

TRANSEXUALISMO — ASPECTOS JURÍDICOS E BIOÉTICOS

Rode Anélia Martins

Mestranda/UFSC

1. INTRODUÇÃO

Tratar de transexualismo é tratar de um incompreendido drama humano, que aqui será enfocado sobre dois aspectos que se entrelaçam — o jurídico e o bioético. O objetivo central é contribuir para a elucidação do tema, buscando apresentar subsídios menos conservadores e mais humanos ao debate.

Do ponto de vista jurídico, o problema envolve várias facetas. Não se trata apenas daquela minoria que muda de sexo, fazendo cirurgia adaptativa, que pretende, posteriormente, alterar o seu registro de nascimento, por meio de uma ação judicial. Envolve também o aspecto ético e penal da cirurgia, bem como o dever do Estado em garantir a saúde do transexual. Por outro lado, o sistema jurídico não é só composto de normas jurídicas, mas envolve costumes, ideologias e idiosincrasias presentes nos seus operadores, ou seja, aqueles que dão vida à norma, interpretam-na, aplicam-na. Eis aí o enlace necessário que o aspecto jurídico precisa ter com a bioética.

Somente a partir do enfoque bioético é que o transexualismo pôde alcançar vãos, livrando-se do bolor da tradição, a fim de redescobrir valores superiores que informam as regras sociais, tais como os princípios bioéti-

cos de beneficência, autonomia e justiça, que visam a resguardar a dignidade humana e a diminuição do sofrimento humano. A falta de uma perspectiva bioética tem feito dos transexuais vítimas da intolerância e ignorância humana. O percurso dos interessados não é fácil e encontra óbices de diversas ordens, tendo, por vezes, no Poder Judiciário, a consolidação do sofrimento.

Numa sociedade que se propõe mais democrática, imprescindível é o respeito e a garantia dos direitos das minorias, que, ao lado de outros setores sociais, compõem um segmento marginalizado, com o qual se é, lastimavelmente, cruel. Considerando a gravidade do problema que o transexualismo representa, tem-se um número considerável de pessoas infelizes com sua sexualidade, à espera de um tratamento adequado. E por que não?

2. O QUE É TRANSEXUALISMO

2.1 Definições

A expressão transexualismo, segundo CHAVES¹, foi cunhada pelo americano Harry Benjamin, em 18/12/1953, passando a definir o transexual como aquele indivíduo que mesmo sabendo-se homem ou mulher, biologicamente normal, encontra-se profundamente inconformado com seu sexo e desejoso de modificá-lo para passar a pertencer ao sexo oposto. Ele se sente, concebe a si mesmo e quer a todo custo afirmar-se socialmente, inclusive em seu papel sexual, como pertencente ao sexo oposto. Assim, rejeita seu próprio corpo de modo tal a impingir-lhe um sofrimento capaz de desequilibrá-lo psicologicamente. Por vezes, essa rejeição, que tem início na infância, leva o adulto à mutilação e ao suicídio.

O professor JALMA JURADO², titular de cirurgia plástica da Faculdade de Medicina de Jundiaí—SP, definiu o transexualismo como uma das situações que compõem a Síndrome dos Estados Intersexuais, chamando-o de hermafroditismo psíquico, no qual “as gônadas têm histologia normal, mas atrofiam-se pela contínua ingestão de hormônios do sexo oposto. Nestes casos, o indivíduo só se identifica com o sexo oposto.

1 CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 141. Ainda segundo este autor, em 1880, Westphal foi o primeiro a escrever sobre travestis com idéias de mudança de sexo.

2 Em entrevista ao MEDICINA, Conselho Federal. Periódico mensal, abril de 1997, p. 21.

to, não aceitando em nenhuma hipótese manter-se com sua aparência sexual externa: não tem absolutamente funcionalidade sexual ativa, ereção insuficiente, masturbação ausente e repulsa ou desejo de castração do próprio genital, além de uma busca desesperada por auxílio médico”.

