



Registro: 2021.0000916200

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1019756-90.2015.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é apelante ESTADO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, são apelados BIANCA DA SILVA DO ROSÁRIO e DAVI DA SILVA DO ROSARIO.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V. U. Sustentou oralmente a Dra. Carolina Brambila Bega", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente), OSWALDO LUIZ PALU E MOREIRA DE CARVALHO.

São Paulo, 10 de novembro de 2021.

DÉCIO NOTARANGELI
RELATOR
Assinatura Eletrônica



VOTO Nº 32.520

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 1019756-90.2015.8.26.0506

COMARCA DE RIBEIRÃO PRETO

APELANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADA: BIANCA DA SILVA DO ROSÁRIO

Juiz de 1ª Instância: Lucilene Aparecida Canella de Melo

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – PROCEDIMENTO COMUM – OBRIGAÇÃO DE FAZER – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO À SAÚDE – CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL – FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO – ADMISSIBILIDADE.

1. O direito à vida e à saúde qualifica-se como atributo inerente à dignidade da pessoa humana, conceito erigido pela Constituição Federal em fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).
2. Cirurgia de redesignação sexual. Realização ou custeio pelo Poder Público. Cabimento. Submissão aos procedimentos prévios necessários demonstrada. Necessidade e hipossuficiência para custeio comprovada.
3. É cabível a imposição de multa diária, ou astreintes, a ente público para compeli-lo a fornecer medicamentos, e por extensão cirurgia e tratamentos, à pessoa desprovida de recursos financeiros (Tema nº 98 do STJ). Redução e limitação do valor total que se impõe. Pedido procedente. Reexame necessário e recurso providos, em parte.

Aos relatórios de fls. 291/292, 301, 336/337 e 371/373, acrescenta-se que o E. Órgão Especial julgou procedente o conflito e competente esta E. Câmara para conhecer do recurso. Anota-se a oposição ao julgamento virtual (fls. 314).

É o relatório.



Inicialmente indefere-se o pedido de efeito suspensivo à falta de demonstração da probabilidade de provimento do recurso, pelos fundamentos que adiante seguem.

Pese o inconformismo da apelante e já considerado o reexame necessário, merece confirmação, em sua maior parte, a r. sentença apelada.

Cuidando-se de pretensão fundada no direito à saúde, legitimado para figurar no polo passivo da relação jurídica processual é o Estado - entenda-se a União, Estados, Distrito Federal e Municípios - que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196 CF). Neste sentido o decidido, já há bastante tempo, pelo Colendo STF, em sede de repercussão geral, ao assentar o entendimento de que *"o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente"* (RE nº 855.178-RG/SE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/03/15, DJe 16/03/15).

Tratando-se de obrigação solidária de responsabilidade dos entes federados, é irrelevante, do ponto de vista processual, que a cirurgia seja realizada por hospital ligado ao Estado de São Paulo ou que a obrigação de seu fornecimento pelo SUS tenha sido reconhecida em ação civil pública movida em face da União. Ambas as rés são parte legítima para a ação.

Na questão de fundo, a Constituição Federal erigiu a dignidade da pessoa humana em fundamento do Estado Democrático de Direito da



República Federativa do Brasil (art. 1º, III). “Se é fundamento”, ensina José Afonso da Silva, “é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional” (*Comentário Contextual à Constituição*, 3ª ed., p. 38).

De igual modo, “os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais”, mesmo as decorrentes de limitações orçamentárias, pois “a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana” (STJ – AgRg no Resp nº 888.325-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15/03/07, DJU 29/03/07).

Dessa forma, legitimado está o Judiciário a dar eficácia aos direitos assegurados constitucionalmente para que sejam atendidas as finalidades máximas do texto constitucional: o bem-estar e a justiça social. Caso contrário, a própria ordem constitucional, em sua integridade e eficácia estaria comprometida, já que não restaria nenhum meio para compelir o Estado a adimplir as prestações que lhe foram impostas pela Constituição.

No caso, destaque-se ser incontroverso que a



apelada foi diagnosticada com o transtorno de identidade de gênero (CID 10 – F64), definido pela classificação internacional de doenças como *"um desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para seu corpo tão congruente quanto possível com o seu sexo preferido"*. Igualmente incontroverso o dever de o Estado fornecer, por meio do Sistema Único de Saúde - SUS, a realização do procedimento cirúrgico indicado.

Como bem salientado pela Defensoria Pública na resposta ao recurso, os documentos tardiamente apresentados pela apelante, juntamente com as razões recursais, não têm o condão de alterar a procedência do pedido. Deveras, a ação foi proposta em 2015, tendo a autora afirmado que desde fevereiro de 2011 realizava acompanhamento junto ao Departamento de Ginecologia e Obstetrícia do Hospital das Clínicas de Ribeirão Preto, sempre com o objetivo de realizar o procedimento cirúrgico objeto da ação. Ao contestar o feito, a Fazenda Pública reconheceu que a cirurgia é realizada pelo SUS e insistiu que a ação visava, exclusivamente, burlar fila de espera, em ofensa à isonomia, o que tornou incontroverso o fato da existência de acompanhamento no setor competente do Hospital das Clínicas da Comarca.

