dos tempos modernos.

10 HENTZ, André Soares. op. cit.

11 DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 145.

12 CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo. São Paulo: RT, 2ª edição, 1994, p. 100-108.

Atualmente a esterilização é vista como mais um método contraceptivo à disposição dos indivíduos, esterilização essa voluntária e volitiva; muitos países incentivam a esterilização e outros impõem algumas restrições ao exercício desse direito, entretanto, cumpre ressaltar que já ultrapassamos o período de compreender a esterilização como uma imposição do estado, sendo agora percebida como mais um direito à disposição da pessoa.

Assim, caminhamos para uma utilização da esterilização no sentido da liberdade de não procriar do indivíduo, que tem a sua disposição esse método contraceptivo decorrente da liberdade de disposição sobre seu próprio corpo, e mais, como reflexo de um direito ao planejamento familiar livre e saudável.

PLANEJAMENTO FAMILIAR X CONTROLE DE NATALIDADE

Há uma grande diferença entre controle da natalidade e planejamento familiar. Controle da natalidade quer significar o uso de técnicas com o objetivo de reduzir o crescimento demográfico, como meio de diminuir a pobreza. Já, o planejamento familiar, está ligado à escolha consciente do casal do número de filhos, época da gestação, conhecimento de métodos contraceptivos, dentre outros meios que levem o casal a uma saúde reprodutiva e ao bem-estar familiar.

Já foi reconhecido, no ano de 1968, pela Conferência de Direitos Humanos das Nações Unidas, o direito humano básico de controle da natalidade, com livre decisão do casal acerca da paternidade e maternidade livre e responsável.

Em 1974, na Conferência Mundial de População, ficou reconhecido o direito que todo ser humano tem de receber do Poder Público informações acerca do planejamento familiar livre e responsável, e de obter gratuitamente os meios indispensáveis para a efetivação das decisões tomadas pelo casal a respeito da procriação.¹³

Em verdade o planejamento familiar está consagrado dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, quando entendido como reflexo do direito à saúde, liberdade e autonomia do casal, posto entendermos o princípio da dignidade da pessoa humana, dentro do direito de família, como reflexo de funcionalização das entidades familiares para a realização da personalidade de seus membros de forma saudável.

Diante disso, em 1994, na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, convocada pela ONU, passou-se a aceitar e a discutir acerca

13 DINIZ, Maria Helena. op. cit. p.133.

da idéia de direitos reprodutivos e sexuais, entendidos estes como direito de decidir livremente e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos; direito de ter acesso à informação e aos meios para decidir; direito de exercer a sexualidade e a reprodução, livre de discriminações, coerções ou violências.¹⁴

Diante desses novos direitos, surge então a questão da liberdade positiva e negativa de procriação como resposta ao planejamento familiar livre, consciente e responsável. E mais, chegamos à conclusão de que o planejamento familiar faz parte dos chamados direitos reprodutivos e direito do cidadão como integrante do princípio da dignidade da pessoa humana.

ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

Entramos na seara da esterilização voluntária, ou seja, aquela desejada pelo indivíduo sem qualquer indicação médica, apenas e tão-somente para fins de planejamento familiar, ou seja, evitar a gravidez.

Quando tratamos da esterilização voluntária, somos logo levados a pensar que referida esterilização deveria ser livre e sem restrições, posto fazer parte dos direitos inerentes ao ser humano em razão de sua liberdade; entretanto, não se mostra assim a legislação de vários países, posto que na maioria existem alguns limites para a esterilização voluntária, ou, ainda, poderíamos chamar de requisitos a serem cumpridos para que a esterilização voluntária seja realizada.

Tais requisitos se justificam em razão da necessidade de procriação para a própria humanidade, existindo mesmo um anseio geral de perpetuação da espécie e, ainda, a alta taxa de arrependimento quando realizada a esterilização voluntária sem qualquer tipo de requisito.

Assim, vejamos como se comportam as legislações portuguesa e brasileira no que se refere aos requisitos para esterilização voluntária.

