

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA CIRURGIA DE TRANSGENTALIZAÇÃO

Prof. Dr. João Bosco Penna*
Olga Juliana Auad**

RESUMO

A problemática transexual vem suscitando grande interesse pela sua indiscutível atualidade, passando a integrar a pauta de médicos, psicólogos e dos nossos tribunais, pois o sexo não pode mais ser considerado apenas como um elemento fisiológico, portanto, geneticamente determinado e, por natureza, imutável. 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. A mudança de sexo pelo transexual provoca inúmeros reflexos no Direito, tanto no âmbito do Direito Civil, como na esfera do Direito Penal. Em relação ao Direito Civil, os reflexos se produzem, principalmente no direito de família e no que diz respeito ao estado da pessoa. Já no Direito Penal, os efeitos se produzem em relação à verificação sobre se a cirurgia de transformação, pela qual passa o indivíduo, se consiste em um ato delituoso ou não. O objetivo central é contribuir na elucidação do tema, buscando apresentar subsídios menos conservadores e mais humanos ao debate, tratando da questão da cirurgia redesignadora do estado sexual bem como os questionamentos jurídicos acerca da sua realização.

PALAVRAS-CHAVE: transexualismo; responsabilidade médica; mudança de sexo; alteração de registro.

1. Introdução

Sob a égide jurídica, a questão do transexualismo envolve vários aspectos. O problema não envolve tão-somente a minoria que muda de sexo através de cirurgia adaptativa ou transgenitalização, pleiteando, posteriormente, alterar o seu registro de nascimento, através de uma ação judicial. Trata-se, também, do 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 a maneira pessoal de reação ao tema presente 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.

* **Prof. Dr. João Bosco Penna** é médico. Professor Adjunto de Medicina Legal, Bioética e Biodireito, nível de graduação e pós-graduação, do Curso de Direito - Universidade Estadual Paulista - UNESP - Franca/SP.

** **Olga Juliana Auad** é advogada. Mestranda em Direito pela Faculdade de História, Direito e Serviço Social, da Universidade Estadual Paulista - UNESP - Franca/SP.

Somente a partir do enfoque bioético é que o transexualismo poderá progredir, livrando-se de enfoques já ultrapassados, a fim de redescobrir valores superiores que informam as regras sociais, tais como os princípios bioéticos de beneficência, autonomia e justiça, que resguardam a dignidade humana e propõem a diminuição do sofrimento humano, num âmbito de tolerância. A falta de uma perspectiva bioética tem feito dos transexuais vítimas da intolerância e ignorância humanas. 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 diz mais democrática, imprescindível é o respeito e a garantia dos direitos das minorias. 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.

2. Das anomalias sexuais

Antes de adentrarmos no presente estudo, é necessário fazermos algumas distinções à respeito do transexualismo e outras anomalias sexuais.

2.1 Do intersexualismo

O intersexual é o possuidor de sexo indeciso. Trata-se de uma pessoa possuidora de caracteres somáticos e psíquicos de ambos os sexos. Os conceitos de intersexualidade e transexualidade não se confundem, cumprindo-nos a tarefa de trazer sua principal distinção.

Matilde Sutter Hodja¹ faz, de modo preciso, a distinção de intersexualidade e de transexualidade, afirmando que o transexual se caracteriza por possuir perfeita genitália externa e interna de um único sexo, respondendo, porém, psicologicamente, aos estímulos de outro. A defasagem entre o corpo e a psique classificam o indivíduo como transexual. Trata-se de indivíduos que apresentam, ao simples exame ocular, genitais externos do tipo masculino, sendo portadores de uma psique totalmente ou predominantemente feminina, e vice-versa.

¹ HODJA, M. S. Mudança de sexo: causas e conseqüências. Intersexualidade e transexualidade. *Revista do IMESC*, 1982, n. 3, p. 51.

O intersexuado é definido como portador de genitália externa ambígua, a qual dificultaria a perfeita identificação do sexo do recém-nascido, necessitando, para a constatação do sexo predominante, de exames mais complexos em clínicas especializadas. E conclui Hodja: “Ao contrário do que ocorre com os transexuais, os intersexuados não têm grande preocupação em manter um ou outro sexo. Sua maior preocupação é que seja definido com precisão aquele ao qual pertencem e que lhe permita a funcionalidade”.

