

RESPONSABILIDADE DO SUS EM FORNECER CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL FRENTE AO CONFLITO ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Gabrielle Lima Rangel de Araujo¹; Erika Kubik da Costa Pinto²

RESUMO

O presente artigo trata da responsabilidade dos entes públicos em fornecer a cirurgia de redesignação sexual de forma gratuita, por meio do Sistema Único de Saúde. A portaria nº 1.707 de 2016 do Ministério da Saúde, assegura o fornecimento da cirurgia, porém sem efetividade, sendo necessária a busca da tutela jurisdicional para assegurar tal direito. O artigo analisa a dignidade da pessoa humana, que garante o direito dos transexuais a realizarem a cirurgia de redesignação sexual, em contrapartida com o princípio da reserva do possível, argumento usado pela Fazenda Pública, nas decisões judiciais, para justificar a relativização de políticas públicas e o não provimento deste direito.

Palavras-Chave: Cirurgia de redesignação sexual. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da reserva do possível.

ABSTRACT

This article discusses the responsibility of public entities to provide gender reassignment surgery free of charge through the Unified Health System (SUS). Ministry of Health Ordinance nº 1707/2016 guarantees the provision of such surgery; however, its effectiveness is limited, often requiring judicial intervention to secure this right. The article examines the dignity of the human person, which ensures transgender individuals the right to undergo gender reassignment surgery, juxtaposed with the principle of the “reserve of the possible,” an argument used by the Public Treasury in judicial decisions to justify the limitation of public policies and denial of this right.

Keywords: Gender Affirmation Surgery. The Principle of Human Dignity. The Principle of Reserve for Contingencies.

1 ARAUJO, Gabrielle Lima Rangel de. Discente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Serra dos órgãos- UNIFESO.

2 Doutora em Ciência Política. Advogada membro da Comissão de Justiça de Transição da OAB/RJ. Professora do Programa de Pós-graduação em Estudos Estratégicos da Segurança e da Defesa (PPGEST - INEST/UFF).

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a responsabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS) em fornecer cirurgia de redesignação sexual, tema que gera grande debate político e social.

O transexual possui a identidade de gênero divergente do seu sexo biológico atribuído ao nascimento, em virtude deste descompasso, busca a transformação do seu corpo, por meio de tratamentos hormonais ou intervenções cirúrgicas, para que assim, sinta-se identificado e correspondido na identidade de gênero ao qual acreditam pertencer.

Esta mudança é essencial para sua saúde, bem como para seu bem-estar físico e psicológico, uma vez que a garantia constitucional assegurada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Todo ser humano tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade, conforme elenca o art. 11, §1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Brasil, 1992).

A portaria nº 2.803 do Ministério da Saúde, publicada em 19 de novembro de 2013, determina que o Sistema Único de Saúde deve fornecer a cirurgia de redesignação sexual, ou seja, mudança de sexo, para a população transexual (Brasil, 2013).

Ocorre que, além do processo transexualizador demandar diversos requisitos, como acompanhamento psicológico durante dois anos, é escasso o número de profissionais e hospitais especializados, o que pode gerar décadas em um fila de espera para realizar tal procedimento.

Em decorrência dos fatos supramencionados, os transexuais buscam o judiciário para obter o acesso a este procedimento, as decisões proferidas pelos magistrados geram grandes divergências que cabem ser expostas: de um lado há a análise dos princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e o direito social à saúde, em contrapartida com decisões que valoram a reserva do possível, ou seja, a observância das questões orçamentárias estatais.

Portanto, o intuito deste artigo é entender e evidenciar as dificuldades que a população transexual encontra para a realização da cirurgia de redesignação sexual pelo Sistema Único de Saúde, enfatizando a ineficiência deste fornecimento, e a falta de promoção de políticas públicas para a comunidade LGBTQIAPN+ em virtude de demasiado preconceito.

A pesquisa usou a jurisprudência e a doutrina como fontes para mostrar a incompatibilidade de alguns magistrados em negar o direito à cirurgia com base no princípio da reserva do possível em detrimento da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde.

1. TRANSEXUAIS

Para a compreensão desta pesquisa, alguns termos devem ser especificados. Sexo se refere às características biológicas, interligada às características físicas, como cromossomos e órgãos sexuais. Gênero, por sua vez, corresponde às características construídas ao longo de uma vida, muitas vezes correlacionadas com os fatos sociais de determinada cultura. Corroborando para esse entendimento, afirma Simone de Beauvoir (1967, p. 09) “não se nasce mulher, torna-se”.

Nesse mesmo desdobramento, a orientação sexual relaciona-se a uma atração emocional, afetiva ou sexual por pessoas de gêneros distintos, do mesmo gênero, ou até de indivíduos com mais de um gênero. Por sua vez, a identidade de gênero está relacionada com aquilo que o indivíduo sente internamente, podendo ser o sexo de seu nascimento, ou não; assim como também pode envolver modificação de sua aparência ou função corporal, por intervenções estéticas ou cirúrgicas. Em um conceito mais abrangente, podemos entender que:

A identidade de gênero se refere à percepção subjetiva de ser masculino ou feminino, conforme atributos ou papéis convencionalmente estabelecidos para homens e mulheres. Ou seja,

a maneira como uma pessoa se sente, se identifica, se apresenta para si mesma e para outros, e como é percebida. A identidade de gênero de uma pessoa não deve ser confundida com seu sexo biológico ou sua orientação sexual. Por exemplo, uma pessoa com o corpo biológico característico de um sexo pode ter seu gênero de escolha a sua identidade social opostos aos de seu sexo biológico (transgênero); uma pessoa pode se identificar com um gênero diferente daquele que lhe foi imposto desde o nascimento, chegando a – mas não necessariamente – modificar seu corpo por cirurgia reparadora de mudança de sexo (transexual ou travesti); e outra pessoa pode apresentar sexo biológico ambíguo no nascimento, por exemplo, ter traços das duas genitálias (intersexual). Nem sempre a identidade de gênero corresponde ao sexo biológico ou à sexualidade tradicionalmente estabelecida como “normal” (Vieira *et. al.*, 2017, p. 69).

A população transexual, por não se identificar pelo gênero que foi atribuído em seu nascimento, foi historicamente marginalizada, estigmatizada e violentada, simplesmente por ser diferente e não seguir o padrão que lhe foi imposto.

Segundo Flávio Tartuce (2019, p. 86), durante muito tempo, os transexuais eram enquadrados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como portadores de patologia, sendo descrito como “um desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação e ao autoextermínio”, sendo incluso no Código Internacional de Doença (CID), 10.F64, no qual eram tratados pelo termo transexualismo.

Desde junho de 2018, data na qual a OMS atualizou o Código Mundial de Doenças (CID), a transexualidade deixou de ser tratada como um problema psíquico. Ocorre que apesar desta grande evolução, ela não foi totalmente “extinta” como enfermidade, tendo em vista que passou a constar como uma incongruência de gênero.

