

TRANSEXUALISMO - CIRURGIA. LESÃO CORPORAL (*)

Heleno Claudio Fragoso

A consulta que me é apresentada refere-se à ação penal movida contra o Dr. Roberto Farina, na 17.^a Vara Criminal de São Paulo (processo n.º 799/76). Ao acusado, que é médico, imputou-se o crime previsto no art. 129 § 2.º, inciso III CP, porque, no mês de dezembro de 1971, realizou intervenção cirúrgica em Waldir Nogueira, consistente na ablação dos órgãos sexuais e na abertura de uma fenda, à imitação de vulva postiça, artificial, para onde transplantou a uretra. O inquérito policial foi instaurado em consequência do pedido de retificação de nome e sexo, no Registro Civil, feito por Waldir Nogueira, pedido esse denegado pelo Tribunal de Justiça do Estado.

Com a consulta foi-me apresentada cópia integral do processo, no qual foi proferida sentença condenatória por parte do MM. Juiz, impondo ao acusado a pena de 2 anos de reclusão, julgando assim procedente a denúncia.

A consulta indaga se realmente o acusado praticou o crime que a ele foi atribuído. Meu parecer é o seguinte:

I

OS FATOS DA CAUSA

1. O acusado é médico ilustre, dedicando-se à cirurgia plástica, atividade em que alcançou prestígio e renome, tendo atividades universitárias e dignidades acadêmicas que conquistou por concurso. É autor de diversas obras de sua especialidade.

2. O caso de Waldir Nogueira era de transexualismo e foi ele encaminhado ao Dr. Roberto Farina por seus médicos assistentes, após longos e meticulosos exames, já com o diagnóstico e recomendação cirúrgica. A intervenção foi realizada gratuitamente, tendo-se presente, inclusive, parecer do ilustre professor Washington de Barros Monteiro, no sentido de que nenhum impedimento legal havia.

3. A prova dos autos é uniforme. Revela o caráter feminino do paciente, desde a infância, sendo portador de pênis e testículos atrofiados; os exames endocrinológicos, psicológicos e psiquiátricos a que se submeteu no Hospital das Clínicas, por parte de Junta Médica integrada por profissionais respeitados e competentes; o consentimento do paciente e o êxito da cirurgia, realizada após dois anos de observações e tratamento; a ausência de distúrbios psíquicos; o consenso de todos os médicos no sentido da indicação cirúrgica como solução terapêutica.

O exame médico-legal demonstrou que a suposta vítima apresentava "mamas desenvolvidas, adiposidade corpórea grácil, do tipo feminino, pelos pubianos também de disposição feminina". Esclarece o laudo que a hipótese era de transexualismo e que "o tratamento desses indivíduos, bem diagnosticados e isolados dos homossexuais, tem sido cirúrgico, através da emasculação, acrescida de neo-vagina cirurgicamente

constituída, associada ao tratamento hormonal", pois "a experiência, já grande, levada a efeito em diversos países, mostra que o tratamento pela psicoterapia psicanalítica ou pela psiquiatria, revela-se inútil e sem resultado benéfico, em nada modificando o estado do transexual adulto". Concluem os peritos afirmando "ter sido a intervenção terapeuticamente necessária".

4. Existe nos autos impressionante cópia de pronunciamentos de renomados especialistas estrangeiros, todos no sentido de que a cirurgia realizada corresponde à terapêutica recomendável para os casos de transexualismo.

II

O TRANSEXUALISMO

5. Não será possível decidir com exatidão o caso submetido a julgamento, sem que se tenha clara idéia do que constitui o transexualismo. Trata-se de uma questão nova, de que não tratam os livros de medicina legal ao estudar a sexologia forense.

6. O exame da copiosa literatura médica disponível esclarece que a expressão "transexual" não era utilizada antes do famoso caso de Christina Jorgensen, em 1952. Atribui-se a CAULDWELL o emprego da expressão latina *pychopathia transexualis*, em 1949. A palavra "transexualismo" só ganhou foros de cidadania na medicina depois que HARRY BENJAMIN a empregou, em 1953 (*Transvestism and transsexualism, International Journal of Sexology*, n.º 7, 12) e em sua obra fundamental sobre o tema, publicada em 1966 (*The Transsexual Phenomenon*, Nova York, Julian Press).

