



**PARECER DA COMISSÃO DE BIOÉTICA E BIODIREITO DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL (OAB) – SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO ACERCA (DA INCONSTITUCIONALIDADE) DO PROJETO DE
LEI ESTADUAL 416/2011, EM TRAMITAÇÃO NA ASSEMBLÉIA
LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:**

**EMENTA: PROJETO DE LEI ESTADUAL 416/2011. PROGRAMA
ESTADUAL DE PREVENÇÃO DE ABORTO E PREVENÇÃO AO
ABANDONO DE INCAPAZ. CRIAÇÃO DAS CASAS DE APOIO À
VIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS: “LEI
AUTORIZATIVA” – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO
DE PODERES – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS
CONSTITUCIONAIS DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL – ART.
112, II, *d*, da CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO -
INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA
EDITAR NORMAS SOBRE REGISTROS PÚBLICOS E NORMAS
GERAIS NA ÁREA DE SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL –
VIOLAÇÃO AOS ARTS. 22, I E XXV, 24, XIII E PARÁGRAFO
ÚNICO, 226, PARÁGRAFO 7º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA - CONTRARIEDADE OU REPETIÇÃO INÚTIL E
DESNECESSÁRIA EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NAS LEIS
FEDERAIS 6015/1973, 8069/1990, 8080/1990, 9263/1996 E 12435/2011.
INCONSTITUCIONALIDADES MATERIAIS: VIOLAÇÃO À
IGUALDADE E À VIDA PRIVADA – ART. 5º, CAPUT E INCISO X,
DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – DIREITO À ASSISTÊNCIA À
SAÚDE E À GESTAÇÃO COMO DIREITO SOCIAL DE TODA
GESTANTE E DE TODA MULHER E NÃO SÓ DAQUELAS
QUALIFICADAS PELO PROJETO – ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO
DIREITO E NÃO COMO AUTORIZAÇÃO PARA INVASÃO DA
PRIVACIDADE DA MULHER – JUSTAPOSIÇÃO OU USURPAÇÃO
DE ATRIBUIÇÕES CONFERIDAS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E
DO ADOLESCENTE AO CONSELHO TUTELAR E ÀS ENTIDADES
DA REDE REGULAR DE ENSINO. **PARECER PELA REJEIÇÃO DO
PROJETO DE LEI ESTADUAL 416/2011.****



Excelentíssimos (as) Senhores (as) Deputados (as),

A **Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro (CBB/OABRJ)** vem à presença de V.Exas., respeitosamente, apresentar suas considerações acerca do Projeto de Lei Estadual nº 416/2011, de autoria dos Deputados André Correa, Átila Nunes, Edino Fonseca, Edson Albertassi, Janio Mendes, Janira Rocha, Luiz Martins, Márcio Pacheco, Myriam Rios, Roberto Henriques, Rosângela Gomes, Sabino e Manuel Malafaia.

1. Considerações sobre o Projeto e sua tramitação

O Projeto de Lei Estadual nº 416/2011 propõe a instituição do Programa Estadual de Aborto e Prevenção ao Abandono de Incapaz, além de autorizar o Poder Executivo estadual a criar as Casas de Apoio à Vida. A proposição legislativa é dotada de quatro artigos, a seguir reproduzidos:

***Art. 1º** Fica instituído, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Programa Estadual de Prevenção ao Aborto e Abandono de Incapaz.*

***Art. 2º** Nas hipóteses de estupro, gravidez indesejada ou acidental, em que a mulher não dispor de meios e apoio para uma gestação segura, deverá o Poder Público:*

I - Oferecer toda assistência social, psicológica e prenatal, inclusive laboratorial, de forma gratuita por ocasião da gestação, do parto e período puerpério;

II - Conceder à mãe o direito de registrar o recém nascido como seu, ainda na maternidade, assumindo o pátrio poder e incluí-la nos programas de assistência, até que esta consiga suprir as necessidades da família;

III - Orientar e encaminhar através da Defensoria Pública os procedimentos de adoção, se assim for a vontade da mãe e da família;



IV - Instituir diretamente ou sob forma de convênio com os Governos Federal e Municipal, rede de atendimento à saúde da mulher.