É inegável o resquício de uma sociedade preconceituosa e estigmatizante, no qual o discurso de ódio prolifera, emanando ideias cada vez mais intolerantes. E tudo isso fundamentado em argumentos desguarnecidos, reflexo de uma concepção tradicional, de pensamento arcaico e religioso. Como resultado, de acordo com a ONG *Transgender Europe* (TGEu), o Brasil é o país que mais mata Travestis e Transexuais no mundo, alcançando ao menos o número de 868 homicídios, entre 2008 e 2016 (MORENO, 2018, *on-line*).

Cabe consignar, que de acordo com a ONG, a média de vida de uma pessoa Trans no Brasil é de 35 anos, sendo certo que este número é abaixo da expectativa geral de outros países (Moreno, 2018, *on-line*).

Nancy Fraser (2001, p. 285-293), em seu artigo *From redistribution to recognition Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age*, discorre sobre as injustiças que ocorrem na sociedade, delimitando estas em dois grupos: injustiças econômicas e injustiças culturais. Ela explica que a sexualidade não está ligada às injustiças econômicas, tendo em vista que os homossexuais estão distribuídos em diversas classes da sociedade, mas está totalmente ligado ao privilégio heterossexual que se encontra enraizado na sociedade, em virtude da construção de normas que sempre o valorou ao longo da história. Assim, criou-se o estigma de que homossexuais eram objetos para serem envergonhados, violentados, pois eram inferiores aos heterossexuais.

Em razão da falta de reconhecimento, esses foram negados de proteções igualitárias e direitos, complementando Fraser que os homossexuais também sofrem no campo econômico, como no caso de irem para o mercado de trabalho e não conseguirem emprego em virtude de seu gênero. E essa questão decorre da injustiça cultural, que é anterior.

1.1 A IDENTIDADE DE GÊNERO COMO INTEGRANTE DA DIGNIDADE HUMANA

Em uma digressão histórica, ao analisar o campo jurídico, é possível perceber que o positivismo trouxe um cenário propício para o capitalismo se estabelecer, pois foi através desse modelo político que as leis eram regidas e aplicadas pura e simplesmente, trazendo, assim, estabilidade econômica. Tempos mais tarde, o povo começou a sofrer as consequências jurídico-políticas que esse sistema gerava, e isso propiciou movimentos sociais de reivindicação. Como resultado, os estados começaram a introduzir na constituição textos que beneficiassem a sociedade.

O primeiro a introduzir foi a Constituição Mexicana (1917) e depois a Constituição Alemã (1919). Nesse momento da história, começa a surgir articulações de estruturas dominantes dentro do positivismo jurídico. Surgem governos populistas que concediam direitos sociais, principalmente para a classe trabalhadora, mas que manipulavam o legislativo para que fizessem leis para seu próprio benefício (pão e circo), e esse sistema jurídico-político incentivou o holocausto.

Quando o mundo sofre as atrocidades da Guerra, as pessoas passam a pensar no outro. Há uma reflexão sobre o destino das gerações futuras e fica claro que o sistema político dominante não pode mais vigorar. Surge a necessidade de se criar uma órbita de proteção à pessoa humana, que estivesse, inclusive, acima da soberania dos Estados, e que a dignidade da pessoa humana fosse fator limitante ao poder político e objetivo principal para os estados se guiarem.

Com o surgimento da Constituição Federal de 1988, o cenário jurídico começa a introduzir questões morais. Não bastava apenas a norma, era necessário que os preceitos estivessem abertos para aplicação da lei a cada caso particularizado, obedecendo à análise de todos os elementos que compõem a relação. No campo jurídico, ultrapassa-se as fontes normativas, com seus princípios e cláusulas gerais. Agora, é preciso compreender e solucionar o conflito, respeitando os valores consagrados pelo ordenamento constitucional.

Compreende-se, dessa forma, que o neoconstitucionalismo transformou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não se tratando mais de um mero preceito resguardado por um documento político, mas sim lei máxima, servindo como regra de conduta a todos os países, independentemente de qualquer hierarquia estabelecida. E como princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, assegura e impõe a todos os estados promoção de direitos básicos e fundamentais à proteção todo cidadão, protegendo-os constitucionalmente de qualquer tipo de injustiça ou opressão.

Sobre este princípio Daniel Sarmiento (2016, p. 98) comenta:

O princípio da dignidade, que tem o campo de incidência extremamente amplo, vincula o Estado e os particulares e envolve prestações positivas e negativas. Ele desempenha múltiplas funções em nosso ordenamento: é fundamento moral do Estado e do Direito, diretrizes hermenêuticas de todo o sistema jurídico, norteará a ponderação de interesses, parâmetro de validade dos atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados na Constituição. A dignidade humana é assegurada através dos direitos positivados na Constituição, mas também por meio da incidência direta do rincão da dignidade sobre a ordem jurídica e relações sociais.

Por certo houve grandes conquistas para a comunidade LGBTQIAPN+, no qual a dignidade da pessoa humana foi o principal responsável por efetivá-las. Além disso, novas conquistas estão sendo garantidas, como é o caso da possibilidade de alteração do sexo no registro civil. Diante da discussão o Superior Tribunal de Justiça validou o ato, ressalvado a não necessidades de cirurgia de redesignação sexual para tal alteração, decisão da quarta turma, no Recurso Especial - REsp 1.626.739/RS, mas frisa que a averbação deve ser feita no assentamento da certidão de nascimento original, sendo

proibida qualquer menção, mesmo que sigilosa, do seu sexo biológico, nos termos do Art. 109, §6, da Lei nº 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos (Tartuce, 2019, p. 85 e 86).

Nessa compreensão, posiciona-se o ministro Luis Felipe Salomão (STJ, Recurso Especial nº 1.626.739 – RS, Data do Julgamento 09/05/2017):

Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais). 9. Sob essa ótica, devem ser resguardados os direitos fundamentais das pessoas transexuais não operadas à identidade (tratamento social de acordo com sua identidade de gênero), à liberdade de desenvolvimento e de expressão da personalidade humana (sem indevida intromissão estatal), ao reconhecimento perante a lei (independentemente da realização de procedimentos médicos), à intimidade e à privacidade (proteção das escolhas de vida), à igualdade e à não discriminação (eliminação de desigualdades fáticas que venham a colocá-los em situação de inferioridade), à saúde (garantia do bem-estar biopsicofísico) e à felicidade (bem-estar geral). 10. Consequentemente, à luz dos direitos fundamentais corolários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, infere-se que o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da cirurgia de transgenitalização, para muitos, inatingível do ponto de vista financeiro (como parece ser o caso em exame) ou mesmo inviável do ponto de vista médico.