Segundo o psicoterapeuta e sexólogo RONALDO PAMPLONA DA COSTA³, a Organização Mundial de Saúde (OMS) reconhece o transexualismo como uma patologia médica, classificando-o como transtorno de personalidade e de comportamento. Nas motivações da Resolução n. 1.482/97⁴, o Conselho Federal de Medicina define ser o paciente transexual “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio”. O transexualismo não se confunde com o homossexualismo e outras espécies de “desvios sexuais”⁵.

2.2 Dos dilemas do transexual

Embora todo transexual deseje mudar de sexo, nem sempre as condicionantes, de toda ordem, permitem-lhe realizar seu sonho. Entre as condicionantes citam-se: a *econômica* (cirurgia e tratamento são muito caros); a *cultural* (vitimação decorrente da grande intolerância e incompreensão social e individual); e a *legal* (incidência no campo penal, administrativo — ética médica — e civil).

2.3 Da cirurgia de mudança de sexo

Trata-se de uma indicação terapêutica, após rigorosa avaliação, que desde setembro de 1997 ganhou critérios mínimos à sua execução. Consoante a Resolução n. 1.482/97 do CFM, as cirurgias de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento de casos de transexualismo estão autorizadas, a título experimental, desde que haja obediência aos seguintes requisitos básicos:

3 *Idem, ibidem.*

4 A Resolução n. 1.482/97 do CFM foi aprovada pela sessão plenária de 10/9/97 e publicada no DOU de 19/9/97, p. 20.944.

5 O desvio implica, necessariamente, na existência de um padrão de normalidade em relação ao qual se dá o afastamento. Porém, a normalidade não consiste num padrão absoluto, ante a sua relatividade para com a região, o tempo, a cultura, a etnia etc.

- a) que os pacientes sejam selecionados a partir de avaliação de uma equipe multidisciplinar, constituída por médico-psiquiatra, cirurgia, psicólogo e assistente social;
- b) que a equipe multidisciplinar faça um acompanhamento do paciente por dois anos;
- c) diagnóstico médico de transexualismo;
- d) que o paciente seja maior de 21 anos;
- e) ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia;
- f) as cirurgias somente poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa;
- g) consentimento livre e esclarecido do paciente.

No entanto, é importante observar que a cirurgia não garante o prazer sexual, mas visa, sobretudo, a dar um equilíbrio psicológico, muito mais ligado à identidade sexual. Nesse sentido, após a realização da cirurgia, o transexual perseguirá o caminho da alteração do registro civil, em juízo, a fim de que sua identidade civil guarde relação com seu novo sexo.

3. O TRATAMENTO JURÍDICO AO TRANSEXUALISMO

A partir de princípios basilares e textos normativos, internacionais e nacionais, e uma visão interdisciplinar, a doutrina vai encontrar amparo aos transexuais no Direito. O eixo está no direito à LIBERDADE e à SAÚDE, consagrados em textos jurídicos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. XXV, II e III), Constituição Federal (preâmbulo e arts. 6º, 196 e 199, § 4º) e demais leis infra-constitucionais.

Já quanto à jurisprudência, notícia SILVEIRA⁶ que Tribunais de Justiça como o de Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo manifestaram-se contrários à alteração de registro civil de transexual. No entanto, a justiça gaúcha tem surpreendido. O TJRS, a partir de 1989, foi firmando posicionamentos no sentido de conceder alteração do registro (nome e sexo) em sendo o pedido precedido de cirurgia de conversão; a competência é da Vara dos Registros Públicos e a tramitação do processo dá-se em segredo de justiça. Porém, o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, em 28/4/81, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pe-

6 SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. *O transexualismo na Justiça: Eros x Themis*. P. 33/35.

dido e inocorrência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade, decidiu desfavoravelmente à alteração. Mais recentemente, do mesmo modo, em 1997, o mesmo STF decidiu, em sede de agravo de instrumento, relativamente ao pedido feito por Roberta Close, confirmando a decisão do TJRJ, para o qual “sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase de gestação”, e há “prevalência do sexo natural sobre o psicológico”.

