

O DIREITO À SAÚDE E O TRANSEXUAL

Tereza Rodrigues Vieira*

O sexo não é mais considerado apenas como um elemento fisiológico, portanto, geneticamente determinado e, por natureza, imutável. O componente psicológico do transexual caracterizado pela convicção íntima do indivíduo de pertencer a um determinado sexo se encontra em completa discordância com os demais componentes, de ordem física, que designaram seu sexo no momento do nascimento.

Sua convicção de pertencer ao sexo oposto àquele que lhe fora oficialmente dado é inabalável e se caracteriza pelas primeiras manifestações da perseverança desta convicção, segundo uma progressão constante e irreversível, escapando a seu livre arbítrio.

Assim, podemos concluir que o transexual é um indivíduo que se identifica psíquica e socialmente com o sexo oposto ao que lhe fora imputado na Certidão de Nascimento. Existe uma rejeição veemente de seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar. A convicção de pertencer ao sexo oposto é uma idéia fixa que preenche sua consciência, impulsionando-o a tentar por todos os meios conciliar seu corpo à sua mente.

A *identidade de gênero*, ou seja, o feixe de convicções de pertencer ao gênero masculino ou feminino, é estabelecido até os dois anos e meio de idade. A psicoterapia não consegue alterar o sexo psicológico do verdadeiro transexual.

Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário.

É importante para o transexual a adequação de seu corpo à sua mente, sendo a única saída vislumbrada para a recuperação de sua saúde. Ocorre que, como todo direito da personalidade, o direito à integridade física é, em princípio, indisponível, o que dificultaria *a priori*, a realização da cirurgia, a qual é considerada por alguns como uma agressão, uma lesão corporal.

No entender do mestre italiano Adriano de Cupis, o intuito curativo ou até estético da operação exclui que possa falar-se de contrariedade à lei e à ordem pública.

Não se trata de uma mera cirurgia estética para satisfazer um capricho ou vaidade. A *cirurgia de adequação do sexo* anatômico ao sexo psicológico objetiva melhorar a saúde do paciente, beneficiando

*Mestra e Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-São Paulo; Doutoranda em Droit Privé pela Université Paris; Advogada; Autora do livro *Mudança de Sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos* editado pela Livraria Santos Editora de São Paulo; Doutora-pesquisadora das Universidades UNICASTELO, CESUMAR e UNIPAR. vieira@mgnnet.com.br

o conjunto e facilitando sua sociabilidade. A cirurgia, é evidente, não visa a um dano ao corpo do transexual, ao contrário.

O princípio da integridade do corpo humano jamais foi uma verdade absoluta, segundo James Robert, sustentando que a liberdade de cada um sobre seu próprio corpo, deve curvar-se diante das legítimas necessidades da vida social e da ciência. No entanto, estas necessidades só devem ocorrer excepcionalmente, observando-se o princípio fundamental da intangibilidade do corpo humano.

Entendemos que esta espécie de cirurgia não poderá ser efetuada em indivíduo incapaz de discernimento. Assim, nem o médico, nem a família, nem o representante legal poderão suprir a manifestação de vontade no tocante à operação. Do mesmo modo entendemos que o indivíduo que não tenha atingido a maioridade não poderá se submeter a tal tratamento cirúrgico.

Poderá o médico não apenas ministrar medicamentos inibidores de características de um sexo e estimuladores do sexo oposto, mas também executar a cirurgia de adequação, constituindo exercício regular da profissão, devido à sua finalidade curativa. O tratamento hormonal e cirúrgico é a prova da vontade do indivíduo em assumir o sexo com o qual se identifica. Uma outra genitália será criada, portanto a função será mantida.

Destarte, ao reclamar a realização de uma cirurgia de adequação de sexo não está o transexual a defender o direito de embelezar-se por simples vaidade, mas objetiva ele a proteção ao seu *direito à saúde*, não merecendo tal prática esbarrar em uma proibição. A saúde do indivíduo é muito mais importante que a manutenção de uma parte do corpo comprovadamente inoperante.

No entanto, no que concerne ao cirurgião plástico, o resultado de uma cirurgia de adequação de sexo não é a obtenção do prazer carnal ou orgasmo, mas sim o efeito estético que deverá ser a semelhança ao sexo almejado, não se objetivando, é claro, a perfeição absoluta. O orgasmo é resultante da somatória de diversos fatores físicos e psíquicos. Todavia, a nova genitália deverá permitir ao operado a realização normal de suas necessidades fisiológicas.

O direito penal francês considera que o médico ou o cirurgião desempenha regularmente sua profissão

quando pratica a cirurgia no transexual, não incorrendo em nenhuma responsabilidade penal. A impunidade encontra seu fundamento na autorização implícita da lei (art. 327 do Código Penal).

