

A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

*Vanessa Bergesch*¹

*Beatris Francisca Chemin*²

Resumo: Este artigo analisa a cirurgia de mudança de sexo em transexuais como forma de concretização dos direitos fundamentais constitucionais, a partir do Acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que determinou a inclusão da cirurgia de transgenitalização na lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). A pesquisa é qualitativa realizada por meio do método dedutivo. Os procedimentos técnicos utilizados foram o estudo de legislação, bibliografia e jurisprudência. O estudo aborda os direitos fundamentais, define o significado de personalidade para seguir ao conceito de transexualismo e sua ligação com saúde pública, para, ao final, analisar a inclusão da operação de mudança de sexo em pacientes transexuais na tabela de procedimentos médicos realizados pelo Poder Público, com motivação nos direitos fundamentais constitucionais. Conclui que não é negado o fato de existirem pacientes com doenças graves e que necessitam de tratamentos urgentes do SUS; entretanto, descabe excluir os transexuais da sua cobertura, que estão protegidos pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica de Saúde. Outrossim, as cirurgias de transgenitalização já são disponibilizadas pelo SUS a outros indivíduos, o que corrobora a tese de afastamento da alegação de limitação da reserva do possível.

Palavras-chave: Direitos fundamentais constitucionais. Transgenitalização. Sistema Único de Saúde.

1 INTRODUÇÃO

A questão da cirurgia de transgenitalização sempre despertou polêmica e, em 2007, ganhou vulto com o Acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que deferiu antecipação de tutela pleiteada pelo Ministério Público Federal, determinando, com base nos direitos fundamentais, a inclusão da cirurgia de mudança de sexo na lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema único de Saúde (SUS). Nesse sentido, o presente artigo fará uma análise desse tema diante da perspectiva dos direitos fundamentais, tomando por referência a Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

Tendo em vista tratar-se a transexualidade de uma doença psíquica, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) e enquadrada no Código Internacional de Doenças (CID), cumpre concretizar o direito à inclusão dos procedimentos de mudança de sexo a partir de uma compreensão dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

A importância dessa discussão advém do fato de a sociedade não fazer distinção entre o homossexual, o travesti e o transexual, o que se torna imprescindível ao analisar o fenômeno da

1 Advogada. Bacharela em Direito. Os dados deste artigo são baseados na sua monografia de conclusão do Curso de Direito, no Centro Universitário Univates, defendida em A/2008. vanessa@yahoo.com.br

2 Professora orientadora da monografia de Vanessa. Professora do Centro Universitário Univates. Mestre em Direito. bchemin@univates.br

transexualidade como um problema de saúde que necessita de uma resposta do Poder Público. Ademais, no Brasil não há lei específica que trate dos direitos dos transexuais ao acesso à terapia e à alteração da sua situação, de forma que o referido Acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região pode ser considerado uma correção jurídica diante da omissão legislativa sobre os direitos desse grupo social.

Este estudo, portanto, possui como objetivos: descrever o conceito dos direitos fundamentais; identificar conceitos sobre transexualismo, diferenciando-o em relação ao homossexualismo e travestismo, bem como analisá-lo como questão de saúde pública, e analisar a inclusão da cirurgia de transgenitalização na lista de procedimentos médicos realizados pelo SUS com base nos direitos fundamentais.

A pesquisa é qualitativa e foi realizada por meio do método dedutivo. Os procedimentos técnicos utilizados foram o estudo de legislação, bibliografia e jurisprudência, que fazem referência à cirurgia de transgenitalização analisada à luz dos direitos fundamentais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução histórica e cultural da humanidade, num contexto de conflitos sociais, guerras mundiais e arbitrariedades de governos totalitários que caracterizaram o século XX fez surgir a necessidade de criação de normas que protegessem as pessoas em suas necessidades subsistenciais, por meio da positivação de direitos a elas inerentes, objetivando cobrar sua aplicabilidade do Estado e limitar seu poder.