7. Trata-se de anomalia hoje bem caracterizada e conhecida, claramente distinta de outros fenômenos de intersexualidade, como o homossexualismo e o transvestismo. Entende-se por transexualismo uma inversão da identidade psico-social, que conduz a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, que se manifesta pelo desejo de reversão sexual integral. A etiologia do transexualismo (que é fenômeno relativamente raro) é basicamente desconhecida, embora existam várias hipóteses especulativas. Cf. PAUL A. WALKER, *Transsexualism*, no volume *Sex and Life Cycle*, OAKS (W.), ed., Nova York, Grune & Stratton, 1966; MONEY (J.) e GASKIN (R.J.), *Sex Reassignment*, *Journal of Psychiatry*, Nova York, Science House, 1970-1971, vol. 9, 249. O desconhecimento das causas levou à formulação de definições fenomenológicas, com as quais se descreve o fenômeno. Assim, o professor JOHN MONEY, uma das maiores autoridades na matéria, entende que o transexualismo constitui um distúrbio na identidade do próprio gênero, no qual a pessoa manifesta, com persistente e constante convicção, o desejo de viver como membro do sexo oposto integralmente. Como diz o Dr. IHLENFELD (Charles L.), no transexualismo, o indivíduo sente que nasceu com o corpo errado (*The patient feels simply that he was born with the wrong body*). *Thoughts on the treatment of Transsexuals, Journal of Contemporary Psychotherapy*, vol. 6 n.º 1, 63 (1973), E, por isso, busca desesperadamente realizar a reversão sexual, passando a ter a aparência e o status social do sexo oposto.

8. A terapia de cura, em consequência, é ineficaz, porque o paciente a rejeita. Como diz o Dr. W ALKER, no trabalho que já invocamos.

"Usually, the transexual will not participate in therapy which has cure as its goal. The very nature of transexualism is such that the persistent desire to live as the opposite sex precludes cooperation in therapy aimed at maintaining the sex role appropriate to the genitals".

O único caminho indicado parece ser a cirurgia reabilitadora, e nesse sentido pronunciam-se os autores. Repetindo a experiência comum BENJAMIN e IHLENFELD (Transsexualism, American Journal of Nursing, vol. 73 n.O 3, 1973, 461), enfaticamente, afirmam:

"For the adult transsexual, surgical sex reassignment is the final and confirming step in treatment" .

Veja-se também Counseling the transexual, Five conversations with professionals in transexual therapy, Erickson Educational Foundation, Baton Rouge, s/d, 35. Em excelente estudo (Transsexualism, sex reassignment surgery, and the law), publicado na Cornell Law Review (vol. 56, 963, 1971), DOUGLAS K. SMITH faz ampla revisão da opinião médica, inclusive no exame dos casos submetidos a cirurgia. A intervenção cirúrgica aparece como solução indicada para os casos de transexualismo demonstrados após largo exame e investigação multidisciplinar. Citam-se as pesquisas feitas por PAULY (The current status of the change of sex operation, Journal of Nervous & Mental Disease, vol. 147, 460, 1968) e JOHN MONEY (in MONEY & EHRHARDT, Transsexuelle nach Geschlechtswechsel, Tendenzen der Sexualforschung, G. SCHMIDT e E. SCHORSCH, eds., 1970, 84), indicativas de larga margem de êxito. Todos os pacientes masculinos, examinados pelo Dr. MONEY estavam convencidos de que haviam feito a melhor coisa ("unequivocally sure that they had done for themselves the right thing"), tendo abandonado a psicoterapia a que antes da cirurgia estavam submetidos.

Após extensa análise de resultados e opiniões, DOUGLAS SMITH afirma que "as declarações desses médicos, atuantes e experimentados nesse campo; deveria pelo menos colocar um pesado ônus da prova, nos que dizem que a cirurgia não é terapêutica". No original:

"The statements of these doctors, active and expert in this field, should at least place a heavy burden of the proof on one who argues that the surgery is not therapeutic"

(p. 978, ob. cit.).

9. O transexualismo não se confunde com o homossexualismo, como supõe a sentença condenatória. Os homossexuais convivem com o próprio sexo, e estão

certos de pertencer a ele. Os costumes e vestuários próprios do sexo masculino não os agridem psicologicamente, embora alguns prefiram uma aparência bizarra e excêntrica, afetada e efeminada. Outros, ao contrário, desejam uma aparência máscula, cultivando atributos masculinos (barba, bigode, costeletas), e vestuário adequado. Os transexuais, ao contrário, sentem-se como indivíduos "fora do grupo" desde o início, não participando com espontaneidade e integração do ambiente por eles freqüentado.