2.2 Do homossexualismo

O homossexualismo se caracteriza pelo fato de o indivíduo preferir para relação sexual uma pessoa do mesmo sexo. A partir de 1974, a Associação Americana de Psiquiatria passou a considerar o homossexualismo como mero distúrbio de orientação sexual, e não mais como distúrbio de personalidade sociopata, como antes era considerado.

Para Roberto Farina², o homossexual não possui conflitos oriundos de sua condição, pois sua orientação erótica é precisa e seus órgãos sexuais são, para ele, uma fonte de prazer. E conclui o autor pela afirmação de que o egopsíquico do homossexual apresenta traços de feminilidade, mas seu egofísico é masculino.

2.3 Do travestismo

Considera-se travestismo ou eonismo a entidade na qual os indivíduos apresentam uma inclinação ao uso de trajes típicos do sexo oposto. O travesti pode ser um sujeito homossexual ou heterossexual. Para Luisa Campos Olazábal³, o travestismo pode ser sintomático ou simples. O primeiro caso, caracteriza-se a espécie como sintoma de outro desvio sexual, como o homossexualismo e transexualismo. Já o segundo caso, o travesti restringe-se ao segundo caso que lhe traz satisfação sem excitação genital, interesse homossexual ou adequação sintomática.

² FARINA, R. *Transexualismo. Do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Novalunar, 1982, p. 182.

³ OLAZÁBAL, L.C. Variabilidade cromossômica e dermopapilar no transexualismo. Dissertação de mestrado, área de biologia. USP, São Paulo, 1986, 65p.

2.4 Do transexualismo

Segundo Farina, o transexualismo consiste em uma “pseudo-síndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se identifica com o gênero oposto. Constitui um dos mais controvertidos dilemas da Medicina moderna, em cujo recinto poucos médicos ousam adentrar. O indivíduo nega o seu sexo biológico e exige a operação de reajustamento sexual a fim de poder assumir a identidade do seu verdadeiro gênero, que não condiz com seu sexo anatômico.

Em outras palavras, são indivíduos que apresentam, ao simples exame ocular, genitais externos do tipo masculino e são portadores de uma psique totalmente ou predominantemente feminina, e vice-versa, conforme já se acentuou. Desde criança sofre o indivíduo um imenso conflito oriundo de uma ruptura entre sua psique e a realidade corporal. Com o advento da puberdade, o indivíduo adquire a consciência plena de sua anomalia, surgindo, freqüentemente, um duplo conflito: de um lado, o *conflito interno*, que consiste em um permanente desgosto, senão em revolta, em relação aos seus órgãos genitais e aos atributos secundários de um sexo que o indivíduo sente não ser o seu; do outro, o *conflito externo*, oriundo de sua vida de relação. O ambiente social onde vive lhe é hostil. A sociedade não compreende a anomalia. O preconceito, a falta de solidariedade, acabam por levar o transexual ao próprio isolamento e a uma extremada solidão. Esta é uma das razões pela qual alguns transexuais recorrem ao tranvestimento, procurando, deste modo, ocultar a triste realidade.

2.4.1 Da etiologia do transexualismo

A origem da síndrome do transexualismo é controvertida. Os estudos etiológicos do fenômeno transexual são explicados em duas grandes correntes.

A primeira corrente parte da análise dos fatores relativos ao ambiente social onde o indivíduo se desenvolve, após o seu nascimento. Esta teoria procura suas justificativas na Psicologia e é denominada de teoria psicosexual. A outra considera os fatores endócrinos no desenvolvimento pré-natal do indivíduo – chamam-na de teoria neuroendócrina, teoria esta que, pelas razões que justificaremos a seguir, melhor nos parece para tentar explicar o fenômeno.

Segundo os mais recentes estudos, o hipotálamo, controlador do comportamento sexual, é, em todos os fetos, fundamentalmente feminino, independentemente de serem fetos geneticamente masculinos ou femininos.

