

Parecer da Procuradoria Administrativa

PROCESSO: IAMSPE/05911/2017

INTERESSADO: SERVIÇO SOCIAL MÉDICO

PARECER: PA nº 58/2018

EMENTA: ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA (LAQUEADURA OU VASECTOMIA). PLANEJAMENTO FAMILIAR (ART. 226, §7º, CF). ÉTICA MÉDICA. Dúvida relacionada à aplicação da Lei nº 9.263/96, que trata do planejamento familiar. Conflito entre a liberdade de decisão do paciente e a possibilidade de que o médico responsável formule objeção de consciência (inc. IX, Cap. II, da Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009). Inviabilidade do hospital recusar a realização de laqueadura ou vasectomia, caso atendidas as condições previstas na Lei nº 9.263/96 e se inexistente impedimento relacionado à saúde do próprio indivíduo.

1. Os presentes autos são encaminhados a esta Procuradoria Administrativa por determinação do Senhor Subprocurador Geral Adjunto, área da Consultoria Geral, tendo em vista proposta formulada pela Consultoria Jurídica do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE, relativa ao esclarecimento de dúvidas quanto à aplicação da Lei nº 9.263/96, que regulamenta o direito ao planejamento familiar, previsto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal.

2. O ofício inaugural, oriundo do Serviço de Planejamento Familiar do Hospital do Servidor Público (HSPE), aponta que o inciso IX, do Capítulo II, do Código de Ética Médica reserva ao médico o direito de recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames da sua consciência. Nesse contexto, narra caso concreto envolvendo paciente que desejava efetuar procedimento de vasectomia, o que lhe foi recusado, não obstante contasse com 25 (vinte e cinco) anos de idade e atendesse às condições previstas na Lei nº 9.263/96 para que a esterilização voluntária fosse conduzida. Indaga, por fim, se o HSPE, na qualidade de instituição pública, pode recusar a esterilização, se considerada inapropriada pela equipe médica; bem como, quais as implicações para o Hospital e para os profissionais envolvidos (fl. 03).

3. A Consultoria Jurídica do IAMSPE solicitou esclarecimentos adicionais à Comissão de Planejamento Familiar, a qual informou que (fls. 04/05): (i) ao manifestar o desejo de realizar o procedimento de esterilização (vasectomia ou laqueadura), os pacientes passam por curso de planejamento familiar, ministrado por médico, e entrevista com assistente social, previamente à análise dos casos concretos por equipe multidisciplinar; (ii) durante o curso, os pacientes são informados sobre os métodos contraceptivos reversíveis e definitivos; (iii) são avaliadas as características do casal quanto à eventual existência de contraindicações para o emprego de algum dos métodos contraceptivos; (iv) no caso de pacientes jovens, sem prole constituída, que desejem realizar procedimentos de anticoncepção definitiva, a Comissão tem sugerido avaliação psiquiátrica/psicológica para verificar risco de arrependimento, grau de amadurecimento da decisão e se não existem outros fatores psicológicos subjacentes. Com relação ao caso concreto citado como exemplo, a Comissão mencionou que o paciente era solteiro e rejeitava as outras opções de métodos contraceptivos sugeridos. Ressaltou, por fim, do ponto de vista médico, que, em casos similares, envolvendo pacientes jovens e sem filhos, há grande risco de arrependimento futuro; razão pela qual se considera não recomendável o uso de método irreversível.