Por seu turno, os travestis, de um modo geral, podem levar vidas duplas, apresentando-se ora como indivíduos do sexo masculino, ora travestidos. Há uma "tolerância" em relação a ambos os comportamentos em que há predominância de um ou de outro por um período variável, às vezes de certa maneira cíclica ou temporária, ocasional.

Do travesti difere o transexual fundamentalmente no desejo compulsivo de reversão sexual, que os travestis não apresentam, e no comportamento mais feminino.

O transexual detesta ser confundido com os homossexuais e não busca homossexuais para o seu relacionamento amoroso. Veja-se sobre a matéria o excelente trabalho publicado na Revista Brasileira de Medicina, vol. 33 (1976), 369, bem como o estudo do Dr. PAULY, que acima mencionamos, onde está dito:

"Transsexuals are not homosexual. They consider themselves to be members of the opposite sex cursed with the wrong sexual apparatus. They desire the removal of this apparatus and further surgical assistance in order that they may enter into normal heterosexual relationships. On the contrary, a homosexual enjoys and uses his genitalia with members of his own anatomical sex".

10. A Associação Paulista de Medicina pronunciou-se sobre o transexualismo da seguinte forma: "1. O tema deve ser tratado com extrema seriedade por quantos dele tomarem conhecimento, eis que

o transexualismo é uma entidade nosológica e nosográfica bem definida que não deve ser confundida com o homossexualismo. As atenções médicas são exigidas desde os primeiros anos de vida, requerendo tratamento continuo, no âmbito da medicina".

"Reconhecemos que o senso comum da nossa população, ainda não está suficientemente informado, ao contrário do de outros países, onde já existe inclusive, jurisprudência formada sobre a ação médica nessas alterações e cuja experiência não podemos deixar de reconhecer.

"2. Conceito da Comissão sobre Transexualismo: transexual é o indivíduo com identificação psicosexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudança dos mesmos.

"3. Proposta a ser enviada à Diretoria da Associação Médica Brasileira, por intermédio da Associação Paulista de Medicina. A verificação das condições que recomendem o tratamento transexual será feita mediante conferência médica, nos termos do Código de Ética Médica, dela devendo participar médicos especialistas indicados pela Associação Médica Brasileira, por solicitação conjunta do paciente e do seu médico. Com a solicitação deverá, necessariamente, ser apresentado o prontuário médico do paciente, contendo todos os exames clínicos e subsidiários de diagnóstico de transexualismo".

(O Médico Paulista, Jornal da Associação Paulista de Medicina, n.a 169, dez. 1976).

É curioso notar que o transexual masculino, após a cirurgia, invariavelmente se torna mais atraente como mulher do que era, como homem.

É a observação comum dos estudiosos, em consonância com a prova dos autos, no caso submetido a exame. Cf. DONALD W. HASTINGS. Inauguration of a research project on transsexualism in a University Medical Center, no volume *Transsexualism*, MONEY & GREEN, eds., John Hopkins Press, 1966, 248.

Nenhuma dúvida pode haver, portanto, de que o transexualismo constitui enfermidade e que a intervenção cirúrgica constitui terapêutica adequada.

III

A PROBLEMÁTICA JURÍDICA

11. A cirurgia no transexual visa ajustar o seu físico ao sexo a que corresponde seu psiquismo. Surgem daí problemas jurídicos importantes, na esfera criminal, e, principalmente, na civil. Nesta trata-se de saber se é possível a mudança do estado civil, para que prevaleça, em relação ao transexual, o seu novo sexo, em todos os atos para os quais tem ele relevância na vida civil.

Nos Estados Unidos da América, numerosos Estados permitem a alteração do registro civil. Na Louisiana existe lei, que dispõe:

"Any person born in Louisiana who, after having been diagnosed as a transsexual or as a pseudo hermaphrodite, has sustained sex reassignment or corrective surgery which has changed the anatomical structure of the sex of the individual to that of a sex other than that which appears on the original birth certificate of the individual, may petition a court of competent jurisdiction to obtain a new certificate of birth. "

Em Nova Jersey, em março de 1976, o Tribunal de Apelação declarou que um indivíduo que muda o sexo através de cirurgia pode desfrutar de todos os direitos

que têm os do mesmo sexo, inclusive o casamento. Veja-se Erickson Educational Foundation Newsletter, vol. 9 n.º 1 (1976).