Um excesso de estrógenos na mãe, ou a falta de funcionalidade dos órgãos neurais, causaria a permanência do centro hipotalâmico com características femininas, deflagrando, mais tarde, um comportamento sexual anormal nos indivíduos. A transexualidade, portanto, é resultante de uma alteração genética no componente cerebral,

Esclarece Olázabal⁴ que a gênese do transexualismo implica em “alterações nas estruturas dos centros de identidade sexual do hipotálamo”, uma vez que a secreção androgênica, produzida pela gônada primitiva, não atinge aquele centro ou este não responde a essa secreção.

3. Da cirurgia de transgenitalização e seus reflexos no Direito Brasileiro

A síndrome do transexualismo é considerada, por parte da doutrina médica, uma entidade psiquiátrica. Admite-se, no entanto, que os transexuais adultos são extremamente resistentes a qualquer das modalidades de terapia psiquiátrica.

Quando se trata de um distúrbio psíquico de identidade sexual o acertado seria mudar a mente do transexual através de psicoterapia ou psicanálise, adequando-os aos seus atributos físicos originários. Todavia, tal técnica, é, em regra, infrutífera, porque o transexualismo é incurável, já que constitui uma doença genética, provocada, como já mencionado, por defeito cromossômico ou fatores hormonais. Deveras, têm sido inoperantes ou malsucedidos: sistoterapia, psicanálise intensiva, lobotomia, eletrochoque, etc. Por tal razão usa-se a cirurgia de transgenitalização para adaptar o corpo à mente. Outra não poderia ser a “solução” porque o distúrbio é tão arraigado e a convicção do transexual tão imutável que o tratamento psicoterapêutico é inútil⁵.

Muito se tem discutido acerca da cirurgia de modificação de sexo em transexuais, sendo o tema extremamente polêmico. A caracterização da transexualidade de uma pessoa

⁴ OLÁZÁBAL, L.C. op. cit., p. 13 e ss.

⁵ Fabrice Jugnet, *Droit et transsexualisme*, 1986; Roberto Farina, Transexualismo – esse erro cruel da natureza, *Mulher atual*, n. 1 e 5; Agnes Faure-Oppenheimer, *Le choix du Sex*, Paris, 1980, p.86; Harry Benjamin, *Il fenomeno transessuale*, p. 103; Dorina E. Qualia, *O paciente e a intersexualidade*, 1988, p. 135; Genival Veloso de França, Transexualidade – que atitude tomar nesse caso?, *O médico moderno*, v. 15, n. 6.

pertence ao campo das ciências médicas, haja vista tratar-se de uma patologia. Todavia, a definição da transexualidade também interessa ao Direito, em virtude dos reflexos que a modificação do status sexual do indivíduo provoca no campo jurídico.

É em Roma que se relata a primeira cirurgia de transgenitalização da história. Relata-se que o imperador Nero durante um acesso de raiva desferiu um golpe na barriga de uma mulher grávida, matando-a. Devido ao remorso que lhe atingiu, tentou encontrar alguém que tivesse o rosto semelhante ao daquela a quem ele assassinou. A pessoa encontrada que mais se assemelhava a mulher foi um jovem do sexo masculino, Sporo. Diz-se que Nero ordenou a cirurgia para transformar Sporo em mulher, e após a transformação os dois contraíram núpcias formalmente.

Trata-se a cirurgia de transgenitalização de uma indicação terapêutica, após rigorosa avaliação e esgotados todos os diversos tipos de terapia para a cura de anomalias sexuais. No caso de transexualismo são estas: terapia hormonal, terapia medicamentosa, terapia psicopedagógica e terapia psiquiátrica. Infrutífero o tratamento aplicado, só resta a terapia cirúrgica para a mudança de sexo, objetivando adequar o sexo biológico ao sexo psíquico do transexual.

3.1 Da cirurgia de transgenitalismo e da opinião médico-jurídica

A cirurgia em questão já é pacífica no campo ético. Desde setembro de 1997, através da Resolução n.º 1.482/97⁶ do Conselho Federal de Medicina, ganhou critérios mínimos à sua execução. Conforme esta resolução, o C.F.M define ser o paciente transexual "portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio". 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;

⁶ 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.

