



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

Registro: 2020.0000497117

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 2188866-94.2019.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor DIRETÓRIO ESTADUAL DO PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB, são réus PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO e GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), ELCIO TRUJILLO, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, ADEMIR BENEDITO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, BERETTA DA SILVEIRA E ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 1º de julho de 2020

**ALEX ZILENOVSKI
RELATOR
Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

VOTO 25.141

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2188866-94.2019.8.26.0000

COMARCA: São Paulo

REQUERENTE: Diretório Estadual do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB

REQUERIDO: Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

I. Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Diretório Estadual do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, em que pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 17.137, de 23 de agosto de 2019, que garante à parturiente a possibilidade de optar pela cesariana a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal.

II. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inépcia da inicial – Alegação de falta de indicação dos fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações. Há no petitório inaugural a pormenorizada explanação da inconstitucionalidade levantada, com a expressa indicação dos dispositivos constitucionais lesados, no entendimento do autor.

Suficientemente trazidos o fato ou conjunto de fatos jurídicos e a relação jurídica, não se nota, assim, petição genérica e sem fundamentação. É pertinente mencionar que a (alegada falta de) robustez dos fundamentos não deve ser confundida com sua inexistência. Apta a inicial, a pertinência de seus argumentos deve ser analisada quando do mérito da demanda.

III. INÉPCIA DA INICIAL – Alegação de ausência de interesse de agir - Não se cogita, destarte, da ausência de interesse de agir em sua face necessidade, posto que tão somente por meio do controle concentrado, no caso concreto, poder-se-ia atingir o bem-da-vida perseguido. Da argumentação trazida é possível extrair referência possível ao interesse-adequação, ainda que existam críticas doutrinárias sobre essa perspectiva. De todo modo, novamente é preciso distinguir as condições da ação, que antecedem o exame do mérito, de sua eventual procedência – levanta-se a inconstitucionalidade por razões específicas e detalhadas na inicial. Seu acolhimento há de ser examinado no momento oportuno.

IV. Há que se lembrar que se examina neste feito a “adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo

com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” . É alheia à Ação Direta de Inconstitucionalidade, portanto, o debate, ainda que valioso, acerca da retidão da lei em abstrato, ou de seu potencial atendimento a metas traçadas (como em relação à redução da quantidade de partos por meio de cesariana).

De fato, é necessária cautela para que o julgador não acabe por invadir indevidamente esfera de competência reservada a outro Poder. Assim, é descabida a análise, sob o manto do exame de constitucionalidade, de aspectos que fujam à conformidade da Lei perante a Constituição e que tocam a opções do legislador.

Outrossim, torna-se despiciendo o ingresso no exame da levantada inconstitucionalidade material da Lei, posto que os autos apontam para sua inconstitucionalidade formal.

V. A Constituição Federal consagra regras de distribuição formal de competências legislativas de acordo com princípio da predominância de interesses, ora delimitando um rol de matérias que só podem ser objeto de leis federais (competência legislativa privativa da União - artigo 22 da CF), ora prevendo hipóteses de competências concorrentes, permitindo maior descentralização da atividade normativa (artigos 24 e 30, inciso I, da CF).

VI. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – Lei que trata da opção por um procedimento médico atinente ao nascimento, conferindo-a à gestante. Ainda que toque matérias diversas, como o direito à autonomia, a relação médico-paciente ou, em mais larga escala, a relação entre prestador de serviço e seu beneficiário, essencialmente, toca aspectos relativos à saúde e à vida da gestante e da criança , que termina por ser o tema central do diploma legislativo. Necessária sua subsunção, portanto, ao artigo 24, inciso XII, último item, da Constituição Federal .

Cenário que trata da competência da União para o estabelecimento de normas gerais e dos Estados para suplementá-las, havendo competência legislativa plena na hipótese de inexistência de norma federal que trate da questão.

A lei questionada não traz em seu bojo qualquer elemento capaz de demonstrar a particularidade deste Estado a justificar a edição de legislação suplementar.