12. Interessam-nos aqui, no entanto, apenas os problemas criminais que são, por fortuna, mais fáceis. E isto porque, apesar da controvérsia na fundamentação jurídica, não há dúvida de que na intervenção cirúrgica realizada com o consentimento expresso ou tácito, em caso de interesse médico, não há crime.

13. 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, I, 1, 310), que resolve com base no art. 19, III CP o caso de

"lesão corporal decorrente de operação cirúrgica (ainda que não seja para evitar perigo de vida, mas consensiente o enfermo), nos casos aconselhados pela arte médica (cujo exercício é autorizado pelo Estado)."

A solução com base no exercício regular de direito é, no entanto, imperfeita, como observa VASSALLI (Algunas consideraciones sobre el consentimiento del paciente y el estado de necesidad en el tratamiento médico-quirúrgico, Nuevo Pensamiento Penal, Año 2, n.º 1, 1973, 48). Nenhuma das normas gerais que se invocam para justificar foi criada com vista ao tratamento médico. Há falta de expressa regulação legal, fixando os limites e os pressupostos da intervenção, para proteger o médico de boa fé de perseguições indevidas.

14. Esses pressupostos (do exercício regular de direito na intervenção cirúrgica) são dois. O primeiro é o consentimento; o segundo é o interesse ou recomendação médica.

Assim, VASSALLI (ob. cit., p. 51) :

"O critério primário é o do consentimento".

No mesmo sentido com indicação de bibliografia, MAGGIORE, Diritto Penale, Bolonha, Zanichelli, 1949, 334; BETTIOL, Diritto Penale, Pádua, Cedam, 1976, 322.

15. Muitos entendem que o consentimento opera, nessa hipótese, como causa autônoma de exclusão da ilicitude, proclamando-se a disponibilidade da integridade corporal, se não há ofensa ao que se convencionou chamar de moral e bons costumes. Assim, BETTIOL (ob. cit., p. 306):

"Quando, invece, soggetto passivo del presunto delitto di lesioni e anche il soggetto che esprime il consenso, nessun limite legale dovrebbe sussistere alla libera disponibilità del proprio corpo".

O CP alemão (§ 226a) expressamente exclui, pelo consentimento, a ilicitude da lesão corporal.

O consentimento é expressamente previsto na legislação argentina como condicionante da legitimidade da intervenção curativa. Cf. JOSÉ SEVERO. CABALLERO, El consentimiento del ofendido, Cuadernos de los Institutos, n.º 93, Univ. Nac. de Córdoba (1967), 107.

16. O segundo pressuposto é constituído pelo critério da recomendação médica ou do interesse curativo ou reparador. Costumava-se falar aqui em necessidade, mas é óbvio, diante da cirurgia plástica, que necessidade nesta matéria tem de ser entendida como recomendação ou interesse médico, que abrange também a cirurgia reparadora de deformidades e, inclusive, a cirurgia estética. Nesse sentido é que PAUL LOMBARD (Le Médecin devant ses juges, Paris, Robert Laffont, 1973, .129) se refere a "intérêt médical".

17. No caso em exame estão presentes os pressupostos do consentimento e da recomendação médica. A prova quanto a esta última é uniforme, idônea e autorizada. Os juristas não têm competência para discutí-la e não a podem por em dúvida, particularmente se não há controvérsia. Eminentíssimos professores de Medicina Legal, como Armando Canger Rodrigues e Hilário Veiga de Carvalho avalizam a opinião comum, declarando que a cirurgia foi terapêutica.

18. Se não se admite a exclusão da ilicitude pelo exercício regular de direito, a absolvição nos parece inevitável, por ausência de dolo. Já o velho CARRARA (Programma, § 1.405) dizia que a verdadeira razão da inocência de tais atos reside na ausência de dolo.

O médico não age para causar dano, mas exatamente no sentido oposto; para curar ou minorar um mal. É o que já dizia BINDING (Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Aalen, Scientia Verlag, 1969, I, 56):

"Die angemessene Aktion des Arztes bildet nach Volks • und Rechts • Anschauung in der Tat keine Unterart der Gesundheitsverletzung, sondern ihr Gegenteil: sie ist grundsätzlich Gesundheitsmehrung".

Como ensina MAURACH (Deutsches Strafrecht, Bes. Teil, Karlsruhe, Mueller, 1956, § 8, II, 1), "lesão corporal é lesão do interesse corporal" (Körperverletzung sei Körperinteressenverletzung).

