



PROCURADORIA JURÍDICA

PARECER Nº 816

PROJETO DE LEI Nº 13.934

PROCESSO Nº 1.489

Assunto: PROJETO DE LEI SOBRE A PROIBIÇÃO DE REALIZAÇÃO OU CUSTEIO DE TRATAMENTOS OU PROCEDIMENTOS HORMONAIS E CIRÚRGICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO EM MENORES DE DEZOITO ANOS

PROCESSO LEGISLATIVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. COMPETÊNCIA UNIÃO. PROIBIÇÃO DE PROCEDIMENTO HORMONAL E TRANSGENITALIZAÇÃO EM MENORES DE 18 ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1- RELATÓRIO

De autoria do Vereador **ANTONIO CARLOS ALBINO**, o presente Projeto de Lei proíbe a realização ou custeio de tratamentos ou procedimentos hormonais e cirúrgicos de transgenitalização em menores de dezoito anos.

A propositura encontra sua justificativa às fls. 04/05.

É o relatório. Passa-se a opinar estritamente sobre os aspectos jurídicos.

2- FUNDAMENTAÇÃO

Conforme se extrai da propositura, o presente projeto de lei objetiva a vedação a hospitais e similares, públicos ou privados, a realizarem ou custearem tratamento hormonal e/ou procedimento cirúrgico para mudança de sexo ou gênero em menores de dezoito anos, no Município.

O projeto, neste caminho, está revestido de inconstitucionalidade e ilegalidade. Ao disciplinar matéria que está ligada a competência da União, bem como do Chefe do Poder Executivo. Vejamos.

2.1 – DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL





A CF assim define a seguridade social (art. 194, caput): “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Da leitura do art. 194 da CF percebe-se que a previdência social, a saúde e a assistência social integram os três ramos de atuação da seguridade social.

A CF, além de definir o gênero seguridade social, conceitua cada área de atuação da seguridade social. Dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em regra, caberá privativamente à União legislar sobre a seguridade social social, art 22, XXIII. Contudo, na forma do art. 24, XII, da CF/88, será concorrente a competência entre as entidades políticas legislar sobre a proteção da saúde.

Há, assim, uma aparente antinomia de dispositivos constitucionais, pois legislar sobre a seguridade foi conferido a União, enquanto a proteção à saúde foi entregue aos demais entes concorrentemente.

Neste particular, conforme a Doutrina, caberá a União legislar sobre as normas gerais do tema a serem completadas pelos demais entes políticos, conforme a suas particularidades regionais e locais, tendo em conta que todas as pessoas políticas devem atuar para realizar os direitos fundamentais na área da saúde.

Importante pontuar que, conforme o STF, os municípios também possuem a referida repartição concorrente, pois caberá a elas legislar sobre o interesse local, bem como suplementar a legislação federal e estadual no que couber, nos moldes do art. 30, I e II da CF/88.

Exercendo sua atribuição constitucional a União editou a lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e prestação dos serviços correspondente.

O art. 18 da referida norma estabelece quais são a incumbência do Município no que tange a temática. Vejamos:





Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

- I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;
- II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;
- III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;
- IV - executar serviços:
 - a) de vigilância epidemiológica;
 - b) vigilância sanitária;
 - c) de alimentação e nutrição;
 - d) de saneamento básico; e
 - e) de saúde do trabalhador;
- V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;
- VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;
- VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;
- VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;
- IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;
- X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;
- XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;
- XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Observamos, assim, que escape da competência municipal estabelecer normas sobre procedimentos cirúrgicos, já que não consta no rol de competência do art. 18. Assim, ao estabelecer a vedação para o tratamento hormonal, bem como cirurgia para os menores de 18 anos (art.1 do projeto de Lei 13.934/23), a norma ora debatida adentra na seara legislativa da União, ou seja, estabelece uma norma geral.

Com o propósito de corroborar com o entendimento, no dia 09 de janeiro de 2020, foi publicada no Diário Oficial da União, a Resolução – CFM nº 2.265/2019, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010.

