Registro: 2023.0001050936

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2263784-30.2023.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante JENNY MYERS OLIVEIRA, são agravados MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª 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 ALVES BRAGA JUNIOR (Presidente sem voto), EVARISTO DOS SANTOS E SIDNEY ROMANO DOS REIS.

São Paulo, 4 de dezembro de 2023.

SILVIA MEIRELLES
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento: 2263784-30.2023.8.26.0000
Agravante: JENNY MYERS OLIVEIRA
Agravados: ESTADO DE SÃO PAULO e outro
Juiz: ADRIANO MARCOS LAROCA
Comarca: SÃO PAULO
Voto: 21.715 - R*

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – Realização de cirurgia – Tutela de urgência indeferida em primeiro grau – Pretensão de reforma – Impossibilidade - Ausência do requisito legal do *periculum in mora* – Manutenção da r. decisão - Recurso desprovido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão de fls. 66, dos autos de origem, que indeferiu a tutela de urgência, consistente na realização de cirurgia plástica mamária reconstrutiva bilateral, incluindo prótese de silicone bilateral, e cirurgia de redesignação sexual.

Sustenta a agravante, em síntese, haver a necessidade urgente de realização das cirurgias, ante a sua disforia de gênero, o que põe em risco seu estado psicológico e clínico. Ademais, a documentação acostada aos autos demonstra a probabilidade do direito, ante sua maioridade, acompanhamento médico por período superior a um ano e indicação unânime dos procedimentos cirúrgicos requeridos. Tais procedimentos são considerados essenciais para o desenvolvimento de sua personalidade e garantia da dignidade humana e, de acordo com a ADI 4275, nenhum tipo de parecer ou laudo psicológico ou psiquiátrico se faz necessário, uma vez que o Poder Judiciário reconhece a transexualidade como expressão e legítimo exercício dos direitos de

personalidade, e não como doença.

Assim, requer a reforma da r. decisão.

O efeito ativo foi negado a fls. 12/14.

Contraminuta a fls. 27/32 e 42/48.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

O artigo 300, *caput*, do novo Código de Processo Civil, dispõe que:

> *"A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo".*

O que se extrai do texto legal é que, para a concessão da tutela de urgência, pressupõe-se a existência da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

Conforme bem leciona o professor Cássio Scarpinella Bueno *"a despeito da conservação da distinção entre 'tutela antecipada' e 'tutela cautelar' no CPC de 2015, com importantes*

reflexos procedimentais, é correto entender, na perspectiva do dispositivo aqui examinado, que os requisitos de sua concessão foram igualados. Não há, portanto, mais espaço para discutir, como ocorria no CPC de 1973, que os requisitos para a concessão da tutela antecipada ('prova inequívoca da verossimilhança da alegação') seriam, do ponto de vista da cognição jurisdicional, mais profundos que os da tutela cautelar, perspectiva que sempre me pareceu enormemente artificial. Nesse sentido, a concessão de ambas as tutelas de urgência reclama, é isto que importa destacar, a ***mesma probabilidade do direito além do mesmo perigo de dano ou risco ao resultado útil ao processo."*** (*in* "Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC − Lei n. 13.105", de 16-3-2015).

Assim, verifica-se que necessário se faz a presença de ambos os requisitos legais: probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, o que não se verifica no presente caso.

Isto porque, de acordo com o documento médico acostado aos autos de origem (fls. 32), verifica-se que a agravante possui "*sintomas ansiosos e traços comportamentais de risco relacionados a disforia de gênero*", havendo "*urgência no encaminhamento ao cirurgião plástico, considerando impacto psíquico causado pela divergência entre sexo biológico e identidade de gênero*", contudo, não restou demonstrada a urgência na realização das cirurgias pleiteadas, mormente por se tratar de procedimento eletivo.

Assim, não se mostra prudente, nesta fase processual, antecipar os efeitos da tutela sem antes oportunizar o contraditório e a ampla defesa da parte agravada, ressaltando-se que a concessão da tutela de urgência implica em irreversibilidade da medida, eis que a realização da cirurgia esgota o pedido em si.

Assim, ausente um dos requisitos autorizadores (*periculum in mora*) para a concessão da tutela de urgência, de rigor a manutenção da r. decisão agravada.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões do *decisum*, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do NCPC (STJ. EDcl no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 - Info 585).

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso.

SILVIA MEIRELLES

Relatora