Ausente o cenário específico deste ente da federação que justifique a suplementação federal, necessário concluir que se trata de norma geral, que seria de competência do Estado apenas na ausência de legislação federal reguladora do assunto.

Matéria já disciplinada, de modo geral e abrangente por legislação federal.

Trata-se da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências) , que “regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”.

Não bastasse isto, há também a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências) , que prevê :

(...)

Do Direito à Vida e à Saúde

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento saudável e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

(...)

§ 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

VII. A interpretação não precisa se afastar da meramente gramatical. Assegura-se à parturiente o parto natural cuidadoso, e estabelece-se a cesariana por motivos médicos.

Há, assim, nítido confronto entre a legislação vergastada e o regramento federal, mais antigo e abrangente. Nesta, resta estabelecida a necessidade de critérios médicos para o parto cesariano. Já a lei estadual, mais recente, prevê a livre opção da parturiente, ainda que não haja recomendação médica para o procedimento almejado.

A tutela da Saúde encontra-se no campo da ciência e não da mera volição emocional.

VIII. Há que se concluir, à luz da síntese dos argumentos trazidos até então, que a lei estadual em foco invadiu a esfera de competência da União ao disciplinar matéria, como norma geral, que já fora regrada de modo diverso (restando afastada, com isso, a hipótese de competência legislativa plena por parte do Estado de São Paulo).

IX. Usurpação de competência legislativa da União, afrontando o disposto nos artigos 144 da Carta Bandeirante e 24, inciso XII , da Constituição Federal.

Ação julgada procedente para declarar a constitucionalidade da Lei Estadual nº 17.137, de 23 de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

agosto de 2019.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Diretório Estadual do Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, em que pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 17.137, de 23 de agosto de 2019, que garante à parturiente a possibilidade de optar pela cesariana a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal, cujo teor se transcreve:

Artigo 1º - A parturiente tem direito à cesariana a pedido, devendo ser respeitada em sua autonomia.

§ 1º - A cesariana a pedido da parturiente só será realizada a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, após ter a parturiente sido conscientizada e informada acerca dos benefícios do parto normal e dos riscos de sucessivas cesarianas.

§ 2º - A decisão deverá ser registrada em termo de consentimento livre e esclarecido, elaborado em linguagem de fácil compreensão.

§ 3º - Na eventualidade de a opção da parturiente pela cesariana não ser observada, ficará o médico obrigado a registrar as razões em prontuário.

Artigo 2º - A parturiente que optar ter seu filho por parto normal, apresentando condições clínicas para tanto, também deverá ser respeitada em sua autonomia.

Parágrafo único - Garante-se à parturiente o direito à analgesia, não farmacológica e farmacológica.

Artigo 3º - Nas maternidades, nos hospitais que funcionam



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

como maternidades e nas instituições afins, será afixada placa com os seguintes dizeres : Constitui direito da parturiente escolher a via de parto, seja normal, seja cesariana (a partir de trinta e nove semanas de gestação) .

Artigo 4º - O médico sempre poderá, ao divergir da opção feita pela parturiente, encaminhá-la para outro profissional.

Artigo 5º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta das dotações orçamentárias próprias.

Artigo 6º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Assevera, inicialmente, que compete concorrentemente à União e aos Estados legislarem sobre saúde, nos termos do artigo 24, inciso XI, da Constituição Federal, sendo reservada à União a edição de normas gerais, cabendo aos Estados a competência suplementar, atendendo às particularidades locais.

Aponta que a lei em questão trata de matéria de caráter geral, ao possibilitar à parturiente a opção pela cesariana, mesmo sem indicação médica, indicando atuação diretiva acerca de um procedimento de norma técnica aos integrantes do Sistema Único de Saúde quanto à condução de um procedimento cirúrgico.

