

A CIRURGIA DE ADEQUAÇÃO DE SEXO DO TRANSEXUAL E A TUTELA JURÍDICA DA INTEGRIDADE FÍSICA

Tereza Rodrigues Vieira

Mestra e Doutora em Direito Civil pela PUC/SP, Doutoranda em Droit Privé pela Université Paris XIII, Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Professora/Pesquisadora da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco - USP e CESUMAR.

Hoje em dia, a controvérsia acerca da licitude das intervenções químicas ou cirúrgicas realizadas em transexuais verdadeiros parece ultrapassada, pelo menos no que concerne à doutrina especializada. A solução ainda não é pacífica no campo jurisprudencial, legislativo e ético.

O componente psicológico de transexual, caracterizado pela convicção íntima do indivíduo de pertencer a um determinado sexo, encontra-se em completa discordância dos 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 do seu livre arbítrio (DIAMANTBERGER, 108).

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

A adequação do corpo do transexual parece, segundo o entendimento de alguns, colidir com

o princípio da indisponibilidade do corpo humano. Destarte, conforme demonstramos em nossa obra acerca do assunto (VIEIRA, 1996), é importante para o transexual a adequação de seu corpo à sua mente, sendo a única saída vislumbrada para a recuperação de sua saúde.

O direito civil consagra, de um lado, a inviolabilidade do corpo humano, tutelando o direito do indivíduo à integridade de seu corpo; e, por outro lado, admite, em parte, a liberdade e o poder de disposição do homem sobre seu corpo. É possível a conciliação desses dois aspectos em matéria de transexualismo?

Vale ressaltar que este indivíduo não quer simplesmente mudar o sexo. Esta adequação lhe é imposta de forma irresistível. Portanto, ele nada mais reclama que a colocação de sua aparência física em concordância com seu verdadeiro sexo.

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 poderia ser considerada como uma agressão.

A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, lembra CUPIS, são próprias do direito à integridade física, como de todos os direitos da personalidade, devido à sua estrutura intrínseca:

E embora antigamente se agitassem graves disputas sobre o valor do consentimento do titular do direito relativamente aos crimes ofensivos à integridade física, o legislador admite agora, dentro de certo limite, a disposição do direito à integridade física mediante consentimento (g.a.). “Enquanto o direito à vida não é disponível nem mediante consentimento (g.a.), o direito à integridade física é o certo limite” (CUPIS, 71-72).

No entender do mestre de Perugia, o escopo curativo ou até estético da operação exclui que possa falar-se de contrariedade à lei e à ordem pública. E continua:

É da ordem natural das coisas que cada um procure adaptar à sua pessoa, como melhor possa, aos próprios interesses e aspirações, entre os quais pode contar-se o consentimento de qualquer efeito de agrado ou a eliminação de algum elemento negativo do aspecto. (Id. *Ibidem*, 77).

Dessa exposição, tem-se que não se trata de uma mera cirurgia estética para satisfazer um

capricho ou vaidade. A cirurgia de adaptação do sexo, anatômico ao sexo psicológico objetiva melhorar a saúde do paciente. A cirurgia, é evidente, não visa a um dano ao corpo do transexual, ao contrário.

O direito à integridade física - explica PAGE (p. 45) - é ligado às vezes ao direito à saúde. Para ele este direito constitui uma variante ou um elemento do direito à integridade física.

O princípio da integridade do corpo humano jamais foi uma verdade absoluta, segundo James ROBERT (p. 484), 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.

Abstraímos das palavras do ex-ministro da justiça Alfredo Buzaid (O ESTADO DE SÃO PAULO, 1969) uma permissibilidade à cirurgia de adequação sexual, tendo em vista que a ablação dos genitais tende a beneficiar o conjunto e a sociabilidade do

indivíduo transexual. Senão, vejamos:

Qualquer que seja a doutrina adotada, o certo é que a filosofia reconhece que o homem pode dispor de membros ou órgãos do seu corpo, enquanto convenham ao todo (g.n.); não pode, porém, amputar um membro são e consistente em sua natural disposição, senão excepcionalmente (g.n.), enquanto pré-ordenado ao bem social.

O princípio da indisponibilidade do corpo humano tem um campo extenso no que concerne aos atos de disposição em proveito de sua própria saúde.