Art. 3º O atendimento, acompanhamento e auxílio às gestantes será realizado em Casas de Apoio à Vida; dotados de assistentes sociais, psicólogos e médicos.

Parágrafo único Caso a mãe possua outros filhos em idade escolar, as casas tratarão de confirmar o cadastro dos mesmos nas redes de ensino.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A proposição legislativa mencionada foi apresentada no dia 5 de maio de 2011, sendo publicada no dia 6 de maio de 2011 e republicada no dia 27 de maio de 2011. A proposta deve ser distribuída para as Comissões de Constituição e Justiça; Assuntos relativos à Criança, Adolescente e Idoso; Defesa dos Direitos da Mulher; Saúde; Educação; e Orçamento, Finanças, Fiscalização Financeira e Controle¹.

Segundo seus autores, na justificativa do Projeto de Lei Estadual 416/2011, o Programa Estadual de Prevenção ao Aborto e Abandono de Incapaz objetiva fomentar o apoio a mulheres grávidas com dificuldades econômicas e sociais, através das Casas de Apoio à Vida.

2. Inconstitucionalidade do Projeto de Lei Estadual 416/2011. Aspectos formais. “Lei Autorizativa”. Violação ao Princípio da Separação de Poderes. Conflitos com a legislação federal vigente.

Inicialmente, cumpre destacar que toda proposta que tenha por objetivo a valorização da vida humana e a melhoria das condições sociais de mulheres e crianças merece uma menção respeitosa e pode, a depender de seus termos e de sua finalidade, contribuir para ampliar o bem estar individual e social. Mas para isso a proposta deve se

¹ Informações retiradas do site da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro: <http://www.alerj.rj.gov.br/processo3.htm>. Acesso em 2 de agosto de 2011.



coadunar, em seus aspectos formais e materiais, com os princípios e regras presentes na Constituição da República e na Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Por melhores que sejam as intenções declaradas pelos autores do Projeto de Lei Estadual 416/2011, é inevitável apontar inconstitucionalidades na proposição legislativa, decorrentes tanto de vícios formais quanto de vícios materiais, que tornam a proposta legislativa inadequada e impõem sua imediata rejeição pela Nobre Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro.

Como a própria ementa do Projeto de Lei 416/2011 ressalta, a proposição mencionada se apresenta como uma “lei autorizativa”, visto que a rigor compete ao Poder Executivo estadual a iniciativa legislativa voltada à criação e gestão de políticas públicas, inclusive o estabelecimento de diretrizes e políticas administrativas concernentes a programas e serviços, bem como a iniciativa de criação de órgãos e entidades públicas, ou seja, matérias que o Poder Constituinte – tanto o originário quanto o derivado – já lhe haviam confiado. Segundo entendimento de Sérgio Resende de Barros, Professor de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo:

Insistente na prática legislativa brasileira, a "lei" autorizativa constitui um expediente, usado por parlamentares, para granjear o crédito político pela realização de obras ou serviços em campos materiais nos quais não têm iniciativa das leis, em geral matérias administrativas. Mediante esse tipo de "leis" passam eles, de autores do projeto de lei, a co-autores da obra ou serviço autorizado. Os constituintes consideraram tais obras e serviços como estranhos aos legisladores e, por isso, os subtraíram da iniciativa parlamentar das leis. Para compensar essa perda, realmente exagerada, surgiu "lei" autorizativa, praticada cada vez mais exageradamente. Autorizativa é a "lei" que – por não poder determinar – limita-se a autorizar o Poder Executivo a executar atos que já lhe estão autorizados pela Constituição, pois estão dentro da competência constitucional desse Poder. O texto da "lei" começa por uma expressão que se tornou padrão: "Fica o Poder Executivo autorizado a...". O objeto da autorização – por já ser de competência constitucional do Executivo – não poderia ser "determinado", mas é apenas "autorizado" pelo Legislativo. Tais "leis", óbvio, são sempre de iniciativa parlamentar, pois jamais teria cabimento o Executivo se autorizar a si próprio,



muito menos onde já o autoriza a própria Constituição. Elas constituem um vício patente².