Alega o requerente que a iniciativa para propositura da lei em questão é exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Acena, ainda, para violação ao artigo 25 da Constituição do Estado de São Paulo, que dispõe que *"nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos"*.

Afirma que, no texto da norma ora impugnada, não há indicação dos recursos disponíveis para atender ao aumento de despesas que será ocasionado ao se possibilitar que a parturiente opte por um procedimento cirúrgico ao invés de um procedimento natural, como a contratação de médicos e anestesistas.

Sustenta, outrossim, a ocorrência de inconstitucionalidade material por violação ao artigo 219, parágrafo único, "1" e artigo 223, inciso II, "e", da Constituição Estadual, *in verbis* :

Artigo 219 - A saúde é direito de todos e dever do Estado.

Parágrafo único - Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante:

1 - políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos;

2 - acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde, em todos os níveis;

3 - direito à obtenção de informações e esclarecimentos de interesse da saúde individual e coletiva, assim como as atividades desenvolvidas pelo sistema;

4 - atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.

Artigo 223 - Compete ao Sistema Único de Saúde, nos termos da lei, além de outras atribuições:

I - a assistência integral à saúde, respeitadas as necessidades específicas de todos os segmentos da população;

II - a identificação e o controle dos fatores determinantes e condicionantes da saúde individual e coletiva, mediante, especialmente, ações referentes à:

a) vigilância sanitária;

b) vigilância epidemiológica;

c) saúde do trabalhador;

d) saúde do idoso;

e) saúde da mulher;

(...)

Argumenta que há evidências técnico-científicas que demonstram que a sujeição da parturiente à cesariana sem indicação médica não é conduta que se coadune com a *“redução do risco de doenças e outros agravos”* prevista na norma constitucional, tendo em vista que se trata da *“alternativa mais arriscada para a realização do parto e coloca a mulher e a criança em uma situação de maior risco do que relativamente ao parto normal, em sentido diametralmente oposto ao que é proposto pelo texto da legislação”*.

Ressalta que a lei ora impugnada busca incentivar o parto por cesariana, em oposição às políticas públicas e recomendações da Organização Mundial de Saúde e da Agência Nacional de Saúde –ANS.

Por fim, menciona que a tramitação do projeto de lei em regime de urgência se deu sem a manifestação das Comissões de Saúde e Defesa do Direito da Mulher. Acrescenta, ainda, que houve manifestações contrárias ao referido projeto, apresentadas pelo Conselho Municipal de Saúde do Município de São Carlos, pelo Conselho Municipal de Saúde de São José dos Campos, pelo Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo, pela Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo e pelos Núcleos Especializados de Proteção e Defesa dos Direitos das Mulheres, Infância e Juventude e Defesa da Diversidade e da Igualdade Racial da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Diante disso, postulou, liminarmente, a suspensão dos efeitos da Lei Estadual nº 17.137, de 23 de agosto de 2019, até o julgamento final desta Ação Direta. No mérito, pleiteia o reconhecimento da inconstitucionalidade da referida lei.

A liminar foi indeferida (fls. 471/477).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

O Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA) e a Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo (SOGESP) postularam seus ingressos no feito como *amici curiae* (fls. 499/507 e 534/559). Os referidos pedidos foram deferidos a fls. 902/905; todavia, seus poderes foram limitados ao oferecimento de manifestações escritas que ampliassem e qualificassem o debate, **sendo indeferido, assim, o pedido de realização de sustentação oral.**

Houve pleito de reconsideração da decisão liminar (fls. 519/524), que foi indeferido a fls. 529/532.

O Excelentíssimo Presidente da Assembleia Legislativa do estado de São Paulo prestou suas informações a fls. 916/989. Aclarou o processo legislativo e trouxe à baila a justificativa da autora do Projeto de Lei. Afirmou que o mencionado projeto foi objeto de intenso debate na casa legislativa, contando com uma audiência pública (realizada em 16 de junho de 2019) e explicações em reunião técnica realizadas pela autora.

