Registro: 2019.0000470216

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002208-18.2016.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que são apelantes ESTADO DE SÃO PAULO e PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO, é apelado MICHELLY VIEIRA DINIZ.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), FERREIRA RODRIGUES E RICARDO FEITOSA.

São Paulo, 13 de junho de 2019.

Ana Liarte
Relator
Assinatura Eletrônica

4ª Câmara – Seção de Direito Público

Apelação Cível nº 1002208-18.2016.8.26.0506
Comarca: Ribeirão Preto
2ª Vara da Fazenda Pública
Apelante: MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO
Apelada: MICHELLY VIEIRA DINIZ

Voto nº 20.515

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.

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer ajuizada por Michelly Vieira Diniz contra a Fazenda Pública do Município de Ribeirão Preto e a Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando a realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual.

A r. sentença de fls. 234/241 julgou procedente o pedido "para confirmar a tutela de urgência nos moldes acima deferida, o que o faço com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no art. 196 da Constituição Federal, determinando que as rés, de forma gratuita, realizem na paciente Michelly Vieira Diniz a Cirurgia de Redesignação Sexual, no prazo de 90 (noventa) dias, com o fornecimento, inclusive, de todos os insumos

necessários para tal", sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) por dia de atraso.

Apela o Município de Ribeirão Preto pretendendo a reforma do julgamento (fls. 244/253). Afirma ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, uma vez que as normas hierarquizadas do SUS atribuem aos Municípios apenas assistência primária, não podendo ser responsabilizado por uma cirurgia de alta complexidade como a requerida.

Regularmente processado o recurso, a Apelada apresentou contrarrazões (fls. 255/265).

É o relatório, adotado, quanto ao restante, o da sentença apelada.

O recurso não comporta provimento.

De acordo com os documentos juntados verifica-se que a autora é portadora de transtorno de identidade sexual (de gênero), tento iniciado tratamento hormonal no Ambulatório de Estudos em Sexualidade Humana (AESH) em 21 de novembro de 2012. Em 2015 manifestou o desejo de modificar o prenome (fls. 26 e 45).

O relatório médico de fl. 46, emitido em 3 de setembro de 2014, atesta que "desde o início do tratamento 9ª autora) relata contínuo sentimento de inadequação física e psíquica em relação ao sexo anatômico, aliado a uma identificação com o sexo oposto. Afirma sentir desconforto e

sofrimento persistente na vivência do papel social masculino, assim como relação a seus órgãos genitais e a suas características sexuais secundárias. (...) Afirma o desejo de viver com aparência do feminino e ser tratada socialmente como tal. Deseja ser submetida a cirurgia para feminização. Nota-se a recorrência de pensamentos relativos à realização de procedimentos que permitam a anulação de seus traços masculinos e sua transformação." Na oportunidade, foi anotado que a portaria do Processo Transexualizador do SUS exigia a permanência em psicoterapia e acompanhamento multidisciplinador pelo prazo mínimo de dois anos.

A autora permaneceu em tratamento por prazo superior a dois anos, já que o tratamento hormonal teve início em 2012 e permaneceu até, pelo menos, março de 2017 (fls. 41 e 60/62).

Portanto, mais do que comprovada a indicação e a necessidade da realização da cirurgia de mudança de sexo para a autora, que sofre com a falta de identidade sexual e não se reconhece no corpo que tem. Como bem assinalado pelo MM. Julgador, "*para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade. Sendo assim, diante do problema, acima de tudo, humano, trazido na presente ação, a solução que melhor se harmoniza com os preceitos constitucionais é o acolhimento integral da pretensão exposta na inicial. Vejamos. Afirmar a dignidade humana significa permitir que cada um manifeste sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, não só psicologicamente, mas também perante a sociedade. A personalidade é o direito à conservação e reconhecimento da livre atuação*

da personalidade em todas as suas direções, em todas as suas esferas, gerando um dever jurídico não só de abstenção, mas principalmente de respeito, para todos os membros da coletividade.".

O direito da autora está, portanto, estampado nos artigos 1º, III, e 196 da Constituição Federal, os quais estabelecem a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e a saúde como direito de todos e dever do Estado, em sentido amplo.