As chamadas “leis autorizativas” invadem competência material do Poder Executivo e usurpam-lhe iniciativa privativa (em verdade, exclusiva) de iniciar a tramitação de certos projetos de lei, notadamente aqueles que criam e estabelecem diretrizes para serviços públicos, os que instituem programas de ação governamental (os quais devem estar amparados no planejamento orçamentário que, por sua vez, é matéria de iniciativa prevalente do Poder Executivo, no que se refere as suas atividades) e aqueles que criam e instalam órgãos da Administração Pública, em todos os níveis federativos.

Não é outra a orientação consagrada no art. 112, inciso II, *d*, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que estabelece que são de iniciativa privativa (exclusiva) do Governador de Estado as lei que disponham sobre criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos do Poder Executivo. O uso do verbo “deverá” no *caput* do art. 2º não consegue afastar aquilo que a própria ementa do Projeto de Lei anuncia: o caráter “autorizativo” da lei³.

Fato é, que o PL 4416/2011, como lei “autorizativa”, configura uma usurpação direta de atribuições constitucionalmente inseridas na competência material do Poder Executivo, ou seja, tanto a instituição do programa, como a criação das Casas de Apoio à Vida, são inconstitucionais. Isso porque, as diretrizes administrativas, a formulação de programas no âmbito da gestão pública, a prestação de serviços e a criação de órgãos públicos, bem como a iniciativa legislativa concernente a estes temas,

² Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/leis-autorizativas.cont>. Acesso em 2 de agosto de 2011.

³ Cabe destacar que as aspas têm sido empregadas na medida em que, a rigor, as leis autorizativas propriamente ditas são aquelas previstas no art. 167, V, da Constituição da República, ou seja, as leis que autorizam a abertura de crédito suplementar ou especial, com a respectiva indicação dos recursos correspondentes. Dito de outro modo, as leis autorizativas são parte do processo legislativo orçamentário, daí porque as outras, ditas “autorizativas”, nada mais são do que invasões legislativas em assuntos de competência constitucional do Poder Executivo.

são prerrogativas que se inserem no âmbito das competências constitucionais do Poder Executivo.

O Projeto de Lei 416/2011 viola a separação de poderes definida no art. 2º da Constituição da República, notadamente o princípio da reserva da administração, que é caracterizado por Arícia Fernandes Correia como “um espaço autônomo – e, por isso, insubordinado – de exercício da função administrativa, normativa e concretizadora da tutela de direitos fundamentais, infenso à subrogação legislativa e jurisdicional”⁴.

Este entendimento pode ser corroborado em manifestações do Supremo Tribunal Federal acerca de violação da separação de poderes constitucionalmente consagrada em situações em que houve iniciativa parlamentar de lei em assuntos de competência material do Poder Executivo, conforme as ementas dos acórdãos a seguir transcritos:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 803/2004, do Estado do Amapá. Administração pública. Criação de escola pública. Iniciativa do Poder Legislativo. Incompetência legislativa. Matéria de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Ofensa ao art. 61, § 1º, II, "e", da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei que, de iniciativa do Poder Legislativo, crie órgão da administração pública (STF – ADI 3179/PR – Rel: Ministro Cezar Peluso – Julg: 27/05/2010).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI QUE ATRIBUI TAREFAS AO DETRAN/ES, DE INICIATIVA PARLAMENTAR: INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. C.F., art. 61, § 1º, II, e, art. 84, II e VI. Lei 7.157, de 2002, do Espírito Santo. I. - É de iniciativa do Chefe do Poder Executivo a proposta de lei que vise a criação, estruturação e atribuição de órgãos da administração pública: C.F., art. 61, § 1º, II, e, art. 84, II e VI. II. - As regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros. III. - Precedentes do STF. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (STF – ADI 2719/ES – Relator: Ministro Carlos Velloso – Julg: 20/03/2003).