No que concerne à terminologia e ao conceito adotado para a expressão 'direitos fundamentais', Sarlet (2001) afirma existir grande ambigüidade e, até mesmo, a ausência de consenso, em razão de tanto na doutrina quanto no direito positivo serem utilizados diversos termos, tais como: 'direitos humanos', 'direitos do homem', 'direitos subjetivos públicos', 'liberdades públicas', 'direitos individuais', 'liberdades fundamentais' e 'direitos humanos fundamentais'. Por isso, no presente artigo, ater-se-á à distinção que sintetiza a controvérsia da seguinte forma: os direitos fundamentais como aqueles constantes do direito positivo, desenvolvidos, reconhecidos e assegurados nas Constituições.

[Ferreira Filho](#) (1998) afirma que todas as Constituições brasileiras enunciaram declarações de direitos, sendo que as duas primeiras trataram de liberdades públicas, prevendo a limitação do poder. Já a partir de 1934, elas acrescentaram, na ordem econômica, direitos sociais.

Quanto ao processo de elaboração da CF/1988, [Sarlet](#) (2001) refere sua vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de 20 anos de ditadura militar. Nos artigos introdutórios, destacam-se os princípios da cidadania e dignidade da pessoa humana, percebendo-se o privilégio da temática dos direitos fundamentais quando lhes outorga a natureza de cláusula pétrea, conforme art. 60, parágrafo 4º, IV, impedindo a supressão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais mediante emenda constitucional.

Em prosseguimento, o mesmo autor atribui três características à CF/1988, que podem ser consideradas como extensivas ao título dos direitos fundamentais, quais sejam, seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente. O referido Título II contém sete artigos, seis parágrafos e 109 incisos, refletindo a preocupação do Constituinte com a proteção dos direitos e

garantias fundamentais. Alega, outrossim, que, possivelmente, a maior inovação tenha sido a do art. 5º, § 1º, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata.

Observa-se, também, que o sujeito passivo de todas estas obrigações previstas na Constituição é o Estado, cabendo a ele respeitar as liberdades, prestar os serviços correspondentes aos direitos sociais, bem como a proteção judicial, zelando pelas situações objeto dos direitos de solidariedade ([FERREIRA FILHO, 1999](#)).

Do exposto, pôde-se observar que os constituintes abarcaram os direitos fundamentais na CF/1988 de forma bastante abrangente, definindo-os como cláusulas pétreas. No entanto, o problema que sempre existiu foi o de cobrar com êxito do Estado sua concretização, de forma que o grande desafio é o de tornar sua aplicação possível e suficiente a todos os cidadãos brasileiros.

3 O TRANSEXUALISMO COMO QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

A partir da Renascença é que as anomalias sexuais passaram a ser observadas sob o ponto de vista médico, classificadas, pela medicina da época, como distúrbios mentais. Deste modo, o homossexualismo, o travestismo, o transexualismo e as parafilias deixaram de ser considerados como estados de possessão diabólica, passando a ser classificados como doença.

3.1 Conceitos

A psicologia e a ciência jurídica já reconheceram inúmeros desdobramentos da personalidade humana, bem como o seu direito a uma tutela específica. Segundo Diniz (2005), a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

Pessoa e personalidade não se confundem, sendo a substância da pessoa a personalidade, que pode ser definida como o complexo natural psicossomático, considerado naqueles fatores que determinam a individualidade. Isto pode ser descrito pela psicologia como a diferença entre o 'eu', pessoa, e o 'meu', ou seja, tudo quanto constitui vida do 'eu', seja orgânica, seja psicológica:

Desta forma, os direitos de personalidade, tais como o corpo, a psique, a vida, a obra, a imagem, a família, a liberdade, a dignidade, a intimidade, a identidade, sexualidade, entre outros tantos, são considerados como componentes do 'Eu objetivo', ou seja, objetos do 'Eu subjetivo' ([OLIVEIRA, 2003, p. 50](#)).

Na doutrina de [Trindade](#) (2007), personalidade é um conjunto biopsicossocial dinâmico que possibilita a adaptação do homem consigo mesmo e com o meio, numa equação de fatores hereditários e vivenciais e que está fundada numa construção, e não num grupo de características estanques e adquiridas pelo nascimento.

Segundo [Hall, Lindzey e Campbell](#) (2000), Freud estruturava a personalidade como composta por três sistemas: o *id*, a matriz original, que é herdada e que se acha presente no nascimento, incluindo os instintos; o *ego*, que parte do *id* e distingue a realidade subjetiva da mente das coisas do mundo externo; e o *super ego*, a força moral da personalidade, que se preocupa em decidir se alguma atitude é certa ou errada, para poder agir de acordo com os padrões morais autorizados pela sociedade.