4. O questionamento submetido pela Comissão de Planejamento Familiar do IAMSPE foi analisado no Parecer CJ/IAMSPE nº 9/2018¹ (fls. 09/14), no qual exaradas as seguintes conclusões:

“(a) a recusa de realização do procedimento de esterilização voluntária com fundamento no Código de Ética Médica com base no inciso VII dos Princípios Fundamentais (recusa de prestação de serviço por contrariedade dos ditames de sua consciência) não é possível ao Hospital do Servidor Público Estadual, que é um serviço de assistência médico hospitalar (...);

(b) a recusa pura e simples da realização da esterilização voluntária do paciente jovem e sem prole, presentes os demais requisitos legais (termo de consentimento e curso de planejamento familiar) contrasta com a redação do *caput* do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/96;

(c) o HSPE poderá recusar a realização de esterilização no caso concreto mediante a análise de diversos fatores relevantes à prestação da assistência médica, dentre os quais destaca-se indicação médica, prioridade de atendimento a outros pacientes em fila de espera e gestão de recursos;

(d) eventual discussão acerca do acerto da decisão que entender pela recusa de realização do procedimento de esterilização voluntária poderá

1 De autoria da Procuradora do Estado Deise Carolina Muniz Rebello Chostakovis.

ser discutida pelo interessado na esfera administrativa ou judicial frente à autarquia.”

5. Ao aprovar o opinativo a Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica do IAMSPE destacou, no entanto, as duas questões que considera centrais e passíveis de maior controvérsia: (i) a recusa pura e simples da esterilização de paciente jovem e sem prole, a despeito do atendimento dos requisitos previstos no artigo 10 da Lei nº 9.263/96, e; (ii) a possibilidade do HSPE negar a realização de procedimento de esterilização, mediante análise do caso concreto, como a indicação médica, filas de espera e gestão de recursos.

6. Com relação ao primeiro ponto, a chefia do órgão jurídico pondera que a recusa à esterilização voluntária baseada exclusivamente nestes dois elementos – pouca idade do paciente e ausência de filhos – não reflete a posição que tem sido majoritariamente acolhida pelo Tribunal de Justiça paulista. No que concerne à segunda hipótese de recusa, diverge, em parte, das conclusões exaradas no Parecer CJ/IAMSPE nº 9/2018, considerando possível a negativa do hospital sustentada em fatores de contraindicação médica; o que não ocorreria, porém, se os elementos para recusa envolvessem a gestão orçamentária, visto que o direito ao planejamento familiar é reconhecido pela Constituição Federal. Em razão da divergência, propõe o encaminhamento dos autos para análise pela Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria (fls. 15/17).

7. Preliminarmente à remessa dos autos, manifestou-se a área técnica da Autarquia para esclarecer que não há recusa na realização de esterilização voluntária por questões orçamentárias ou existência de filas (fl. 20).

É o relatório. Passamos a opinar.

8. Trata-se de dúvida jurídica, relacionada à aplicação da Lei nº 9.263/96, que regula o §7º do artigo 226 da Constituição Federal, e dispõe sobre o planejamento familiar.

9. A partir das manifestações lançadas no presente – incluindo o esclarecimento prestado pela área técnica do IAMSPE, no sentido de que não há recusa na realização de procedimentos de esterilização voluntária *por força de filas ou restrições orçamentárias* – constata-se que a controvérsia cinge-se ao *conflito entre o direito do paciente à realização de vasectomia ou laqueadura, e a recusa pelo médico responsável e pelo HSPE, sustentada em objeção de consciência formulada pelo primeiro*.

10. A chamada objeção de consciência é prevista, no Código de Ética Médica, como direito dos médicos, que podem “*recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência*” (inc. IX, Cap. II, da Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009).

11. Conquanto tenha sido feita referência a caso concreto, envolvendo paciente do sexo masculino, com mais de 25 (vinte e cinco) anos e sem prole constituída, a dúvida jurídica é submetida em tese. Para análise em tese, porém, é necessário tomar como *pressuposto a inexistência de qualquer tipo de contraindicação relacionada à saúde do paciente*, para a realização de vasectomia ou laqueadura, o que, evidentemente, deverá sempre ser avaliado caso a caso.

12. Isto posto, passa-se ao exame do disposto no §7º, do artigo 226, da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelecendo:

“Art. 226. (...)”

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (g.n.)