Igualmente acena para a presença de manifestações diversas durante seu trâmite, contrárias e favoráveis. Afirma que foram apresentados projetos de teor semelhante em outros estados, a indicar a relevância da matéria.

Passou então a sustentar a constitucionalidade da lei impugnada, afirmando que o diploma legal não invade esfera de competência da União, que não traz norma geral sobre a matéria sob análise. Prossegue em sua argumentação sustentando que a Lei ora combatida não pode ser tida como *norma geral*, mas efetivo exercício da competência para suplementar as normas federais.

Defende que a ausência de indicação dos recursos necessários ao custeio tornaria a lei, quando muito, ineficaz, e não constitucional. Robustece essa tese ao alegar que não haveria, efetivamente, aumento de despesa.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

Ao examinar as alegações de inconstitucionalidade material, de início manifestou-se pelo não conhecimento da alegação atinente à lesão aos artigos 219 e 233, da Constituição deste Estado, afirmando que se refere a matéria de fato, incompatível com esta Ação. Como argumento subsidiário, defende a retidão da Lei, contestando a primazia dada ao parto normal. Traz também trechos doutrinários a sustentar sua tese.

A D. Procuradoria Geral do Estado manifestou-se a fls. 1118/1135. Inicialmente, levanta a inépcia da petição inicial, que deixou de indicar os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações.

Ainda sobre as condições da ação, defende a falta de interesse de agir, por duas razões : primeiramente, afirma que a ausência de indicação da fonte de custeio das despesas, como já defendido pelas informações acima, resultaria, quando muito, na ineficácia da Lei; como segundo argumento, este concernente às alegações de irregular regime de urgência, afirma que se trata de questão *interna corporis*, resultando, possivelmente, apenas em inconstitucionalidade reflexa.

Quanto ao mérito, defende a constitucionalidade da Lei, que, afirma, tutela a autonomia da paciente.

O Exmo. Governador do Estado de São Paulo trouxe suas informações a fls. 1137/1138, reiterando a fundamentação oferecida pela Procuradoria do Estado.

Interposto Agravo Regimental (fls. 1144/1155), foi desprovido (fls. 1272/1276).

A D. Procuradoria de Justiça apresentou seu parecer (fls. 1286/1301), opinando pelo afastamento das preliminares trazidas pela Procuradoria do Estado e, quanto ao mérito, pela procedência do pedido e reconhecimento da inconstitucionalidade formal da Lei, que teria afrontado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO

São Paulo

competência da União. Outrossim, sustenta também a inconstitucionalidade material, alegando que o diploma legislativo impugnado termina por afrontar os artigos 219 e 223, da Constituição Paulista.

É o relato do necessário.

Inicia-se com a análise das condições da ação, diante dos argumentos preliminares trazidos pela D. Procuradoria do Estado em sua defesa da norma impugnada.

Levanta-se, primeiramente, a inépcia da petição inicial, sob a alegação de que essa não teria indicado os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, em referência ao artigo 3º, inciso I, da Lei 8.868/99¹. Entretanto, há no petitório inaugural a pormenorizada explanação da inconstitucionalidade levantada, com a expressa indicação dos dispositivos constitucionais lesados, no entendimento do autor. É o que se extrai, a título exemplificativo, das fls. 6, 10, 14 e 15.

Suficientemente trazidos o fato ou conjunto de fatos jurídicos e a relação jurídica², não se nota, assim, petição genérica e ausente de fundamentação. É pertinente mencionar que a (falta de, no sentir da Procuradoria) robustez dos fundamentos não deve ser confundida com sua inexistência. Aptas a inicial, a pertinência de seus argumentos será analisada quando do mérito da demanda³.

¹ Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

² Que compõem a causa de pedir, como exposto por DIDIER JR., Fredie. in *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivmm 2017. Pag. 622.