Oliveira (2003) refere que os objetos da personalidade devem ser analisados a partir de outros direitos, como o direito à vida digna, à identidade, à liberdade, ao corpo, à intimidade e à imagem.

Sobre a sexualidade humana, **Szaniawski** (1999) destaca que ela ultrapassa a esfera biológica, a mera função reprodutora da espécie e a manifestação da libido e do impulso sexual para a satisfação carnal. Afirma este autor que o homem, como ser, é bipolar, apresentando dois sexos distintos: um homem e uma mulher. A definitiva distinção, de acordo com os avanços dos estudos da Biologia e da Psicologia tem consentido a idéia de que a masculinidade e a feminilidade não são consideradas valores opostos, mas graus sucessivos de desenvolvimento da sexualidade.

Nesse sentido, para o mesmo autor, a sexualidade no homem consiste em um conjunto de aspectos: o biológico, revelado pelas características genitais, gonádicas, cromossômicas e outros atributos secundários, a parte psíquica e atitudes comportamentais do indivíduo, que se integram umas nas outras. A essa integração de aspectos dá-se o nome de sexo, que se constitui em um caráter primário de identificação da pessoa, surgindo, assim, o direito à identificação sexual para ela.

Esse direito abrange outros, como o de livre desenvolvimento da personalidade, que comporta a proteção à integridade psicofísica, a tutela à saúde e o poder de disposição de partes do próprio corpo. Ainda, o estudioso mencionado declara que a problemática da identidade sexual de alguém é muito mais ampla do que seu simples sexo morfológico, devendo-se considerar o comportamento psíquico que o indivíduo tem diante do próprio sexo.

Oliveira (2003) afirma que o sexo psicológico é definido por uma série de características que podem ser descritas como uma reação do indivíduo frente a determinados estímulos, tanto endócrinos quanto culturais, que irão influir na reação masculina ou feminina do indivíduo. O referido autor cita Freud, que trata os impulsos sexuais sob a nomenclatura de instinto sexual e encontra na psique da sexualidade o enfoque no prazer, como elemento determinante do comportamento sexual.

No que concerne ao estudo da identidade sexual, Varella *apud* **Oliveira** (2003, p. 68) distingue gênero, identidade sexual e orientação, afirmando que a identidade sexual é a percepção de ser homem ou mulher que cada indivíduo tem ao seu respeito, ou seja, "identidade sexual nada mais é do que o direito de ser internamente e aparecer externamente igual a si mesmo com a realidade do próprio sexo"; gênero é a construção sociocultural que cada pessoa estabelece, tendo por base as diferenças biológicas de cada sexo.

Diante do exposto, a sexualidade do homem pode apresentar perturbações ou disfunções, denominadas, pela Medicina, de anomalias sexuais, as quais são classificadas em intersexualismo, homossexualismo, travestismo e transexualismo.

a) Intersexualismo: Goldschmidt *apud* **Szaniawski** (1999, p. 44) define como intersexuais as pessoas "portadoras de estado intersexual", as quais apresentam caracteres físicos e funcionais de ambos os sexos. O último autor afirma que intersexualidade e transexualismo não se confundem, haja vista que o transexual possui perfeita genitália externa e interna de um único sexo, respondendo, porém, psicologicamente aos estímulos do outro. A defasagem entre o corpo e a psique classificam o indivíduo como transexual.

b) Hermafroditismo: o hermafroditismo é classificado como uma variante do intersexualismo. Para Farina *apud* **Szaniawski** (1999, p. 46), o hermafroditismo e o intersexo são sinônimos e aparecem "sempre que houver contradição ou discordância de um ou mais caracteres orgânicos do sexo referido". **Vieira** (1996, p. 34) refere que "o termo hermafrodita é aplicado ao indivíduo que possui

órgãos reprodutivos dos dois sexos”, sendo que, em casos raros, as duas partes do aparelho sexual estão bem desenvolvidas, mas geralmente ambas são atrofiadas.