CONDIÇÕES PARA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA NO BRASIL E EM PORTUGAL

Atualmente vigoram no Brasil e em Portugal legislações em geral semelhantes, no que toca à esterilização voluntária e seus requisitos; isto quer dizer

14 VENTURA, Mirian (Org.). *Direitos sexuais e direitos reprodutivos na perspectiva dos direitos humanos*: síntese para gestores, legisladores e operadores do direito. Rio de Janeiro: Advocaci, 2003. p.14.

que nestes países a esterilização não é totalmente livre, dependendo do cumprimento de alguns requisitos para sua realização.

No Brasil, vigora a Lei nº 9.263/1996, conhecida como lei do planejamento familiar que, dentre outras previsões, estipula quais são os requisitos que devem ser cumpridos para a esterilização voluntária no Brasil, quais sejam: ser maior de 25 anos ou ter mais de dois filhos vivos; aguardar um período de 60 (sessenta) dias entre a declaração de vontade e o procedimento da esterilização, e aconselhamento multidisciplinar.¹⁵

Há que se ressaltar que no Brasil a esterilização dita terapêutica, aquela onde há uma indicação médica, somente poderá ser realizada quando presente risco de vida à mulher ou risco de vida ao futuro conceito.

A esterilização ainda necessita de manifestação expressa da vontade, por escrito, após todos os esclarecimentos sobre riscos e efeitos colaterais relativos à esterilização.

É regra geral o impedimento da realização da esterilização em períodos pós-parto ou pós-aborto, em razão do momento delicado da mulher no que tange à sua saúde mental.

No Brasil somente é permitida a esterilização através da laqueadura tubária, e vasectomia, sendo vedada a retirada do útero e dos ovários para atender ao fim de impedir a gravidez, uma vez que tais procedimentos são entendidos como violadores da integridade física da mulher, vez que há procedimentos menos invasivos para se atingir o mesmo objetivo; isso ainda, sem ressaltar as questões biológicas que envolvem a retirada do útero ou dos ovários no que tange à famosa reposição hormonal.

Na vigência da sociedade conjugal é ainda necessário o consentimento de ambos os cônjuges, de forma expressa, para a realização da esterilização; nesse sentido, a lei valoriza as decisões do casal, entretanto, como sabemos, esse requisito em verdade condiciona os atos de disposição sobre o próprio corpo, colocando a necessidade de um terceiro intervir para a tomada de decisão.

No caso dos incapazes, a esterilização somente pode ocorrer com autorização judicial, como veremos mais adiante.

Toda esterilização deve ser comunicada ao órgão de saúde nacional (Sistema Único de Saúde), e é expressamente proibida qualquer forma de induzimento ou instigação de esterilização, seja ela individual ou coletiva.

15 Lei nº 9.263/1996, art. 10, I.

No Brasil é expressamente proibida qualquer forma de exigência de atestado de esterilização ou teste de gravidez para qualquer fim, seja para emprego, concurso público, etc.¹⁶

Diante disso, verifica-se que no Brasil os critérios para a esterilização voluntária são complexos e têm como objetivo final esclarecer de forma consciente os indivíduos que pretendem ser esterilizados, em razão da pouca reversibilidade da medida.

Portugal tem uma legislação muito parecida com a legislação do Brasil, apresentando também alguns requisitos para a realização da esterilização voluntária; entretanto a legislação portuguesa se mostra um tanto mais aberta do que a legislação brasileira, posto levar em consideração menos requisitos impeditivos da esterilização do que o Brasil. Nesse sentido, é a Lei portuguesa nº 3/84, que trata da educação sexual e planejamento familiar.

Ademais, há que se ressaltar que a lei portuguesa ampara até mesmo questões relativas à procriação medicamente assistida, e à esterilização, como se percebe da leitura do artigo 9º da referida lei, que dispõe que o Estado tem o dever de promover e proporcionar a todos o estudo e tratamento da esterilidade, bem como deve aprofundar e promover o estudo das técnicas de procriação medicamente assistida como meio de suprir os casos de esterilidade.¹⁷

Nesse sentido a legislação portuguesa é mais atenta à realidade social no que tange às técnicas de procriação medicamente assistida no combate da esterilidade, que a legislação brasileira, vez que não há previsão semelhante no país latino.