Estes dois requisitos vinculam a autorização à cirurgia de adequação de sexo a um tratamento prévio de dois anos com os profissionais citados. Porém não basta apenas o tratamento, deve o paciente obter o laudo que o diagnostica como sendo um transexual para poder realizar a cirurgia.

c) diagnóstico médico de transexualismo;

d) que o(a) paciente seja maior de 21 anos: Com a mudança do Código Civil em janeiro de 2003, alterando a maioridade civil para 18 anos, este requisito já se mostra ultrapassado no que concerne à demonstração de responsabilidade civil. Porém, tal critério não alberga os casos em que o cidadão adquire a responsabilidade civil por outros meios possíveis pela nossa legislação;

e) ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia: Tal requisito vem resguardar a integridade do corpo do paciente, este deve possuir condições para que seja realizada a cirurgia sem riscos;

f) as cirurgias somente poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa;

g) consentimento livre e esclarecido do(a) paciente: Para melhor se garantir, o médico deve obter o consentimento por escrito, podendo ser até por declaração em cartório. Tudo para garantir-se de possível arrependimento posterior do paciente.

Cumpridas estas exigências, o transexual poderá ter a autorização para realizar a cirurgia de adequação de sexo.

3.2 Da cirurgia de transgenitalismo e de seus reflexos no Direito Penal

A lei brasileira, a exemplo das demais legislações, adotou como princípio informador das atividades sexuais do ser humano o direito à liberdade sexual.

A liberdade sexual equivale à liberdade carnal, isto é, o direito de o indivíduo dispor do próprio corpo nas relações sexuais, abrangendo todas as manifestações normais e anormais do instinto sexual, sem ater-se à distinção de sexo⁷.

⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. V. 3, p.97.

Nesta ordem, verificamos tratar-se a atividade sexual consentida, entre adultos, de uma atividade de natureza privada, na qual não se deve imiscuir o poder público. O Estado só se interessará pela atividade sexual das pessoas quando estiver ausente o consentimento ou quando esta importe em corrupção e exploração de menores e em ofensas ao pudor público. Fora destas exceções, que têm por objeto a proteção especial de menores, a atividade sexual das pessoas é livre, inserindo-se, nesse conceito, a liberdade sexual do transexual.

Para o exercício pleno de sua liberdade sexual, busca o transexual a mudança de sexo, mediante o emprego de diversas terapias, a fim de ajustar seu sexo morfológico ao seu sexo psíquico.

Não podemos, também, deixar de ressaltar o direito à saúde do transexual, haja vista o transexualismo ser considerado pela Organização Mundial de Saúde uma patologia (Código Internacional de Doenças n.º 10). Portanto, um dos principais embasamentos à cirurgia redesignadora 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.

A grande indagação consiste em se saber se a terapia cirúrgica modificadora de sexo, constitui ou não, perante o Direito Penal, em fato mutilador do paciente e, conseqüentemente, em crime.

Sabemos que o crime é definido como sendo o fato típico, antijurídico, culposo. Na atividade praticada pelo agente contra a vítima, para caracterizá-la como delito é necessário identificar a existência de dolo e de tipicidade. Carecemos analisar a atividade médico-cirúrgica em relação à existência destes três pressupostos, a fim de caracterizar o ato médico como lícito ou não.

A doutrina tem analisado a cirurgia de amputação de órgãos e membros sob dois enfoques: em cirurgias consentidas e em operações não consentidas.

A primeira espécie, as cirurgias consentidas pelo paciente ou por seus familiares, não se constituem em ato contrário ao Direito, visando salvar a vida do indivíduo ou corrigir algum defeito, funcionalidade de órgão ou tratamento de patologia, procurando, sempre, resguardar a saúde física e psíquica do paciente.

A segunda modalidade, que diz respeito à extração ou amputação de órgãos ou partes do corpo, realizada sem o consentimento do paciente, constitui-se, em princípio, em delito de lesões corporais.

A exclusão da ilicitude das intervenções cirúrgicas de amputação de órgão ou membro, segundo a doutrina predominante, encontra seu fundamento no exercício regular do direito. Para bem caracterizar o exercício regular do direito é necessário o obrigatório consentimento do paciente ou de seus familiares.

Estando ausente qualquer espécie de consentimento, poderá, ainda, ocorrer a situação definida por estado de necessidade, em favor de terceiro ou do próprio paciente, segundo previsão do inc. I do § 3º, do artigo 146 do Código Penal, que trata do constrangimento ilegal.