c) Homossexualismo: Farina *apud* [Szaniawski](#) (1999, p. 48) afirma que “o homossexualismo teria origem psicogênica e multifatorial”, ou seja, endócrina, psíquica, ambiental etc., não possuindo conflitos oriundos de sua condição, de forma que os órgãos sexuais do homossexual são, para ele, fonte de prazer. Nesse sentido, [Vieira](#) (1996) aduz que além de o homossexual não repudiar seu sexo, o homossexualismo é considerado desvio de orientação sexual, e não mais um distúrbio mental a partir de 10ª edição da Classificação Internacional de Doenças da OMS, em 1993.

d) Travestismo: O travestismo se verifica em indivíduos que sentem prazer em se vestir com trajes típicos do sexo oposto. Para Olazábal *apud* [Szaniawski](#) (1999, p.52), “se define como uma série de fenômenos complexos que podem ser praticados como um ritual masturbatório associado à excitação erótica, embora fazendo parte, como sintoma, de outros distúrbios, como o homossexualismo”.

d) Transexualismo: A Organização Mundial da Saúde define o transexualismo como um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. O transexual sente, geralmente, mal-estar ou inadaptação em relação a seu próprio sexo anatômico deseja submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de adequar o seu corpo tanto quanto possível ao sexo almejado. Definição semelhante é apresentada no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV) onde o transexualismo está caracterizado como Transtorno de Identidade de Gênero ([BORDAS; RAYMUNDO; GOLDIM, 2000](#)).

Conforme [Ventura](#) (2007), o fenômeno transexual é definido, na Medicina e no Direito, como um tipo de transtorno psíquico, denominado na Classificação Internacional de Doenças (CID), pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como transtorno de identidade de gênero, e conhecido amplamente como transexualismo. A autora afirma que além das transformações corporais a pessoa transexual busca alterar seu prenome e sexo legal, favorecendo o livre desenvolvimento de sua personalidade e integração social.

Quanto à caracterização do transexual, sob o ponto de vista anatômico, é normal e, segundo [Szaniawski](#) (1999), a maioria não apresenta indicação de psicose, porém uma desorganização da personalidade, que surge quando o indivíduo é obrigado a direcionar-se de modo contrário à sua identidade psicossocial. A doutrina especializada é quase unânime em afirmar que a síndrome é um fenômeno irreversível em adultos, podendo somente ocorrer a reversibilidade quando constatado em crianças, submetidas desde logo a tratamentos adequados. O diagnóstico deve ser realizado por exames multidisciplinares das áreas de clínica geral, endocrinologia, urologia, ginecologia, cirurgia plástica, psicologia e psiquiatria.

O estudioso salienta que desde criança o indivíduo sofre conflito oriundo de uma ruptura entre sua psique e a realidade corporal, de tal forma que esse dualismo influencia o comportamento: se menino, gosta de brincar com meninas; se menina, procura meninos. Com o advento da puberdade, o indivíduo adquire a consciência plena da sua anomalia, com conseqüente conflito interno, consistente em permanente desgosto e revolta, bem como conflito externo, advindo de suas relações sociais. O autor enfatiza que a sociedade não compreende tal anomalia, age com desrespeito, falta de solidariedade e preconceito, levando o transexual ao isolamento. O transexual, como qualquer ser humano, busca o equilíbrio psíquico, físico, o perfeito relacionamento familiar e social, sua felicidade.

Oliveira (2003) aduz que o transexual chega, por vezes, a ter horror ou nojo de seus órgãos genitais, tentando escondê-los, como ocorre com transexuais masculinos, ou simulá-los, no caso de femininos. Por essa razão, o transexual busca adequar seu sexo biológico ao sexo psicológico, seja por meio de tratamentos hormonais ou técnicas de atrofiamento da genitália, seja por meio da cirurgia de transgenitalização, que é o fechamento da abertura vaginal com a implantação de um pênis artificial (neofaloplastia) ou da amputação do falo e testículos, que permite a produção de uma neovagina (neocolpovulvoplastia).

Sempre muito se discutiu acerca da cirurgia de mudança de sexo em transexuais, tratando-se de um tema extremamente polêmico, havendo muitos opositores em relação ao procedimento. No entanto, para o autor, antes de se realizar tal operação, muitos estudos e exames são realizados no indivíduo, a fim de se evitar equívocos ou, torná-la um comércio de transformação sexual. Tendo em vista, portanto, tratar-se a transexualidade de doença psíquica, levando, muitas vezes, os seus portadores a se isolarem da sociedade, se mutilando e até mesmo se suicidando, o transtorno deve ser encarado como questão de saúde pública, que merece atenção e amparo do Estado.