No que respeita especificamente à esterilização voluntária, Portugal se apresenta muito mais permissivo que o Brasil, vez que os únicos requisitos para a esterilização voluntária estão presentes no artigo 10º, 1, da lei já referida, que requer idade acima de 25 (vinte e cinco) anos, declaração escrita e assinada, requerendo a realização do procedimento, bem como explicitando que a pessoa foi esclarecida sobre a intervenção; essa declaração deverá ter ainda o nome e assinatura do médico solicitado a intervir.

No item 2 do mesmo artigo, dispensa-se o requisito da idade, quando a esterilização for de ordem terapêutica, ou seja, aquela necessária para a manu-

16 Para maiores informações consultar a legislação brasileira no que tange à Lei nº 9.263/1996, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm>

17 Lei nº 3/84, art. 9º, 1 e 2.

tenção da vida da mulher ou para evitar risco de vida a futuro concepto.¹⁸

Em outros países, como, por exemplo, Finlândia e a Rússia, a esterilização somente pode ser realizada após os 30 (trinta) anos de idade, e se o interessado já tiver mais de 3 (três) filhos¹⁹; dessa forma podemos vislumbrar como Portugal e Brasil possuem uma legislação mais permissiva.

Como visto, a esterilização em Portugal é mais acessível do que no Brasil, em termos de requisitos condicionantes a serem cumpridos, e, na verdade, pelo atual estágio da sociedade moderna, Portugal está mais adequado nesse aspecto que o Brasil, vez que se mostra adequado aos princípios inerentes à pessoa humana e às condições sociais da decisão acerca da esterilização humana.

ESTERILIZAÇÃO NÃO TERAPÊUTICA – O CASO DOS INCAPAZES

Uma questão tortuosa é a questão da esterilização dos maiores incapazes, portadores de doenças mentais; não vamos aqui nos debater acerca da questão da esterilização dos menores com problemas mentais, tendo em vista que neste caso não há que se falar em esterilização, devendo-se esperar a maioria da pessoa para que haja uma atitude mais repressiva no sentido de esterilizar ou não o indivíduo.

Nesse sentido, é louvável a norma alemã, que “de entre todas as características de la normativa alemana destacaríamos la acertada prohibición de la esterilización de menores de edad (§1631 c BGB)”.²⁰

Assim, nossa discussão se limita aos casos dos maiores incapazes por alguma deficiência mental que, em virtude da deficiência, não têm condições de assumir uma responsabilidade de pai ou mãe, sequer, por muitas vezes, entendendo o verdadeiro sentido e importância do ato sexual na perpetuação da espécie.

Nessa questão estão incluídos diversos direitos em conflito e algumas questões acerca da moral, da ética e do direito.

Existem alguns modelos de legislação no direito comparado, acerca da problemática aqui levantada, que nos parece interessante ressaltar.

18 Para maiores informações consultar a legislação portuguesa no que tange à Lei nº 3/84. Disponível em: <<http://www.apf.pt/leis/lei01.htm>>.

19 DINIZ, Maria Helena. op. cit. p. 150.

20 RODRÍGUEZ, José Antonio Seoane. *La esterilización: derecho español y derecho comarcal*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 305.

O modelo proibicionista praticado exemplarmente pelo Canadá é o modelo onde a legislação proíbe, de forma expressa, qualquer tipo de esterilização não terapêutica em maiores incapazes, assim como a legislação da Alemanha que somente admite a esterilização de maiores incapazes no caso de se comprovar que se trata de esterilização terapêutica com pedido dos representantes legais e autorização judicial para a realização da intervenção; assim o é, em razão da década de esterilização forçada, pela qual passou o país na época do nazismo.

Outro país que se filia ao modelo proibicionista é a Áustria, necessitando também de autorização judicial e indicação médica para o procedimento.