Nos argumentos supracitados, o ministro faz menção à felicidade, um princípio implícito na Constituição Federal, no qual o Artigo 10 da lei maior da Coreia do Sul conceitua como, “todos têm direito a alcançar a felicidade, atrelando esse direito ao dever do Estado em confirmar e assegurar os direitos humanos dos indivíduos” (Souza; Ramos; Cordeiro, 2018, p. 114). Este instituto está sendo utilizado como argumento jurídico pelo judiciário em demandas com maior complexidade, no qual normas ou princípios colidem, com a finalidade de assegurar o melhor interesse e a dignidade da pessoa humana na lide.

Visualiza-se, como nunca, a identidade de gênero sendo cada vez mais encontrada em novas e revolucionárias decisões jurídicas e sociais, tendo em vista sua integração com a dignidade da pessoa humana. E foi com essa finalidade que surgiu a Portaria nº 1.707/GM/MS, de 18 de agosto de 2008 e a Portaria nº 457/SAS/MS, de 19 de agosto de 2008 do Ministério da Saúde, no qual o processo transexualizador foi instituído pelo Sistema Único de Saúde. Contudo, essas portarias apenas restringiram-se a procedimentos hospitalares e serviços prestados em hospitais universitários (Brasil, 2008).

Tendo em vista a grande demanda da população LGBTQIAPN+ e sua reivindicação pela ampliação nos atendimentos especializados, foi instituída a Portaria nº 859/2013, no qual programou cuidados específicos, desde a atenção básica à especializada. Ampliou, ainda, serviços ambulatoriais mais bem estruturados, não focando só na cirurgia, de acordo com o Ministério da Saúde. No entanto, diante da falta de instaurações e protocolos para o seu regular exercício, tal portaria foi revogada. Desde então vigora a Portaria nº 2.803/GM/MS, no qual o seu artigo 2º, III, discorre:

Art. 2º São diretrizes de assistência ao usuário (a) com demanda para realização do Processo Transexualizador no SUS:

III- integração com as ações e serviços em atendimento ao Processo Transexualizador, tendo como porta de entrada a Atenção Básica em saúde, incluindo-se acolhimento e humanização do atendimento livre de discriminação, por meio da sensibilização dos trabalhadores e demais usuários e usuárias da unidade de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana, em todos os níveis de atenção (Brasil, 2013, *on-line*).

2. DIREITO MÍNIMO OU O DIREITO INVOLÁVEL? O CONFLITO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Parece duro que, pela falta de habilidade quer não consegue superar, apesar de todos seus esforços, um artesão passe fome. Parece duro que um trabalhador, incapacitado pela doença de competir com os mais fortes, tenham que suportar privações. Parece duro que viúvas e órfãos sejam deixados à própria sorte, para que lutem pela sua vida ou morte. Mas, quando observados não de modo isolado, mas em conexão com os interesses universais da humanidade, essas duras fatalidades parecem ser da mais elevada benevolência (Spencer, 1958, p. 137 *apud* Sarmiento, 2016, p. 189).

O texto supramencionado é do filósofo inglês do século XIX, Herbert Spencer, que possuía a ideia no qual o Estado não poderia interferir na vida das pessoas mais vulneráveis, sustentando que qualquer tipo de promoção para que estes tivessem o mínimo de dignidade, deveria ser repelida, com o argumento que apenas os mais aptos deveriam sobreviver, sua filosofia adotou o nome de darwinismo social (Sarmiento, 2016, p. 190).

Apesar das ideias de Spencer serem propagadas em diversos âmbitos, a garantia jurídica do mínimo existencial é completamente inversa à filosofia do darwinismo social, é notório que o Estado e a sociedade devem sim, proporcionar meios para que os mais necessitados tenham condições de ter uma vida digna, que possuam o mínimo para sua existência (Sarmiento, 2016, p. 190).

Daniel Sarmiento (2016, p. 191) afirma que apesar de muitas doutrinas apontarem um jurista alemão como o responsável pela primeira formulação jurídica do direito ao mínimo existencial, esta foi elaborada pelo brasileiro Pontes de Miranda, em 1933, utilizando-se da terminologia “mínimo vital”, que é compreendida por estar inserido nos “novos direitos dos homens”, consistindo em ser um direito público subjetivo à subsistência, que fundava-se no indispensável à vida, como alimentação, vestimenta e habitação. Ressalvava que não havia o porquê do homem pedir ao homem, se humilhando de certa forma, este que passava necessidade deveria cobrar do Estado, pois esse possui o dever.

Em um cenário pós-segunda Guerra Mundial na Alemanha, Otto Bachof projetou a ideia que existe um direito fundamental ao mínimo existencial, sendo esta reconhecida pelo Tribunal Administrativo Federal em 1954, em união ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na decisão do Tribunal Constitucional Germânico, em 1975, este direito foi afirmado e vigora até a atualidade. Com isto foi propagado esta ideia para diversos países, com algumas variações, porém seguindo o mesmo conceito, sendo ratificado por seus tribunais constitucionais ou supremas cortes, sendo países como Portugal, Índia e Colômbia adotantes deste princípio (Sarmiento, 2016, p. 191-192).

Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 34) faz uma importante distinção referente ao conteúdo e alcance do mínimo existencial na Alemanha. O primeiro, este denomina como o mínimo existencial fisiológico, que seria a garantia do básico e essencial para a sobrevivência de um indivíduo, o segundo, seria o mínimo existencial sociocultural, que vai além da proteção básica, objetiva a igualdade na vida social e cultural. Segundo orientação doutrinária e jurisprudencial na Alemanha, o mínimo existencial está ligado diretamente ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana, tendo em vista a proteção do mínimo necessário para a sobrevivência, como alimentação, vestimentas, saúde e abrigo, elementos extremamente necessários para subsistência. Já o denominado mínimo existencial sociocultural está interligado com o princípio do Estado Social e na igualdade que diz respeito ao conteúdo material

No Brasil não há uma previsão expressa na Carta Magna sobre o mínimo existencial, tendo em vista que o entendimento é a não necessidade de um rol taxativo, uma vez que ele é decorrente da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, visando à ideia que este último só será assegurado quando a população possuir uma vida saudável, inclusive esta ideia tem sido identificada por

alguns doutrinadores como núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sendo este “blindado” contra qualquer intervenção do Estado e da sociedade (Sarlet, 2013, p. 35-38).

Cabe consignar que podemos perceber este princípio elencado, aos direitos sociais expostos em nossa constituição, como o direito à saúde, à moradia, previdência social, salário-mínimo, assistência social e dentre outros (Sarlet, 2013, p. 37). Ressalta-se que o núcleo essencial desses direitos citados, não é o mesmo para cada, então é necessária a contextualização e interpretação. Este fenômeno ocorre porque é impossível a taxatividade do mínimo existencial, pois um elenco de “posições positivas e negativas correspondem ao mínimo existencial” (Sarlet; Figueiredo, 2008, p. 26 *apud* Wang, 2009, p. 312).

