

01. INTRODUÇÃO

Tratar de transexualismo é tratar de um incompreendido drama humano, que aqui será focado sobre dois aspectos que se entrelaçam - o jurídico e o bioético. O objetivo central é contribuir na 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, através de cirurgia adaptativa, que pretende, posteriormente, alterar o seu Registro de Nascimento, através 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 pode alçar vôos, livrando-se do bolor da tradição, a fim de redescobrir valores superiores que informam as regras sociais, tais como os princípios bioéticos de beneficência, autonomia e justiça, que visam resguardar a dignidade humana e a diminuição do sofrimento humano, num âmbito de tolerância. 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, possuindo, 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 a sociedade, lastimavelmente, é cruel.

Considerando a gravidade do problema que o transexualismo representa ao indivíduo, tem-se um número considerável de pessoas infelizes com sua sexualidade, a espera de um tratamento adequado. E por que não?

02. O QUE É TRANSEXUALISMO

2.1 Definições: A expressão transexualismo, segundo CHAVES (1), 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 biológico e desejoso de modificá-lo para passar a pertencer ao sexo oposto. Ele se sente, concebe a si mesmo e quer a todo custo se afirmar 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 JURADO (2), 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, chamado 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, 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 COSTA (3), 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.º 1.482/97 (4), o Conselho Federal de Medicina define ser o paciente transexual *"portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenotipo 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 condicionante, de toda ordem, permitem-no realizar seu sonho. Entre as condicionantes, cita-se: a econômica (cirurgia e o tratamento são muito caros); cultural (vítima 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, através da Resolução n.º 1.482/97 do CFM, ganhou critérios mínimos à sua execução. Consoante o CFM, a cirurgia 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 critérios mínimos:

- a) que os(as) pacientes sejam selecionados a partir de avaliação de uma equipe multidisciplinar, constituída por médico-psiquiatra, cirurgião, 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(a) 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(a) paciente.

No entanto, é importante observar que a cirurgia não garante o prazer sexual, mas visa sobretudo, dar um equilíbrio psicológico, muito mais ligado a identidade sexual. Neste 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.

03. O TRATAMENTO JURÍDICO AO TRANSEXUALISMO

Através de princípios basilares e textos normativos, internacionais e nacionais e uma visão interdisciplinar, a doutrina vai encontrar amparo aos transexuais no Direito. O eixo principal está no direito à LIBERDADE e a SAÚDE, consagrados em textos jurídicos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Arts. XXV; II e III.),

Constituição Federal (preâmbulo e arts. 6.º; 196; 199, §4.º) e demais leis infra-constitucionais.

Já quanto à jurisprudência, notícia SILVEIRA (6) que Tribunais de Justiça como o de Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo já se manifestaram contrários à alteração de registro civil de transexual. No entanto, a justiça gaúcha tem surpreendido. O TJ/RS, 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 28.04.81, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido e inocorrência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade, decidiu desfavoravelmente a alteração. Mais recentemente, do mesmo modo, em 1997, o STF decidiu, em sede de agravo de instrumento, relativamente ao pedido feito por Roberta Close, confirmando a decisão do TJ/RJ, 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, existente um sério problema: o das ressalvas no registro civil, tais como o de operado(a), transexual. Tais ressalvas constituem um adendo *ultra petita*, portanto ilegais e não satisfazem o desejo do autor(a). 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 a permissividade da conduta.

3.1.1 Da permissividade: Embora possa parecer de impossibilidade remota, 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) o fazem apegados a idéia de mutilação desnecessária, com finalidade de concupiscência. Alegam ainda que o médico ao fazer a ablação do órgão, estaria incidindo na agravante do §2.º, 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 à boa técnica, podendo responder à título de culpa ou dolo se resultar seqüências 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, par. 1o., III, que pune com reclusão de 2 a 8 anos a ofensa a 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 visto 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 tratar-se-ia 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 preconizada 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 cangrena, a fim de garantir a saúde do paciente. Também inexistente infração ao Código de Ética Médica. Os arts. 2.º da Resolução do CFM n.º 124/88 prescrevem 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 atenuar o desajuste psíquico do paciente.

3.1.2 Da assistência estatal: Dispõe a atual Constituição brasileira, no seu art. 6.º que a saúde é um direito social, de modo que no seu art. 196 asseverou o dever do Estado. Por sua vez, no seu art. 199, §4.º, 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 indivíduo nos termos apregoados pelo OMS, será um dever do Estado garantir esse direito.

04. 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 mais o apego da tradição, tem-se um conjunto de argumentos contrários aos direitos do transexual, traduzido pela contrariedade à cirurgia adaptativa bem como a 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 principais princípios, o da autonomia e o da beneficência são os de maior importância no tratamento do tema transexualismo, e decorrente da aplicação destes 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 a 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 garantir a distribuição igualitária e universal dos benefícios das modernas tecnologias e dos serviços biomédicos) apontam para além do respeito aos anseios dos transexuais, mas também para um comprometimento coletivo na garantia desses anseios (verdadeiros direitos), inclusive através da assistência estatal.

05. 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 àquela demonstrada nos materiais científicos, quiza 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.

06. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARLIM, 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 22/02/97.

LEPARGNEUR, Hubert. Força e fraqueza dos princípios da bioética. In Revista Bioética, vol.4, n.º 02,1996. p.131-143.

MEDICINA, Conselho Federal. Periódico mensal, n.º 80, Brasília: abril de 1997.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. A bioética em questão, caderno de cultura do Diário Catarinense, 30 de agosto de 1997.

SEGRE, Marco. Bioética e Transexualismo. In Conselho Federal Medicina, Periódico mensal, n.º 86, Brasília: junho de 1997.

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

NOTAS

(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

(3) Idem, ibdem.

(4) A Resolução n.º 1.482 97 do CFM foi aprovada pela sessão plenária de 10.09.97 e publicada no D.O.U de 19.09.97, página 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.

(6) Idem. p. 33 a 35

(7) ROSA e MENDONÇA, Leilane Zavarizi e Valdevina de Souza. O discurso sobre os padrões éticos da sociedade, in *Ética e Bioética*. CARLIM, Volnei Ivo (org. e co-autor), Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. P. 73.