³ Evidentemente excluída a hipótese de pedido manifestamente improcedente, diversa da dos autos

Outra eiva decorreria da ausência de interesse de agir. Não se cogita, destarte, da ausência de interesse de agir em sua feição *necessidade*, posto que tão somente por meio do controle concentrado, no caso concreto, poder-se-ia atingir o bem-da-vida perseguido.

Da argumentação trazida é possível extrair referência possível ao interesse-adequação, ainda que existam críticas doutrinárias sobre essa perspectiva⁴. De todo modo, novamente é preciso distinguir as condições da ação, que antecedem o exame do mérito, de sua eventual procedência. Foram apontadas constitucionalidades por razões específicas e detalhadas na inicial. No entanto, seu acolhimento há de ser examinado no momento oportuno.

Destarte, demanda-se a análise do mérito.

Cuida-se de feito de marcada complexidade, abordando questões jurídicas e materiais que exigem cuidadosa análise.

De fato, a lei impugnada atinge milhares de gestantes por todo o território deste Estado e toca, também, matérias relacionadas à ética e procedimentos médicos.

O regramento que disciplina essa matéria é encontrado em esferas diversas, emanando de múltiplos sujeitos⁵.

É possível mencionar, destarte, a resolução de número 2.144/2016, do Conselho Federal de Medicina⁶, de teor marcadamente similar ao da lei impugnada e que prevê em seu artigo inaugural que *“É direito da gestante, nas situações eletivas, optar pela realização de cesariana, garantida por sua autonomia, desde que tenha recebido todas as informações de forma pormenorizada sobre o parto vaginal e cesariana, seus respectivos benefícios e*

⁴ Nesse sentido, DIDIER JR. Fredie. *Op. Cit.*, pág. 409/410

⁵ Valiosas as considerações trazidas pelos *amici curiae*, quanto a esse ponto, contribuindo para o efetivo alargamento da discussão.

⁶ Também trazida à baila nas informações citadas

riscos." (fls. 624).

Outrossim, toca a resolução de número 561/2017, do Conselho Nacional de Saúde (fls. 778/814), mormente a partir de seu item 48 (fls. 797 e s.), com a fixação de diretriz de ampliação dos Centros de Parto Normal.

E a incontestável relevância do tema é ratificada também pela presença de declaração da Organização Mundial da Saúde, trazida aos autos a fls. 820/827, bem como pelas diversas matérias e artigos científicos trazidos (fls. 629/661, 662/667, 815/819, 828/832, 833/844 e 845/859).

Todavia, nem todas as múltiplas vertentes da matéria poderão ser examinadas nesta ação, em que pese sua relevância.

Há que se lembrar que se examina neste feito a *"adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais"*⁷. É alheia à Ação Direta de Inconstitucionalidade, portanto, o debate, ainda que valioso, acerca da retidão da lei em abstrato, ou de seu potencial atendimento a metas traçadas (como em relação à redução da quantidade de partos por meio de cesariana).

De fato, é necessária cautela para que o julgador não acabe por invadir indevidamente esfera de competência reservada a outro Poder. Assim, é descabida a análise, sob o manto do exame de constitucionalidade, de aspectos que fujam à conformidade da Lei perante a Constituição e que tocam a opções do legislador.

Outrossim, torna-se despiciendo o ingresso no exame da levantada inconstitucionalidade material da Lei, posto que os autos apontam para sua inconstitucionalidade formal.

Esta, também chamada por vezes de *nomodinâmica*, pode ser

⁷ DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 27^a Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
Pag. 731.

definida sinteticamente como a resultante de normas *"formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição"*⁸.

In casu, forçoso concluir pela existência da primeira hipótese abordada pela Doutrina, conforme ver-se-á.

Note-se que a presente ação proposta perante essa Corte diz respeito a eventual afronta à Constituição Estadual, admitindo-se, porém, o controle de constitucionalidade com base em normas da Constituição Federal de observância obrigatória, as quais refletem o inter-relacionamento entre os Poderes - a exemplo das regras de repartição de competências legislativas -, ainda que não incorporadas expressamente ao ordenamento constitucional do respectivo Estado-membro.