Pela exclusão do dolo, os finalistas excluem a tipicidade da lesão corporal no tratamento curativo, e isso corresponde, pode se dizer, à natureza das coisas. Quem quer curar não quer ferir. WELZEL (Deutsches Strafrecht, Berlin, Gruyter, 1969) é enfático:

"Os tratamentos curativos adequados à arte e indicados pelo médico não são, absolutamente, lesões corporais".

MAURACH (ob. cit., p. 407) também é claro:

"A ciência mantém unanimemente o critério segundo o qual a intervenção médica não requer causa de justificação alguma, desde o momento em que, sempre que se tenha realizado conforme à lex artis e tenha tido resultado feliz, não realizará nunca o tipo da lesão corporal.

"O fim de curar exclui a lesão corporal. A vontade de curar, própria dos médicos, é incompatível com o dolo de maus tratos, exigido nos crimes de lesão corporal".

Nesse sentido pronuncia-se antiga e autorizada doutrina. Cf. FRANK, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Tübingen, Mohr, 1931,478; ENGISCH, Aertzliche Eingriffe zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW vol. 58, 1; BETTIOL, ob. cit. 308.

A atividade do médico é no sentido de favorecer, não de diminuir, o valor que a lei penal tutela. É este, o grande critério decisivo da adequação social como princípio de validade geral na exclusão do tipo de ilícito.

O que salva a ação do médico, excluindo o dolo é a superioridade de seu propósito. Como explica CARLO FIORE (L'azione socialmente adeguata nel Diritto Penale, Nápoles, Morano, 1966, 140).

"Criterio fondamentale: che la condotta rischiosa abbia nel suo contenuto un valore positivo; e precisamente il rispetto degli stessi beni che essa mete in pericolo".

"A adequação social exclui o tipo do fato proibido, porque a ação socialmente adequada não realiza a lesão do valor de ato que dá relevância à lesão do bem tutelado e cuja constatação está implícita no juízo de tipicidade"

(p. 233).

19. Não há a menor dúvida de que o Dr. Roberto Farina agiu de boa fé, com o propósito curativo, tendo presente a positiva e cuidadosa indicação médica que lhe foi feita pela equipe de médicos que vinha atendendo ao paciente. Nesse sentido a prova dos autos é irrecusável. Ele teria de ser absolvido mesmo se houvesse erro nessa indicação terapêutica da cirurgia (art. 17, segunda parte CP). Indiscutivelmente, a nosso ver, atuou sem dolo.

20. De culpa também não se poderia falar, dada a fiel observância das *leges artis* que, no caso, são reveladas pelo êxito uniformemente reconhecido da cirurgia, e pelos cuidados adotados pela equipe médica antes de indicar a solução cirúrgica, que foram ao ponto de buscar um pronunciamento legal autorizado.

A literatura médica está cheia de recomendações quanto aos cuidados a serem observados, antes da indicação cirúrgica, sendo unânime o conselho de que não haja pressa na decisão. Lendo-se o depoimento dos médicos que assistiram o paciente antes da cirurgia, verifica-se que os cuidados necessários foram observados, havendo uma espera de dois anos.

De qualquer forma, para os efeitos da culpa, em relação ao Dr. Roberto Farina, interessariam apenas as *leges artis* da técnica cirúrgica, que, sem a menor dúvida, foram observadas.

IV CONSIDERAÇÕES FINAIS

21. A análise da respeitável sentença condenatória revela que o ilustre juiz equivocou-se gravemente ao confundir transexualismo com homossexualismo, revelando com a condenação, *data venia*, a carga de reprovação moral própria do espírito conservador de certos magistrados. Na sentença se diz que o paciente era homossexual e que tinha um passado de homossexual, sem que exista nos autos qualquer elemento de convicção nesse sentido.

Verifica-se também que a sentença não põe em dúvida o exercício regular de direito na intervenção cirúrgica, argumentando exclusivamente com a necessidade, que ao ver do MM. Juiz não estaria demonstrada. Ainda aqui a sentença, *data venia*, está em completo desacordo com a prova uniforme dos autos. A necessidade da cirurgia nos casos de transexualismo existe. O caso do paciente era de transexualismo. A necessidade foi afirmada pela equipe médica que o assistia. Os médicos envolvidos no problema são sérios, conceituados e respeitáveis.

O parecer é, pois, no sentido de que o Dr. Roberto Farina atuou rigorosamente nos limites do exercício regular de direito, não tendo praticado crime algum.

(*) Texto original e integral do artigo publicado na *Revista de Direito Penal*, n.º 25, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 25-34