Assim, não havendo controvérsia quanto ao transtorno de identidade de gênero, ao dever estatal de realizar a cirurgia de redesignação e o acompanhamento junto ao Hospital das Clínicas, nenhuma alternativa havia além do julgamento de procedência do pedido formulado, pelos fundamentos expressos no início da fundamentação do julgado.

Descabido pretender, em sede recursal, imputar à



apelada responsabilidade pela não realização do procedimento, por suposta descontinuidade do acompanhamento com equipe multidisciplinar, quando já encerrada a fase instrutória e inviável apuração sobre a existência de abandono do tratamento ou as razões disso, em especial quando a documentação que fundamenta a afirmação da apelante corrobora ter havido acompanhamento por muitos anos, desde 2011, além do agravamento do quadro de saúde mental (depressão) da apelante (fls. 268/272).

Incensurável, assim, o decreto de procedência do pedido. Deveras, a autora é pessoa beneficiária da gratuidade da justiça e assistida pela Defensoria Pública, com necessidade premente de realização de tratamento cirúrgico de elevado custo, o que, em face da competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em assegurar o direito à vida e à saúde aos cidadãos necessitados, deve ser fornecido pelas rés.

Citem-se, no sentido deste julgado:

“REEXAME NECESSÁRIO – Ação de obrigação de fazer – Saúde – Cirurgia de redesignação sexual – Procedência – Admissibilidade - Direito fundamental amparado nos artigos 1º, III; 6º e 196 da Constituição Federal - Cumprimento das determinações legais e constitucionais que é dever do Poder Público – Necessidade e hipossuficiência para custeio demonstradas – Manutenção da sentença” (Remessa Necessária nº 1018820-34.2016.8.26.0602, 6ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Maria Olívia Alves, j. 31/08/2020).

“Apelação – Ação de Obrigação de Fazer – Cirurgia de redesignação sexual – Responsabilidade solidária dos entes estatais - Ofensa ao princípio da separação dos poderes não caracterizada – Dignidade da pessoa humana e direito à saúde – Fixação de multa diária para o caso de descumprimento – Possibilidade – Art. 497, CPC – Imposição de teto - Sentença de procedência mantida, com observação - Recurso desprovido” (Apelação nº 1002208-18.2016.8.26.0506, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ana Liarte, j. 13/06/2019).



“APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. Ação de obrigação de fazer c/c tutela antecipada. Realização de cirurgia de redesignação sexual. Sentença que julgou parcialmente procedente a ação. Réus FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO e UNICAMP. Repelida a alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Improcedência em relação à UNICAMP. Procedência em relação à FESP. Sentença que deve ser mantida visto que resguarda o direito à saúde do autor e o princípio da dignidade da pessoa humana. Alegação de objeções de cunho orçamentário. Não cabimento. Ingerência de Poderes. Não ocorrência. Recurso a que se nega seguimento, bem como ao reexame necessário, para condenar a Fazenda Pública do Estado a prestar ao autor todo o procedimento médico, terapêutico, de acompanhamento psicológico, endocrinológico e cirúrgico necessário à realização de sua transgenitalização, obedecidos os parâmetros e diretrizes fixados pelo Ministério da Saúde e pelas Resoluções do Conselho Federal e Regional de Medicina, com a preparação previa indispensável, ali prevista, no centro de referência adequado, em São Paulo o HCFMUSP, ou outro, se supervenientemente capacitado e assim indicar a Fazenda Pública” (Apelação / Remessa Necessária nº 0066738-75.2007.8.26.0114, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 11/06/2014).

“APELAÇÃO Transexualismo Acompanhamento médico e psicológico para posterior realização de cirurgia de redesignação sexual. 1. Carência de ação Inocorrência autor que demonstrou a necessidade da ação para satisfazer sua pretensão. 2. Tutela constitucional do direito à vida (artigos 5º, caput e 196 da Constituição Federal) Dever de prestar atendimento integral à saúde Violação ao princípio constitucional da separação dos poderes não configurada Mecanismo de garantia do efetivo exercício do direito. 3. Honorários advocatícios descabimento - Autor patrocinado pela Defensoria Pública Confusão entre credor e devedor verificada. Custas processuais Condenação Inadmissibilidade Isenção Inteligência do artigo 6º, da Lei nº 11.608/03 - Reexame necessário parcialmente provido” (Apelação nº 0004478-83.2012.8.26.0114, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Cristina Cotrofe, j. 09/04/2014).

No mais, há muito pacificado o cabimento da fixação de multa diária em face da Fazenda Pública. O Colendo STJ, no julgamento do Tema nº 98, assentou o entendimento no sentido da possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento. Na espécie, o valor foi fixado em R\$ 3.000,00 por dia, sem limitação, o que se revela



excessivo, devendo ser reduzida para R\$ 2.000,00 e limitada a sua incidência a cem (100) dias.

A limitação atende ao disposto na legislação processual, pois a despeito do caráter coercitivo das *astreintes*, para constranger devedor ao cumprimento da ordem, não pode a medida se transformar em fonte de enriquecimento sem causa em detrimento ao erário.

Por essas razões, dá-se parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso apenas para reduzir e limitar a multa diária, nos termos acima especificados, mantida, no mais, a r. sentença apelada.

DÉCIO NOTARANGELI

Relator