Nesse sentido se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal:

"O Supremo Tribunal Federal firmou sua orientação no sentido de que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, quando exercido pelos Tribunais de Justiça, deve limitar-se a examinar a validade das leis estaduais/municipais à luz da Constituição do Estado. No controle abstrato, apenas esta Corte pode usar como parâmetro a Carta Federal (CRFB/1988, art. 102, I e § 1º; Lei nº 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, I). Nessa linha, vejam-se, dentre outros: RE 421.256, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 347, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 508, Rel. Min. Sydney Sanches. Nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça fundamente suas conclusões em norma constitucional federal que seja 'de reprodução obrigatória' pelos Estados-membros. Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais

⁸ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Pag. 47

editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local" (AgR. na Rcl. nº 19.067/RN, Relator Ministro Roberto Barroso –grifos da reprodução)

Esse entendimento, aliás, foi ratificado pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte em sede de repercussão geral:

"Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias.

1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes" (RE nº 650.898/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, julgado em 01/02/2017).

Com efeito, a Constituição Federal consagra regras de distribuição formal de competências legislativas de acordo com princípio da predominância de interesses, ora delimitando um rol de matérias que só podem ser objeto de leis federais (competência legislativa privativa da União - artigo 22 da CF), ora prevendo hipóteses de competências concorrentes, permitindo maior descentralização da atividade normativa (artigos 24 e 30, inciso I, da CF), conforme asseverado pelo Eminent Desembargador RENATO SARTORELLI, quando do julgamento da ação direta de Inconstitucionalidade nº 2251840-41.2017.8.26.0000.

Em clara síntese informa a doutrina que "[aos Estados-membros]

é conferida competência para dispor sobre as matérias que lhes reserva a Constituição Federal, com incidência nos respectivos territórios e populações”⁹

Além disso, Fernanda Dias Menezes de Almeida, ao se debruçar acerca da matéria concluiu: *“o problema nuclear da repartição de competências na Federação reside na partilha da competência legislativa, pois é através dela que se expressa o poder político cerne da autonomia das unidades federativas. De fato, é na capacidade de estabelecer as leis que vão reger as suas próprias atividades, sem subordinação hierárquica e sem a intromissão das demais esferas de poder, que se traduz fundamentalmente a autonomia de cada uma dessas esferas. Autogovernar-se não significa outra coisa senão ditar-se as próprias regras. (...) Está aí bem nítida a ideia que se quer transmitir: só haverá autonomia onde houver a faculdade legislativa desvinculada da ingerência de outro ente autônomo. Assim, guarda a subordinação apenas ao poder soberano no caso o poder constituinte, manifestado através de sua obra, a Constituição -, cada centro de poder autônomo na Federação deverá necessariamente ser dotado da competência de criar o direito aplicável à respectiva órbita. E porque é a Constituição que faz a partilha, tem-se como consequência lógica que a invasão não importa por qual das entidades federadas do campo da competência legislativa de outra resultará sempre na constitucionalidade da lei editada pela autoridade incompetente. Isso tanto no caso de usurpação de competência legislativa privativa, como no caso de inobservância dos limites constitucionais postos à atuação de cada entidade no campo da competência legislativa concorrente”* (Competências na Constituição de 1988, 3^a edição, Atlas, pág. 97)

Em se tratando de competência legislativa, relevante à resolução da demanda a análise dos artigos 22 ao 24, da CRFB. Trata a lei impugnada da opção por um procedimento médico, conferindo-a à gestante. Ainda que toque matérias diversas, como o direito à autonomia, a relação médico-paciente ou, em mais larga escala, a relação entre prestador de serviço e seu beneficiário, **circunda aspectos relativos à saúde, que termina por ser o tema central**

⁹ Idem. Ibidem. Pag. 101.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

do diploma legislativo. De fato, a matéria, como já aclarado, termina por tocar tema sensível à saúde pública de um modo geral. Necessária sua subsunção, portanto, ao artigo 24, inciso XII, último item, da Constituição Federal¹⁰.