Entendemos que esta espécie de cirurgia não poderá ser efetuada em indivíduo incapaz de discernimento. Assim, 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 submeter-se a tal tratamento cirúrgico.

O consentimento para este tratamento deve ser estritamente pessoal. É evidente que, para os casos de hermafroditismo, somos concordes com a realização da

cirurgia em casos de menoridade, desde que o sexo psicológico já se tenha manifestado de forma predominante e inequívoca.

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 curativa¹. O tratamento hormonal e cirúrgico é a prova da vontade do indivíduo em assumir o sexo com o qual se identifica.

A proteção à integridade física não é incompatível com a tutela do interesse do transexual em se adequar ao seu sexo. Na Itália, v.g., a integridade física é tutelada pelo artigo 5º do Código Civil² e o direito à adequação do sexo é protegido pela Lei nº 164.

A jurisprudência italiana, por sua vez, tem-se ocupado da exegese do art. 454 do Código Civil (retificação dos atos do estado civil) e da lei nº 164 (retificação de atribuição do sexo), discutindo os casos e as condições

para o processamento do reconhecimento da nova atribuição.

A exemplo da legislação italiana, o Projeto Sá Pereira e Projeto Alcântara Machado regulamentavam a matéria. O derradeiro assim dispunha:

Art. 15. Não será também punível a ação ou omissão praticada: I - mediante prévio consentimento de quem possa validamente dispor do bem jurídico ofendido ou ameaçado.

Acreditamos que nos casos de cirurgia realizada em transexuais verdadeiros, o indivíduo exerce direito próprio, sem ofensa a direito alheio. Um outro sexo externo será efetuado. Portanto a função será mantida. Ademais, a saúde do indivíduo é muito mais importante que a manutenção de uma parte do corpo comprovadamente inoperante.

O respeito ao corpo humano não é mais concebido de forma absoluta, como anteriormente. Às

¹ Temerosos justamente com o descaso da lei em regularizar sua situação, muitos transexuais chegam a se automutilarem, ocasião em que o cirurgião será compelido a efetuar a operação. Assim, o médico não poderá ser acusado de lesar a integridade física do indivíduo.

² Art. 5º do Código Civil italiano: "Gli atti di disposizione dei proprio corpo sono vietati quando cagionano una diminuzione permanente dall'integrità fisica, all'ordine pubblica o ai buon costume.

vezes, a sagração do corpo humano deve ceder lugar à liberdade de dispor de si mesmo para um melhor desenvolvimento da personalidade. A ambigüidade não interessa ao indivíduo e tampouco à sociedade.

É evidente que o puro e simples consentimento do paciente não será suficiente para fazer cair por terra o princípio da integridade física. Para que tal fato ocorra, a pessoa deverá estar atrelada à necessidade terapêutica comprovada.

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. Do contrário, o paciente deverá ser advertido de que o médico apenas envidará seus melhores esforços para uma aproximação do que deseja o paciente (obrigação de meio), sem lhe assegurar o resultado.

É evidente que o médico não poderá obrigar-se a conseguir resultado certo no tocante à cura do paciente que

realiza a cirurgia de adequação de sexo. A medicina continua sendo uma arte e não uma ciência exata. Todavia, a nova genitália deverá permitir ao operado a realização normal de suas necessidades fisiológicas.

Segundo informa o jornal *The Jerusalem Post*, o transexual israelense Daniela Nahmias ingressou com pedido de ressarcimento de danos decorrentes de cirurgia de adequação de sexo. A requerente alegou que o médico Roni Moskona a havia deixado assexuada, com dificuldades em urinar e em sentir prazer. A indenização determinada pelo Juiz inclui verba para refazer a vagina (FOLHA DE SÃO PAULO, 1994).

A cirurgia estética diferencia-se da cirurgia geral também pela presunção de culpa naquela, pela não-obtenção do resultado. De igual modo, a imperícia do cirurgião plástico será averiguada com maior rigor.

Na culpa o agente não tem a intenção de causar prejuízo à vítima. No entanto, sua atitude negligente, imprudente ou imperita causa dano a outrem.

Nestes casos, ao autor incumbe a prova de que o médico

agiu com culpa. Não há, portanto, culpa presumida, por se tratar de um contrato.