Na Itália, v.g., a integridade física é tutelada pelo artigo 5º do Código Civil e o direito à adequação do sexo é protegido pela Lei nº 164, de 14 de abril de 1982. A Suécia, a Alemanha e a Holanda também já possuem leis específicas sobre o assunto. Outros países preferem tratar cada caso isoladamente.

Em questões trazidas à sua apreciação, a Comissão Européia dos Direitos do Homem a considera como uma "*conversão curativa*" com o fim de permitir a integração pessoal e social do doente ao sexo a que possui a convicção de pertencer.

O Conselho Médico de Brabant, Bélgica, tem deliberado no sentido de permitir ao médico realizar o tratamento hormonal e a cirurgia de adequação. O mesmo entendimento é consagrado pelo Tribunal Correcional de Bruxelas, o qual não tem condenado os médicos que realizam tal cirurgia. Ambos admitem a indispensabilidade da intervenção.

A propósito, nos Estados Unidos, informa-nos a endocrinologista paulista Dorina Epps Quaglia, que o transexual deverá apresentar declaração, lavrada diante de um advogado, onde requer a cirurgia e exime o médico de qualquer responsabilidade por complicações fortuitas.

Bettioli, penalista italiano, entende que se não houver nenhum limite legal deverá subsistir a liberdade de disponibilidade do próprio corpo. O consentimento funciona neste caso, como causa autônoma de exclusão da ilicitude. Carrara, a seu turno, entendia que a verdadeira razão da inocência desses atos está na ausência do dolo.

Entre nós, Genival Veloso França, censura a realização de tal cirurgia por acreditar estar esta "*fora do âmbito da medicina e com uma pretensão grosseira de simular um ato moral*" (independentemente da cromatina sexual do paciente). Para ele, a licitude ou não de um ato humano não poderá em tempo algum estar ligada à interpretação e à comodidade de cada um.

Contudo, o problema do transexual não termina com a cirurgia. É necessário adequar também a sua documentação.

Em 1975, *Waldyr Nogueira* (*Waldirene*) ingressou em juízo solicitando a retificação em seu Registro Civil, pedido este denegado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Tal episódio chamou à atenção da opinião pública e dos profissionais ligados à medicina e ao direito.

O médico Roberto Farina, detentor de reconhecidos méritos, foi acusado pelo representante do Ministério Público, Luís de Mello Kujawski, de haver realizado mutilação em *Waldir Nogueira*. A denúncia descreveu a cirurgia realizada no Hospital Oswaldo Cruz, que consistiu na ablação dos órgãos genitais e na confecção de uma vagina artificial.

Em 1978, Farina foi condenado a dois anos de reclusão sob alegação de haver infringido o disposto no art. 129, § 2º, III, do Código Penal brasileiro, segundo sentença do Juiz Adalberto Spagnuolo. O paciente possuía parecer favorável de uma junta médica do Hospital das Clínicas de São Paulo, no sentido da indicação cirúrgica como solução terapêutica.

Em 17 de outubro de 1978, o jurista Heleno Cláudio Fragoso proferiu parecer acerca do caso, em que entendeu que Roberto Farina atuou estritamente dentro dos limites do exercício regular do direito, não praticando crime algum. Para ele, Farina deveria ser absolvido mesmo se houvesse ocorrido erro nessa indicação terapêutica da cirurgia.

No entanto, em 6 de novembro de 1979, a 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por votação majoritária, deu provimento ao apelo e absolveu o acusado. Eis a ementa: "*Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada pela lei, nem pelo Código de Ética Médica*".

Pesam também em favor do médico, no ponto de vista penal, a ausência de dolo ('*animus laedendi*'), a ausência de fato típico, tendo em vista que a intervenção objetiva a cura ou atenuação do problema.

Para que o comportamento seja considerado criminoso é preciso que ele seja um fato típico e antijurídico. O art. 23 do Código Penal brasileiro trata exatamente das cláusulas de exclusão de ilicitude, também chamadas de excludentes de antijuridicidade,

discriminantes ou justificativas. Segundo o inciso III do referido dispositivo penal, não há crime quando o agente pratica o ato em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito.

Se um determinado comportamento for considerado legítimo por uma norma extra penal, não se pode considerá-lo como um ilícito penal.

Assim, consoante se deflui do entendimento *retro* o médico que efetuou a intervenção no transexual não ofendeu sua integridade corporal ou sua saúde. Do mesmo modo, entendemos que não houve perda de função, visto que o órgão era inútil.

Aliás, como ressalta o médico Jalma Jurado, extraordinário estudioso do assunto, o transexual masculino não tem funcionalidade sexual ativa, com masturbação ausente e ereção insuficiente.

Em 1995, sensibilizado pela problemática ético-jurídica que envolvia o episódio, o médico e deputado paulista José de Castro Coimbra (PTB) reapresentou Projeto de Lei ao Congresso Nacional para que seus membros votassem pela permissão da intervenção cirúrgica nesses casos e autorização para alterar o prenome.