De acordo com Ana Paula Barcelos (*apud* Wang, 2009, p. 312) o mínimo existencial não pode ser enquadrado em apenas um rol, sendo definido apenas por casos específicos, isso iria contra o próprio conceito que é amplo, ele deve ser analisado individualmente, porém não deve ser esquecido o que já foi conquistado, como por exemplo, a inclusão da educação fundamental, da assistência aos hipossuficientes de ter avesso à justiça dentro de seu conteúdo.

Em um julgamento proferido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 18 de julho de 1972, surgiu à expressão “reserva do possível” (*numerus clausus*). Neste caso foi analisada a constitucionalidade das Leis estaduais de Hamburg e Baviera, que limitava uma certa quantidade de vagas para o curso de Medicina, alegando que este ato estava em descompasso com Art. 12, I de sua Lei Fundamental, que dispunha sobre a liberdade dos alemães em poder escolher sua profissão e exercê-la profissionalmente (Castro, 2016, p. 70).

O principal argumento alegado era que a delimitação do número de vagas, acabava não deixando a pessoa escolher livremente a sua profissão, tendo em vista que algumas pessoas não poderiam esperar a abertura de novas vagas, por esse fenômeno acabava escolhendo outro curso. Já o Tribunal, entendeu que o número de estudantes de Medicina em Baviera e Hamburg era extremamente alto, não perfazendo a necessidade de novas vagas (Castro, 2016, p. 71).

In casu foi compreendido a desnecessidade de prover recursos públicos para a promoção de mais vagas no curso de medicina, com o fundamento que não atenderiam os interesses prioritários da coletividade, conforme este recuo do referido julgado (Schwabe, 2005, p. 662-663 *apud* Castro, 2016, p. 72):

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. [...] Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. [...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.

Schwabe (2005, p. 663 *apud* Castro, 2016, p. 72-73), concluiu que o julgamento supramencionado se baseou no princípio da razoabilidade, uma vez que a criação de maior possibilidade de ingresso no curso de medicina seria benéfica a apenas um grupo da população, sendo que já existia uma grande quantidade de vagas, sendo desnecessário a utilização de recursos públicos, mesmo que existentes, para esta situação. Ressalta-se que em nenhum momento é utilizado o argumento sobre a incapacidade econômica do Estado, apenas ao princípio da razoabilidade, sendo o exposto o entendimento originário sobre a reserva do possível.

É passível de observação que o conceito deste instituto está atrelado a limitação da promoção de direitos sociais em benefício estatal, sempre observando o critério da proporcionalidade e razoabilidade. Mister salientar que a ideia originária está atrelada a analisar o caso fático em prol do melhor interesse coletivo, sendo assim não há no que se falar em apenas disponibilidade financeira estatal.

Quando a referente ideia começa a ser implementada ao ordenamento jurídico brasileiro, esta vem com um conceito diferenciado ao que foi implementado na decisão originária na Alemanha, sendo observado apenas a capacidade financeira do Estado. Por consequência, políticas públicas em prol da sociedade são limitadas às consequências financeiras que poderão acarretar aos cofres públicos, Ana Carolina Lopes Olsen disserta (Silva, 2010, p. 844):

Verifica-se que no Brasil a doutrina da reserva do possível sofreu algumas modificações, não sendo aplicada exatamente nos mesmos termos em que foi desenvolvida na Alemanha. Ao que parece, a preocupação inicial com a proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar para a questão da disponibilidade de recursos, o custo dos direitos (grifo nosso).

Cabe consignar que é importante a visão que a teoria foi implementada em um país com a realidade, cultura e situação financeira totalmente diferente do Brasil, aqui ainda possuem muitos direitos fundamentais que estão surgindo, e este princípio acaba prejudicando o crescimento destes. Krell (2002, p. 52 *apud* Castro, 2016, p. 75) expõe sobre este princípio não atender os direitos da sociedade:

Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e socioeconômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade. O mundo “em desenvolvimento” ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas transladadas dos países ricos. Assim, a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.

É oportuno que seja feita a flexão sobre a legitimidade do Judiciário em decidir sobre a capacidade financeira de diversos entes federativos, sendo que o Judiciário e o Executivo não possuem diálogo sobre questões orçamentárias, ocorre que a reserva do possível, virou uma desculpa para não promover política pública (Castro, 2016, p. 74).

Ricardo Lobo Torres (2009, p. 84 e 110, *apud* Castro, 2016, p. 76) faz a reflexão de que os direitos sociais podem estar condicionados a reserva do possível, porém os direitos fundamentais, por estarem inseridos no mínimo existencial e condicionados a dignidade da pessoa humana, em nenhum momento poderia ser utilizado a reserva do possível.

Cabe consignar que a falta de recurso não pode ser um impasse para a proteção do mínimo existencial a saúde, Canotilho (2003, p. 481 *apud* Castro, 2016, p. 79) explica:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social

A efetividade dos direitos fundamentais sociais encontra como impasse para a sua efetividade a reserva do possível, que justifica a escassez dos recursos públicos, assim José Eduardo Faria (2002, p. 99 *apud* Silva, 2010, p. 859) adverte:

[...] o entendimento que ainda hoje prevalece é que “sem a devida regulamentação” por meio de uma lei complementar, esses direitos e essas prerrogativas têm vigência formal, mas são materialmente ineficazes “uma vez que não são capazes de gerar vínculos de direitos subjetivos. Nessa esteira, boa parte da jurisprudência ainda considera que, diante da omissão do Legislativo, não é dado ao juiz, arvorando-se em legislador, criar o direito novo para caso concreto, sob pena de violar o princípio da independência dos poderes. O mesmo autor conclui que “a magistratura brasileira tem desprezado o desafio de preencher o fosso entre o sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade, em nome da “segurança jurídica” e de uma visão por vezes ingênua do equilíbrio entre os poderes autônomos.

É necessário que o Estado se programe financeiramente, para poder cumprir com os direitos fundamentais sociais elencados na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o poder público deve assegurar a efetividade dos objetivos expostos, até porque existe o princípio do não retrocesso. Sergio Alves Moreira (2008, p. 11 *apud* Silva, 2010, p. 859) complementa:

A Teoria da Reserva do Possível é condicionada pelas disponibilidades orçamentárias, porém os legisladores não possuem ampla Liberdade de Conformação, pois estão vinculados ao Princípio da Supremacia Constitucional, devendo implementar os objetivos estabelecidos na Constituição de 1988, que se encontram no art. 3º., dentre outras normas-objetivo.

A questão da insuficiência de recursos financeiros para efetivar as necessidades humanas e sociais, decorre de opções de seus administradores, decisões políticas e precisam ser refletidas com maior seriedade, com o pensamento que investindo o dinheiro público em uma área, como festividades ou propagandas institucionais, provavelmente irá faltar em outra, no qual pode ser mais benéfico à população, como um sistema de saúde e educação com maior qualidade (Silva, 2010, p. 860-861).

3. ANÁLISE SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Na Constituição Federal de 1988, é exposto em seu artigo 6º e 196 que a saúde está incluída no rol de direitos sociais, bem como que o Estado deve assegurar à toda população o seu direito a usufruir da saúde pública, sendo certo que está intimamente atrelada a dignidade da pessoa humana. Entenda:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196 - 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 (Brasil, 1988).