Todavia, nas sentenças favoráveis, existe um sério problema: o das ressalvas no registro civil, tais como o de operado transexual. Tais ressalvas constituem um adendo *ultra petita*, portanto ilegais e não satisfazem o desejo do autor. Ao contrário, ao etiquetar a pessoa, a Justiça impede-a de levar uma vida normal, fazendo-a passar por constrangimentos, exatamente aquilo que o transexual deseja ver eliminado com a alteração do registro civil.

3.1 A dupla questão da cirurgia

A cirurgia de mudança de sexo no transexual envolve uma dupla questão: uma quanto à permissividade (campo penal e da ética médica) e outra quanto à obrigatoriedade do Estado em prestar o atendimento cirúrgico. Por óbvio, a segunda questão está, eminentemente, ligada à permissividade da conduta.

3.1.1 Da permissividade

Embora possa parecer quase impossível, o entendimento de alguns membros do Ministério Público e magistrados pela penalização da conduta do médico-cirurgião tem inibido o procedimento no Brasil. Os que tipificam a cirurgia do médico como incurso no art. 129 do Código Penal (lesões corporais) fazem-no apegados à idéia de mutilação desnecessária, com finalidade de concupiscência. Alegam ainda que o médico, ao fazer a ablação do órgão, estaria incidindo na agravante do § 2º, III, do CP (perda ou inutilização de membro, sentido ou função).

Tais argumentos revelam, sobretudo, um posicionamento cultural e ideológico eminentemente conservador. Não bastasse, contrapõem-se desde a uma interpretação literal da norma penal até uma interpretação teleológica (finalística) do direito ou ainda integracionista (que contempla os conceitos de outros saberes, como o científico).

A cirurgia de mudança de sexo não constitui objeto de investigação penal nem transgressão ao Código de Ética Médica, exceto se o médico procede em desacordo com a boa técnica, podendo responder a título de culpa ou dolo se resultarem conseqüências ou seqüelas ou se inexistente ou viciado o consentimento, pelos motivos que seguem:

Há ausência de texto expresso de lei relativo à punibilidade da mudança de sexo no Código Penal (conduta atípica). O art. 129, § 1º, III, que pune com reclusão de 2 a 8 anos a ofensa à integridade corporal de outrem se resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função, não inclui a conduta da mudança de sexo. A norma penal é norma geral exclusiva, ou seja, tudo aquilo que não está proibido no CP está permitido, sendo vedada a analogia (quando a norma não faz menção expressa) e a interpretação extensiva em prejuízo do réu, a fim de buscar o enquadramento penal, haja vista que a nossa legislação não faz qualquer referência aos delitos contra a mudança de sexo. O texto penal refere-se a atos de agressão contrários à vontade da vítima, e o contra-argumento de que se trataria de “um indeclinável interesse social”, de bem juridicamente indisponível é insuficiente para desprezar a presença do consentimento como excludente de ilicitude, uma vez que a *disfunção* sexual não está incluída entre aquelas referidas no CP.

Penalizar a conduta do cirurgião atenta contra o conceito de saúde preconizado pela ONU. Se somente a cirurgia é capaz de restabelecer o equilíbrio do indivíduo, desnecessária não é, muito menos será lesão corporal, mais ainda que ausente a figura do dolo. Na cirurgia, a retirada de tecido humano constitui uma necessidade, tal qual na amputação de um membro com gangrena, a fim de garantir a saúde do paciente.

Também inexistente infração ao Código de Ética Médica. O art. 2º da Resolução do CFM n. 124/88 prescreve que toda conduta do médico deve ser em benefício do paciente. Por sua vez, o art. 32 combinado com o art. 51 autorizam a cirurgia plástica que visa a atenuar o desajuste psíquico do paciente.

3.1.2 Da assistência estatal

Dispõe a atual Constituição brasileira, no seu art. 6º, que a saúde é um direito social, de modo que no art. 196 asseverou o dever do Estado. Por sua vez, no art. 199, § 4º, a Constituição previu a remoção de órgão e tecidos para tratamento. Assim, em sendo a cirurgia de mudança de sexo uma necessidade terapêutica, a única capaz de restabelecer a saúde do in-

divíduo nos termos apregoados pela OMS, será um dever do Estado garantir esse direito.