Nesses países a esterilização somente é aceita quando visa proteger a vida ou a integridade física do próprio incapaz, proibindo qualquer intervenção no sentido de impedir o nascimento de uma criança em razão da incapacidade do genitor.²¹

Acerca dos países que seguem o modelo não proibicionista a respeito da esterilização de maiores incapazes, André Gonçalo Dias Pereira tem uma opinião bem interessante, entendendo que:

admitindo-se, por quase toda a parte, o aborto eugênico (...) e a realização do diagnóstico pré-natal, como uma boa prática médica, só por hipocrisia se poderia ser fundamentalista em matéria de esterilização.²²

Em verdade, dentro dos países que permitem a esterilização dos maiores incapazes, encontramos ainda duas outras situações; os países onde, para a intervenção cirúrgica, basta o mero controle médico e os países onde há um controle judicial acerca das intervenções.

Nos países onde há apenas um controle médico das esterilizações de incapazes como, por exemplo, os Países Baixos, há a necessidade de autorização do representante do incapaz e, ainda, que sejam satisfeitas algumas condições tais como ser constatado que o incapaz é sexualmente ativo, outros métodos contraceptivos serem ineficazes, a incapacidade mental é duradoura e permanente, o incapaz não compreende o ato sexual como meio de procriação e geração de descendentes e, por fim, que o incapaz não teria condições

21 PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. FDUC – Centro de Direito Biomédico, nº 9. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 280.

22 PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. cit. p. 281.

mínimas para criar e educar uma futura prole. Nesses casos, e cumpridos os requisitos acima dispostos, poderia ser realizada a intervenção sem que houvesse necessidade de intervenção judicial.²³

Uma outra situação é a dos países que requerem a autorização judicial para a esterilização dos maiores incapazes; esse sistema é o que mais se adapta ao atual estágio dos direitos fundamentais da pessoa humana e é o mais utilizado em relação aos países com origem no direito romano.

Nesse sistema, além de cumprir alguns requisitos inerentes à legislação de cada país, a esterilização somente poderia ser realizada nos maiores incapazes após manifestação do Poder Judiciário que, após sopesar os interesses do incapaz e os motivos pelos quais estaria sendo requerida a esterilização, autorizaria ou não a intervenção cirúrgica.

Caso interessante é o da Espanha, que inicialmente admitia a esterilização somente para as pessoas que pudessem manifestar seu consentimento livre e esclarecido; ocorre que a Confederação de Pais de Deficientes Irreversíveis e a Confederação espanhola de Doentes Mentais fizeram uma manifestação com o intuito de permitir a esterilização de maiores incapazes, posto que entenderam que a legislação era discriminatória quando não permitia a esterilização dos maiores incapazes, vez que impedia essas pessoas de terem relações sexuais sem o compromisso de gerar futura prole.

Diante desse feito, a Espanha acabou por permitir a esterilização de maiores incapazes, desde que preenchidos determinados requisitos (maior incapaz com deficiência psíquica grave, autorização judicial, solicitação realizada pelo representante legal do incapaz, relatório médico de dois especialistas, audição do Ministério Público e do incapaz).²⁴

A França é um dos países que conta com uma legislação mais adequada e atenta para a realidade e bem-estar dos maiores incapazes, pois autoriza a esterilização não terapêutica dos maiores incapazes, desde preenchidos certos requisitos que representam uma verdadeira defesa da vontade do incapaz, quais sejam: contra-indicação a outros métodos contraceptivos; autorização judicial para realização da intervenção; o pedido deve ser feito pelos pais ou representantes legais do incapaz; ouvida do incapaz; poder de veto do incapaz; decisão fundamentada em pareceres médicos e especialistas.²⁵

23 PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. cit., p. 281.

24 Ibidem, p. 282.

25 Ibidem, p. 284.

Em Portugal não há legislação específica sobre o assunto, ficando a critério da família do incapaz e dos médicos a difícil decisão acerca da esterilização não terapêutica como meio de controle de natalidade.

Em verdade trata-se de uma decisão acerca da possibilidade de procriação de um ser humano especial em razão de sua deficiência, vez que é uma pessoa desprotegida e que necessita de cuidados especiais.

Nesses termos, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida já se manifestou, em resposta a questionamentos derivados do Ministério da Saúde acerca do tema, através do Parecer nº 35/CNECV/01²⁶ que dispõe que a esterilização não terapêutica de incapazes através da laqueadura só deve ser realizada como medida de último recurso, tendo em vista sua difícil reversibilidade, e mais, a decisão deve partir de uma autorização do Tribunal de Menores que deverá levar em consideração um relatório médico fundamentado que ateste não existir outro meio de evitar a gravidez e que o atraso mental é grave e profundo; relatório de um assistente social sobre as condições do incapaz; e manifestação de vontade dos pais acerca da sua concordância com a intervenção ou não.