4 CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Quanto à legislação pertinente ao assunto ora tratado, há a Resolução nº 1.652, de 2002, do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização e informa que o paciente transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio, determinando, ainda, em seu art. 3º, os critérios de definição da doença.

Ainda, a Resolução leva em conta a aplicação do Código de Ética Médica, bem como que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no art. 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico. Além disso, considera a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e/ou neofaloplastia e, também, o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo.

No art. 1º, da citada Resolução, é autorizada a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo, e, no art. 2º, autoriza, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia e/ou procedimentos complementares.

O art. 4º refere que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá à avaliação de equipe multidisciplinar, constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo aos seguintes critérios: 1) diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) ser o paciente maior de vinte e um anos; e 3) possuir características físicas apropriadas para a cirurgia. Gize-se que a autorização para o procedimento ocorrerá, conforme o referido artigo, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto dos critérios expostos.

Observa-se que uma das recomendações da Primeira Jornada Nacional sobre Transexualidade e Saúde foi no sentido de alterar a Resolução nº 1.652/2002, do CFM, para considerar a maioridade civil de 18 anos como idade mínima para o início do processo visando à cirurgia, em conformidade com o Código Civil vigente.

A Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Em seu art. 2º, caput, refere: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde estão inseridos no art. 7º, da lei em estudo. Portanto, tendo em vista que o SUS é regido pelos princípios da universalidade de acesso aos serviços de saúde, preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, bem como igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos de qualquer espécie, estaria justificada a inserção da cirurgia de mudança de sexo em pacientes transexuais, na sua lista de procedimentos médicos.

Lembra-se, outrossim, que a CF/1988, em seus arts. 196 e 198, estabelece os princípios da cobertura universal e da integralidade da assistência do SUS, de forma a garantir a todos os brasileiros o direito ao atendimento completo, independente do problema de saúde em questão.

Em matéria legislativa, tramita no Congresso Nacional o Projeto nº 70-B, de 1995, que prevê a exclusão do crime, inserindo-se o § 9º ao art. 129 do Código Penal Brasileiro, nas hipóteses de intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz e quando efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.

O mesmo projeto de lei objetiva alterar o art. 58 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), permitindo a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário. Tal projeto tem parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, bem como da Comissão de Seguridade Social e Família.³

Verifica-se, por meio de consulta ao site da Câmara dos Deputados Federais⁴, que a maioria dos projetos de lei, sobre transexuais, em tramitação no Congresso Nacional trata da questão da alteração de nome do transexual no Registro Civil, depois de realizada a transgenitalização.

Enfim, pode-se observar que no Brasil não há legislação específica acerca da possibilidade de realização de cirurgias de transgenitalização em pacientes transexuais custeadas pelo Poder Público⁵, estabelecendo-se, quanto ao tratamento médico e psicológico da patologia, a supramencionada Resolução nº 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina. Já a situação legal, no que tange à alteração do status civil dos transexuais, vem sendo resolvida através de ações judiciais propostas individualmente.

De maior relevância, nesse tema, foi o acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em agosto de 2007, que deferiu, em sede de antecipação de tutela, a inclusão da cirurgia de transgenitalização na lista de procedimentos médicos custeados pelo SUS, prevendo a sua abrangência nacional. No entanto, tal antecipação de tutela foi cassada, em dezembro

³ O referido projeto encontra-se pronto para pauta, conforme consulta ao site da Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15009>. Acesso em: 15 abril 2009.

⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_lista.asp?formulario=formPesquisaPorAssunto&Ass1=transexual&co1=+AND+&Ass2=&co2=+OR+&Ass3=&Submit2=Pesquisar&sigla=&Numero=&Ano=&Autor=&Relator=&dtInicio=&dtFim=&Comissao=&Situacao=&OrgaoOrigem=todos>. Acesso em: 18 maio 2008.

