

EXMO^(a). SR^(a). DR^(a) JUIZ^(a) FEDERAL DA ____ VARA
FEDERAL DE PORTO ALEGRE, SEÇÃO JUDICIÁRIA DO RIO
GRANDE DO SUL

“A conferência reafirma enfaticamente que a **saúde - estado completo de bem-estar físico, mental e social**, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade – é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde” (Declaração de Alma-Ata”, na República do Cazaquistão, no dia 12 de setembro de 1978, patrocinada em conjunto pela OMS e UNICEF).

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, por seus Procuradores da República signatários, vem à presença de Vossa Excelência, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, propor **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**, com pedido de antecipação de tutela, contra a União Federal, representada em Porto Alegre pela Advocacia da União, localizada na Rua Jerônimo Coelho, 10º andar, Centro, o que fazem alicerçados nos seguintes fatos e fundamentos:

I – DOS FATOS

1.1 – Do recebimento de representação e das medidas adotadas na via administrativa para equacionamento do problema

No mês de abril do corrente ano, um grupo de portadores de Transexualismo, na classificação da Organização Mundial da Saúde, ou de Transtorno de Identidade de Gênero, classificação utilizada no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV), formulou representação junto ao *Parquet* Federal, objetivando fossem tomadas medidas necessárias para garantia do seu direito de ver custeadas pelo Estado as despesas médicas necessárias para a adequação sexual. Embasado nessa representação, instaurou-se o competente Procedimento Administrativo nº 233/2001 (doc. 1).

Referido grupo relatou que o Hospital de Clínicas de Porto Alegre criou o Programa de Transtorno de Identidade de Gênero no ano de 1997, integrado por profissionais de diversas áreas, tais como: Urologia, Psiquiatria, Psicologia, Ginecologia, Mastologia, Otorrinolaringologia, Fonoaudiologia e Endocrinologia. Tal programa está adequado à Resolução Normativa do Conselho Federal de Medicina de nº 1.482/97 (doc. 2), que autorizou a classe médica a realizar cirurgias de transgenitalização (neocolpovulvoplastia e neofaloplastia) e os procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo, desde que realizadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa.

Informam os representantes que, embora já tenha sido realizado um procedimento cirúrgico, o Ministério da Saúde não ressarciu as despesas decorrentes de tal ato médico, ao fundamento de que as cirurgias de neocolpovulvoplastia para readequação de indivíduos do sexo biológico masculino para o feminino e de neofaloplastia para readequação de indivíduos do sexo biológico feminino para o masculino não estão contempladas na tabela do SUS – Sistema Único de Saúde, não existindo, ainda, parecer favorável em relação a este assunto, dependendo de uma discussão mais ampla envolvendo os diversos segmentos da sociedade representados no Conselho Nacional de Saúde (doc. 3).

Numa primeira tentativa de equacionar o problema que lhe foi apresentado, o Ministério Público Federal expediu recomendação (Of. SOS/PRRS nº 2117, de 3 de maio de 2001) para que o Coordenador(a) Geral da Coordenação Geral de Sistemas de Informação Ambulatorial e Hospitalar e o Diretor(a) do Departamento de Controle e Avaliação de Sistemas da Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, tomassem as providências necessárias para o fim de exclusão de crítica quanto ao sexo nas cirurgias de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários.

Por sua vez, o Ministério da Saúde, primeiramente, suscitou implicações de ordem criminal e quanto ao caráter experimental do procedimento, ressaltando a importância do pronunciamento do autor da recomendação quanto aos argumentos utilizados por aquele Ministério (Ofício GS/Nº 624. De 16 de maio de 2001).

Em resposta (OF/SOS/PR/RS N° 3149, de 25 de junho de 2001) o *Parquet* Federal sustentou que o alegado caráter experimental do procedimento cirúrgico na tentativa de solução do conflito existencial do portador de transexualismo não reflete o posicionamento dos profissionais especializados, cujo entendimento é encontrado na literatura científica sobre a questão. Quanto às alegadas implicações de ordem criminal, sustentou-se que a doutrina tem se posicionado no sentido de que há exclusão de ilicitude, quer em razão do exercício regular do direito, quer em razão do consentimento do ofendido, que excluem o dolo.

Mesmo assim, o Ministério da Saúde (Ofício GS/N° 908, de 09 de julho de 2001) manteve-se resistente ao cumprimento da recomendação expedida, escudando-se no entendimento de que os Hospitais Universitários recebem recursos a título de FIDEPS – Fator de Incentivo ao Desenvolvimento de Ensino e Pesquisa, regulamentado pela Portaria Conjunta SESU/MEC-SAS/MS n° 01, de 16 de agosto de 1994 – o que lhes daria condições de realizar procedimentos tidos como experimentais independente de remuneração específica do Sistema Único de Saúde.