Mirabete⁸ observa que o problema referente ao consentimento do ofendido não foi solucionado a contento por nosso Direito, em comparação com o art. 50 do Código Penal Italiano, uma vez que existem bens disponíveis e bens indisponíveis do sujeito, devendo esta classificação ser devidamente considerada.

Fragoso⁹, embora reconheça que a lei brasileira não deu tratamento ao consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, admite que existem casos em que a renúncia do titular do bem jurídico afasta a ilicitude, em se tratando de um bem jurídico disponível. O autor insere a integridade corporal como um bem jurídico *disponível*, sendo, portanto, o consentimento do paciente uma causa autônoma de exclusão da ilicitude.

Além do exercício regular do direito e do consentimento do paciente, como causas da exclusão de ilicitude do ato médico, acrescentamos, também, a ausência de dolo, nas intervenções cirúrgicas.

A atividade médica tem sempre por escopo a conservação da vida e da saúde do indivíduo, mediante a cura das moléstias. Por isso, nas atividades médicas curativas, está ausente o dolo na prática de lesões corporais. Outrossim, a terapia cirúrgica, que objetiva o tratamento do paciente, mesmo que ocorram mutilações, não se enquadra no tipo lesão corporal, descrito nos códigos penais.

Também o interesse médico, na aplicação da terapia cirúrgica, procedida de acordo com os laudos dos exames médicos realizados e de parecer de junta médica multidisciplinar, que opina a realização de ato cirúrgico como melhor ou única terapia adequada ao paciente, retira, de vez, o caráter delitual que, por acaso, alguém quisesse argüir contra a realização da operação modificadora de sexo em transexual.

⁸ MIRABETE, J.F. *Manual de Direito Penal*, v. 1, p 190.

⁹ FRAGOSO, H.C. *Lições de direito penal*. v. 1, p. 170.

O estado de necessidade, acrescido ao consentimento do paciente, à ausência de dolo médico e à ausência de tipo, completam os pressupostos necessários para excluir a operação de mudança de sexo dos delitos de lesões corporais.

Deste modo, a doutrina brasileira, na sua maioria, tem entendido no sentido de que esta modalidade de intervenção cirúrgica não constitui crime¹⁰.

No direito comparado, citaremos, brevemente, algumas legislações, em que o consentimento do indivíduo exclui a ilicitude da lesão corporal, a exemplo do Código Penal alemão, no seu parágrafo 226.

Nos Estados Unidos da América consta que nenhum médico foi acusado ou condenado pela prática de crime de lesões corporais devido à realização de cirurgia ou conversão de transexuais.

A doutrina alienígena predominante possui entendimento idêntico ao da literatura nacional, entendendo pela exclusão de ilicitude, nas cirurgias de mudança de sexo, nos casos de anomalias sexuais.

Quanto ao panorama legislativo brasileiro, o legislador penal silenciou quanto às operações de mudança de sexo constituírem-se, ou não, em delito de lesões corporais.

Já o panorama jurisprudencial, não encontraremos muitos arestos sobre as operações realizadas em transexuais no âmbito do Direito Penal. Os tribunais brasileiros já de longa data vêm decidindo no sentido de reconhecer que tais operações, não constituem crime, sendo penalmente atípicas, embora muitos membros do Ministério Público insistam em denunciar médicos como criminosos, o que demonstra um despreparo total acerca da matéria.

Citaremos recente e importante decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, afirmando inexistir o tipo lesão corporal em tais práticas:

¹⁰ FRAGOSO, H.C. *Lições de direito penal*, v. 1, p. 193, e Transexualismo, RT 545/302; NORONHA, E. M. op. cit., v. 1, p. 198 e ss; MIRABETE, J.F. op. cit., v. 1, p. 190 e ss; KOERNER JUNIOR, R. *Só mudança de uma forma de viver a vida?* p. 3; D'URSO, L.F.B. O transexual, a cirurgia e o registro. *Revista Jurídica*, 1996, n. 229, p. 22; CHAVES, A. *Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 1994, p. 127.