Assim, Portugal ainda não apresenta nenhuma atividade legislativa no sentido de preencher essa lacuna no que tange à esterilização não terapêutica dos incapazes; entretanto, concordamos com André Gonçalo Dias Pereira de que o parecer da CENCV é um belo ponto de partida para isso, porém apresenta-se incompleto, devendo constar ainda a necessidade de ouvida do incapaz e seu direito de manifestação contrária à intervenção (veto).²⁷

O caso da esterilização não terapêutica dos maiores incapazes é uma questão tortuosa e de solução sempre temerosa, tendo em vista que colidem direitos essenciais, posto que a não esterilização leva a uma vigilância redobrada na vida afetiva-sexual do incapaz, violando assim seu direito à intimidade; por outro lado, a esterilização sem requisitos fere seu direito de procriação.

Entendemos que a legislação deve prever a possibilidade de esterilização não terapêutica dos maiores incapazes, vez que no caso de menores entendemos não ser possível realizar a esterilização, tendo em vista a difícil reversibilidade da medida e a menoridade do incapaz; entretanto essa, mesma legislação deve prever requisitos mínimos de serem cumpridos para efetivar a

26 Disponível em: <<http://www.cnecv.gov.pt/NR/rdonlyres/D0BFC6FD-ACE7-479F-BA46-673BA25F9072/0/P035LaqueacaoTrompas.pdf>>

27 PEREIRA, André Gonçalo Dias. op. cit., p. 289.

intervenção, sendo necessário, no mínimo: pedido justificado dos pais ou representantes legais do incapaz; intervenção obrigatória do Ministério Público ou curador da família; relatório médico acerca da necessidade da intervenção; relatório psicológico ou psiquiátrico acerca do incapaz, relatando o nível de atraso mental; estudo social do incapaz; ouvida do incapaz por especialistas acerca da questão da esterilização, quando possível; poder de veto do incapaz; autorização judicial fundamentada.

O que deve ser levado em consideração sempre é o caso concreto, com avaliação da melhor medida para o incapaz e seu bem-estar no meio social, como preceitua o direito anglo-saxão: “la característica principal de estos ordenamientos es la utilización del criterio del bienestar y mayor interes del incapaz (welfare and best interest) como criterio decisório”.²⁸

LIBERDADE NEGATIVA DE PROcriação COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A liberdade de não procriar está amparada em dois motivos fundamentais para a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana e sua própria liberdade: em primeiro lugar o respeito pela autonomia pessoal como regra geral, afinal a escolha de procriar ou não tem um peso notável e decisivo sobre o plano de vida da pessoa. O nascimento de um filho influencia todo o plano de vida de uma pessoa, inclusive no que tange às escolhas afetivas, de trabalho, etc.

Em razão disso, a liberdade de não procriar deve ser de longe defendida e protegida, vez que trata de uma das decisões mais importantes de um ser humano, posto que a partir da procriação aumentam os compromissos, as responsabilidades e a carga da família.

Tal liberdade – a de não procriar – é uma das facetas da liberdade geral de gerir e administrar a sua própria vida, liberdade de fazer ou não fazer, liberdade de escolher o momento oportuno, a época adequada, o número desejado e a forma pela qual se pretende procriar, perpetuar a espécie.

Mas a liberdade de não procriar é também justificada pelo direito que a pessoa tem de decidir sobre o que acontece com seu próprio corpo. Isto tem a ver com aquela que poderíamos chamar de autodeterminação física, ou seja, aquele aspecto da autonomia que concerne à escolha de como queremos moldar o nosso corpo.

28 RODRÍGUES, José Antonio Seoane. op. cit., p. 305.

Controvérsias há sobre os limites da autodeterminação física no que tange à disponibilidade sobre o próprio corpo, visto que alguns crêem que o próprio corpo seja indisponível à pessoa, a qual estaria vinculada a um respeito da naturalidade biológica, evitando mutilações, incapacitações ou modificações.