Ato seguinte, oficiou-se ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre (OF/SOS/PR/RS N° 3358) para que se manifestasse sobre o entendimento do Ministério da Saúde, ao que dito nosocômio sustentou o caráter não experimental do procedimento cirúrgico em transexuais, ao entendimento de que o Conselho Federal de Medicina considera como experimental não a técnica mas, e tão-somente, a autorização para o seu exercício, referindo que a práxis é muito conhecida em nível internacional, inclusive no próprio HCPA, onde a equipe do Professor Walter José Koff já realizou, com êxito, 44 (quarenta e quatro) procedimentos semelhantes. Sustentou, por fim, que o custeio do procedimento cirúrgico em questão não se encontra entre aqueles cobertos pela verba encaminhada ao Hospital a título de FIDEPS – Fator de Incentivo ao Desenvolvimento de Ensino e Pesquisa.

Em anexo à sua resposta, o HCPA junta parecer do Comitê de Ética e Pesquisa daquela Instituição Hospitalar, dando conta de que:

“O item 1 da Resolução 1482/97 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece os aspectos deontológicos e práticos a respeito desses mesmos procedimentos, autoriza, à título experimental, a realização dos procedimentos de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia como tratamento para o caso de transexualismo. **Esta Resolução não caracteriza o**

procedimento como experimental, mas sim estabelece que a autorização ainda não é dada de forma definitiva.

“Com base nas informações científicas disponíveis e nas resoluções que abordam este tema, é possível caracterizar que as cirurgias de transgenitalização dos tipos neocolpovulvoplastia e neofaloplastia não são mais consideradas como experimentais, mas constituem-se em tratamento cirúrgico para os portadores deste tipo de transtorno de identidade de gênero.” (destaque nosso)

(Obs.: as correspondências oficiais aqui referidas encontram-se anexas na identificação doc. 4)

1.2 - O transexualismo e sua caracterização

1.2.1 – Histórico

O **transexualismo**, também conhecido como **Síndrome de Benjamim ou síndrome da disforia de gênero**, “tornou-se popularmente conhecido com a mudança de sexo de George Jorgensen para Christine Jorgensen, em 1952. O livro de Harry Benjamin, em 1966, o pioneiro que avaliou e tratou centenas de pacientes, e a introdução da cirurgia de mudança de sexo no Johns Hopkins Hospital, legitimizaram o tratamento.”¹ (doc. 5)

“Bem antes, no século XVI, em pleno período da Renascença, o médico português Mato Lusitano também voltava sua atenção para esses assuntos, como casos de partos estranhos, transexuais e mudanças de sexo. Isso lhe valeu perseguição da Inquisição. Hoje a Igreja católica está mais maleável, mas ainda sem posição oficial sobre o assunto. (...)”² (doc. 6)

Apesar das evidências de que a síndrome é coisa antiga, somente a partir dos estudos do médico americano Harry Benjamin, tendo como base os seus pacientes, ofereceu-se diagnóstico, tratamento hormonal e encaminhamento para cirurgia, bem como deu-se publicidade ao primeiro caso documentado de transgenitalização feito pelo soldado americano denominado George Jorgensen. Hoje, o tratamento cirúrgico como medida terapêutica para solucionar os casos

¹ KAPLAN, Harold I., SADOCK, Benjamin J., in Tratado de Psiquiatria, 6. Ed. Porto Alegre : Artes Médicas, 1999, v. 2, ao tratarem do tema “Transtornos da Identidade de Gênero”

² Wilson de Oliveira Souza, in Mídia e Sexualidade, in <http://.veronicalane.com.br/benjamin.html>

comprovados de transexualismo já é aceito internacionalmente, sendo uma conduta disseminada na maioria dos países (Itália, a partir do ano de 1982; Estados Unidos, a partir de 1961; Canadá, a partir de 1973; África do Sul, por resolução do Ministro do Interior; Suécia, desde 1972; Alemanha Federal, desde 1980).

Em questões trazidas à sua apreciação, a Comissão Européia dos Direitos do Homem a considera como uma “conversão curativa” com o fim de permitir a integração pessoal e social do doente ao sexo a que possui a convicção de pertencer.³ (doc. 7)

No Brasil, o reconhecimento oficial da viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia em transexuais é relativamente recente, eis que somente se formalizou através da Resolução nº 1.482/97, do Conselho Federal de Medicina, que autorizou tais procedimentos.