Afirma Clóvis Beviláqua ao comentar o art. 1.545 do Código Civil:

A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, [...], funda-se na culpa, e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. [...] E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso, que a lei repressiva lhe pune as infrações.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 14 (lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), preceitua acerca da responsabilidade por danos causados aos consumidores de serviços prestados de maneira defeituosa e aclama a responsabilidade objetiva:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

§ 1º O serviço é defeituoso

quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito não existe;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro;

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Em havendo dispositivo específico (§4º), abrangendo a categoria dos profissionais médicos, impõe-se sua aplicabilidade.

Chamado a se manifestar, o Tribunal de Justiça de São Paulo, decidiu, em 17 de setembro de 1992, em caso em que o autor (vítima) buscava indenização, junto ao hospital, com base no disposto no §3º do Código de Defesa do Consumidor, não tendo obrigação de provar a culpa do médico pelo prejuízo sofrido:

EMENTA:

Indenização – Responsabilidade civil – Hospital – Ajuizamento com base no Código de Defesa do Consumidor – Responsabilidade objetiva – Inadmissibilidade – Hipótese de exercício de profissão liberal, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho o médico – Necessidade de prova de que o médico agiu com culpa ou dolo – Art. 14, §3º, do referido Código – recurso não provido.

Em ação de indenização contra hospital, ajuizada com base no Código de Defesa do Consumidor, embora se trate de pessoa jurídica, a ela não se aplica a responsabilidade objetiva, na medida em que o que se põe em exame é o próprio trabalho médico. Aplicável, pois, o § 4º do art. 14 do referido Código.

Responde o médico não apenas por fato próprio como poderá vir a responder por dano causado por terceiros. É o caso por exemplo daqueles que estejam diretamente sob suas ordens³.

É importante lembrar o dever do médico de informar ao paciente os riscos da cirurgia, para que, após uma correta compreensão do problema, o paciente informe submeta-se ou não ao tratamento. A informação é importantíssima, devendo ser clara e honesta.

Em havendo vínculo empregatício entre o médico e o hospital, o consumidor (vítima) poderá demandar a casa hospitalar por ser esta economicamente mais forte. Esta, poderá fazer uso do direito de regresso em relação ao seu empregado (médico).

Particularmente, neste caso, entendemos que não existe impedimento algum que impossibilite o consumidor lesado de propor ação contra ambos ou, apenas, contra um deles⁴.

Por fim, cabe considerar que os princípios que guiam a responsabilidade civil médica

³ Prevê a Súmula 314 do Supremo Tribunal Federal: "É presumida a culpa do patrão ou comi/ente pelo ato culposo do empregado ou preposto."

⁴ Ao falecer, o doente transfere aos seus herdeiros, com o conjunto de seu patrimônio, seu direito à reparação do dano. Do mesmo modo os herdeiros, com o conjunto de seu patrimônio, seu direito à reparação do dano. Do mesmo modo os herdeiros do médico quando recebem o ativo e o passivo de seu patrimônio, acolhem a dívida de reparação do prejuízo, que faz parte do seu passivo.

também são aplicáveis à cirurgia plástica de adequação de sexo.

Para Aníbal BRUNO (p.17) a operação cirúrgica é exercício regular do direito. Segundo sua concepção, trata-se de uma atividade autorizada pelo Estado e exercitada para fins e consoante os meios e regras permitidas.

Do mesmo modo, 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.

Anteriormente, os tribunais entendiam que havia um fim terapêutico apenas nas operações de 'intersexuais físicos', v.g. hermafroditismo. A partir de 1975, a Corte de Cassação não mais persistiu no caráter ilícito da operação, firmando apenas a não produção dos efeitos jurídicos devido ao princípio da indisponibilidade de estado das pessoas. Foi neste período que a liberalização teve início.

Paulatinamente a doutrina declarava sua adesão. PENNEAU (1990), versando a respeito da

matéria, afirmava que "apesar do caráter chocante da mutilação necessária, não se pode seriamente negar o interesse terapêutico da intervenção cirúrgica" (p.17).

A doutrina francesa defende que o diagnóstico, as indicações terapêuticas e o tratamento cirúrgico devem ser realizados pelo serviço público hospitalar, independentemente das condições financeiras dos pacientes. A opção pela cirurgia deve ser independente da idéia de lucro.