13. Trata-se de *direito atrelado à liberdade e intimidade dos indivíduos*, bem como *visa a propiciar a paternidade responsável, em proteção ao direito das crianças e adolescentes*; atribuindo ao Estado competência para prover meios educacionais e científicos para que tal direito seja exercido. Ao comentar o conteúdo do dispositivo, MARIA CELINA BODIN DE MORAES e ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA² consignam:

“Aparentemente simples, o dispositivo do §7º do art. 226 afirma uma série de princípios. Em primeiro lugar, e acima de tudo, destina-se a evitar, coerentemente com os princípios fundamentais, que possam ser adotadas políticas coercitivas de esterilização, como já se havia proposto no passado. (...)”

Em segundo lugar, ao vincular este direito ao princípio da ‘paternidade responsável’, o dispositivo visa mais uma vez a proteger a pessoa do filho, impondo limites à liberdade dos pais, quais sejam aqueles decorrentes da responsabilidade com a criação e o sustento da prole. Como não há responsabilidade sem liberdade, garante-se a liberdade de decisão de planejar a dimensão da família e dessa liberdade faz-se decorrer a responsabilidade parental de assisti-la material e moralmente. Desta ótica, por exemplo, o ‘direito de visita’ do genitor não guardião passa a ser entendido também como um ‘dever de convivência’.

O direito ao planejamento familiar, assim, é um direito a ser livremente exercido, mas apenas no sentido de não admitir qualquer ingerência de outrem, estatal ou privada, com vistas a restringi-lo ou condicio-

2 In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2122.

ná-lo, uma vez que a decisão sobre ter ou não prole, seu aumento ou redução vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos. O papel do Estado aqui, embora ativo, limita-se à função promocional de ‘propiciar recursos educacionais e científicos’ para seu exercício, de modo a que todos estejam suficientemente informados e conscientes das maneiras pelas quais podem exercê-lo, respeitados os limites legais.” (g.n.)

14. Por ocasião do julgamento do ADI 3510, que teve por objeto a chamada Lei de Biossegurança, envolvendo a realização de pesquisas científicas com a utilização de células-tronco, o acórdão proferido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal tangenciou o exame do direito constitucional ao planejamento familiar, reconhecendo a proteção à *autonomia da vontade dos indivíduos*. Consignou a ementa do julgamento:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. (...) **NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR.** (...)

...

V – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como ‘direito ao planejamento familiar’, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da ‘dignidade da pessoa humana’ e da ‘paternidade responsável’. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo ‘in vitro’ de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. **O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário**, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou ‘in vitro’. **De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à ‘liberdade’ (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, ‘fruto da livre decisão do casal’, é ‘fundado nos princípios**

da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável' (§7º **desse emblemático artigo constitucional de nº 226**). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do 'planejamento familiar' na citada perspectiva da 'paternidade responsável'. (...)” (g.n.)

15. Com o intuito de regulamentar o §7º, do artigo 226, da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 9.263/96, que dispõe sobre o planejamento familiar. Destaco, no que interessa à questão em debate, o conteúdo dos artigos 1º, 2º, 3º, 6º, 9º e 10, do referido diploma:

“Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar 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.**

Parágrafo único – (...)

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único – As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I – a assistência à concepção e contracepção;

(...)

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único – Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar.

(...)

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cien-

tificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o *caput* só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

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

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

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

§1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressão manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

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

§3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do §1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

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

§6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

(...)” (g.n.)

16. Do exame do disposto no §7º do artigo 226 da Constituição Federal, interpretado em conjunto com os demais dispositivos da Lei Maior, em especial o artigo 1º, inciso III, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 5º, *caput* (liberdade) e inciso II (legalidade) e o artigo 196, que trata do direito à saúde (art. 196 CF), entendemos que, *atendidos os requisitos previstos na Lei nº 9.263/96 – inclusive o amplo esclarecimento quanto aos métodos contraceptivos disponíveis e suas implicações –, e inexistindo impedimento relacionado à saúde do paciente*, deverá ser reconhecido a este o direito de optar pelo método contraceptivo de sua preferência, ainda que resulte na esterilização voluntária.