⁴ CORREIA, Arícia Fernandes. **Sobre a existência do princípio da reserva administrativa**: reserva de administração e separação de poderes. In: A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil. Organização: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar: 2007, pp. 584-585.



Por hipótese, ainda que se pudesse argüir a ausência de violação à separação de poderes, haveria outra objeção de ordem formal com base na Constituição da República: a violação do princípio federativo, com a invasão de matéria de competência legislativa da União.

Com efeito, o art. 24, inciso XIII, da Constituição da República estabelece que compete concorrentemente à União, aos Estados federados e ao Distrito Federal legislar sobre proteção e defesa da saúde, inegavelmente o objeto deste Projeto de Lei. No âmbito das competências concorrentes, cabe à União Federal, na forma do art. 24, parágrafo 1º, estabelecer as normas gerais, ficando os Estados federados e o Distrito Federal com a atribuição de estabelecer normas específicas para atender às questões peculiares regionais e locais.

No caso da defesa e proteção da saúde, a União editou a norma geral: a Lei Federal 8080/1990, que dispõe sobre condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Mais especificamente sobre saúde sexual e reprodutiva, a União editou também a Lei Federal 9263/1996, que dispõe sobre o planejamento familiar, regulamentando o art. 226, parágrafo 7º⁵, da Constituição da República.

Com efeito, a Lei 9263/96 estabelece, no seu art. 3º, *caput*, que 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. Ademais, em seu art. 4º, *caput*, estabelece que planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

⁵ A redação do dispositivo constitucional mencionado é a seguinte: *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.*



Não bastasse isso, o parágrafo único do art. 3º da referida Lei de Planejamento Familiar estabelece que *“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: I - a assistência à concepção e contracepção; II - o atendimento pré-natal; III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis (...)”*.

Conclui-se, portanto, que: seja pela proteção e defesa da saúde em geral (Lei Federal 8080/1990), seja pela regulamentação do planejamento familiar constitucionalmente previsto, notadamente na questão da saúde sexual e reprodutiva (Lei Federal 9263/1996), a União exerceu amplamente a sua competência de editar normas gerais atinentes ao disposto no art. 24, XIII, da Constituição da República.

Dito de outro modo, o Projeto de Lei 416/2011 ao instituir o Programa Estadual de Prevenção ao Aborto e ao Abandono de Incapaz invade competência legislativa da União para legislar sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde. Desta forma:

- i) o Projeto de Lei 416/2011 é formalmente inconstitucional porque o Estado do Rio de Janeiro não pode editar normas gerais sobre este tema;
- ii) Ademais, tal Projeto é inútil e ineficaz (particularmente, o art. 2º, incisos I e IV), pois suas ações estão previstas na legislação federal concernente à defesa da saúde ou o alcance das medidas propostas é tímido e não atinge os objetivos delineados para a proteção da saúde, integral e reprodutiva, das mulheres, de modo que sua conversão em lei nada acrescenta, tornando uma peça legislativa sem valor prático e desprovida de sentido, visto que a prevenção ao aborto e ao abandono de incapaz deve estar inserida em políticas gerais de saúde integral e de saúde reprodutiva, o que Projeto de Lei 416/2011 não consegue alcançar



e, como explicado antes, não pode atingir à revelia ou de forma contrária à legislação federal de saúde.