O Conselho da Ordem dos Médicos, em sessão de 22 de abril de 1983, aconselhou prudência aos médicos diante dos pedidos de hormonoterapia e, por outro lado, recomendou aos cirurgiões que somente efetuassem "*mutilações*" em casos onde os pacientes já se houvessem submetido a um rigoroso exame de psiquiatras e endocrinologistas. Os tribunais têm considerado a obediência a esta exigência.

É preferível, além de ser menos perigoso, a realização de uma castração cirúrgica a abandonar o indivíduo sem

socorro. O art. 22 do Código de Deontologia Médica da França dispõe, a nosso ver acertadamente, que *"nenhuma mutilação pode ser praticada sem sério motivo médico"*.

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 Correccional de Bruxelas, o qual não tem condenado os médicos que realizam tal cirurgia. Ambos admitem a indispensabilidade da intervenção (SALGADO, 244).

A propósito, nos Estados Unidos, informa-nos QUAGLIA (p.137), 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.

BETTIOL (p. 322) 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.

Pietro Perlingieri sustenta o comportamento do médico seria antijurídico se intervisse para provocar uma modificação numa pessoa de sexo unívoco e completamente sã. Esta intervenção é legítima desde que corresponda ao interesse da pessoa, que assim é, não por capricho seu, mas porque constitui o resultado da avaliação objetiva das suas condições.

Entre nós, Genival Veloso FRANÇA censura a realização de tal cirurgia por acreditar estar "fora do âmbito da medicina e com uma pretensão grosseira de simular um ato moral"; (p.252) (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.

Na mesma linha, Aracy KLABIN (p. 40; SZNICK, 62) segue a corrente de doutrinadores que não valida o consentimento do transexual como causa excludente para a responsabilidade criminal do médico que realiza cirurgia, caracterizando-se, portanto, no caso, segundo afirma, a antijuridicidade do ato.

Nosso posicionamento a respeito dessa matéria é bastante diverso do exarado por estes doutrinadores brasileiros. Encontramos um sustentáculo ponderável no caráter terapêutica indispensável.

Para nós, a licitude da intervenção deve ser admitida diante da comprovação da perturbação patológica e da imperatividade do tratamento.

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 a 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.⁵ O paciente possuía parecer favorável de uma junta médica do Hospital das Clínicas de São Paulo, no sentido da indicação cirúrgica como solução terapêutica. Tinha-se presente, inclusive, o parecer do insigne

⁵ *Direito médico*, p. 252. O médico José Knoplich, então presidente da Associação Paulista de Medicina, explica que nos países europeus e no Canadá, predomina o modelo paternalista (governamental) em que o médico assume o controle da relação médico-paciente. Nos Estados Unidos, o Código do Consumidor protege as pessoas por meio de leis severas. No que concerne o atendimento médico, os tribunais acertam reclamações que resultam em indenizações enormes. *'No modelo brasileiro misto, paternalista para pobres e consumista para os convênios, o médico não se sente solidário com nenhum dos dois sistemas, isso porque ele não considera o paciente sua responsabilidade'*. *Coerência de pacientes e de médicos*. In *Jornal Folha de São Paulo*, edição do dia 05-04-1994.

Washington de Barros Monteiro.

Em 17 de outubro de 1978, o jurista Heleno Cláudio Fragoso proferiu parecer acerca do caso, em que entendeu ter Roberto Farina atuado 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. Assim, cancelou-se a inscrição do nome do acusado no rol dos culpados.

Conforme 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(g.n.).

Nossa posição nesse ponto, muito se aproxima da expendida pelo Des. Veiga de Carvalho que assim se expressou ao se referir ao caso de Waldyr Nogueira (Waldirene):

[...] a função é que define o órgão: sem aquela, este órgão é inútil. [...] assim, WN. não foi castrado, em verdade, desde que não perdeu uma função que não possuía (apud, LUCARELLI,216).

A propósito, transcrevemos o comentário do segundo membro da Câmara do Tribunal Djalma Lofrano, acreditando que o médico não ofendera a integridade física do paciente:

A suposta vítima, de homem só possuía os órgãos extirpados inúteis à sua destinação específica e que, no seu caso, de características psicossomáticas predominantemente femininas, facilmente perceptíveis desde a primeira infância, constituíram nota de repulsa, de obsessiva inconformidade. A não ser esta verdadeira deformidade, os órgãos reprodutores internos.