Cuida-se, como também defendido nas informações prestadas, de **competência legislativa concorrente**. Nesse sentido é a literalidade do *caput* do mencionado artigo 24. Disso não destoa a jurisprudência deste C. Órgão Especial¹¹:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 7.619, de 21 de dezembro de 2010, do Município de Jundiaí, que restringe ao ambiente de trabalho o uso de aventais e equipamentos profissionais de serviços de saúde. Alegação de ofensa ao princípio do pacto federativo. Reconhecimento. **Norma impugnada que versa sobre "proteção e defesa da saúde". Matéria que é de competência (concorrente) da União, dos Estados e do Distrito Federal (artigo 24, inciso XII, da Constituição da República).** Estado de São Paulo que, no exercício dessa competência legislativa, já editou a Lei nº 14.466, de 08 de junho de 2011, disciplinando a matéria e estabelecendo, inclusive, que as penalidades, em caso de infração, serão impostas pelos órgãos estaduais de vigilância sanitária. Município que, no exercício da competência suplementar ou de interesse local, não pode contrariar a legislação estadual, nem estabelecer regras próprias que não sejam de mera regulamentação. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal "*a competência constitucional dos*

¹⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII - previdência social, proteção e **defesa da saúde**;

¹¹ Na mesma linha de raciocínio: TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2231810-14.2019.8.26.0000; Relator (a): Carlos Bueno; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 19/02/2020; Data de Registro: 21/02/2020; TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0029180-03.2019.8.26.0000; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/08/2019; Data de Registro: 23/08/2019

Municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados". Ação julgada procedente. (Direta de Inconstitucionalidade 2193699-58.2019.8.26.0000; Relator (a): Ferreira Rodrigues; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 06/11/2019; Data de Registro: 28/11/2019. Grifos da reprodução.)

Em se tratando de tal espécie de competência, aparenta ser claro o regramento constitucional ao expor que "*a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais*" (art. 24, § 1º, da CRFB), em seu turno suplementada pelos Estados, no que lhes couber. Nesse sentido :

"A Constituição brasileira adotou a competência concorrente não cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e o Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar dos Estados-membros e o Distrito Federal (CF, art. 24, § 2º)"¹²

Apenas haverá competência legislativa plena quando ausente regramento federal sobre o tema. Novamente aparenta ser clara a orientação constitucional nesse sentido, ao disciplinar, no § 3º do artigo que se examina, que "*Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exerçerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.*"

A lei questionada não traz em seu bojo qualquer elemento capaz de demonstrar a particularidade deste Estado a justificar a edição de legislação

¹² DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pag. 325. Grifos da reprodução.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO São Paulo

suplementar. De fato, tampouco traz essa distinção a justificativa para o projeto, trazida a estes autos a fls. 267/276, que expõe dados nacionais e conclusões acerca dos diferentes procedimentos.

Ausente o cenário único deste ente da federação que justifique a suplementação federal, necessário concluir que a lei ora vergastada configura norma geral, que apenas seria de competência do Estado na ausência de legislação federal.

E essa a legislação federal geral, como bem ressaltado pela D. Procuradoria de Justiça, já existe (e disciplina a matéria de modo pleno).

Trata-se da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990 (*Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências*), que *"regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado"*.

Neste passo, dispõe o aludido diploma :

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

TÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

(...)

Não bastasse isto, há também a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (*Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências*), que prevê :



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

(...)

Do Direito à Vida e à Saúde

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas **que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso**, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

(...)

§ 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, **estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos**.

A interpretação não precisa se afastar da meramente gramatical. Assegura-se à parturiente o parto natural cuidadoso, e estabelece-se a cesariana por motivos médicos.