Além de todos os problemas já apontados ao longo deste parecer, o Projeto de Lei 416/2011 também é inconstitucional porque cria despesa pública sem indicar as receitas orçamentárias legalmente previstas (violação do art. 165, parágrafos 5º, I, e 9º, art. 167, II e III⁶, e art. 168, todos da Constituição), além de estabelecer um programa de duração continuada sem previsão no Plano Plurianual estadual, em clara afronta ao art. 165, inciso I e parágrafo 1º⁷, violando, igualmente, os arts. 209, parágrafo 4º, e 211, incisos I e II, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Com efeito, o art. 3º do Projeto de Lei 416/2011, usurpando funções do Poder Executivo, não só cria o órgão público “Casa de Apoio à Vida” à revelia da iniciativa do Governador do Estado (em afronta ao art. 112 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), como “cria” e define a “lotação” nestes órgãos de cargos de médicos, psicólogos e assistentes sociais, sem definir qual será o regime jurídico do vínculo destes profissionais e, sem indicar a receita correspondente para a manutenção das despesas públicas decorrentes da instituição do Programa Estadual de Prevenção do Aborto e do Abandono de Incapaz.

Do ponto de vista das inconstitucionalidades formais, cabe anotar uma última objeção: o art. 2º, inciso II, é inconstitucional porque dispõe sobre matéria de competência privativa da União (art. 22, incisos I e XXV), na medida em que: registrar criança como sua já é direito (e um dever) garantido à mãe pelo Código Civil (arts. 9, I,

⁶ Art. 167 da Constituição da República: são vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro faz previsão equivalente nos seu art. 211, incisos I e II.

⁷ Art. 165, § 1º, da Constituição da República: a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. O art. 211, parágrafo 1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro dispõe, em sentido equivalente, que nenhum investimento, cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.



e 1603) e pela Lei de Registros Públicos⁸ (Lei 6015/1973), de modo que a Lei estadual não pode invadir estas esferas, sejam porque o Estado federado é incompetente para dispor sobre o tema, seja porque a União já legislou sobre o tema e, como destacado em passagem anterior, a repetição da legislação federal não só é inútil como ofende e melhor técnica legislativa.

No mesmo sentido, é totalmente desnecessária a previsão do art. 2º, inciso III, do Projeto de Lei 416/2011, pois o art. 88 da Lei Federal 8069/1990 já prevê a atuação integrada da Defensoria Pública com outros órgãos, jurisdicionais ou não, na execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vistas a sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas (no art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente), incluída entre elas a adoção.

3. Inconstitucionalidades materiais: violações ao direito à igualdade, à universalidade do acesso a saúde, ao direito à informação, e à vida privada e familiar.

A maior parte das objeções feitas ao Projeto de Lei estadual 416/2011 se refere a vícios formais em sua maioria decorrentes da violação da separação de poderes (com usurpação de competências do Poder Executivo estadual) ou de invasão da esfera normativa de atuação da União Federal.

No entanto, duas inconstitucionalidades materiais graves se mostram presentes em dispositivos específicos do Projeto de Lei 416/2011: o art. 2º, caput e inciso I, viola o princípio da igualdade; e o art. 3º, parágrafo único, viola o direito à vida privada e familiar.

⁸ Arts. 50 e 52, 2º, da Lei 6015/1973, interpretados em conformidade com o art. 5º, caput e inciso I, da Constituição da República.



No primeiro caso, há violação ao direito à igualdade previsto no caput do art. 5º da Constituição da República porque a assistência social, psicológica e prenatal, inclusive laboratorial, de forma gratuita por ocasião da gestação, do parto e período puerpério oferecida pelo inciso I do art. 2º do Projeto de Lei 416/2011 não pode ser oferecida somente às gestantes mencionadas no Projeto (aquelas cuja gravidez decorra de estupro, seja acidental ou indesejada), mas a toda e qualquer gestante e, em sentido mais amplo, a toda e qualquer mulher e cidadã.