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.

Segundo os dizeres de Heleno FRAGOSO:

[...]não há dúvida de que na intervenção cirúrgica - realizada com o consentimento expresso ou

tácito, em caso de interesse médico, não há crime. A doutrina, entre nós resolve, geralmente, a hipótese como exercício regular de direito. Assim por todos os autores, veja-se a lição de Nelson Hungria (Comentários, 1,1/310, que resolve com base no art. 19, III, do CP).

Para que o comportamento seja considerado criminoso é preciso que ele seja um fato típico e antijurídico. O art. 23 do Código Penal trata exatamente das cláusulas de exclusão de ilicitude, discrimináveis ou justificáveis. 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 1979, sensibilizado pela problemática ético-jurídica que envolvia o episódio, o médico e deputado paulista José de Castro Coimbra enviou o Projeto de Lei nº 1.909 ao Congresso Nacional para que seus membros votassem pela permissão da intervenção cirúrgica nesses casos, respeitando-se parecer unânime de uma junta médica e o consentimento expresso de pessoa maior de 21 anos, dotada de capacidade de discernimento.

Propunha o preclaro deputado o acréscimo de um parágrafo (9º) ao art. 129 do Código Penal, instituído pelo Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Eis o texto:

O Congresso Nacional decreta:
Art.1º. O art. 129 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940,

⁶ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde outrem§. 2º • Se resulta: 111 • debilidade permanente de membro, sentido ou função.

alterado pela Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

Art. 129. [...]

§ 9º. Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Revogam-se as disposições em contrário.

Embora aprovado pelo Congresso Nacional, tal Projeto de Lei foi vetado pelo então Presidente da República, General João Baptista de Oliveira Figueiredo.

Por sugestão do senador Marcondes Gadelha a Comissão de Justiça do Senado decidiu no dia 9 de maio de 1985 tramitação urgente para o projeto no mesmo sentido. No dia seguinte, tal Projeto de Lei, foi aprovado pelo Senado. Tal projeto previa a realização da cirurgia para pacientes maiores de 21 anos, com parecer médico favorável.

O Projeto nº 5.789/1985, do

deputado Bocayuva Cunha, por sua vez, propõe a licitude da ablação de órgãos e parte do corpo humano, quando "considerada necessária em parecer unânime de junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz".

N esse sentido também é o parecer do deputado Régis de Oliveira (SP), aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, favorável ao projeto que permite a intervenção cirúrgica com o intuito de adequar o sexo do transexual⁷.

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 no vida e na ciência moderna" (FIGUEIREDO, 1995).

A nosso ver, bem andou a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁸.

⁷ Trabalho apresentado no I Encontro Nacionalista dos Conselhos de Medicina, realizado em Salvador/BA, no dia 19 de março de 1997.

⁸ O autor do Projeto de Lei nº 70/95 é o deputado paulista José de Castro Coimbra.

ao decidir pela manutenção da decisão de primeiro grau, optando pela não dependência de autorização judicial, negando, portanto, provimento à Apelação.

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 buscase um resultado salutar ao paciente. Quem está apto para julgar 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.

Preceitua o art. 29 do atual Código de Ética que ao médico é vedada a prática de atos profissionais que causem dano ao paciente, os quais possam ser caracterizados como imprudência, negligência ou imperícia.

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 corpo⁹.

O transexual feminino MVS., então com 27 anos, natural de São Bernardo do Campo - SP solicitou em 12.08.1987 ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo autorização para se submeter a uma cirurgia de "*conversão sexual*". Em seu parecer o conselheiro Rubens Andreoni concluiu pela não realização da pretendida cirurgia, obtendo a aprovação do Pleno do CREMESP em sua 1389^a reunião plenária realizada em 16 de abril de 1990.

Inconformada com a decisão, MVS. Solicitou a reapreciação da matéria por parte do CREMESP, contra-argumentando a posição abraçada pelo parecerista. Invocou a seu favor os princípios prescritos no art. 5º da Constituição Federal, além de questionar a interpretação do parecerista no que concerne aos arts. 129 (lesões corporais) e 307 (falsa identidade), ambos do Código Penal e ao art. 42 (praticar ou indicar atos médicos

⁹ Ap. 75.874-4 - julgamento realizado em 16.06.1988

desnecessários ou proibidos pela legislação do país) do Código de Ética Médica.