Com a ascensão da Carta Magna de 1988 foi criado o Sistema Único de Saúde, no qual busca não se limitar apenas em resolver enfermos, atendendo casos de baixa, média e alta complexidade, proporcionando assim uma melhor qualidade de vida a todos, sem descriminalização, buscando por meio de políticas públicas, promover desenvolvimento econômico e social, bem como diminuir a desigualdade regional.

O Sistema Único de Saúde possui três princípios basilares, de acordo com o Portal da Saúde do Governo, o primeiro é a Universalização, que parte da premissa que a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas, onde cabe ao Estado fornecer o acesso aos serviços de forma gratuita para todos, independentemente de sexo, raça, ou características pessoais. O segundo princípio trata-se da equidade, no qual o maior objetivo é diminuir a desigualdade, uma vez que apesar de todos possuírem o direito ao serviço, as pessoas não são iguais e em virtude disto, possuem necessidades distintas, conclui-se que é tratar desigualmente os desiguais, perfazendo um maior investimento nos locais

onde a carência é menor. O último princípio é a Integralidade, no qual demonstra a importância da integração de ações, como prevenção de doenças, promoção da saúde, tratamento e a reabilitação, pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, a fim de assegurar que diferentes áreas tenham repercussão na saúde, gerando uma maior qualidade de vida a todos.

Lamentavelmente a realidade da saúde pública do Brasil é diferente do que é proposto no texto constitucional, está ainda é ineficaz e não consegue suprir toda a demanda no qual a população necessita, faltando por exemplo leitos nos hospitais e medicamentos. A escassez de procedimentos essenciais, muitas vezes pode ser fatal e ocasionar óbitos.

Em razão da ineficácia de conseguir os insumos e tratamentos necessários, à população necessita buscar o judiciário para buscar colocar em prática os seus direitos fundamentais, seja dos procedimentos mais simples aos mais complexos, gerando assim uma grande quantidade de demandas diariamente.

Então com um laudo médico solicitando o procedimento que deve ser feito, as vezes sem as descrições necessárias, o magistrado deve analisar a situação e formular a sua decisão. Muitas das vezes este pleito vem com um pedido de tutela antecipada, ou seja, um mecanismo processual no qual de forma mais rápida é decidida a questão, tendo em vista a urgência da demanda (Carlini, 2010, p. 7.056 e 7.057).

Apesar do Sistema Único de Saúde realizar a cirurgia de redesignação sexual, a realidade novamente é a ineficácia do fornecimento, apresentando uma grande fila de espera (OAB-RJ, 2019, *on-line*).

De acordo com o Ministério da Saúde, até setembro de 2018, apenas dez estabelecimentos ofertavam o processo Transsexualizador pelo Sistema Único de Saúde, no qual inclui atendimentos ambulatoriais e hospitalares, é certo que seis dessas unidades se concentram na região sudeste.

Ressalta-se que em uma matéria publicada pelo G1, em agosto de 2018, apenas cinco hospitais habilitados na rede pública, realizavam a cirurgia de redesignação sexual no país, obtendo mais de trezentos transgêneros na fila de espera (OAB-RJ, 2019, *on-line*).

Ademais, a discrepância geográfica dificulta o acesso ao processo transsexualizador, necessitando uma programação financeira para conseguir se deslocar até os locais que realizam esses atendimentos. Em razão destes impedimentos, muitos buscam outras formas de realizar a sua transição, como utilizarem hormônio sem acompanhamento médico, colocando em risco a própria vida (Rocon *et al.*, 2019, *on-line*).

Não obtendo alternativas, em razão da grande demora e dificuldades de realizar este procedimento, muitos buscam o judiciário para conseguirem efetivarem o que está exposto na Constituição Federal, o direito a saúde. É passível de observação, a seguinte jurisprudência do TJ-SP:

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 (TJSP, Apelação nº 0066738-75.2007.8.26.0114, Relator Desembargador Oswaldo Luiz Palu, Data do julgamento: 11/06/2014, 9ª Câmara de Direito Público).

É necessário analisar que na jurisprudência supramencionada, que a reserva do possível não prevalece em contraposto à dignidade da pessoa humana, o Estado não possuir recursos financeiros suficientes, não é argumento para deixar de promover políticas públicas. É possível reafirmar este pensamento, com a decisão da Segunda Câmara Cível do TJ/RJ:

Apelação Cível. Direito à saúde. Transexual. Cirurgia de redesignação sexual. Disforia de gênero. Processo Transexualizador que integra o rol de procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS). Portarias nos 475/08 e 2.803/13 do Ministério da Saúde. Efetivação do direito constitucional à saúde (arts. 6º e 196 das CRFB), na esteira das Leis nos 8.080/90 e 8.142/90. Ao ente público é vedado se furtar à concretização daquilo que espontaneamente deveria proporcionar, máxime quando se verifica o devido equilíbrio, razoabilidade e observância dos preceitos constitucionais no comando jurisdicional que exige do Poder Executivo a disponibilização ou a melhoria na qualidade dos serviços públicos que lhe cabe prestar. Município que agiu em descompasso com a legislação de regência, esvaziando por completo a política pública de promoção e efetivação do direito à saúde que se materializa no Processo Transexualizador. Jurisprudência do STF e do TJRJ. Provimento do recurso (TJRJ, Apelação nº 0018216-43.2011.8.19.0026, Relator Desembargador Paulo Sergio Prestes, Data do Julgamento 11/02/2015, 2ª Câmara Cível).

Ocorre que nem sempre, os magistrados seguem o entendimento supramencionado, sendo este o caso do processo 0333793-24.2015.8.19.0001, que tramita no 1º Juizado Especial Fazendário da Capital (RJ), nesta demanda a autora narra que faz acompanhamento psiquiátrico no Hospital Universitário Pedro Ernesto desde 2010, e foi inscrita no processo Transexualizador, porém até hoje não foi realizado a cirurgia de redesignação sexual, o pedido de tutela antecipada e condenação do Estado para realizarem tal procedimento no prazo de 30 dias, foi deferido em primeira instância:

M.P.S propôs esta ação em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, declara-se transexual e no contexto de sua identidade de gênero, manifesta o desejo expresso de submeter-se ao processo transexualizador a fim de conformar suas características anatômicas ao gênero com o qual se identifica. Afirma que em 2010 iniciou acompanhamento psiquiátrico no HUPE - Hospital Universitário Pedro Ernesto - e foi inscrita no Programa Transexualizador oferecido pelo hospital. Durante o acompanhamento regular recebeu o 'diagnóstico' de disforia de gênero, CID 10 F641, e desde então aguarda vaga para se submeter à cirurgia de readequação sexual, já que seria inviável a realização do procedimento pela rede de saúde privada, dado o elevadíssimo custo do procedimento. Salienta que o processo transexualizador, disciplinado como uma política oficial do Sistema Único de Saúde por meio da Portaria nº. 2.803/13, só possui quatro centros médicos credenciados pelo Ministério da Saúde para sua realização, dentre eles, o Hospital Universitário Pedro Ernesto, sendo a única unidade de saúde habilitada a realizar as cirurgias de transgenitalização no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Devido ao escasso número de recursos face à demanda da população LGBT, atualmente o HUPE não tem suportado o fluxo de pessoas interessadas em inserir-se no processo transexualizador. Pretende, portanto, que o réu forneça o procedimento cirúrgico reclamado - cirurgia de transgenitalização e, ainda outros de que venha a necessitar, desde que relacionados à condição da transexualidade (CID 10 F 64) A antecipação de tutela foi deferida determinando que os réus realizem a cirurgia de transgenitalização. O Ministério Público, à fl.160 opinou favoravelmente ao pedido formulado à fl. 110, devendo o Estado do Rio de Janeiro custear a cirurgia da parte autora a ser realizada por médico particular. Já às fl.162, a decisão que antecipou a tutela foi revogada, sendo interposto agravo de instrumento pela Defensoria Pública. A Turma Recursal conheceu do Agravo de Instrumento, mas negou provimento, mantendo a decisão agravada. Em sua segunda manifestação, opinou o Ministério Público pela improcedência do pedido. Inicialmente se afasta a preliminar suscitada pelo primeiro réu, haja vista a adoção da teoria da asserção e a presença das condições para o regular exercício do direito de ação presente na narrativa trazida pelo autor. Em sua contestação, o Estado do Rio de Janeiro sustentou a necessidade de ser observada a ordem de atendimento. O Sistema Único de Saúde, implantado pela Lei 8.080/90, compreende, por definição própria, um conjunto integrado de ações e serviços prestados nos âmbitos federal, estadual e municipal, o que evidência verdadeira responsabilidade solidária entre os entes públicos, demonstrando serem os réus legitimados a figurarem no polo passivo da relação processual. No mérito, o pedido

autorale deve ser acolhido, por ser certo que é competência comum aos entes da Federação cuidar da saúde e assistência pública, segundo os artigos 196 e 198 da Constituição da República, promovendo o atendimento integral das necessidades dos administrados quanto aos serviços de saúde. O direito à saúde é constitucionalmente garantido a todos e incumbe ao Estado o dever de prestá-lo de forma satisfatória, conforme artigo 196 da Constituição da República que não tem caráter meramente programático. [...] Como se destaca no parecer do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde, o transexualismo é um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo posto e daí decorre sentimento de mal-estar. Por óbvio que tal fato proporciona a autora problemas de ordem psicológica e até mesmo psiquiátricos, embora os riscos psiquiátricos no caso não tenham sido aferidos conforme fls. 36. Por outro lado, nenhum órgão atuante nos autos, como o MP, e nem mesmo réu, negam o direito ao tratamento. Aduzem apenas a necessidade de se respeitar a fila. Sobre este aspecto, no entanto, cumpre observar que em 2010 a autora iniciou seu pleito na rede pública, tendo laudo psiquiátrico datado de agosto de 2010 (fls. 35), tendo já naquela época cumprido o período mínimo de acompanhamento. Em 2015 o Serviço de Urologia da UERJ informa que a autora se encontrava na posição 53 da fila (fls 35). Estamos em 2018, ou seja, aproximadamente 08 (oito) anos se passaram e a autora não recebeu ainda o tratamento. Não é razoável que se aguarde um atendimento por tão longo período. Ainda que se tolere uma fila por ordens técnicas de prioridades, não é razoável que tal fila seja tão longa. Considerando que a autora nasceu em 1989 (fl. 28), pode se dizer que praticamente um terço de sua existência aguarda da fila para ter seu sexo adequado. Nem se pode olvidar que a espera se dá no auge de sua vida sexual. Nesse sentido, é certo que o autor pode exigir o cumprimento da obrigação do tratamento médico-hospitalar, pois cabe ao Estado fornecer os meios adequados para realização de tal procedimento. Os réus sequer informam qualquer previsão para cumprimento e, a demora em sua realização poderá acarretar problemas psicológicos sérios, sem falar de prejuízos afetivos e sociais, impedindo a plena realização da personalidade que é um aspecto da dignidade humana, conforme a Teoria dos cinco componentes do constitucionalista alemão Adalbert Podlech. Além disso, a autora comprovou a necessidade da cirurgia pretendida por laudos médicos e pela própria equipe técnica do judiciário. É bem verdade que vozes haverá no sentido de que cirurgia de tal natureza não teria um caráter prioritário e sequer poderia ser coberta pelo SUS. Sobre tais argumentos preconceituosos não valem deitar cátedra, vez que o estágio civilizatório de nossa legislação e doutrina do direito já superou esta questão demonstrando que tais demandas estão insertas no âmbito dos direitos fundamentais. Isto posto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, determinando que o réu realize a cirurgia de transgenitalização e, ainda outros de que venha a necessitar, desde que relacionados à condição da transexualidade, no prazo de 30 dias, sob pena de permitir o cumprimento da obrigação por sub-rogação na rede privada com sequestro da quantia necessária ao tratamento na rede privada. Sem custas nem honorários. Com o trânsito em julgado, dê-se baixa e archive-se (Sentença processo nº 0333793-24.2015.8.19.0001, Juiz Auxiliar André Luiz Nicolitt, Data do Julgamento 24/01/2018, Juizado Especial Cível Fazendário).

Ocorre que o Estado do Rio de Janeiro, interpôs recurso inominado e possuiu sucesso, confira:

REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO DE TRANSGENITALIZAÇÃO. OCORRÊNCIA. PROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RISCO DE VIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. RELATÓRIO Trata-se de ação proposta por MILENA PIRES SANTANA, assistida da DPGE/RJ, em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO objetivando a condenação do réu ao fornecimento do procedimento cirúrgico de transgenitalização, no prazo de cinco dias, sob pena de multa diária de mil reais. Parecer do NAT às fls. 50/54. Decisão à fl. 56 que defere a antecipação dos efeitos da tutela. Contestação do ERJ às fls. 68/96 afirmando, em suma, ilegitimidade passiva, necessidade de respeito à fila de espera, necessidade de prova pela autora do preenchimento dos requisitos técnicos, ilegalidade de custeio em tratamento em unidade privada e desproporcionalidade de multa cominatória. À fl. 102 o MP requer réplica da parte autora. Réplica à fl. 108. À fl. 110 a autora afirma que o réu descumpriu a decisão de antecipação dos efeitos da tutela. À fl. 119 o MP requer que as partes esclareçam se possuem provas a produzir. À fl. 123 o ERJ afirma que encaminhou ofício à HUPE-UERJ solicitando o agendamento e realização da cirurgia. À fl. 141 o MP requer a manifestação do autor. À fl. 149 a autora informa que ainda não há previsão para realização da cirurgia. À fl. 160 o MP opina pela condenação do réu a custear a cirurgia da parte autora em médico particular. Decisão à fl. 162 que revoga a decisão que antecipou a tutela. À fl. 169 a parte autora informa que interpôs agravo de instrumento à decisão anterior. À fl. 185 o MP