O dispositivo mencionado da proposição legislativa em análise viola a igualdade formal, na medida em que trata de forma diferenciada pessoas em situação equivalente, ou seja, mulheres que não disponham de recursos para sustentar sua gestação de forma segura são negligenciadas por uma política pública, criando uma injustificável discriminação, ainda mais quando se sabe que os direitos sociais, incluindo o direito à saúde, são direitos fundados na idéia de universalidade de acesso e atendimento, de modo a garantir o gozo e a fruição como desdobramento dos princípios da cidadania e da dignidade humana (art. 194, parágrafo único, I, c/c art. 196, ambos da Constituição da República).

Nem mesmo o argumento de que o Projeto de Lei 416/2011 pretende proteger gestantes em situação de maior vulnerabilidade se justifica, eis que as políticas e medidas citadas no corpo do Projeto mencionado já estão previstas na legislação federal (Leis Federais 8080/1990 e 9263/1996). Como dito, portanto, o PL em exame ora repete, desnecessariamente, dispositivos de legislação federal, ora invade a competência da União Federal para editar normas gerais sobre proteção e defesa da saúde, na medida em que, se é necessária uma política para atender, de forma específica, certas gestantes em situação de risco social (o que o Projeto não faz, pois apenas cria um privilégio para as mencionadas gestantes no acesso a benefícios e prestações de saúde já existentes), esta política tem de ser veiculada por legislação federal, dada sua necessária abrangência nacional.



Além disso, o art. 2º, *caput* e inciso I, do Projeto de Lei 416/2011 viola a Lei Orgânica de Assistência Social, na medida em que, no caso da gravidez decorrente de estupro, não prevê o atendimento da mulher vítima de violência física sexual e o acesso ao seu direito ao aborto legal (que encontra respaldo no art. 128 , II, do Código Penal, que simplesmente se coaduna com a integridade psicofísica e a autonomia sexual da mulher, decorrentes da própria dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição da República).

Ressalte-se, inclusive, que a justificativa do Projeto não encontra fundamento na ordem jurídica brasileira quanto ao abortamento decorrente de estupro na medida em que, nesta hipótese, não há um crime a reprimir ou evitar, visto que o próprio Código Penal exclui o crime no art. 128, inciso II, como a própria Exposição de Motivos do Código Penal esclarece, ao comentar os crimes contra a vida: “Mantém o projeto a incriminação do aborto, mas **declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de gravidez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender**” (grifo nosso).

Esta omissão gera uma situação de desrespeito ao art. 2º, inciso III, da LOAS (com redação dada pela Lei Federal 12435/2011), que estabelece como objetivo da assistência social a defesa de direitos fundamentais da cidadania e o acesso a estes mesmos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais, além de violar o princípio previsto no art. 4º, inciso III, da LOAS: respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade.

Cabe ao Estado defender a dignidade da mulher e permitir-lhe, em caso de estupro, decidir pela continuidade ou não da gestação, conforme seus valores e sua autonomia individual, garantindo-lhe o direito de preservar o bem que julgar mais importante, sem interferências indevidas e sem coações. É dever do Poder Público assegurar, nos casos previstos no art. 128 do Código Penal, o direito da mulher de escolher em continuar ou não a gestação e fornecer os meios para tornar efetiva a



escolha de cada mulher vítima de estupro que vier a engravidar. Neste sentido, a Portaria 1508 do Ministério da Saúde regulamenta o procedimento para garantir o direito ao aborto legal no Sistema Único de Saúde.

O Projeto de Lei 416/2011 viola normas da Lei Orgânica de Assistência Social, ao não incluir medidas para garantir o direito à informação sobre a alternativa do aborto legal à mulher vítima de estupro e violência sexual, em conjunto com as medidas para garantir a continuidade da gravidez caso a mulher assim desejar.

O Poder Público estadual (Executivo e Legislativo considerados em conjunto) não inova quando poderia fazê-lo, ou seja, regulamentando o direito à informação e o do acesso ao serviço de abortamento legal no plano do sistema estadual de saúde, negligenciando direito da mulher, fundado nos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, assegurado por normas legais e regulamentares, descumprindo assim objetivos e princípios dos sistemas de saúde e de assistência social.