Por outro lado, existe uma corrente que afirma cada vez mais a tendência a crer que a pessoa tem o direito de decidir sobre o que acontece com o próprio corpo, sendo, portanto, permitidos a cirurgia estética, a tatuagem corporal, a esterilização voluntária, a mudança de sexo e vários outros tipos de intervenções para modificar o próprio corpo.

Por isso, até mesmo a liberdade de não procriar parece aceitável. Pelo menos esta mudança intuitiva parece positiva e apreciável, na medida em que implica uma ampliação da liberdade pessoal, razão pela qual deve-se reconhecer que o ônus da prova para uma eventual limitação da liberdade negativa (de não procriar) recai sobre quem quisesse limitar tal liberdade. Tampouco parece que a presença do casamento constitua uma boa razão para inverter o ônus da prova.

Dito isso, fácil é concluir que a liberdade de não procriar faz parte dos direitos fundamentais da pessoa humana como parte integrante do seu direito à vida, à liberdade e à sua autodeterminação, bem como é reflexo direto do princípio da dignidade da pessoa humana, por representar um desejo inerente do ser humano na geração ou não de descendência, ou mesmo, no momento próprio, para a geração da descendência, ou ainda a forma pela qual será gerada a descendência (natural ou com recurso às técnicas de procriação medicamente assistida).

Em tempos atuais a liberdade negativa de procriar se apresenta como um direito civil fundamental: devido à atual situação demográfica da humanidade, nas sociedades ocidentais contemporâneas quase mais ninguém duvida que uma pessoa tenha o direito de não ter filhos, se isso for fruto de sua escolha autônoma e voluntária, independentemente das modalidades de atuação.

LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE NÃO PROCRIAR

Há que se ressaltar que a liberdade de não procriar não pode e nem deve ser entendida como absoluta e invariável, muito pelo contrário, a liberdade de não procriar, objeto de estudo do presente trabalho, tem suas limitações.

Existe liberdade de procriar dentro de aspectos saudáveis e levando em consideração o interesse do filho; fala-se então numa liberdade responsável, tendo em vista a criação de uma nova vida, de um novo ser humano detentor

de dignidade, direitos da personalidade, dentre outros vários direitos.

O problema que se levanta no que tange à liberdade de não procriar é o momento de escolha entre procriar ou não procriar, ou seja, antes da criação da vida humana, tendo em vista que não estamos aqui discutindo a questão do início da vida humana, se é com a fecundação ou com a nidação ou com qualquer outro fenômeno biológico; o que devemos lembrar é que para que o direito à liberdade de não procriar seja exercido no seu mais profundo sentido é necessário que essa decisão parta antes mesmo da relação sexual, ou seja, que o casal tenha consciência de seus atos e dos reflexos que uma relação sexual sem precauções pode gerar.

Assim sendo, não vamos aqui discutir se a prática do aborto entra no conceito de liberdade de não procriar, tendo em vista que o nosso objetivo aqui é discutir a questão sob outro prisma, qual seja, a liberdade de não procriar exercida antes da prática de atos que possam levar à geração de filhos, liberdade essa informada e consciente.

A esterilização humana artificial é um meio altamente eficaz para o exercício da liberdade de não procriar e que não gera nenhum incômodo ou mesmo debate acerca da interrupção ou não da vida humana, como é o caso do aborto, vez que a esterilização é realidade antes mesmo de qualquer relação sexual que possa gerar uma vida humana.

Atualmente a esterilização é largamente utilizada, principalmente nos países de primeiro mundo, como método contraceptivo eficaz e seguro, concedendo aos indivíduos uma maior liberdade na escolha do momento mais oportuno da reprodução e no número de filhos que o casal pretende criar.

