

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº , DE 2011
(Do Senhor João Campos)

Susta a aplicação das Portarias nºs 1.707, de 18 de agosto de 2008, do Ministro da Saúde, e 457, de 19 de agosto de 2008, da Secretária de Atenção à Saúde, que instituem e regulamentam, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Fica sustada a aplicação das Portarias nºs 1.707, de 18 de agosto de 2008, do Ministro da Saúde, e 457, de 19 de agosto de 2008, da Secretária de Atenção à Saúde, que instituem e regulamentam, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão, anulando-se todos os atos administrativos expedidos com base nos dispositivos referidos.

Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

I – Preliminar

O atuante deputado Miguel Martini PHS/MG, apresentou no ano de 2008, o Projeto de Decreto Legislativo n.º1.050, com o mesmo objeto e propósito que agora faço, buscando zelar pelas prerrogativas do Congresso Nacional. Lamentavelmente a iniciativa daquele Parlamentar não tramitou com a regularidade merecida, ficando prejudicada a sua apreciação até o final daquela legislatura, restando tão somente o arquivamento no dia 31/01/2011. Considerando que o Dep. Miguel Martini não postulou a sua reeleição à Câmara Federal, restou prejudicado seu Projeto de Decreto Legislativo n.º1.050, visto não ser possível o seu desarquivamento na forma regimental. Portanto, dado a relevância da matéria tomei a iniciativa de reapresentá-lo.

II - Falência do Sistema de Saúde Pública

A imprensa, todos os dias, revela a total falência do sistema de saúde pública do país.

As pessoas portadoras de doenças graves enfrentam dificuldade para obter atendimento médico básico, diante da carência de recursos humanos e materiais neste setor.

Apesar da grave situação descrita, as Portarias nºs 1.707, de 18 de agosto de 2008, do Ministro da Saúde, e 457, de 19 de agosto de 2008, da Secretária de Atenção à Saúde, foram editadas possibilitando a cirurgia de mudança de sexo no Brasil, pelos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde (SUS).

Sem pretender entrar no mérito da questão, analisando a matéria apenas sob o aspecto técnico-jurídico, entendo que as referidas portarias estão fora do contexto, tendo em vista o elevado custo do mencionado procedimento cirúrgico.

Para aquilatar a complexidade e os valores que envolvem o tratamento das pessoas submetidas ao processo transexualizador, transcrevo, a seguir, algumas informações referentes à cirurgia em tela:

- O tratamento hormonal no período que antecede a cirurgia, destinado a pacientes com “excesso de pelos” (hirsutismo) ao custo de R\$ 62,40 por aplicação;
- Consultas com psicólogos, durante 2 (dois) anos, ao custo de R\$ 37,50 (a consulta);
- Retirada dos testículos (orquiectomia bilateral), amputação peniana e na construção de uma “neovagina” a partir da bolsa escrotal ao custo de R\$1.113,57, para pacientes até 75 anos;
- Cirurgia para alongamento das cordas vocais e redução do pomo de adão, com vistas à feminilização da voz ao custo de R\$ 398,55.

As referidas portarias tratam, ainda, da equipe mínima de saúde responsável pela realização desse procedimento, composta de um médico cirurgião, um anestesiolegista, um enfermeiro coordenador, técnicos de enfermagem e auxiliares de enfermagem em quantidade suficiente, além de um psiquiatra, um endocrinologista, um psicólogo e um assistente social.

Além disso, estes atos normativos dispõem sobre a atenção continuada, com a recomendação do uso contínuo de hormônios, por longos períodos de tempo e o acompanhamento pós-cirúrgico, que deve se estender por pelo menos 2 (dois) anos após a ocorrência do procedimento, podendo se manter por tempo indeterminado, caso o usuário do SUS opte pelo

acompanhamento psicológico, social, endocrinológico e, se possível, o fonoaudiólogo.

III - Ausência de Lei Disciplinando a Matéria

Indiscutivelmente, a questão do processo transexualizador (mudança de sexo), objeto das Portarias nºs 1.707/2008 e 457/2008, está relacionada à área da saúde pública.