Finalmente, o art. 3º, parágrafo único, do Projeto em exame viola o direito à vida privada e familiar previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição da República, ao dispor que caso a mãe possua outros filhos em idade escolar, as casas tratarão de confirmar o cadastro dos mesmos nas redes de ensino.

A prosperar o dispositivo citado, as Casas de Apoio à Vida se constituiriam em verdadeira polícia dos costumes! Ao que tudo indica, a norma proposta parte de uma concepção de que uma mulher que esteja em situação de gestação decorrente de estupro, ou cuja gravidez seja acidental ou indesejada, é negligente quanto aos cuidados de seus filhos(as), gerando uma suspeição presumida sobre o comportamento da mulher que se encontra nestas situações e, em consequência, uma violação à sua vida privada e familiar.

A Constituição estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, inciso LVII), além de garantir o devido processo legal, com os corolários do contraditório e da ampla defesa



(art. 5º, incisos LIV e LV). Completando este amplo conjunto de garantias, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem extraído do art. 5º, inciso LXIII (direito de permanecer em silêncio) uma verdadeira garantia de não autoincriminação.

Como se vê, o PL propõe uma invasão indevida da vida privada, na medida em que a assistência social e proteção à maternidade são direitos sociais garantidos na Constituição (arts. 6º e 193) e não autorizações ilimitadas para que o Estado interfira na esfera individual de cada cidadã, censurando os comportamentos que entender destoantes da moral vigente.

A garantia da educação de crianças e adolescentes é importante e é um direito deles enquanto pessoas e cidadãos, mas isso se garante por outros meios que não pela supervisão moral paternalista da mulher que busca os serviços de saúde e de assistência social para obter o acesso a prestações que possam lhe garantir uma gestação mais segura. Há uma clara desproporção: a mulher, para ter acesso a um direito social, perde completamente o direito à autonomia e à privacidade, autorizando uma invasão sem limites dos agentes do Estado na sua vida.

Ademais, nem o projeto nem sua justificativa conseguem estabelecer uma explicação válida e razoavelmente fundamentada que explique a utilidade ou a necessidade do Estado intervir na abordagem acerca dos filhos ou filhas matriculados na rede regular de ensino e a proteção da saúde da gestante ou do(a) filho(a) – há desproporcionalidade completa entre o ônus sobre a vida privada e familiar da gestante, causado pela investigação sobre seus outros descendentes, e o ganho (nenhum) que isto traria para ela ou para a vida em gestação.

Este controle, além de ilegítimo, é desnecessário e inadequado: primeiro porque ninguém pode ser presumido culpado por uma ilicitude, é preciso que se prove que alguém cometeu um ilícito; segundo porque há desvio de finalidade: supondo que as Casas de Apoio à Vida seja um serviço legítimo de apoio a gestações em situação de

vulnerabilidade, não cabe a estes órgãos a supervisão e avaliação integrais do exercício da maternidade da mulher que procura estes serviços, as questões devem ser tratadas no plano dos direitos, individuais e sociais, da mulher, com foco no acesso à proteção à saúde e à assistência médica e psicológica – o que extrapolar este escopo deve ser tratado por outras instâncias.

Inclusive a atribuição para verificar se há o cumprimento pelos pais do dever exposto nos arts. 1634, I, do Código Civil (dever de educar os filhos) e 55 da Lei 8069/1990 (garantir do direito à educação da criança ou adolescente) compete primordialmente aos dirigentes dos estabelecimentos oficiais (públicos e privados) de ensino e ao Conselho Tutelar (arts. 54, 55, 56 e 136 da Lei 8069/1990), de modo que o art. 3º, parágrafo único, do Projeto de Lei 416/2011 cria uma justaposição de instâncias, invade competências de órgão administrativo já existente e previsto por lei federal e, em última análise, entra em conflito com disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de deturpar toda a rede de atendimento de saúde e assistência à gestante, transformando-a em polícia fiscalizadora da vida privada.