⁵ No Estado de São Paulo existe a Lei nº 10.948, de 2001, publicada no Diário Oficial em 06 de novembro de 2001, que proíbe discriminar o homossexual, o bissexual e o transgênero, e aplica multa ao infrator. Disponível em: <http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=306#anchor_96536>. Acesso em: 07 maio 2008.

de 2007, em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que a situação deveria ser analisada caso a caso.

4.1 A cirurgia como direito fundamental constitucional

A transformação da genitália, como já mencionado, constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo, sendo a possibilidade de sua realização um modo de garantir a estes os seus direitos sexuais. Neste passo, [Rios](#) (2007) refere que os direitos sexuais têm por escopo problematizar fenômenos e relações sociais a respeito da expressão sexual, que abrangem a orientação sexual homossexual, bissexual, transexualidade e travestismo.

Seguindo nesse aspecto, [Ventura](#) (2007) destaca que a trajetória da construção de um direito à 'mudança de sexo' revela grande parte das dificuldades dessa construção, nos campos da Saúde e do Direito, afirmando que esse direito vem conseguindo se legitimar a partir dos avanços biotecnológicos, da inserção da transexualidade como doença e da afirmação da transgenitalização como um direito à saúde. Nessa construção, [Oliveira](#) (2003) afirma que está implícita, entre outros objetivos, a busca pela felicidade, sendo o sexo e a sexualidade meios de encontrar alegria e prazer. Destaca o autor que desenvolver a sexualidade é, também, buscar a felicidade, de forma que o direito ao desenvolvimento livre da personalidade também é o direito da busca pela felicidade.

Dessa feita, cumpre analisar a problemática aqui exposta à luz da Constituição Federal, em que se perpetram os direitos fundamentais do homem, dos quais vários incidem sobre a questão da cirurgia de mudança de sexo em transexuais. Esse é o entendimento de [Rios](#) (2007, p. 24): "diversas questões relativas à regulação da transexualidade podem encontrar suas diretrizes fundamentais na conjugação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do direito à igualdade [...]".

Segundo [Bordas, Raymundo e Goldim](#) (2000, p. 170): "a principal questão moral envolvida na redesignação sexual é o respeito à pessoa, o respeito à dignidade humana." Assim, sendo possível diagnosticar e tratar o transexualismo, seus portadores devem ser respeitados da mesma forma que os portadores de outras moléstias conhecidas, através da readequação de gênero, visando a conciliar o sexo anatômico com o sexo psíquico.

[Buglione](#) (2007), nesse passo, aduz que a sexualidade como direito ora ocupa a esfera das políticas públicas, como um direito à saúde e ora se relaciona com a não-discriminação e ao direito de autodeterminação, incluindo a garantia do livre desenvolvimento da personalidade, por meio do respeito a diferentes práticas e identidades.

O Estado tem o dever de promover um ambiente adequado para o desenvolvimento do indivíduo em sua plenitude, em consonância com o princípio constitucional da dignidade humana ([OLIVEIRA, 2003](#)).

Entende-se que, da análise do art. 196, da CF/1988, a saúde prestada pelo Estado deve abranger toda a população brasileira e de forma igualitária, sem distinção de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação, de modo a também concretizar os direitos fundamentais de igualdade e dignidade da pessoa humana, em consonância com os fundamentos e objetivos da nossa República, materializados nos seus arts. 1º e 3º.

Nesse quadro, inserem-se as garantias previstas no art. 5º, da CF/1988, tais como a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade e à liberdade. Observa-se, outrossim, que o preâmbulo constitucional destaca a necessidade de o Estado assegurar o bem-estar da sociedade e ter por finalidade a saúde pública.

[Vieira](#) (1996, p. 141) declara que o direito à saúde “é o elemento incentivador dos interesses do transexual em ver reconhecido o seu direito à adequação de sexo”, salientando que “o tratamento cirúrgico é o que melhor satisfaz a realidade psíquica do paciente, sobrepondo-se às falhas das demais terapias”.