O parecer do deputado Régis de Oliveira (SP), aprovado em 10 de maio de 1995 pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, foi favorável ao projeto que permite a intervenção cirúrgica com o intuito de adequar o sexo do transexual. No parecer, o referido deputado assevera que "*o padrão do rigor moral de outrora cede espaço hoje às novas realidades, aos novos costumes, e a hipocrisia de então não mais encontra eco na vida e na ciência moderna*".

Sempre entendemos ser a questão de competência médica, não demandando controle judicial, resolvendo-se de acordo com os princípios éticos. Não existe tipicidade, não existe dolo e busca-se um resultado salutar ao paciente. Quem está apto para julgar da importância da terapêutica para o paciente é o corpo médico e não o judiciário. Aquele tem formação específica, portanto conhecedor das minúcias que envolvem tão delicada cirurgia.

Foi o que ocorreu em 1988 quando o Conselho Federal de Medicina aprovou a operação de *E.R.K.*, em Florianópolis-SC. De acordo com o ginecologista Murillo Pacheco Motta, que realizou a cirurgia, o

estado do paciente era deplorável, pois já havia se submetido a diversas cirurgias clandestinas que deformaram o seu corpo.

Em 25 maio de 1995, o cirurgião plástico Antonio Lino de Araújo realizou no Hospital Regional da Asa Norte em Brasília, uma cirurgia de adequação de sexo em *Valério José dos Santos*. Todavia, a diretora do referido hospital público, Emy Rezende, segundo notícia veiculada no jornal Folha de S. Paulo (edição de 28 de junho de 1995), acionou a polícia, o Conselho Regional de Medicina e a Secretaria da Saúde sobre o caso.

Ainda segundo a mesma fonte de informação, em 1994, o médico havia obtido parecer favorável do Conselho Regional de Medicina. O parecer alerta para as implicações jurídicas, mas afirma que “*em princípio, não comete infração médica o profissional que realiza cirurgia de conversão sexual.*” De acordo com o presidente do C.R.M., Antonio Campos, “*a cirurgia pode ser ilegal, mas não é antiética.*”

A amputação de um braço para impedir a gangrena não significa a cura, mas impede a propagação da doença. Do mesmo modo a intervenção sofrida pelo transexual impede que um mal maior seja difundido (ostracismo, depressão, auto-mutilação ou suicídio).

É manifesto que a ablação de órgãos considerados *sãos* é chocante. Já foram tratadas úlceras do duodeno efetuando-se a ablação de dois terços de um estômago são e, igualmente, já foram medicadas hipertensões arteriais malignas com a suprarenalectomia bilateral. Com as novas descobertas da medicina, essa prática teve fim. O progresso médico também ocorrerá no transexualismo, quando a prática das ablações, será rejeitada; todavia, no momento, esta ainda é a melhor das soluções conhecidas.

Em sessão plenária realizada em 19 de maio de 1994, o Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal aprovou parecer do conselheiro Pedro Pablo Magalhães Chacel, decidindo pela legalidade e eticidade da cirurgia transexual.

No I ENCM - Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina, realizado em 1997, esta matéria foi novamente debatida, ocasião em que a Plenária do encontro manifestou-se, por maioria, favorável ao

procedimento cirúrgico, considerando-o uma forma especial de tratamento médico.

Assim, em 10 de setembro de 1997, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1.482/97, resolveu autorizar, a título experimental, em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

A seleção dos pacientes, segundo a Resolução 1.482/97, obedecerá à avaliação de equipe multidisciplinar composta por médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, após dois anos de acompanhamento conjunto. Estabelece como critérios para os candidatos, além do diagnóstico médico de transexualismo, a maioridade de 21 anos e a ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia. É exigido também o consentimento livre e esclarecido, de acordo com a Resolução CNS n. 196/96.

Alguns setores da igreja católica já se mostraram favoráveis à Resolução do CFM. Afirma Dom Angélico Bernardino, bispo-auxiliar de São Paulo, que, “*a cirurgia não é eticamente condenável se o transexual encontrar-se numa situação limite.*”

Em 14 de outubro de 1997, o Magistrado paulista José Henrique Rodrigues Torres, em notável sentença proferida em Campinas, com parecer favorável do Promotor de Justiça, Arthur Pinto de Lemos Junior, autorizou *Edilson M. (Bianca)* a submeter-se à cirurgia. Citando algumas passagens de nosso livro, o sage Juiz embasou sua decisão nos artigos 5º, III, 6º e 196 da Constituição Federal, no artigo 3º do Código de Processo Penal, nos princípios gerais de direito, nos princípios da jurisdição voluntária e nos artigos 1.104 e seguintes do Código de Processo Civil.