Em 27 de fevereiro de 1991, após a leitura e a análise do Processo-Consulta, o conselheiro relator, Hilário Lourenço de Freitas Junior, chegou às mesmas conclusões pronunciadas pelo parecerista do CREMESP, subscrevendo-as integralmente e submetendo-as à apreciação do Conselho, que a aprovou em plenária em 13 de abril de 1991.

Embora reconhecendo estar diante de um caso de transexualismo (fls. 04 do Processo-Consulta CFM nº 0871/90), o parecerista entendeu que a cirurgia solicitada, da maneira com que foi proposta, "não teria indicação formal, quer seja pelos relatórios e atestados médicos do departamento de psiquiatria da Escola Paulista de Medicina, quer por ser considerada como mutiladora, não encontrando, portanto o devido amparo legal.¹⁰" Segundo a ementa:

A cirurgia de conversão sexual para indivíduos com genitálias externas e internas definidas e

cromatina sexual cromatina sexual compatível é proibida pelas Leis Brasileiras capitulada no art. 129, § 2º, incisos III e IV do Código Penal e incorporada ao Código de Ética Médica, art. 42, por se tratar de mutilação grave e ofensa à integridade corporal.

Com o mesmo propósito, H.L.S.O., transexual masculino enviou correspondência (março de 1990) ao Conselho Federal de Medicina. A origem do Processo-Consulta era do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais.

Sucedo que o requerente não enviou registro de qualquer exame a que tenha se submetido, apesar de fazer alusão a alguns médicos recomendando-o a sofrer a citada cirurgia.

Diante disso, declara o parecerista FREITAS JUNIOR, "sendo um dos objetivos dos Conselhos de Medicina, zelar pelo cumprimento das Leis do País e da Ética que rege a prática da Medicina, somos de parecer contrário ao pleito da pretendida cirurgia de conversão sexual.¹¹".

¹⁰ URSS faz 50 cirurgias para a troca de sexo por ano. *Ing* Jornal Folha de S. Paulo, edição do dia .1989, C-5 .

¹¹ Processo-Consulta CFM nº 0871/90, fls. 07. A consulta foi realizada pelo Conselho Regional de . a do Estado de São Paulo.

No entender do parecerista, ao realizar uma cirurgia de tal natureza estará o médico infringindo as normas dispostas no art. 129, § 2º, III e IV e art. 307, ambos do Código Penal brasileiro e art. 42 do Código de Ética em vigor.

Consta a ementa do Processo-Consulta:

Incorre em ilícito ético e penal o médico que, diante de solicitação de seu paciente, realizar cirurgia de conversão sexual, por desobediência ao art. 129 do Código Penal e ao art. 42 do Código de Ética Médica, por se tratar de mutilação grave e ofensa à integridade corporal.

Destarte, embora tenha o parecerista declarado reconhecer no presente caso "estar diante, com um razoável grau de certeza, de uma situação caracterizada como transexualismo ou transgenitalismo..."¹² H.L.S.O. viu sua esperança de realizar a cirurgia pelas vias éticas se esvaziar.

Por vezes, temos a impressão, pelo que se pode inferir de alguns pareceres, de que a opinião exarada não é muito diferente da reedição dos mandamentos

bíblicos. Assim, não se pode avaliar um ato isolado sem olhar o processo do qual ele faz parte.

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 *Valéria José dos Santos*. Todavia, a diretora do referido hospital público, Emy Rezende, segundo notícia veiculada na imprensa, acionou a polícia, o Conselho Regional de Medicina e o Secretaria da Saúde sobre o caso (FOLHA DE SÃO PAULO, 1995).

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" (Idem). De acordo com o presidente do C.R.M., Antonio Campos, "a cirurgia pode ser ilegal, mas não é antiética."

Com denodo, CAMPOS vai além ao afirmar:

"A transgressão da lei, desde que responsável, também é um ato de cidadania. O médico tem o direito de transgredir quando quer

¹² Processo-Consulta parecer dado em 28.02.1991.

privilegiar o ser humano. [...] Pessoas adultas têm o direito de decidir sobre o seu próprio corpo” (MENEZES, 1995)¹³.