“Alvará Judicial- Realização de cirurgia plástica reparadora – Disforia de gênero ou transexualismo – Desnecessidade de autorização judicial – Competência absoluta da Medicina, que se resolve dentro da ética, da necessidade e da conveniência para o paciente – Lesão corporal resultante da operação sem identificação com a tipicidade criminosa, dadas a falta de dolo específico e a plena justificativa de sua realização como meio indispensável ao resultado benéfico – Pedido juridicamente impossível – Processo extinto”¹¹.

3.3 Da cirurgia de transgenitalismo e seus reflexos no Direito Civil

É no âmbito do Direito Civil que o presente tema apresenta traços mais marcantes e as maiores complexidades. Este ramo do direito tem por escopo a tutela do homem, como ser humano, sua personalidade, sua dignidade e suas relações familiares.

3.3.1 Reflexos no Registro Civil

Pontes de Miranda¹² ensina que a função identificativa do nome não bastaria para considerá-lo imutável e inalterável. Segundo o autor, não haveria um princípio jurídico de imutabilidade do prenome e do sobrenome. Nosso sistema jurídico é que tem adotado, por tradição, a regra jurídica da imutabilidade do prenome.

Diante da legislação atual – art. 58, *caput*, da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – a primeira resposta que nos vem à mente, quando nos indagamos acerca da mudança do prenome do transexual que fora exposto à cirurgia de mudança de sexo, é pela impossibilidade de qualquer alteração do assento do registro civil da pessoa natural, tendo em vista a adoção, pelo Direito brasileiro, do princípio da imutabilidade do nome da pessoa, que diz respeito ao prenome e ao patronímico.

A imutabilidade do nome, contudo, não deve ser interpretada em grau absoluto. O atual Código Civil trouxe muitas mudanças relativas aos direitos da personalidade e ao estado da pessoa, contudo, o legislador silenciou-se em relação à mudança de sexo, admitindo,

¹¹ TJMG – Ap. 75.874-4 – 4ª Câmara – j. 16.06.2001 – rel. Des. Paulo Gonçalves- RT 637/170.

¹² PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. 1971, t. VII, p. 284.

porém, a doutrina e a jurisprudência, na sua maioria, alterações no assento de nascimento de alguém somente diante de comprovada inexatidão, relativamente ao sexo de pessoa, por ocasião da declaração, nos casos de intersexualismo e por anomalias supervenientes que desenvolvam no indivíduo características sexuais do sexo oposto ao constante no assento de nascimento.

Com a entrada em vigor da Lei n. 9708/98, alterando o artigo 58 da Lei n. 6.015/73, o transexual operado teria base legal para alterar seu prenome, substituindo-o pelo apelido público notório com que é conhecido, no meio em que vive. Não se pode, portanto etiquetar o transexual, obrigando-o a carregar, ao assumir a nova vida, o estigma da transexualidade.

A doutrina tem apresentado inúmeras controvérsias no tocante à possibilidade de o transexual redesignado obter a alteração do seu estado sexual e de seu prenome junto ao assento de seu registro civil, pendendo a maior parte dos autores pela negativa desta possibilidade, diante da legislação vigente. Alegam que o registro público deve ser preciso e regular, constituindo a expressão da verdade, e a operação de mudança de sexo atribui ao interessado um sexo que não tinha, nem poderá ter, porque o fim da procriação nunca será atingido, pois não se terá nem um homem nem uma mulher.

Em sentido oposto, defendendo a possibilidade de os transexuais se submeterem à cirurgia transformadora e admissibilidade de alteração do estado da pessoa no assento de nascimento, encontramos Antônio Chaves¹³ o qual, diante de algumas decisões de tribunais brasileiros, que reconhecem a possibilidade de mudança de sexo, assim exalta: “...a mudança de sexo reconhecida pela Justiça é um alento para um número infindável de transexuais que existem no Brasil...”.

Também defendendo a licitude da intervenção cirúrgica, invoca Caio Mário da Silva Pereira¹⁴ o direito à liberdade de o transexual proceder à cirurgia necessária para alcançar a modificação anatômica, e defende, inclusive, a possibilidade de retirada de partes do seu corpo, para alcançar o seu objetivo. Manifesta-se, outrossim, o citado mestre, em sentido positivo, pela alteração do estado sexual e do prenome do redesignado no registro, afirmando ser a mudança cirúrgica do sexo de transexuais um caso excepcional, que justifica esta alteração.