Edilson M. foi examinado minuciosamente no âmbito psicológico e também pelos peritos dos Departamentos de Medicina Legal, Genética Médica e de Endocrinologia da Unicamp, os quais atestaram sua transexualidade. Sua cirurgia foi realizada na Unicamp em abril de 1998.

Reafirmamos que a cirurgia só deverá ocorrer após a aprovação de uma equipe multidisciplinar qualificada.

A cirurgia não muda o sexo do indivíduo, ela apenas muda a genitália externa, adequando-a ao sexo psicológico. O que ocorre em verdade é a *adequação do sexo*, colocando em evidência o verdadeiro sexo (sexo psicológico).

G., um erudito transexual carioca, operado em 1997, declara o seu contentamento relatando: “...*todos os dias agradeço a Deus por ter feito isso. Essa operação salvou a minha vida, me tornou integrada ao mundo*”.

Trabalhamos com essa questão em Juízo desde 1996 e, já conseguimos a adequação da documentação de diversos transexuais, os quais sustentam hoje, eufóricos e felizes, prenome e sexo adaptados à sua realidade. Por motivos éticos, não comentaremos estes casos em específico.

Em 1990, *Luís Roberto Gambine Moreira* ingressou junto à 8ª Vara de Família do Rio de Janeiro, com pedido de retificação de nome e sexo. Por fim, após três anos de embate judicial, no dia 10 de dezembro de 1992, a Juíza Conceição Mousnier autorizou *Roberta Close* a usar o nome *Roberta Gambine Moreira*. Ao final da decisão, a Juíza ressalva: “*Somente os casos comprovados clinicamente de transexualidade poderão ser objeto de conhecimento pela esfera judicial, que decidirá, neste ou naquele sentido, de acordo com a prova dos autos e convencimento formado no caso*”.

Contudo, a promotora Marilza Matos Mendes, recorreu da aludida sentença, argumentando que existem apenas dois sexos definidos e que *Close* nasceu homem, em que pese a intervenção cirúrgica. *Roberta* perdeu em 2ª instância.

Em 21 de abril de 1989, o magistrado pernambucano José Fernandes Lemos julgou procedente o pedido de *Severino do Ramo Afonso*, autorizando que se procedesse no assento do registro civil, a modificação do sexo, de *masculino* para *feminino* e, no prenome,

de *Severino* para *Silvia*, cancelando, inclusive, os deveres de reservista.

Em 20 de março de 1994, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu ao bancário aposentado *Rafael A.R.* o direito de adequar sua documentação no que concerne ao sexo e ao prenome, passando a chamar-se *Rafaela*. A decisão foi tomada por unanimidade.

Do mesmo modo, em 28 dezembro de 1995, o mesmo tribunal, após a Apelação do Ministério Público, reconheceu a *Carlos H. B. F.* o direito a adequar a sua Certidão de Nascimento, constando nesta o nome *Carla*, do sexo *feminino*.

Em Joinville, em sentença proferida no dia 21 de junho de 1996, o instruído magistrado catarinense, Carlos Adilson Silva, deferiu a pretensão deduzida por *Gilberto Henrique Paiva Junior*, passando a constar *Sarah Cristina de Paiva*, do sexo *feminino*, sem qualquer referência, no registro, às alterações sofridas.

Em 1997, a equipe do Departamento de Medicina Legal da Unicamp, coordenada pelo renomado legista Fortunato Badan Palhares, examinou e forneceu laudo médico atestando a transexualidade de *Maria Tereza Araújo*, transexual feminino. Tal parecer foi fundamental para a procedência da ação impetrada em Sorocaba-SP, passando o transexual a chamar-se *Luís Henrique Araújo*.

Pudemos perceber em todos os processos que acompanhamos, que os representantes atuais do Judiciário e do Ministério Público têm seguido a evolução científica, reconhecendo a relevância do sexo psicológico.

Destarte, deve o país adequar suas leis de maneira que permitam uma boa convivência, reforçando seus valores democráticos, não se atrelando a preconceitos e informações científicas desatualizadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. Padua: Cedam, 1976, p. 222.
- DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**, Lisboa: Livraria Moraes, 1961, pp. 71-73.
- DIAMANT-BERGER, Odile. **Le transsexualisme**. Paris: Masson, 1984, p. 108.
- FRANÇA, Genival Veloso. **Direito médico**. São Paulo: Byk-Prociencx, 1975 p. 252.
- KLABIN, Aracy L. **Aspectos jurídicos do transexualismo**. São Paulo: USP, 1994, p. 40.
- QUAGLIA, Dorina Epps. **O paciente e a intersexualidade**, São Paulo: Sarvier, p. 137.
- Revista Isto é, n. 1461, edição de 01.10.1997.
- ROBERT, James. **In Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française**, tome XXXVII, p. 484.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Santos, 1996.