Discorrendo sobre a ética médica na cirurgia plástica, Munir Miguel Curi, presidente da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, afirma ser muito difícil e até mesmo inviável, estabelecer critérios éticos e absolutos, indeformáveis no tempo e no espaço (FOLHA DE SÃO PAULO, 1995), visto que a ciência é um acervo de conhecimentos progressivos e mutantes.

A melhor doutrina destaca a certeza que deve guiar as relações jurídicas e a obrigatoriedade de um controle social que proteja o interesse de terceiros, os quais poderiam ser atingidos por uma modificação do estado sexual do indivíduo.

Parece-nos perfeitamente justificada a aplicação deste entendimento quando o indivíduo em questão for aquele que conduz sua vida de modo normal, contraindo obrigações no dia-a-dia. O transexual, como sabemos, é tolhido de realizar tranqüilamente até mesmo atos

considerados banais.

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 (depressão, auto-mutilação ou suicídio).

Temos notícias de que alguns transexuais se suicidam após a operação. Ocorre que a maior parte dos resultados demonstra o contentamento dos pacientes. Se alguns resultados são negativos é porque o critério seletivo não foi muito rígido.

Como lucidamente sustenta FARINA (apud, CHAVES, 1994):

No próprio dia da operação, quando o paciente acorda e se vê sem os órgãos sexuais que lhe são hediondos, já se sente outro, cria alma nova e se sente realizado. Só não encontra a plenitude devido aos entraves legais que lhe impedem de assumir perante a sociedade sua nova identidade. (p.168-169)

É manifesto que a ablação de órgãos considerados são é chocante. Já foram tratadas úlceras do duodeno efetuando-se a ablação de dois terços de um estômago são e, igualmente, já

¹³ Segundo parecer dado em 28.02.1991.

foram medicadas hipertensões arteriais malignas com a supra-renalectomia bilateral. Com as novas descobertas da medicina¹⁴ 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 Chace1, 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, considerando-o uma forma especial de tratamento médico.

Os Conselheiros, Júlio Cezar Meirelles Gomes e Lúcio Mário da Cruz Bulhões, relatores da Comissão de Estudo sobre Transexualismo, emitiram parecer

e proposta de resolução em abril de 1997, concluindo que:

A questão ética primordial para o CFM como setor avançado da sociedade médica e tutor dos interesses sociais da medicina é definir como tratamento a correção cirúrgica da genitália externa e dos caracteres sexuais secundários a fim de recompor a unidade bio-psico-morfológica do ser humano, muito acima da simples função reprodutora. Essa dicotomia não foi provocada pela mão do homem, mas pela própria natureza em sua infortunística fisiológica de má-formação. E pode, corrigir o homem aquilo que a natureza, por descuido, deformou." Mais adiante acrescentam que "o que se mostra primordial é reconhecer a prevalência do sexo psicológico sobre o sexo genético como fator de integração do ser humano.

Atualmente, o transexualismo vem sendo enquadrado no âmbito das intersexualidades, tendo em vista que o seu hipotálamo o leva a se comportar contrariamente ao sexo correspondente à sua genitália de nascença.

Assim, em 10 de setembro

¹⁴ O art. 52 do Código de Ética Médica brasileiro rescreve: "O médico deve aprimorar seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente." No mesmo sentido preceitua o art. 16 do Código de Deontologia Médica da França: "Os médicos têm o dever de manter e aperfeiçoar seus conhecimentos. "

de 1997¹⁵, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução 1482/97, 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 1482/97, 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 Angélica BERNARDINO, bispo-auxiliar de São Paulo, que, "a cirurgia não é eticamente condenável se o transexual encontrar-se numa situação limite" (ISTO É, 1997).

Em 14 de outubro de 1997, o Magistrado paulista José Henrique Rodrigues Torres, com parecer favorável do Promotor de Justiça, Arthur Pinto de Lemos Junior, autorizou Edilson M. a submeter-se à cirurgia. Elencando diversas citações de especialistas no tema, o que muito nos honrou, 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.

¹⁵ Em vigor desde a data da sua publicação no Diário Oficial da União em 19 de setembro de 1997, p. 2:944. O documento é assinado por Waldir Paiva Mesquita e Edson de Oliveira Andrade, presidente e 2º secretário do Conselho Federal de Medicina, respectivamente.