Há, assim, nítido confronto entre a legislação vergastada e o regramento federal, mais antigo a abrangente. Nesta, resta estabelecida a necessidade de critérios médicos para o parto cesariano. Já a lei estadual, mais recente, prevê a livre opção da parturiente, ainda que não haja recomendação médica para o procedimento almejado.

A tutela da Saúde encontra-se no campo da ciência e não da mera volição emocional.

Há que se concluir, à luz da síntese dos argumentos trazidos até então, que a lei estadual em foco invadiu a esfera de competência da União ao



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

disciplinar matéria, como norma geral, que já fora regrada de modo diverso (restando afastada, com isso, a hipótese de competência legislativa plena por parte do Estado de São Paulo).

Diversamente, vale lembrar elogiada lei estadual paulista - LEI N° 15.759, DE 25 DE MARÇO DE 2015 -, que *assegura o direito ao parto humanizado nos estabelecimentos públicos de saúde do Estado e dá outras providências* e que disciplina, legitimamente, aspectos periféricos do parto de modo a aprimorar as rotinas correlatas, tudo dentro do regular âmbito normativo estadual, a saber:

Artigo 1º - Toda gestante tem direito a receber assistência humanizada durante o parto nos estabelecimentos públicos de saúde do Estado.

Artigo 2º - Para os efeitos desta lei, ter-se-á por parto humanizado, ou assistência humanizada ao parto, o atendimento que:

I - não comprometer a segurança do processo, nem a saúde da parturiente ou do recém-nascido;

II - só adotar rotinas e procedimentos cuja extensão e conteúdo tenham sido objeto de revisão e avaliação científica por parte da Organização Mundial da Saúde - OMS ou de outras instituições de excelência reconhecida;

III - garantir à gestante o direito de optar pelos procedimentos eletivos que, resguardada a segurança do parto, lhe propiciem maior conforto e bem-estar, incluindo procedimentos médicos para alívio da dor.

Artigo 3º - São princípios do parto



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

humanizado ou da assistência humanizada durante o parto:

I - a harmonização entre segurança e bem-estar da gestante ou parturiente, assim como do nascituro;

II - a mínima interferência por parte do médico;

III - a preferência pela utilização dos métodos menos invasivos e mais naturais;

IV - a oportunidade de escolha dos métodos natais por parte da parturiente, sempre que não implicar risco para sua segurança ou do nascituro;

V - o fornecimento de informação à gestante ou parturiente, assim como ao pai sempre que possível, dos métodos e procedimentos eletivos.

Artigo 4º - Diagnosticada a gravidez, a gestante terá direito à elaboração de um Plano Individual de Parto, no qual deverão ser indicados:

I - o estabelecimento onde será prestada a assistência pré-natal, nos termos da lei;

II - a equipe responsável pela assistência pré-natal;

III - o estabelecimento hospitalar onde o parto será preferencialmente efetuado;

IV - a equipe responsável, no plantão, pelo parto;

V - as rotinas e procedimentos eletivos de



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

assistência ao parto pelos quais a gestante fizer opção.

Artigo 5º - A elaboração do Plano Individual de Parto deverá ser precedida de avaliação médica da gestante, na qual serão identificados os fatores de risco da gravidez, reavaliados a cada contato da gestante com o sistema de saúde durante a assistência pré-natal, inclusive quando do atendimento preliminar ao trabalho de parto.

(...)

Assim, conforme dispõe o artigo 144, da Constituição Estadual, inobservado na hipótese, Estado e Municípios devem seguir, por simetria, os princípios da Constituição Federal, aí incluída a repartição de competências administrativas e legislativas decorrentes do pacto federativo.

A conclusão, portanto, é de que houve usurpação de competência legislativa da União, afrontando o disposto nos artigos 144 da Carta Bandeirante e 24, inciso XII, da Constituição Federal.

Posto isto, **julgo procedente** a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 17.137, de 23 de agosto de 2019. Comunique-se oportunamente à Augusta Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e ao Exmo. Governador, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.868/99.

ALEX ZILENOVSKI
Relator