requer a intimação do réu. Agravo de instrumento conhecido e negado provimento conforme cópia em ofício às fls. 106/214. À fl. 219 o MP requer expedição de ofício ao HUPE para solicitar informações sobre tratamento. Ofício à fl. 232/233 da HUPE informando que não há previsão para fornecer a cirurgia, estando a parte autora na fila para realizar o procedimento. À fl. 238 o MP requer a manifestação das partes. À fl. 248 o ERJ requer a extinção do processo uma vez que a parte autora já se encontra na fila de espera. À fl. 256 o MP requer a manifestação da parte autora. À fl. 265 a parte autora requer o prosseguimento do feito. À fl. 280 o MP requer a intimação do réu e o esclarecimento da parte autora quanto à realização da cirurgia requerida. À fl. 288 a parte autora informa que não foi realizada a cirurgia. Às fls. 293 o ERJ renova o argumento de necessidade de respeito à fila de espera. Às fls. 305/306 o MP opina pela improcedência do pedido. Sentença às fls. 324/326 que julgou procedente o pedido da autora: (já transcrita acima) Recurso inominado do réu às fls. 339/350 renovando os argumentos da sua contestação. Sem contrarrazões conforme certidão à fl. 359. À fl. 365 o MP opina pela remessa dos autos ao TJ. É o relatório. VOTO Assiste razão ao recorrente. A cobertura do procedimento pelo SUS e a responsabilidade do recorrente pelo fornecimento do tratamento são fatos incontroversos. Também é incontrovertido que a recorrida já se encontra em tratamento no HUPE e que já está na fila de espera para a realização da cirurgia de transgenitalização. Como se nota, não houve qualquer negativa de atendimento e realização do procedimento indicado. Contudo, como em qualquer outro tratamento médico a cargo do SUS, infelizmente existem filas de espera em razão das limitações orçamentárias da saúde pública como um todo, não havendo se falar em nenhuma ação ou omissão desproporcional e desarrazoada por parte do recorrente. Por outro lado, o relatório do NAT de fls. 50/53, embora corrobore que a cirurgia é indicada para o caso da recorrida, não atesta nenhum risco de saúde ou de qualquer tipo de dano em razão da demora na sua realização, mesmo porque a recorrida vem sendo regularmente atendida, nunca lhe se sendo negado o tratamento psicológico. Tal como entendido na sentença, toda e qualquer demora na realização da cirurgia requerida, fator, inclusive, muito subjetivo, geraria automaticamente causa de pedir suficiente para legitimar o pedido tal como formulado na inicial, de modo a subverter-se a ordem da fila de espera que deve ser gerida pelo Estado, e não pelo Judiciário, que em casos como esse deve intervir somente em situações excepcionais que extrapolem o limite do bom senso. Repita-se, no caso em tela não se identifica nenhuma prova de que a demora da cirurgia esteja causando qualquer risco de dano à vida da recorrida, que já vem recebendo todo o suporte e tratamentos alternativos, até que chegue o momento da cirurgia. A demora na realização da cirurgia pretendida pela autora ainda não é, de forma alguma, irrazoável. Isto posto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de reformar-se a sentença, julgando-se improcedente o pedido. Sem custas nem honorários ante o provimento do recurso (TJRJ, Recurso Inominado nº 0333793-24.2015.8.19.0001, Juiz Relator Rafael Rezende das Chagas, Data do Julgamento 26/08/2018, Turma Recursal Extraordinária).

É inadmissível aplicar a reserva do possível no caso em tela, a autora da demanda aguarda há mais de 08 anos na fila de espera para o fornecimento da cirurgia, a escassez de recursos orçamentários não pode privar um cidadão de ter acesso ao seu direito constitucional à saúde, violando a dignidade da pessoa humana.

Ademais, Raquel Castro, presidente da comissão da OAB Nacional, que esteve à frente da Comissão de Direito Homoafetivo da OAB/RJ, relatou que o Hospital Universitário Pedro Ernesto é o único que está apto a realizar esta cirurgia, por intermédio do SUS no Rio de Janeiro, e que a fila de espera pode chegar em 20 (vinte) anos de espera (OAB-RJ, 2019, *on-line*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou questões que norteiam o fornecimento da cirurgia de redesignação sexual pelo Sistema Único de Saúde.

O conceito da identidade de gênero e a importância da sua compreensão foram trabalhados na primeira seção, junto com o contexto histórico das conquistas LGBTQIAPN+. Aliás, estas conquistas estão intimamente entrelaçadas com o princípio da dignidade da pessoa humana. Há pouco

tempo, ser transexual era associado pela própria Organização Mundial da Saúde, a ser portador de uma patologia. Apenas com muita luta da população LGBTQIAPN+ e pesquisa científica séria este argumento foi alterado.

Cabe consignar que apesar das mudanças positivas, há muito preconceito enraizado na sociedade, em especial no Brasil, um dos países que mais mata a comunidade LGBTQIAPN+ no mundo. Incentivado pelo discurso de ódio dos governantes, conquistas de direito já realizadas, retrocedem, dificultando os processos vigentes e impedindo o avanço legislativo, com base em argumentos preconceituosos e sem respaldo na Constituição Federal.

Na segunda seção, abordamos a teoria da reserva do possível. Como vimos, a teoria surgiu na Alemanha, por meio de construção jurisprudencial, que limitava as ações do Estado por razões orçamentárias na garantia de direitos.

No entanto, em relação aos direitos fundamentais e sociais, a reserva do possível não deve prevalecer sobre o mínimo existencial. A Constituição brasileira garante que o poder público deve assegurar e propagar políticas públicas para a população, para que estes vivam em uma sociedade com uma maior qualidade de vida, igualdade e dignidade.

Por fim, analisamos o processo transexualizador realizado pelo Sistema Único de Saúde, instituído pela portaria nº 2.803, publicada em 19 de novembro de 2013 do Ministério da Saúde, no qual assegura a realização de cirurgia de redesignação sexual, custeada pelo poder público.

Em que pese o Brasil assegurar um sistema de saúde pública gratuita e universal, existem dificuldades de ordem orçamentária que impulsionam o fenômeno da judicialização da saúde. Com o fornecimento de cirurgia de redesignação sexual é diferente. São poucos hospitais especializados em todo país (pelo SUS), além do pequeno número de cirurgias realizadas por ano.

Em virtude disso, analisamos como o judiciário vem se posicionando diante deste conflito. Verificamos que parte se posiciona afirmando que o poder público deve disponibilizar o procedimento, acatando a tutela de urgência pedida no pleito, em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana e da saúde. Outra parte não entende dessa forma, acatando o argumento recorrente do Estado, que é a reserva do possível, definindo que a questão orçamentária deve prevalecer sobre o direito fundamental da pessoa trans.