17. Por força dos princípios que regem a Administração Pública, em especial a legalidade, cumpre reforçar a *necessidade de que as condicionantes fixadas na Lei nº 9.263/96 sejam efetivamente observadas*; como a oferta de métodos cientificamente aceitos; a capacidade civil plena do paciente e sua inequívoca manifestação de vontade; idade superior a vinte e cinco anos ou, pelo menos, dois filhos vivos; o fornecimento de informações e acesso aos diversos métodos existentes etc.

18. De outro lado, o registro existente nos autos dá conta que o IAMSPE adota diversas medidas para amplo esclarecimento dos pacientes, com objetivo de propiciar recursos educacionais para o exercício do direito ao planejamento familiar, como cursos, com informação sobre os métodos contraceptivos reversíveis e definitivos. São providos, também, recursos científicos, mediante a disponibilização de diversos métodos contraceptivos, análise das características do paciente quanto à eventual existência de contraindicações para o emprego de algum destes métodos, e até mesmo a sugestão de avaliação psiquiátrica/psicológica para verificar risco de arrependimento e grau de amadurecimento da decisão, no caso de métodos definitivos.

19. Nesse contexto, como apontou a Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica, Dra. MIRIAM REGINA CABRAL AURÉLIO, na manifestação que analisou o Parecer CJ/IAMSPE nº 9/2018:

“(...) a recusa pura e simples de realizar o procedimento de esterilização em paciente jovem e sem filhos ou em outros casos que o paciente preencha os requisitos legais, ... contrasta com o *caput* do artigo 10 da Lei Federal 9.263/96 e, parece-me, não reflete a posição majoritária dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como pode constatar das decisões abaixo transcritas:

VOTO Nº 28466

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005413-20.2015.8.26.0664

COMARCA: Votuporanga APELANTE: Jaqueline de Oliveira

APELADO: o Juízo

Alvará judicial – Sentença que não autorizou a realização laqueadura tu-

bária – Requisitos do art. 10 da Lei 9.263/96 cumpridos – Inteligência dos artigos 196 e 226, §7º da Constituição Federal – Sentença reformada – Recurso provido.

(...)

Da análise da petição inicial dos autos depreende-se que a Requerente possui 29 anos de idade, comprovou ser mãe de dois filhos menores e não tem condições financeiras, tampouco interesse de ter outros filhos.

A Apelante assinou Termo de Declarações (fls. 13/14) na qual declarou ter ciência de outros métodos contraceptivos, sendo de sua livre vontade submeter-se a esterilização cirúrgica, por meio da laqueadura tubária, mas não tem condições de arcar com os custos dessa cirurgia.

Desta forma, adoto como fundamento o acórdão proferido no julgamento da Apelação 0001241-69.2014.8.26.0664 de minha relatoria, citado pelo ilustre representante do Ministério Público.

Observa-se que foram preenchidos todos os requisitos legais do artigo 10 da Lei Federal nº 9.263/96 que trata do Planejamento Familiar, que assim dispõe:

Nos termos da referida legislação, o planejamento familiar é o conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, para regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Acrescente-se, ainda, que o artigo 226, caput, e §7º, da Constituição Federal, estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva de instituições oficiais ou privadas.

Nesse sentido, é dever do Estado em sentido amplo promover o direito constitucional do indivíduo a ter pleno acesso aos meios que lhe proporcionem a saúde.

Neste ponto, já decidi este Colendo Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL Alvará judicial – Sentença que autorizou a Fazenda do Estado a realizar laqueadura tubária na autora. Requisitos do art. 10 da Lei 9.263/96 atingidos no decorrer do processo – Inteligência dos artigos 196 e 226, §7º da Constituição Federal. Sentença mantida – Recurso desprovido. (Apelação nº 0000433-57.2013.8.26.0128. 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Eduardo Gouvêa. São Paulo, 24 de fevereiro de 2014)

APELAÇÃO EM ALVARÁ JUDICIAL. Pedido para realizar cirurgia de esterilização voluntária por meio da laqueadura tubária. Possibilidade. A família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado e o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. A autora preenche os requisitos legais da Lei Federal nº 9.263/96 que trata do Planejamento Familiar. Inteligência do artigo 226, caput, e §7º, da Constituição Federal.’