Em verdade a esterilização hoje já não é mais tão irreversível quanto era antigamente, posto que, hoje em dia, com as técnicas de reprodução medicamente assistidas já é possível efetuar a coleta de óvulos e/ou sêmen e, mesmo com a pessoa, esterilizada é possível a criação de embriões e gestação normal do ser gerado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto até aqui e sem nenhum propósito de esgotar o estudo e debate acerca do tema esterilização humana, podemos concluir, em linhas gerais, que a esterilização já teve o seu período negro, quando foi utilizada com o intuito de punição ou mesmo com o objetivo eugênico. Essas práticas geraram vários efeitos “colaterais” na humanidade no que tange à

inobservância dos mais profundos direitos humanos.

Atualmente, porém, com o avanço da humanidade e com o crescimento do sentimento de pessoa como fim, há um sentido de se reconhecer os direitos inerentes ao ser humano como indispensáveis e, dentre esses direitos, encontra-se a liberdade em geral, que para nosso estudo foi limitada na liberdade de não procriar.

Dentro da liberdade de não procriar encontramos a esterilização como um meio eficaz e seguro de exercício dessa liberdade, porém, como exposto, essa liberdade às vezes é condicionada por alguns requisitos que procuram, por vezes, proteger a própria pessoa.

Em verdade, a esterilização hoje é um dos métodos contraceptivos mais utilizados no mundo, principalmente nos países que têm as melhores condições de vida.

No estudo proposto, podemos concluir que Portugal apresenta uma legislação relativamente aberta no que tange à esterilização voluntária, mesmo quando se refere aos requisitos para sua realização, vez que claramente tem como objetivo a proteção da própria pessoa. Mesmo objetivo perseguido pela legislação brasileira, mas nesse caso talvez com um paternalismo maior.

No que tange à esterilização voluntária, devemos reconhecer que a liberdade de não procriar fez com que mudasse o paradigma de referência moral com relação ao casamento e à própria procriação, dando maior liberdade de escolha e autonomia aos indivíduos, em sintonia com a nova roupagem dos direitos reprodutivos e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em relação aos maiores incapazes podemos verificar que se trata de matéria de difícil solução, em razão de que se refere a pessoas especiais e, ainda, em razão dos interesses envolvidos; mas não é impossível a criação de uma legislação que atenda de forma eficaz as necessidades e as dificuldades dos maiores incapazes, tendo como objetivo final o seu bem-estar.

Enfim, o tema esterilização humana atende uma série de necessidades prementes da sociedade moderna, seja no que tange ao planejamento familiar, seja em relação às políticas de controle de natalidade, seja mesmo em relação aos maiores incapazes e seus direitos sexuais; entretanto, por envolver direitos relativos à procriação e perpetuação da espécie e, ainda, por se tratar de intervenções de difícil reversão, a esterilização humana, seja ela voluntária ou não, deve ser encarada pelo legislador e pelo direito de forma séria e relevante no que tange ao direito à liberdade, respeito pela dignidade da pessoa humana e os direitos reprodutivos envolvidos.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARIDADE, Amparo. Sexo, reprodução, amor e erotismo. In: *Revista Brasileira de Sexualidade Humana*. v. 6. n. 1. jan./jun. 1995.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 3.ed. v. I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOLDIN, José Roberto. *Eugenia*. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eugenia.htm>> Acesso em: 25 jan. 2006.

HARDIN, Garrett. *A tragédia do bem comum*. Trad. Tabajara Lucas de Almeida. Disponível em: <<http://lula.dmat.furg.br/~taba/tragcomum.htm>> Acesso em: 15 jan. 2006.

LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HENTZ, André Soares. Esterilização humana: aspectos legais, éticos e religiosos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 632, 1 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6544>>. Acesso em: 15/abr/06.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PALUDO, Anison Carolina. Bioética e Direito: procriação artificial, dilemas ético-jurídicos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2333>>. Acesso em: 15/mar/06.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. FDUC – Centro de Direito Biomédico, n. 9. Coimbra: Coimbra, 2004.

PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. 4.ed. Lisboa: Livraria Petrony, 2001.

RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe*. Questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. FDUC – Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra, 2005

RODRÍGUEZ, José Antônio Seoane. *La esterilización: derecho español y derecho comparado*. Madrid: Dykinson, 1998.

SÁ, Eduardo; SOTTOMAYOR, Maria Clara; ROSINHA, Isabel; CUNHA, Maria João. *Abandono e adoção*. Coimbra: Almedina, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.