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, embora denuncie a falta de assistência médica no período pós-operatório nas cirurgias realizadas no Brasil, 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" (O DIA, 1997).

Diversos transexuais já conseguiram em juízo a adequação da sua documentação, sustentando hoje, eufóricos e felizes, prenome e sexo adaptados à sua realidade. Citaremos apenas alguns deles, os quais já foram noticiados. Grande parte prefere continuar no anonimato, solicitando, inclusive, que o feito

se processe em segredo de justiça, dispensando publicidade sensacionalista. É o caso de muitos ex-transexuais de São Paulo que consultamos.

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, 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.

A seu turno, o juiz Henrique Nelson Callandra, da 7ª Vara de Família e Sucessões de São Paulo,

em decisão inovadora, concedeu ao amazonense João Bosco de Lima Nilo, o direito de se chamar Joana. Tal sentença baseou-se em exames médicos, os quais, segundo Callandra, não provam que Joana se enquadra nas características físicas e psicológicas do sexo masculino ou feminino. Houve desistência por parte do transexual que contentou-se apenas 'parcialmente com a decisão do Magistrado. Havia decidido este que o requerente poderia fazer constar em sua Certidão de Nascimento, adiante da designação do sexo, a inscrição transexual (ISTO É, 1993).

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.

Não se vislumbrou nenhuma hipótese em que pudesse ocorrer prejuízo a outrem. O requerente "faz jus ao reconhecimento legal do gênero sexual que melhor se

adapta à toda sua personalidade", fundamenta o Juiz. Conforme a ementa:

Registro civil. Retificação. Modificação de sexo e prenome. Transexual. Cirurgia de emasculação, acrescida de implante de neovagina. Sexo psíquico reconhecidamente feminino. Pedido procedente.

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.

O presidente do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, também defende o direito do transexual em adequar sua documentação, no que concerne ao nome e ao sexo. Segundo ele, "de nada adianta superar esse impasse - a dicotomia entre a realidade morfológica e psíquica - se a pessoa continua vivendo o constrangimento de se apresentar como portadora do sexo oposto" (FOLHA DE SÃO PAULO, 1997).

Os representantes atuais do Judiciário e do Ministério Público têm acompanhado a evolução científica, reconhecendo a relevância do sexo psicológico.

Assim, se considerarmos a cirurgia de adequação de sexo uma ofensa ao corpo, temos que reputar como infração todas as operações cirúrgicas realizadas.

A cirurgia de adequação de sexo é de natureza terapêutica, não se constituindo em uma violência punível. O direito e a medicina devem contribuir para a diminuição do sofrimento das pessoas, reconhecendo o direito do transexual em adequar sua genitália ao seu verdadeiro sexo.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. hist., tomo I, vol. 11.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal, vol. I, tomo 11*.
- CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*, 2 edição, rev. e ampl. 1994.
- CUPIS, Adriano de. *Os Direitos da Personalidade*.
- PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, tomo 11, volume I, 1990.
- DIAMANT-BERGER, Odile. *Le transsexualisme*. Paris: Masson, 1984.
- FRANÇA, Genival Veloso. *Direito Médico*.
- JUGNET, Fabrice. *Droit et Transsexualisme*.
- JURADO, Jalma. Trabalho apresentado no I Encontro Nacional dos Conselho de Medicina, realizado em Salvador-BA, em 19 de março de 1997.
- KLABIN, Aracy A. L. *Aspectos Jurídicos do Transexualismo*.
- LUCARELLI, Luís Roberto. *Aspectos jurídicos da mudança de sexo*. *In* Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 35, p. 216.
- QUAGLIA, Dorina R. G. Epps. *O Paciente e a Intersexualidade*.
- ROBERT, James. *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Les Nouveaux Moyens de Reproduction (Journées Néerlandaises)*, tomo XXXVII.
- SALGADO, Murilo Rezende. *O Transexual e a Cirurgia para a Pretendida Mudança de Sexo*, *In* Revista dos Tribunais, vol 491.
- SZNICK, Valdir. *Aspectos Jurídicos da Operação de Mudança de Sexo*.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo, Editora Santos, 1996.