As disposições sobre o Sistema Único de Saúde não excluem a responsabilidade do Município, já que o artigo 23, II, da Constituição da República estabelece a partilha de atribuições na Federação, prescrevendo ser de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios *"cuidar da Saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência".* E ainda a Lei 8.080/90 (SUS) que lhe comete atribuições para a execução de programas de combate e tratamento de doenças. Também a Constituição Estadual, no inciso V, do artigo 223, atribuiu ao Sistema Único de Saúde a organização, fiscalização e controle da produção e distribuição dos componentes farmacêuticos básicos, medicamentos, produtos químicos, biotecnológicos, imunológicos, hemoderivados e outros de interesse para a saúde, facilitando à população o acesso a eles. Assim, diante da obrigação de assistência à saúde ser solidária e concorrente das três esferas de governo e suas respectivas autarquias, qualquer delas pode ser acionada pelos cidadãos em caso de necessidade.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Trata-se de recursos extraordinários, interpostos pelo Município de Vitória/ES e pela União, com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, da Seção Judiciária do Espírito Santo. Acórdão cuja ementa é a seguinte (fls. 193):

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. ACOMPANHAMENTO CLÍNICO E PSICOLÓGICO DESTINADO A AFERIR A VIABILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. COMISSÃO MULTIDISCIPLINAR. INTERRUPÇÃO. ALEGADOS ÓBICES AO PROSSEGUIMENTO. INCONSISTÊNCIA. CARÁTER TERAPÊUTICO. PROTEÇÃO À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, GARANTIA DE TRAMENTO ISONÔMICO. REVISÃO DE MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPERTINÊNCIA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Consagração da saúde como direito fundamental da pessoa humana, evidenciada pelos artigos 196 e seguintes da Constituição da República de 1988. **Solidariedade entre os Réus, todos legitimados, quanto à gestão das políticas de saúde e à responsabilidade pela sua implementação**. Competência da Justiça Federal. (...) 3. Conforme propriamente delineado, não há que se falar, no caso concreto, em revisão do mérito administrativo ou interferência indevida do Poder Judiciário sobre o juízo discricionário da Administração Pública, impondo-se, por seu turno, a proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como a restauração da isonomia, claramente comprometida em fundação da interrupção do programa, dotado de finalidade terapêutica, não estética. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido, para **condenar os Réus, solidariamente, a prosseguir o acompanhamento do paciente previamente cadastrado**, a ser empreendido por Comissão Multidisciplinar adequadamente composta, a quem caberá emitir o parecer a cerca da adequação física e psicológica necessária para a realização da cirurgia, a ser realizada, no caso da conclusão em sentido positivo, no HUCAM, em outro hospital público (porventura provido de melhores recursos) ou mesmo em estabelecimento privado, às expensas do SUS. 5. Sem condenação em custas ou honorários."

2. Pois bem, o Município de Vitória alega, em síntese, violação aos arts. 6º, 196 e 200 da Constituição Federal; e a União, ao art. 2º, ao caput do art. 37 e ao inciso I do art. 198, todos da Carta Magna.

(...)

> 4. Tenho que os recursos não merecem acolhida. De saída, observo que os arts. 6º, caput do art. 37 e 200 da Constituição da República não foram objetos de análise pelo aresto impugnado, não havendo sido opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão. É dizer: no ponto, o recurso carece do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356 do STF).
> 5. Quanto à questão de fundo, observo que entendimento diverso do adotado pelo aresto impugnado exigiriam o reexame da legislação infraconstitucional pertinente, bem como a análise do conjunto fático-probatório dos autos (Súmula 279 do STF), providências vedadas na instância extraordinária.
> 6. À derradeira, anoto que **o acórdão recorrido afina com a jurisprudência desta colenda Corte no tocante à extensão do direito à saúde**. Confiram-se, a propósito, os REs 195.192, da relatoria do Ministro Marco Aurélio; 223.835, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão; e 271.286-AgR, da relatoria do Ministro Celso de Mello. (...) (STF, RE 573061/ES, Rel. Min. Carlos Britto, j. 28/8/2009).