A competência para legislar sobre saúde pública é do Poder Legislativo, conforme estabelece o inciso XII, do art. 24, da Constituição Federal.

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

*XII – previdência social, **proteção e defesa da saúde**. (grifei)*

Corroborando tal assertiva o art. 197, da Magna Carta, dispõe:

*Art. 197. São de relevância pública as ações e **serviços de saúde**, cabendo ao poder público dispor, **nos termos da lei**, sobre sua **regulamentação**, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (grifei)*

O legislador foi categórico ao afirmar que: a regulamentação dos serviços de saúde deve respeitar os limites estabelecidos na lei.

Acontece que até a presente data não existe nenhuma lei, no sentido estrito da palavra, ou seja, aprovada pelo Poder Legislativo, dispondo sobre o processo transexualizador.

Em outros termos, não existe nenhuma norma criando o direito a mudança de sexo e a obrigação de os órgãos públicos realizarem esta cirurgia no Brasil.

De fato, atualmente, existe apenas outro ato normativo que trata desta questão, qual seja: a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.652/2002, que possibilita a cirurgia de transgenitalismo.

IV - Limites do Poder Regulamentar

De outra parte, é inquestionável que as Portarias nºs 1.707/2008 e 457/2008 ultrapassaram os limites do poder regulamentar, na medida em que criaram direitos e obrigações.

De um lado, o direito a mudança de sexo, de outro, o dever da realização dessa cirurgia, imposto aos órgãos públicos.

O professor Hely Lopes¹ Meirelles define atos normativos do Poder Executivo como:

“Atos administrativos normativos são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os decretos regulamentares e os regimentos, bem como as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.”
(grifei)

Consoante lição ministrada pelo renomado constitucionalista, o objetivo dos atos normativos é esclarecer os mandamentos da lei.

Isto significa que os atos normativos devem apenas disciplinar a execução da lei.

Em nenhuma hipótese uma portaria ministerial pode se sobrepor a lei, criando direitos e obrigações.

Corroborando tal assertiva, o inciso II, do art. 5º, da Constituição da República, determina:

Art. 5º - ...

*II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa **senão em virtude de lei.*** (grifei)

O ordenamento jurídico vigente proíbe que os atos normativos se sobreponham a lei para preservar o princípio da tripartição dos poderes, consagrado no art. 2º, da Magna Carta.

*Art. 2º - São Poderes da União, **independentes e harmônicos entre si**, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

V - Preservação da Competência do Poder Legislativo

Com o objetivo de proteger a competência do Poder Legislativo, o ordenamento jurídico dotou o Congresso Nacional de instrumento adequado para suspender os efeitos dos atos administrativos que ultrapassem os limites do poder regulamentar.

Portanto, o presente projeto de decreto legislativo visa suspender, com base na competência do Congresso Nacional, prevista no inciso V, do art. 49, da Constituição Federal, a aplicação das Portarias nºs 1.707, de 18 de agosto de 2008, do Ministro da Saúde, e 457, de 19 de agosto de 2008, da Secretária de Atenção à Saúde, que instituíram e regulamentaram, no âmbito

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 1998, pág. 158.

do Sistema Único de Saúde (SUS), o processo transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.

Constituição Federal

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. (grifei)

No mesmo sentido dispõem o inciso XII e o § 2º, do art. 24, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que determinam:

Art. 24 – Às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, e às demais Comissões, no que lhe for aplicável, cabe:

*Inciso XII – **propor a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, elaborando o respectivo decreto legislativo;** (grifei)*

*§ 2º - As atribuições contidas nos incisos V e XII do caput **não excluem a iniciativa concorrente de Deputado.** (grifei)*

Sobre a matéria, José Afonso da Silva² esclarece que a competência prevista no inciso V, do art. 49, da Constituição Federal, tem:

*“Natureza de verdadeiro controle político de constitucionalidade, pois se o ato normativo (regulamento ou lei delegada) do Poder Executivo exorbita do seu poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa é porque contraria as regras de competência estabelecidas pela Constituição. Ou melhor, **contraria o princípio da divisão de Poderes.** Veja-se que o inciso só se aplica a atos normativos do Poder Executivo, não a atos do Poder Judiciário. **O preceito contém um meio específico de o Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa,** de sorte que para tais situações é a ele que se tem que recorrer, não ao disposto no inciso XI, que merecerá comentário abaixo. **O decreto legislativo apenas se limite a suspender a eficácia do ato normativo. Não se trata de revogação.** Suspende por ser inconstitucional. Mas o ato de sustação pode ser objeto de questionamento judiciário, inclusive com o argumento de sua inconstitucionalidade, desde que seja ele que exorbite da função do Congresso, invadindo, com seu ato, prerrogativas do Executivo”. (grifei)*

Vele lembrar que o inciso XI, do art. 49, da Constituição Federal, impõe ao Poder Legislativo o dever de zelar por sua competência.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

² SILVA, José Afonso da, *Comentário contextual à Constituição*, ed. Malheiros, 4ª. Ed., pág. 405.

XI – Zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes. (grifei)

Como bem ressaltou o ilustre jurista, a competência do Congresso Nacional é apenas a de sustar o ato normativo que extrapola a competência. Não lhe compete anulá-lo ou retirá-lo do mundo jurídico. Limita-se a sustar sua eficácia, até que o problema seja resolvido no âmbito do Judiciário.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, ao encarar o assunto, pôde solucioná-lo notavelmente. Por voto do Min. Celso de Mello deixou firmado que:

“O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua ‘contra legem’ ou ‘praeter legem’, não só se expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, inciso V, da Constituição da República e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)’ (AC-Agr-Qo 1.033/DF, dia 25 de maio de 2006) (grifei)

Em outras palavras significa que não podem os órgãos do Poder Executivo, a pretexto de regulamentar dispositivo legal, instituir obrigação primária ao nível das relações intersubjetivas. Se o fizerem, extrapolam os limites da sua competência, cabendo ao Legislativo sustar a aplicação de tais atos e ao Judiciário anulá-los quando inconstitucionais.

A competência de um não conflita com a de outro. A restauração da ordem jurídica, quando lesada, compete ao Poder Judiciário. No entanto, **não abdica o Legislativo de sua competência própria, que é a de fazer prevalecer os atos que emana em face de sua primazia constitucional, qual seja, criar obrigações novas.**

Outra questão importante é a que se refere ao alcance do inciso V, do art. 49, da Constituição Federal.

A doutrina questiona se o aludido preceito diz respeito apenas aos atos regulamentares expedidos pelo Presidente da República ou alcança a todo e qualquer ato emanado do Poder Executivo.

Inquestionavelmente, a interpretação há de ser ampla, isto é, o **alcance da sustação diz respeito a todo e qualquer ato do Poder Executivo**, em toda sua estrutura burocrática.

O entendimento que busca sedimentar a orientação de que apenas podem sustar atos do Presidente da República calca-se em argumento de interpretação literal, qual seja: o dispositivo ao falar em Poder Executivo estaria limitando a concepção à competência do Presidente da República.

Tal posicionamento prende-se à interpretação literal do dispositivo que o conecta à expedição de atos que extrapolem a delegação legislativa.

Evidente que a delegação legislativa apenas pode ocorrer ao Presidente da República, nos exatos termos do art. 68 da Constituição.

No entanto, o poder regulamentar compete a todas as instâncias do Poder Executivo.

VI - Conclusão

Concluí-se, portanto, que as Portarias nºs 1.707, de 18 de agosto de 2008, do Ministro da Saúde, e 457, de 19 de agosto de 2008, da Secretária de Atenção à Saúde, que invadiram a competência do Parlamento, podem ter seus efeitos suspensos, por intermédio de decreto legislativo.

À luz de todo o exposto, conto com o apoio dos nobres Pares no sentido de aprovar o presente projeto de decreto legislativo, para sustar os efeitos das Portarias nºs 1.707, de 18 de agosto de 2008, do Ministro da Saúde, e 457, de 19 de agosto de 2008, da Secretária de Atenção à Saúde, que instituíram e regulamentaram, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o processo transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.

Sala das Sessões, de março de 2011

JOÃO CAMPOS
Deputado Federal