Dessa forma, no entendimento do Ministério Público Federal, em Ação Civil Pública⁶ ajuizada em face da União, pretendendo a inclusão das cirurgias de mudança de sexo em transexuais na lista de procedimentos médicos custeados pelo SUS: “vê-se, por esse princípio que cada pessoa tem o direito de atenção individualizada e de acesso aos serviços de saúde e aos procedimentos existentes e aceitos pela experiência médica, quer sejam em caráter experimental – quando não existente outro alternativo – quer sejam já procedimentos incorporados às práticas médicas.” Ainda, afirma:

[...] a saúde, no texto constitucional de 1988 deixou de ser um direito exclusivo dos que contribuíam para o sistema de previdência e assistência social, passando a ser um **direito público subjetivo**. Assim, não pode ser recusado pelo Poder Público o financiamento dos procedimentos médicos necessários para restabelecer ou minorar o quadro de dor física ou sofrimento moral enfrentado pelos usuários do sistema, pois todos tem direito de acesso aos procedimentos médicos aceitos pela ética médica, como é o caso da cirurgia de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia ([BRASIL, Ação Civil Pública nº 2001.71.00.026279-9, texto digital](#)).

Em prosseguimento, a doutrina, nas palavras de [Oliveira](#) (2003, p. 108), assevera que “ao Estado cabe proporcionar um ambiente de segurança e paz jurídica, onde o indivíduo possa construir livremente sua personalidade, desenvolver sua sexualidade e, assim, buscar sua felicidade”.

Assim, se a saúde é um direito fundamental da pessoa humana, em que o Estado tem o dever de prover as condições indispensáveis ao seu exercício, em consonância com os princípios da Lei do SUS, obriga-se este mesmo Estado a proporcionar a todos os indivíduos que dela necessitam, como forma de concretizar os direitos fundamentais de igualdade, dignidade e liberdade.

Tendo em vista os objetivos fundamentais do País, arrolados no art. 3º, da CF/1988, [Lacerda](#) (2007, texto digital) afirma que considerando esses objetivos, “os Poderes do Estado não podem interferir na busca da felicidade da minoria, e sim ter o objetivo de proporcionar a felicidade a cada indivíduo e a busca de seus objetivos.”

Portanto, em que pese haver demandas mais urgentes na área da saúde pública, a questão do transexualismo não pode ser ignorada pelo Estado, seja por se tratar de doença e haver tratamento disponível pelo SUS, seja porque não há que se falar em limitação da reserva do possível em virtude de ser relativamente pouco numeroso, conforme o Acórdão proferido na Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9, o contingente a ser submetido ao tratamento (considerando a quantidade de indivíduos que sofre de outras doenças e se utilizam do SUS).

Dessa feita, a realização da cirurgia de transgenitalização é uma forma de concretização dos direitos fundamentais constitucionais, entre os quais se destacam o direito à saúde, ao livre desenvolvimento da personalidade, à igualdade e à dignidade. Já os pedidos relacionados ao pagamento de tratamentos, cirurgias e medicamentos a pacientes devem ser analisados caso a caso, de forma concreta.

⁶ Processo distribuído na 4ª Vara Federal da Comarca de Porto Alegre/RS e autuado em 13.08.2001, conforme consulta no portal da Justiça Federal da 4ª Região, na Internet. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 06 maio 2008.

CONCLUSÃO

Das considerações tecidas no presente artigo, é possível observar que apesar de a CF/1988 ter consagrado como cláusulas pétreas e de aplicabilidade imediata os direitos fundamentais nela previstos, a praxe demonstra, muitas vezes, resistência na sua concretização.

É o que acontece, por exemplo, em relação aos transexuais, os quais, inobstante sofram de um distúrbio doentio que, muitas vezes, os levam à automutilação e à morte, vêem-se privados de seus direitos fundamentais à saúde, ao livre desenvolvimento da personalidade, à dignidade e à igualdade, pelo fato de, no país, ainda ser negada a possibilidade de realização de cirurgia de mudança de sexo custeada pelo Poder Público, bem como inexistir legislação específica sobre esse tema.

Diante dessa situação, o Acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consequência de decisões anteriores que foram a causa da construção pretoriana atual, que determinou em sede de antecipação de tutela a inclusão das cirurgias de transgenitalização em pacientes transexuais na lista de procedimentos médicos custeados pelo SUS, e que ora está com sua execução suspensa, pode configurar uma correção judicial à discriminação lesiva aos seus direitos fundamentais constitucionais.