‘VOTO Nº 24.571

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001241-69.2014.8.26.0664

COMARCA: São Paulo

APELANTE: Ministério Público do Estado de São Paulo

APELADO: o Juízo

Alvará judicial – Sentença que não autorizou a realização laqueadura tubária – Requisitos do art. 10 da Lei 9.263/96 cumpridos – Inteligência dos artigos 196 e 226, §7º da Constituição Federal – Sentença reformada – Recurso provido’ (grifo nosso)

(...)” (g.n.)

20. Assim, uma vez atendidas as condicionantes da Lei nº 9.263/96, e se inexistente impedimento relativo à saúde do paciente, consideramos que o IAMSPE não poderá se recusar a realizar procedimentos de vasectomia ou laqueadura, ante o direito garantido pelo artigo 226, §7º, da Constituição Federal.

21. Registro que a Associação Nacional de Defensores Públicos ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5097), perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da qual questiona a validade jurídico-constitucional do §5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96, visto que tal dispositivo estabeleceu condicionante, *na vigência da sociedade conjugal*, para a realização de procedimento de esterilização, consistente no consentimento de ambos os cônjuges. A demanda ainda não foi julgada, porém não interfere na conclusão sintetizada no item anterior, relacionada ao objeto da consulta formulada.

22. Cabe notar, no entanto, que, como não foi suspensa a eficácia do dispositivo inquinado de inconstitucional (§5º, do art. 10, da Lei nº 9.263/96), o mesmo permanece aplicável, devendo ser observado pela Administração, por força do princípio da legalidade; salvo decisão judicial que venha a ser proferida em sentido contrário.

23. Ainda quanto à ADI 5097, anoto que o parecer exarado pela Procuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação direta, sob o fundamen-

to de ilegitimidade ativa da associação autora; porém, *quanto ao mérito, por sua procedência*. Conquanto – como dito anteriormente – o objeto da ação não interfira diretamente na questão central posta em discussão no presente, peço licença para transcrever trecho do opinativo elaborado pelo *Parquet*, vez que as razões de mérito reforçam a conclusão desenvolvida neste opinativo, no sentido da autonomia do paciente para decisão quanto a submeter-se a procedimento contraceptivo que resulte em sua esterilização:

“(…)

Decisões referentes a gerar prole ou não, inseridas no direito ao planejamento familiar, e este próprio, deverão ser exercidas sem restrições ou condicionantes incompatíveis com as garantias constitucionais, por estarem estritamente ligadas à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos, além de à autonomia de sua vontade e ao direito à saúde.

Planejamento familiar existirá também nos casos em que a família optar por não ter filhos biológicos. Mesmo após esterilização voluntária ou ante incapacidade para reprodução, podem os membros da família optar por filhos, por meio de adoção. **Esterilização voluntária não inviabiliza planejamento familiar. É tão legítima quanto qualquer outra a decisão de não gerar descendência biológica**, mas adotar crianças para constituir o ente familiar.

Por conseguinte, esterilização voluntária realizada por vontade única daquele que se submeterá ao procedimento cirúrgico, ou seja, sem consentimento do cônjuge ou companheiro(a), não se incompatibiliza com o planejamento familiar, tutelado pelo art. 226, §7º, da CR.

(…)

A ordem constitucional impõe ao Estado o dever de desenvolver instrumentos que priorizem as manifestações de vontade daqueles que formem núcleo familiar. Nesse campo, **não lhe cabe tolher ou rechaçar escolhas legítimas feitas pelos indivíduos capazes, como seres autodeterminantes que são**, sob propósito de resguardar a família (até porque o próprio art. 2º, parágrafo único, da lei prevê as ações ali previstas não podem ser empregadas para controle demográfico). **Incumbe-lhe promover mecanismos que possibilitem o êxito das escolhas dos cidadãos, tanto no sentido da reprodução, quanto no da esterilização, consoante a parte final do art. 226, §7º, da CR.**

(…)

III.3 Autodeterminação como expressão da dignidade humana. Planejamento familiar e liberdade individual.