¹³ CHAVES, A. op.cit., p. 162-163.

¹⁴ PEREIRA, C. M. S. Transexualismo e mudança de sexo. *Revista de Direito Civil*, 1991, n. 58, p.25.

A doutrina brasileira, consoante pudemos observar, mostra-se extremamente vacilante em relação à correspondente modificação do estado sexual e do prenome dos transexuais após a realização da cirurgia redesignadora, em seu assento de nascimento. Mais controvertida e vacilante do que a doutrina mostra-se a jurisprudência brasileira, que, até há pouco tempo, negava, peremptoriamente, a possibilidade do transexual submeter-se não só à terapia cirúrgica criminosa, mas, principalmente, era-lhe vedada a alteração do status sexual e do prenome no registro civil.

Atualmente, parte da jurisprudência evoluiu, reconhecendo a situação peculiar do transexual, entendendo que este merece tratamento especial. Alguns juízos monocráticos, e também, os tribunais, vêm admitindo, nestes últimos anos, modificações atinentes ao próprio estado de pessoa, em comprovados casos de intersexualismo, estendendo a mesma proteção aos transexuais verdadeiros. Citaremos, como exemplo, a ementa de recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Retificação do registro de nascimento em relação ao sexo. Tendo a pessoa portadora de transexualismo se submetido a operação para transmutação de suas características sexuais, de todo procedente o pedido de retificação do assento de nascimento para adequá-lo à realidade”¹⁵.

A adequação do prenome ao sexo deveria ser permitida no Brasil, consubstanciada ao direito de identidade pessoal do transexual. Tal alteração, como vimos, enfrenta a barreira da imutabilidade prevista na Lei dos Registros Públicos. A imutabilidade poderá expor o transexual operado ao ridículo, logo, possível seria alterar se prenome, fazendo a devida retificação (CF, art. 3.º, IV; LICC, arts. 4º e 5º). Nesse sentido Rosa Maria de Andrade Nery¹⁶, entende que, se foi constatada a mudança de sexo, o registro deve fazer a acomodação. Segundo seu entendimento, os documentos têm de ser fiéis aos fatos da vida e deve haver segurança nos registros públicos. Fazer a ressalva é uma ofensa à dignidade humana.

¹⁵ TJSP – Ap. 128.972-5 – 3ª Câm. Cível – j. 03.09.2003 – rel. Des. Vianna Cotrim - RT 637/170.

¹⁶ NERY JUNIOR, N; NERY, R. M.A. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p 287.

3.4 Da responsabilidade civil do médico cirurgião

Como vimos, a cirurgia de transgenitalização não altera o sexo do indivíduo, mas tão somente sua genitália externa, adequando-o ao sexo psicológico. Controversa é a matéria que dispõe acerca da responsabilidade civil do médico.

Entendemos que a cirurgia de adequação do sexo físico ou anatômico, ao psicológico é obrigação de meio, porque o médico não pode garantir a cura mental do paciente, a perfeição absoluta, nem a possibilidade de obtenção do orgasmo, logo, sua responsabilidade será subjetiva.

Não se trata a referida operação de cirurgia estética, em que a jurisprudência predominante afirma ser obrigação de resultado, pois, como já mencionamos, trata-se o transexualismo de patologia, do qual a operação de transgenitalização visa o tratamento, o alívio da síndrome e do sofrimento do paciente, não podendo, entretanto, garantir a cura.

Tendo em vista a imprevisibilidade das reações do corpo humano a determinados atos cirúrgicos, visto que cada corpo reage de maneira particular aos procedimentos, não deve o médico garantir o resultado da cirurgia.

Para Tereza Rodrigues Vieira¹⁷, o resultado de uma cirurgia de adequação de sexo, no tocante ao cirurgião plástico, não é a obtenção do prazer carnal ou orgasmo, mas sim o efeito estético que deverá ser a semelhan

ça 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 o deseja o paciente (obrigação de meio), sem assegurar-lhe 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.