Cabe pontuar que, conforme o STF, o CFM, assim como os demais conselhos profissionais, possui natureza jurídica de uma autarquia federal.

A resolução reduz de 18 para 16 anos a idade mínima para o início de terapias hormonais, estabelecendo regras para a realização de hormonioterapia,





ou seja, a norma regula o uso de medicamentos para o bloqueio da puberdade das pessoas maiores de 16 anos.

Segundo o conselho, as alterações protegem o paciente, pois evita procedimentos de transição inadequados e por conta própria, favorecem o acompanhamento integrado e proporcionam condições para a formação de profissionais que atendam o segmento.

2.2 – DA VIOLAÇÃO A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Postulado básico da organização do Estado é o princípio da separação dos poderes. Este dispositivo é tradicional do Estado de Direito assentado na ideia de que as funções estatais são divididas e entregues a órgãos ou poderes que as exercem com independência e harmonia, vedando interferências indevidas de um sobre o outro.

Todavia, o exercício dessas atribuições nem sempre é fragmentado e estanque, pois, observa a doutrina que “o princípio da separação dos poderes significa, portanto, entrosamento, coordenação, colaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada poder, ao lado de suas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferente natureza, ou prática certos atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência”.

Neste caminho, conforme o STF, aplica-se aos demais entes o disposto no art. 61, § 1º, II, da Constituição do Brasil – norma de reprodução obrigatória. No referido artigo é insculpido o princípio constitucional da reserva de administração que visa limitar a atuação legislativa em matérias sujeitas à competência administrativa do Poder Executivo.

Trata-se de princípio que prestigia a separação dos poderes, com o que se impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias de competência Executiva. Daí porque são formalmente inconstitucionais as leis, de origem parlamentar, que dispõem sobre provimento de cargos públicos e sobre matéria afeta à organização e ao funcionamento da Administração Pública

Conforme o art. 3 do projeto, será necessário que o menor que deseja realizar o procedimento o acompanhamento por psicólogo fornecido pelo





Município, devendo o acompanhamento ser realizado em conjunto com o Conselho tutelar (§1), tendo uma duração mínima de dois anos (§3).

A norma, nesse aspecto, adentra na seara reservada ao Chefe do Poder Executivo, qual seja, a sua organização, nos termos do art. 61, §1, II, da CF/88, ao prever incumbência para os servidores públicos municipais.

O STF constantemente julga inconstitucional lei de iniciativa parlamentar que verse sobre direitos e deveres dos servidores públicos. Existe, nessa situação, inconstitucionalidade formal subjetiva. Vejamos:

É inconstitucional lei estadual, de iniciativa parlamentar, que disponha sobre o regime jurídico dos servidores públicos e dos militares estaduais (seus direitos e deveres).

O art. 61, § 1º, II, “c” e “f”, da CF/88 prevê que compete ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de lei que trate sobre os direitos e deveres dos servidores públicos e sobre o regime jurídico dos militares. Essa regra também é aplicada no âmbito estadual por força do princípio da simetria.

STF. Plenário. ADI 3920/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 5/2/2015 (Info 773)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Lei nº 5.528, de 07 de outubro de 2019, do município de Mauá, que institui os princípios e diretrizes para o parto humanizado nos hospitais e equipamentos de saúde públicos ainda que gerenciados por organização social, bem como os particulares quando conveniados no âmbito do município e dá outras providências. princípio federativo. Competência normativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal. Procedência.

1-Processo objetivo. Causa de pedir aberta. Possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade por fundamento não apontado na inicial, qual seja, invasão de competência normativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal por lei municipal que dispõe sobre proteção à saúde da gestante e parturiente, à vista da ausência de interesse local. Violação ao princípio do pacto federativo (art. 144, CE/89).