Nesse sentido, o transexual, como todo ser humano, busca sua felicidade por meio do equilíbrio psíquico, físico e harmonia no relacionamento familiar e social. No caso da doença por ele sofrida, a cirurgia de mudança de sexo constitui a etapa mais importante do tratamento, sendo a possibilidade de sua realização uma forma de garantir seus direitos sexuais.

Dessa feita, pode-se afirmar que o direito à cirurgia de transgenitalização custeada pelo Poder Público é protegido pela própria Lei nº 8.080/1990 (lei do SUS), que dispõe ser a saúde um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Ainda, tendo em vista que o SUS é regido pelos princípios da universalidade de acesso aos serviços de saúde, preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, bem como igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos de qualquer espécie, estaria mais uma vez justificada a inserção da cirurgia de mudança de sexo em pacientes transexuais, na sua lista de procedimentos médicos.

Lembra-se, outrossim, que a CF/1988 estabelece os princípios da cobertura universal e da integralidade da assistência do SUS, de forma a garantir a todos os brasileiros o direito ao atendimento completo, independente do problema de saúde em questão. Por outro lado, considerando-se que as cirurgias de transgenitalização já constam da tabela de procedimentos médicos do SUS, não há que se falar em limitação da reserva do possível em relação ao transexualismo, visto que configuraria mais uma forma de discriminar as pessoas que sofrem dessa doença.

Ademais, conforme a Resolução nº 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina, o paciente transexual é submetido à realização de exames durante dois anos por equipe multidisciplinar da área da saúde, para, então, analisar a viabilidade da realização da cirurgia de mudança de sexo. Destarte, sendo possível diagnosticar e tratar o transexualismo, seus portadores devem ser respeitados da mesma forma que os portadores de outras moléstias conhecidas, através da readequação de gênero, visando a conciliar o sexo anatômico com o sexo psíquico.

Diante do exposto, conclui-se que não é possível negar a existência de pessoas com doenças graves e que necessitem de tratamentos mais urgentes do SUS; todavia, descabe excluir os transexuais da cobertura pelo sistema público de saúde, haja vista que estão protegidos, da mesma forma que os

demais pacientes pela Constituição e pela própria lei do SUS. Portanto, acredita-se que a realização das cirurgias de mudança de sexo em transexuais pelo SUS é uma forma de concretização de seus direitos fundamentais constitucionais.

REFERÊNCIAS

BORDAS, Francis C.; RAYMUNDO, Márcia M.; GOLDIM, José R. **Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo**. Porto Alegre, v. 20, n. 2, ago. 2000. Disponível em: <http://www.hcpa.ufrgs.br/downloads/RevistaCientifica/2000/2000_2.pdf#page=73>. Acesso em: 04 abr. 2008. [1](#) [2](#)

BRASIL. (Constituição). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação cível nº 2001.71.00.026279-9. Apelante: Ministério Público Federal. Apelada: União Federal. Relator: Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 14 de agosto de 2007. Disponível em <http://www.trf4.gov.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 27 nov. 2007. [1](#)

BUGLIONE, Samantha. Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger R. (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 89-108. [1](#)

CID-10 - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde. **Décima Revisão**. Volume I. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm>>.

DINIZ, Maria H.. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel G.. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. [1](#) [2](#) [3](#)

HALL, Calvin S.; LINDZEY, Gardner; CAMPBELL, John B. **Teorias da Personalidade**. 4. ed. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000. [1](#)

LACERDA, Hamilton H.. **Transexualismo**. BDjur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9880>>. Acesso em: 13 set. 2007. [1](#)

OLIVEIRA, Alexandre M. A. de. **Direito de autodeterminação sexual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. [1](#) [2](#) [3](#) [4](#) [5](#) [6](#) [7](#) [8](#)

RIOS, Roger R. **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. [1](#) [2](#)

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. [1](#)

SZANIAWSKI, Elimar. Limites e possibilidade do direito de redesignação do estado sexual.

Estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. [1](#) [2](#) [3](#) [4](#) [5](#) [6](#)

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. [1](#)

VENTURA, Mirian. Transexualidade: Algumas reflexões jurídicas sobre a anatomia corporal e autodeterminação da identidade sexual. In: RIOS, Roger R. (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 141-167. [1](#) [2](#)

VIEIRA, Tereza R. **Mudança de sexo.** Aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Santos, 1996. [1](#) [2](#) [3](#)