4. Conclusão

O Projeto de Lei estadual 416/2011 pode ter a nobre finalidade de estabelecer uma política de valorização da vida, mas encontra diversos problemas de constitucionalidade e juridicidade, a seguir sintetizados:

- i) inconstitucionalidades formais: viola a separação de poderes ao invadir esfera de atuação constitucionalmente reservada ao Poder Executivo, no que tocante à iniciativa e criação de órgãos, cargos, políticas e programas;
- ii) em decorrência do anteriormente exposto, viola o princípio da separação de poderes;

- iii) ainda na seara das inconstitucionalidades formais, há violação ao campo das competências legislativas reservadas pela Constituição da República à União Federal, quando o Projeto pretende legislar sobre registros públicos (invadindo competência legislativa privativa) e quando pretende dispor sobre aspectos de saúde e assistência social, invadindo o campo reservado à União para editar normas gerais sobre estas matérias, sem sequer dispor sobre questões estaduais específicas;
- iv) mesmo que não se concorde com o disposto anteriormente, todo o art. 2º do Projeto repete de forma inútil e desnecessária legislação federal vigente em matéria de saúde, assistência social, registros públicos e Defensoria Pública, isso quando não a contraria, o que reconduziria a proposição legislativa às inconstitucionalidades apontadas no item anterior;
- v) do ponto de vista orçamentário, o Projeto de Lei estadual 416/2011 é inconstitucional porque cria despesa sem receita e programa não previsto na Lei orçamentária estadual e no Plano Plurianual estadual;
- vi) no mérito, há inconstitucionalidades materiais na medida em que o Projeto reserva os benefícios que traz e o atendimento nas Casas de Apoio à Vida apenas para gestantes cuja gravidez decorra de estupro, seja indesejada ou acidental, quando a legislação federal estende estes direitos à toda e qualquer gestante e, mais do que isto, a toda e qualquer cidadã – há uma violação aqui da igualdade formal, subtraindo-se do alcance do atendimento e dos benefícios trazidos pelo Projeto quem dele devia constar; ademais, há invasão à privacidade da mulher que eventualmente procurar o atendimento nas Casas de Apoio à Vida, na medida em que a investigação acerca da situação de outros (as) filhos(as) foge à finalidade do órgão e da política que se pretende instituir, não traz benefício para a mulher ou para a vida em desenvolvimento na gestação, mostrando-se medida desnecessária, inadequada e desproporcional, além de induzir a presunção inconstitucional de que a mulher nas



circunstâncias mencionadas no Projeto não cumpriria as obrigações decorrentes do poder familiar com seus demais descendentes imediatos, o que viola o princípio da não culpabilidade e, ademais, cria justaposição e mesmo usurpação de atribuições previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente para o Conselho Tutelar e para as entidades regulares de ensino.

Em face do exposto, a Comissão de Bioética e Biodireito da OABRJ sugere, respeitosamente, aos Exmos. Srs. Deputados Estaduais que compõem a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a rejeição e o arquivamento do Projeto de Lei nº 416/2011, diante das inconstitucionalidades formais e materiais expostas ao longo do presente parecer, as quais configuram usurpação e invasão de competências de outros órgãos e entidades, violações a direitos garantidos em nossa Constituição Federal e repetição desnecessária e ineficaz de políticas e medidas já previstas na legislação.

Este é o parecer⁹.

Rio de Janeiro, 4 de agosto de 2011.

Maíra Fernandes

Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ

Bernardo Brasil Campinho

Membro da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ

Maria Beatriz Galli Bevilacqua

Membro da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ

⁹ Parecer aprovado e discutido pelos signatários e pelos demais integrantes da Comissão de Bioética e Biodireito da OABRJ, em especial **Heloisa Helena Barboza, Sergio Rego, Sonia Correa, Naara Luna, Jose Luis Pimenta, Naide Marinho, Carolina Altoé Velasco, Marilena Correa e Fernanda Bianco**.