2 - Lei Municipal que institui o Plano Municipal para a Humanização do Parto, e dispõe sobre a administração de analgesia em partos naturais de gestantes no Município. O Município é competente para legislar sobre a saúde pública com União e Estado, no limite de seu interesse local e deve se restringir à necessidade de suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não se verifica no caso. Lei Estadual que assegura o direito ao parto humanizado nos estabelecimentos públicos de saúde do Estado. Inexistência de lacuna na norma estadual a ensejar a suplementação da matéria. Impossível identificar interesse local como fundamento da permanência da vigência da lei municipal, pois ambos os diplomas legislativos têm o fito de resolver a mesma necessidade social consubstanciada em medidas adotadas no âmbito do SUS para garantir a realização do parto humanizado em suas unidades de





saúde. Vício de iniciativa.

3 - VIOLAÇÃO À INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO:

Ocorrência. Compete privativamente ao Alcaide a propositura de texto normativo voltado à organização e funcionamento da administração municipal no caso, da gestão da saúde pública municipal.

Inconstitucionalidade reconhecida no exercício da iniciativa pelos Edis (arts. 24, § 2º, n. 2, 47, XIX, "a", e 144, todos da CE/SP; art. 61, § 1º, II, e, c.c. art. 84, VI, "a", ambos da CR/88; Tema nº 917 da Repercussão Geral). Grifo Nosso.

Ademais, proposição em exame está revestida da condição de ilegalidade no que concerne à competência, que é privativa do Chefe do Poder Executivo, na medida em que dispõe sobre organização administrativa, conforme consta no art. 46, inc. III e IV, da Lei Orgânica de Jundiaí.

Art. 46. Compete privativamente ao Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:

III – regime jurídico, provimento de cargos e empregos, estabilidade e aposentadoria dos servidores;

IV – organização administrativa, matéria orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração;

2.3 - DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Considerando os elementos que foram erigidos pela nova norma, vale ressaltar a transgressão ao Princípio da Livre Iniciativa e Livre Concorrência, princípios estes fundamentais como descrito no artigo inaugural, IV, e art. 170 "caput", IV, da Constituição Federal. Como exteriorizada:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todo





existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

A Constituição estabelece, como princípio, a livre iniciativa. A lei não pode arbitrariamente retirar determinada atividade econômica da liberdade de empreender das pessoas, salvo se fundamento constitucional autorizar a restrição imposta. A edição de leis ou atos normativos proibitivos, pautada na exclusividade do modelo, não se amolda ao regime constitucional da livre iniciativa.

Em segundo lugar, a livre iniciativa significa livre concorrência. A opção pela economia de mercado baseia-se na crença de que a competição entre os agentes econômicos e a liberdade de escolha dos consumidores produzirão os melhores resultados sociais.

Deste modo, ao estabelecer uma vedação para rede privada, art. 1 “caput” do projeto, a norma adentra na gestão comercial do empresário e, por via de consequência, viola o princípio da livre iniciativa presente nos arts. 1 e 170 da CF/88.

3 – CONCLUSÃO

Diante do exposto, exclusivamente sob o espectro jurídico, entendemos que o intento do nobre autor expresso na proposta encontra-se eivado de vício de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Relativamente ao quesito mérito, pronunciar-se-á o soberano plenário.

4 – DAS COMISSÕES

Nos termos do art. 139, inc. I, do Regimento Interno da Edilidade, sugerimos a oitiva das Comissões de Justiça e Redação; Direitos, Cidadania e Segurança Urbana, bem como, da Comissão de Saúde, Assistência Social e Previdência.

QUÓRUM: maioria simples (art. 44, “caput” da L.O.J.).





Jundiaí, 24 de março de 2023.

Fábio Nadal Pedro

Procurador Jurídico

João Paulo Marques D. de Castro

Procurador Jurídico

Hiago F. C. Evangelista Vieira

Procurador Jurídico

Pedro Henrique O. Ferreira

Chefe do Setor de Projetos

Mariana Coelho do Amaral

Estagiária de Direito

Vinícius Augusto M. N. Soares

Estagiário de Direito

Gabriela Hapuque S. Silva

Estagiária de Direito