A cirurgia de mudança de sexo tem finalidade terapêutica e não estética. É latente que para o para o transexual a adequação de sexo é primordialmente terapêutica visto seu estado psicológico de inconformismo com sua genitália, que pode levá-lo à auto-mutilações e ao

¹⁷ VIEIRA, T.R. *Mudança de Sexo: Aspectos Médicos, Psicológicos e Jurídicos*. São Paulo: Livraria Santos Editora Ltda. 1996, p. 112.

suicídio. O aspecto estético tem importância sim, contudo deve o médico envidar seus melhores esforços para atingir o resultado que o paciente deseja.

4. Conclusões

O transexualismo consiste em uma entidade autônoma, com características distintas da homossexualidade e do travestismo, tanto sob o ponto de vista psíquico como sob o ponto de vista cromossômico.

O transexual é um sujeito que rejeita seu sexo biológico, identificando-se com o sexo oposto, ao qual deseja pertencer. Presentemente, a melhor e única terapia para a síndrome da transexualidade tem sido a intervenção cirúrgica de mudança de sexo, acompanhada de tratamento hormonal, para possibilitar a redesignação sexual do paciente, e deste modo, reconduzi-lo à vida social normal.

A intervenção cirúrgica de mudança de sexo é admitida pela Medicina, através da Resolução 1.482/97, do Conselho Federal de Medicina, como terapia adequada ao tratamento da transexualidade, não se constituindo em prática de lesão corporal em paciente que apresente, comprovadamente, disforia de gênero. Não há, portanto, responsabilidade penal do médico, porque, em regra, a cirurgia de adequação sexual decorre do exercício regular de sua profissão (CP, art. 23, III), pois, apesar da mutilação, não se poderia negar a existência de um interesse terapêutico, comprovado por rigorosos exames clínicos reveladores da necessidade da “conversão curativa” para a saúde mental do paciente, impedindo-o que caia em estado depressivo, que se suicide ou automutile, diante da real prevalência do sexo psicológico sobre o genético. O laudo médico favorável à realização da cirurgia de transgenitalismo, somado à vontade e ao expresso consentimento do paciente constitui instrumento decisivo para a prática da referida operação.

Entendemos que o direito positivo brasileiro fornece todos os elementos necessários destinados a permitir a mudança de sexo, em transexual, e a respectiva redesignação do estado sexual e do prenome, em seu assento de nascimento, conforme disposto nos art. 3º, inciso IV da Constituição Federal; aos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil e a Lei n. 9.708/98, que altera o artigo 58 da Lei n. 6.015/73.

Quanto à responsabilidade civil do médico, a cirurgia de adequação do sexo físico ao anatômico, ao psicológico, dada a sua finalidade terapêutica, é obrigação de meio, porque o

médico não pode garantir a cura mental do paciente, a perfeição absoluta dos órgãos genitais, nem possibilidade de obtenção do orgasmo.

BIBLIOGRAFIA

CHAVES, A. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DE CUPIS, A. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

D'URSO, L. F. B. O transexual, a cirurgia e o registro. *Revista Jurídica*, 1996.

FARINA, R. *Transexualismo. Do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias*. São Paulo: Novalunar, 1982.

FRAGOSO, H.C. *Lições de direito penal. Parte Geral*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Transexualismo, cirurgia, lesão corporal. *Revista da O.A.B/RJ*, v. 6, n. 13/143-152.

FRANÇA, G. V. Visão ético-jurídica da transexualidade. *Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgias*, nov-dez, 1975, p 310-312.

HODJA, M. S. Mudança de sexo: causas e conseqüências. *Intersexualidade e transexualidade. Revista do IMESC*, 1982, n. 3, p. 50-58.

MIRABETE, J.F. *Manual de Direito Penal. Parte geral*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, v. 1.

NERY JUNIOR, N; NERY, R. M. A. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1970, v. 1.

OLAZÁBAL, L.C. Variabilidade cromossômica e dermopapilar no transexualismo. Dissertação de mestrado, área de biologia. USP, São Paulo, 1986, 65p.

PEREIRA, C. M. S. Transexualismo e mudança de sexo. *Revista de Direito Civil* 58/24-25, 1991.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. VII.

VIEIRA, T.R. *Mudança de Sexo: Aspectos Médicos, Psicológicos e Jurídicos*. São Paulo: Livraria Santos Editora Ltda. 1996.