4. O ENFOQUE BIOÉTICO E A RESISTÊNCIA AOS DIREITOS DOS TRANSEXUAIS

Numa sociedade com crises de paradigmas éticos, baseada na opressão e exploração do homem pelo outro, a convivência com o diferente torna-se difícil, gerando a intolerância. Somada a intolerância ao apego à tradição, tem-se um conjunto de argumentos contrários aos direitos do transexual, traduzido pela contrariedade à cirurgia adaptativa bem como à alteração do registro civil. Nesse conjunto discursivo, a legalidade é mais um dos elementos, mas certamente não o essencial.

4.1 Dos princípios bioéticos

A *bioética* é um neologismo que resulta da fusão de dois vocábulos de origem grega: *bios* e *ethikós* (ética da vida). Dentre seus mais significativos princípios, o da autonomia e o da beneficência são os de maior importância no tratamento do tema transexualismo, e decorrente da aplicação desses princípios, o da *justiça*. Todos esses princípios repousam na idéia de “satisfazer as necessidades humanas e dar existência digna aos indivíduos”⁷.

O enfoque bioético no Direito é como um fecho de luz, permitindo uma releitura do Direito. Não tem a pretensão de contrariar a lei mas adequá-la aos fatos sociais, de modo que o ser humano não seja a própria vítima da regra por ele produzida. A lei não é luminosa, nem possui vida nem vontade. Por outro lado, a vontade do legislador cessou quando elaborou seu produto final: a lei aprovada pelos seus pares. A partir de então, a lei desvincula-se do seu criador. Eis aí o momento nobre dos operadores do direito, cujo ápice é o uso criativo da norma.

A aplicação de princípios como o da autonomia (respeito à existência do outro, com todas as suas diferenças, por mais incomuns que sejam), o da beneficência (um dos mais antigos princípios éticos, tem como cerne o agir sempre para o bem do doente) e o da justiça (visa a garantir a

7 ROSA, Leilane Zavarizi & MENDONÇA, Valdevina de Souza. *O discurso sobre os padrões éticos da sociedade*. In *Ética e Bioética*. CARLIN, Volnei Ivo (org. e co-autor), Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

distribuição igualitária e universal dos benefícios das modernas tecnologias e dos serviços biomédicos) aponta para além do respeito aos anseios dos transexuais, mas também para um comprometimento coletivo na garantia desses anseios (verdadeiros direitos), inclusive com a assistência estatal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do direito dos transexuais é sobretudo de natureza ideológica. A aparente lacuna normativa serve de pretexto para o exercício de posturas conservadoras e preconceituosas. Evidentemente, impossível é ao Estado que legisle, em pormenores, sobre todos os aspectos da vida social. Mas a moldura está dada.

Os contrários aos direitos dos transexuais têm em mente um paradigma eugênico dos seres humanos, aliás, objeto de combate da bioética. A eugenia não tolera “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não é exatamente aquela demonstrada nos materiais científicos, quiçá pornográficos.

A conduta do cirurgião por perseguir o bem-estar e a saúde do transexual não constitui delito nem fere seu código de ética, mas contribui para mitigar o sofrimento humano.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica — ética e justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica Ltda., 1997. 180 p.

_____(org. e co-autor). *Ética e Bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. 176 p.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 389 p.

Folha de São Paulo, São Paulo, de 21/3/93 e 22/2/97.

LEPARGNEUR, Hubert. *Força e fraqueza dos princípios da bioética*. In *Revista Bioética*, vol. 4, n. 2, 1996. p. 131/143.

Conselho Federal de Medicina. Periódico mensal, n. 80. Brasília, abril de 1997.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. *A bioética em questão*. Diário Catarinense, 30 de agosto de 1997. Caderno de Cultura.

SEGRE, Marco. *Bioética e transexualismo*. Conselho Federal Medicina, periódico mensal, n. 86. Brasília, junho de 1997.

SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. *O transexualismo na Justiça: Eros x Themis*. 1.ed. Porto Alegre: Síntese Ltda.,1995,142 p.