A dignidade do ser humano, consagrada pelo art. 1º, III, da Constituição da República, revela-se, entre outras perspectivas, na capacidade de autodeterminação da vontade, a qual, por sua vez, é componente da liberdade humana. Materializada estará a dignidade humana na medida em que se garanta ao indivíduo conduzir-se segundo o próprio entendimento.

(...)

A dignidade humana fundamenta o sistema positivo de normas e, portanto, serve de vetor de interpretação para os demais preceitos contidos na Constituição da República. Uma das dimensões fundamentais da dignidade é o direito à liberdade, que se manifesta pela autodeterminação.

Nessa linha de raciocínio, faz-se necessário revisitar o art. 226, §7º, da CR, nos termos do qual, ‘fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas’.

Planejamento familiar é, sem dúvida, decisão autônoma das famílias, mas, em passo antecedente, se funda nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. **O planejamento familiar extrai-se da dignidade do ser humano e de direitos fundamentais essenciais, como o direito à intimidade e à saúde**, em suas várias dimensões (física, mental, sexual etc.). **Por isso, o exercício do direito ao planejamento familiar não pode ser interpretado de modo a limitar o direito que lhe dá suporte de validade, que tem por facetas a disposição do próprio corpo e a liberdade de reprodução.**

INGO SARLET, ao analisar o conteúdo e o alcance jurídico-normativo do princípio da dignidade humana, no aspecto pertinente à autodeterminação, ou seja, à possibilidade de a pessoa determinar-se conforme sua vontade, na compreensão do Supremo Tribunal Federal, observa:

Para além das dimensões já apresentadas e em diálogo com as mesmas, [é] indispensável compreender – até mesmo pela relevância de tal aspecto para os direitos e deveres humanos e fundamentais – que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta por estar em causa simultaneamente a expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

(...)

Entendimento de que a decisão de esterilização deve partir de ato voluntário, informado e autônomo é também a posição das agências do sistema das Nações Unidas que lidam com o tema, como se vê de declaração conjunta divulgada em 2014. Nela, entre os princípios para o fornecimento de serviços médicos de esterilização, se defende o seguinte:

Autonomia na decisão

Respeito à dignidade e à integridade física e mental de uma pessoa incluem propiciar-lhe a oportunidade de fazer escolhas reprodutivas autônomas (40, §22; 114, art. 23; 167, art. 16). O princípio da autonomia, expressado mediante decisão integral, livre e informada, é tema central na Ética Médica e é incorporado ao regime dos Direitos Humanos (168, 169). As pessoas devem estar aptas a escolher e a recusar a esterilização. Respeitar a autonomia exige que qualquer orientação, aconselhamento ou informação dada por profissionais de saúde, por outros profissionais e por membros da família deve ser não compulsória (119), de forma a permitir aos indivíduos tomar decisões que sejam as melhores para si, com o conhecimento de que esterilização é procedimento permanente e de que outros métodos não permanentes de controle da fertilidade são disponíveis. [...]

Exigir consentimento ou autorização de terceiro (inclusive de cônjuge, parceiro, profissional médico ou autoridade) para esterilização contraceptiva compromete a capacidade de decidir e o desfrute de direitos humanos. Ao decidir a favor ou contra esterilização, um indivíduo não deve ser induzido por incentivos ou forçado por ninguém, independentemente de esta pessoa ser cônjuge, parente, membro da família, guardião, profissional de saúde ou autoridade (28; 36, §20; 114, art. 25; 136, §38; 164; 171, §20; 172, §§31 e 32; 173, §22).

Em suma, o exercício da liberdade e da disponibilidade física do corpo do indivíduo não deve depender de consentimento de terceiros, sob pena de ser, sem justificativa legítima, severamente debilitado.