A reserva do possível deve sobressair sobre direitos fundamentais e sociais, sendo inadmissível posicionamentos do judiciário como este. Lembramos aqui do caso que o magistrado de 1ª instância julgou procedente o pedido de realização da cirurgia, tendo em vista que o Autor da demanda, desde agosto de 2010 aguardava na fila para realizar o procedimento. Na decisão de 2018, não havia previsão para sua realização. Ressalta-se que a fila de espera para este procedimento, pode alcançar 20 (vinte) anos.

Importante enfatizar ainda que em diversas demandas sobre medicamentos, cirurgia, exames, inclusive os considerados de alto custo, os resultados são efetivos para a parte. Porque nos casos da cirurgia de redesignação sexual o argumento orçamentário é acatado?

É inaceitável que magistrados se posicionem em descompasso com a Constituição. No entanto, existe convivência da sociedade com tal omissão do poder público. Neste caso, preconceitos parece ser a resposta para o descompasso entre a oferta e a demanda das cirurgias de redesignação sexual oferecidas pelo Sistema Único de Saúde.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo 2. A experiência vivida*. 2 ed. Tradução Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 457 de 19 de agosto de 2008*. Aprova a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde – SUS. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 ago. 2008. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prto457_19_08_2008.html. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 859 de 30 de julho de 2013*. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jul. 2013. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2013/prto859_30_07_2013.html. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.707 de 23 de setembro de 2016*. Redefine as regras e os critérios referentes aos incentivos financeiros de investimento para construção de polos; unifica o repasse do incentivo financeiro de custeio por meio do Piso Variável da Atenção Básica (PAB Variável); e redefine os critérios de similaridade entre Programas em desenvolvimento no Distrito Federal e nos Municípios e o Programa Academia da Saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 set. 2016. Disponível em [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt1707_23_09_2016.html#:~:text=Fica%20institui%C3%ADdo%20o%20incentivo%20financeiro,tr%C3%AAs%20mil%20reais\)%20por%20polo](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt1707_23_09_2016.html#:~:text=Fica%20institui%C3%ADdo%20o%20incentivo%20financeiro,tr%C3%AAs%20mil%20reais)%20por%20polo). Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1973 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013*: Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema único de Saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, DOU nº 225, de 20-11-2013, Seção 1. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Embargos de Declaração da Apelação nº 0018216-43.2011.8.19.0026*. Apelante Wagner Roza da Silva. Apelado Município de Itaperuna, Relator Des. Paulo Sergio Prestes. Segunda Câmara Cível. Data de Julgamento: 11/02/2015. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043852644466112460C4C6F73E5CD5581DC5034C5C4233>. Acesso em: 26 abr 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 0066738-75.2007.8.26.0114*. Apelantes Fazenda do Estado de São Paulo e Juízo Ex Officio. Apelado Fernando Viveiro. Relator(a): Oswaldo Luiz Palu. Comarca: Campinas Órgão julgador. 9ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 11/06/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7632777&cd-Foro=0>. Acesso em: 26 abr 2020.

BRASIL. Poder Judiciário. TJRJ. *SENTENÇA 0333793-24.2015.8.19.0001*. Autora Milena Pires Santana. Réu Estado do Rio de Janeiro. Juiz Auxiliar André Luiz Nicolitt. 1º Juizado Especial Fazendário da Capital. Data de Julgamento: 24/01/2018. TJRJ, 2018. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=0004AEAE17C8DCC733FC89F6BE9B6F51E524C50740200A4C>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Poder Judiciário. TJRJ. *Recurso Inominado 0333793-24.2015.8.19.0001*. Recorrente Estado do Rio de Janeiro. Recorrido Milena Pires Santana. Relator Juiz Rafael Chagas Rezende. Turma Recursal Fazendária Extraordinária. Data do julgamento: 26/06/2018. TJRJ, 2018. Disponível em: <https://>

www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3667243&PageSeq=o. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Poder Judiciário. STJ. *REsp* 1626739 RS 2016/0245586-9. Recorrente Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Interessada: Md da Lr. Relator: Ministro Luis Filipe . DJ: 09/05/2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/seq=74184067&tipo=5&nre-g=201602455869&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20170801&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

CARLINI, Angélica Lucía. A judicialização da saúde no Brasil e a participação política na construção de orçamentos. *CONPEDI*, Fortaleza, n. 19, p. 7.052-7.069, jun. 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3201.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

CASTRO, Emmanuelle Konzen. A teoria da reserva do possível e sua utilização pelo judiciário nas demandas de saúde no Brasil. *Revista de Direito*, São Paulo, n. 29, p. 63-83, maio. / ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/viewFile/1751/755>. Acesso em: 19 out. 2019.

FRASER, Nancy. 2001. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age. In: S. Seidman; J. Alexander. (Orgs.). *The new social theory reader*. Londres: Routledge, 2001, pp. 285-293.

MORENO, Sayonara. Brasil é o país que mais mata pessoas trans no mundo. A violência contra transexuais desperta números alarmantes. *Brasil de Fato*. 30 jan. 2018. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/01/30/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-pessoas-trans-no-mundo>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ROCON, Pablo *et. al.* Desafios enfrentados por pessoas trans para acessar o processo transexualizador do Sistema Único de Saúde. *Scielo*, São Paulo, ago. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/icse/2019.v23/e180633/#>. Acesso em 26 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (Da Pessoa) Humana, Mínimo Existencial e Justiça Constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista CEJUR/ TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 1, p. 29-44, dez. 2013. Disponível: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>. Acesso: 19 out. 2019.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Erik Almeida Rodrigues de; RAMOS, Zélia Maria Xavier; CORDEIRO, Chirley Vanuyre Vianna. Direito à Felicidade: análise principiológica e desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 13, n. 2, p. 100-137, ago. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-Pub_v.13_n.2.04.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

SILVA, Neurilene Gomes da. O entrave da reserva do possível no caminho rumo à efetivação dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 105, p. 829-878, jun./ dez. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31794.pdf>. Acesso em 19 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 5. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TJ AUTORIZA REEMBOLSO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO PELO PLANO DE SAÚDE. *OAB/RJ*. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/noticias/tj-autoriza-reembolso-cirurgia-transgenitalizacao-pelo-plano-saude>. Acesso em: 26 abr. 2020.

VIEIRA, OSCAR *et. al.* *Direitos Humanos e Vida Cotidiana*. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

WANG, Daniel Wei. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-318, mar./ jul. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/276390229_Reserva_do_possivel_minimo_existencial_e_direito_a_saude_algumas_aproximacoes/fulltext/55d7c79308aed6a199a69538/276390229_Reserva_do_possivel_minimo_existencial_e_direito_a_saude_algumas_aproximacoes.pdf?origin=publication_detail. Acesso em: 19 out. 2019.