Nem se alegue a ingerência do Judiciário em poder discricionário do Executivo, posto que a decisão que assegura à parte o respeito a um direito é o simples exercício de fazer cumprir e respeitar as normas constitucionais e legais em vigor (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal). A esse respeito, tem-se por oportuna a transcrição de decisão proferida pelo C. Superior Tribunal de justiça (REsp 325337/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julg. 21/06/2001).

> *"1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que pretendeu ser obrigatoriedade do Estado* o fornecimento de medicamentos *para portadores, do vírus HIV. 2. No tocante à responsabilidade estatal no 'fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e consequências acarretadas pela doença. 3. É dever constitucional dai União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e -*

imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS. 4. Pela peculiaridade de cada caso e em face de sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96. 5. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por, prescrição médica, não padece de ilegalidade. 6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público. 7. Precedentes da Ia Turma desta Corte Superior. 8. Recurso improvido".

Nesse sentido já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

Ação ordinária Acompanhamento médico e posterior realização de ato cirúrgico denominado "redesignação sexual", em razão de "transtorno de identidade de gênero" Admissibilidade Dever do Estado Artigo 196 da Constituição Federal Precedentes Sentença de procedência da ação Multa diária arbitrada, no entanto, com razoabilidade Manutenção - Desprovimento de todos os recursos, considerado interposto o oficial, para manter a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos. (Apelação nº 1019019-53.2016.8.26.0506, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Osvaldo Magalhães, j. 10.12.2018).

OBRIGAÇÃO DE FAZER Cirurgia de transgenitalização Recurso da FESP Legitimidade "ad causam" Reconhecimento Responsabilidade dos entes políticos em relação ao acesso à saúde Não se trata de impor obrigação à pessoa jurídica que não fez parte da relação jurídicoprocessual, mas viabilizar o tratamento em hospital vinculado ao Poder Público Prejudiciais afastadas. Recurso improvido. (Apelação nº 0003407-11.2014.8.26.0297, 10ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Leme de Campos, j. 14.8.2017).

Cirurgia de Trangenitalização autor que tem disforia de gênero (identidade cruzada) biologicamente do sexo masculino, mas apresenta identidade do sexo feminino - necessidade da cirurgia

> dignidade da pessoa humana - sentença de procedência em grau recursal manutenção da sentença honorários mantidos Recurso voluntário não provido. (Apelação nº 1015395-48.2014.8.26.0576, 12ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Venicio Salles, j. 17.5.2017).

Anoto que, considerando o prazo razoável fixado na sentença e que a autora se submete a tratamento hormonal desde 2012, além de inexistirem outros requisitos pré-operatórios a serem preenchidos, de rigor a manutenção da sentença, que fixou o prazo de noventa dias para a realização do procedimento.

Por fim, quanto à multa fixada, não assiste razão à Municipalidade. Tratando-se de Ação de Obrigação de Fazer, possível a fixação de multa diária pelo descumprimento, como forma de coerção ao adimplemento.

O artigo 497 do Código de Processo Civil permite que o juiz imponha providências que assegurem a obtenção da tutela, como a imposição de multa diária para incentivar o cumprimento da tutela específica de obrigação de fazer, não excepcionando a Fazenda Pública.

É certo que as prerrogativas que beneficiam as Fazendas Públicas em razão da supremacia do interesse público são exceções, motivo pelo qual devem ser expressamente previstas em lei. Assim, não há falar em impossibilidade de cominação de multa diária para a hipótese de descumprimento de obrigação determinada judicialmente.

O valor está adequadamente fixado, considerando a

urgência e necessidade da realização do procedimento cirúrgico em questão, devendo ser fixado, apenas, o teto máximo de cem mil reais. O instrumento deve atender à finalidade de incentivar o cumprimento da obrigação de fazer e, ao mesmo tempo, evitar o enriquecimento sem causa da parte.

Em tais condições, nega-se provimento ao recurso, com a observação do teto fixado para a multa diária imposta no caso de descumprimento.

Em razão da sucumbência recursal, majoro os honorários advocatícios do patrono da autora para R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do artigo 85, §11, CPC.

Ana Liarte

Relatora