(...)” (g.n.)

24. Dessa forma, uma vez atendidos os requisitos previstos na Lei nº 9.263/96, e inexistindo óbice relacionado à saúde do paciente, deverá ser respeitada sua autonomia para decidir livremente quanto à realização de procedimento contraceptivo, ainda que resulte em sua esterilização voluntária. Em observância ao disposto no artigo 226, §7º da Constituição Federal e na Lei nº 9.263/96, o IAMSPE deverá proporcionar os meios para garantir o direito ao planejamento familiar.

25. Observo, ainda que, ante o esclarecimento da área técnica da autarquia, acerca da inexistência de recusas fundadas na gestão de recursos ou filas, consideramos inexistir controvérsia quanto a este ponto.

26. Por fim, quanto a eventual objeção de consciência, manifestada por médico da autarquia para realização de vasectomia ou laqueadura, considerando, por exemplo, o risco de superveniente arrependimento do paciente; entendemos que tal circunstância não deverá inviabilizar o exercício do direito constitucionalmente garantido ao planejamento familiar, se atendidos os requisitos da Lei nº 9.263/96 e inexistentes impedimentos relacionados à saúde do interessado.

27. Convém observar que o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP já pontuou, no Parecer nº 151.842/2016, que o direito à objeção de consciência não é absoluto. A consulta que ensejou a manifestação do CREMESP tratou, entre outros pontos, da possibilidade de alegação de objeção de consciência em hipótese legalmente autorizada para aborto, consignando que:

“(…)

Entendemos que um médico somente pode invocar ser um objetor de consciência quando sua solicitação de recusa a realizar uma atividade ou prestar um serviço, entre outras, com a alegação de que realizá-lo iria contra suas mais íntimas e profundas convicções e seja incompatível com seus princípios religiosos, filosóficos, morais e éticos de sua consciência.

É preciso existir um balanço entre a garantia da integridade profissional e a necessidade e interesses dos pacientes.

A Tese do renomado bioeticista Wicclair estabelece três pressupostos para o exercício da objeção de consciência:

- 1) A Objeção de consciência não pode impedir a implementação de serviços;
- 2) Não pode ser barreira ao acesso a um direito legal de saúde nem fazer discriminação;
- 3) Não pode impedir a que outros estejam dispostos a cumprir a Lei.

Estamos claramente diante de direitos em tensão: direito de liberdade de consciência, pensamento e religião versus os direitos fundamentais a vida, a saúde, autonomia e dignidade.

Assim sendo, entendo que sim há limites para o exercício da objeção de consciência por parte dos médicos, devendo para invocá-la ter certeza de que se vai evitar danos ou agravo à saúde, brindar informação completa sobre seu estado de saúde, inclusive sobre os direitos legais de interrupção da gravidez à paciente e os motivos de sua objeção. Deve-se sempre fazer a referência a uma instituição previamente contatada pelo objetor para ter a

certeza de que a paciente venha a ter acolhida sua solicitação. Entendemos como boa norma a notificação antecipada de sua objeção de consciência por parte do médico ao diretor clínico da instituição que deverá providenciar profissional não objeter quando houver necessidade.

Ainda, **somente poderá alegar objeção de consciência, aquele que tem consciência, ou seja, o indivíduo; não podendo hospital, instituições alegarem objeção** mormente as credenciadas pelo SUS, visto terem a obrigação de executarem todos os programas e dar acesso a todos os direitos de saúde.

(...)” (g.n.)

28. A atuação dos médicos e supervisão da ética profissional é orientada pelo Conselho Federal de Medicina e pelos respectivos Conselhos Regionais. Não logramos localizar, nos autos, orientação ou manifestação destes órgãos acerca da hipótese tratada. Em pesquisa realizada, detectamos a Resolução CFM nº 1901/2009, que estabeleceu normas éticas para a esterilização cirúrgica masculina, reiterando a necessidade de observância do disposto na Lei nº 9.263/96, em especial a capacidade civil plena do paciente, a manifestação de vontade registrada em prontuário e a observância de prazo de 60 (sessenta) dias posteriores a tal manifestação para a realização do ato. A Resolução prevê também a necessidade de que o médico esteja habilitado para efetuar procedimento de reversão; não tendo restado claro, para a signatária, os exatos termos em que esta última orientação tem sido aplicada. Não detectamos pareceres exarados pelo Conselho Regional Paulista³, observando, contudo, que as ferramentas de busca não podem garantir com segurança a inexistência de manifestação sobre a matéria. Caso haja interesse no aprofundamento da análise quanto à conduta médica, seria relevante que a instrução fosse complementada, inclusive mediante a prévia formulação de consulta específica aos órgãos competentes.

29. De toda sorte, consideramos que, caso médico do IAMSPE manifeste objeção de consciência quanto à realização da laqueadura ou vasectomia, a despeito de estarem atendidos os requisitos da Lei nº 9.263/96 e de inexistirem impedimentos relacionados à saúde do paciente, deverá ser indicado outro profissional na Autarquia, garantindo-se o exercício do direito ao planejamento familiar.

3 No Processo-consulta CRM/DF nº 65/2017, por exemplo, o Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal exarou o Parecer CRM/DF nº 20/2018 concluindo pela **inexistência de impedimento legal ou ético para a realização de vasectomia em pacientes maiores de 25 (vinte e cinco) anos, ainda que não tenham prole constituída, “desde que haja sua livre manifestação, seja observado o prazo legal de 60 (sessenta) dias entre tal manifestação de vontade e o ato, estando o paciente em capacidade civil plena”**. O fundamento foi o atendimento dos requisitos previstos na Lei nº 9263/96.

30. Por todo o exposto, concluímos, em síntese, que, uma vez atendidas as condicionantes da Lei nº 9.263/96, e se inexistente impedimento relativo à saúde do paciente, o IAMSPE não poderá se recusar a realizar procedimentos de vasectomia ou laqueadura, ante o direito garantido pelo artigo 226, §7º, da Constituição Federal.

É o parecer.

À consideração superior.

São Paulo, 14 de novembro de 2018.

LUCIANA RITA LAURENZA SALDANHA GASPARINI

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 120.706

PROCESSO: IAMSPE/05911/2017
INTERESSADO: SERVIÇO SOCIAL MÉDICO
ASSUNTO: Orientação jurídica referente realização de esterilização memorando ssm nº 36/2017
PARECER: PA nº 58/2018

De acordo com o **Parecer PA nº 58/2018**.

Transmitam-se os autos à consideração da douta Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria Geral.

P.A., em 23 de novembro de 2018.

SUZANA SOO SUN LEE
Procuradora do Estado Chefe Substituta da
Procuradoria Administrativa
OAB/SP nº 227.865

PROCESSO: IAMSPE/05911/2017
INTERESSADO: SERVIÇO SOCIAL MÉDICO
ASSUNTO: Orientação jurídica referente realização de esterilização memorando ssm nº 36/2017
PARECER: PA nº 58/2018

1. Estou de acordo com o entendimento exposto no **Parecer PA nº 58/2018**, que contou com a aprovação da Chefia da Procuradoria Administrativa.
2. Ao Sr. Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação da peça opinativa.

SubG-Consultoria, 17 de dezembro de 2018.

CRISTINA M. WAGNER MASTROBUONO
Subprocuradora Geral
da Área da Consultoria Geral

PROCESSO: IAMSPE/05911/2017

INTERESSADO: SERVIÇO SOCIAL MÉDICO

ASSUNTO: Orientação jurídica referente realização de esterilização memorando ssm nº 36/2017

1. Aprovo o **Parecer PA nº 58/2018**, por seus próprios e jurídicos fundamentos.
2. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral para prosseguimento.

GPG, em 28 de dezembro de 2018.

JUAN FRANCISCO CARPENTER
Procurador Geral do Estado