Em que pese inexistisse autorização oficial, já em 1971, o médico e Professor Dr. Roberto Farina já havia praticado 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. Esse fato o levou a ser denunciado criminalmente pelo delito previsto no art. 129, § 2º, III, do CP, condenado em primeira instância, mas absolvido em grau de recurso. (Processo nº 799/76, 17ª Vara Criminal de São Paulo).

No entanto, em que pese o tardio reconhecimento oficial do procedimento cirúrgico como meio terapêutico para resolver os casos de transexualismo, muitos brasileiros e brasileiras com condições econômicas suficientes para tanto, realizavam no exterior a cirurgia de transgenitalização e, após, requeriam a retificação do registro civil, com a troca do primeiro nome e da menção do sexo.

É de conhecimento público, também, o caso de uma cirurgia para troca de sexo de homem para mulher, no dia 18.9.88, com prévia autorização do Conselho Federal de Medicina (CFM), realizada em E. R. K. pelo médico Murillo Pacheco da Motta, especialista em mama e câncer ginecológico e professor da Universidade Federal de Santa Catarina, na Maternidade Carmela Dutra.⁴ (doc. 8)

³ Tereza Rodrigues Vieira, em artigo O Direito à Saúde e o Transexual publicado pela FADAP Revista Jurídica, Tupã – SP, n. 2, p. 119-131, 1999).

⁴ CHAVES, Antonio. Responsabilidade médica : operações de “mudança” de sexo ; transmissão de vírus da AIDS Revista dos Tribunais : São Paulo, v. 83, n. 707, p. 7-13, set. 1994.

Cabe frisar também, o caso internacionalmente conhecido envolvendo **Roberta Close**. Tendo se submetido à cirurgia de transgenitalização no exterior, Luís Roberto Gambine Moreira ingressou com ação judicial na 8ª Vara de Família do Rio de Janeiro para alterar seu nome para Roberta Gambine Moreira.

Segundo Wilson de Oliveira Souza,⁵ (doc. 6) quanto a pistas no passado, temos a publicação da revista carioca *O Rio Nu* que publicou relato com o nome “Fêmeo-Macha”, onde se lê: “*Era esse ilustre magnata um figurão chapeleiro. Com ares de diplomata e que era persona grata, de potencias do estrangeiro. Finalmente, um belo dia, pondo de parte os receios, nas potencias se envolvia, com tanta sabedoria, que arranjou um par de seis. Julgou tamanha a victoria que, resolveu ser mulher. Agora, o resto da historia, lá pelos lados da Glória, pode saber quem quiser*”.

Em matéria legislativa, no Brasil, tramita o Projeto de Lei nº 70-B, de 1995, de autoria do Deputado Federal José Coimbra (doc. nº 9), onde se pretende 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 e órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, 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 a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário. Tal projeto já tem parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, bem como da Comissão de Seguridade Social e Família.

As conquistas dos direitos de cidadania, por parte dos transexuais, cada vez mais vem aparando arestas e eliminando barreiras, quer no convívio social, quer no meio jurídico, já havendo decisão judicial que, inclusive, possibilita possam casar-se.⁶ (doc. 10)

⁵ Idem 2.

⁶ Advocacia Dinâmica : Boletim Informativo Semanal : Rio de Janeiro, v. 19, n. 29, p. 457-458, 1999.

1.2.2 - Conceito

Para entendermos o fenômeno dos transtornos de identidade de gênero precisamos nos valer dos conhecimentos científicos até agora disponíveis no meio médico e na literatura a que tivemos acesso.

Tereza Rodrigues Vieira, Mestre e Doutora em Direito Civil pela PUC-SP. Doutoranda pela Université Paris XIII, ao definir sexo, assim se manifestou:

“Sexo, segundo Flammarion é o conjunto de características estruturais e funcionais que distinguem o macho da fêmea (In Dictionnaire de médecine Flammarion, Paris, 1975, p. 669). Entretanto, **consideramos o sexo do indivíduo o produto da justaposição de diversos elementos: cromossômico ou genético, cromatínico, gonádico, anatômico, hormonal, social, jurídico, e psicológico. Em havendo desarmonia entre eles, o componente que apresenta maior relevância é o psicológico.**

Assim, **transexual é o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia.** Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte”.⁷ (doc. 11) (sem destaques no original)

KAPLAN, Harold I., SADOCK, Benjamin J., (nota 1, doc. 5) nos dão a seguinte definição:

“INTRODUÇÃO

A diferenciação entre transvestismo (chamado de fetichismo transvêstico na quarta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV) e homossexualidade, bem como a diferenciação entre ambos e os transtornos da identidade de gênero são avanços relativamente recentes na psiquiatria. A semelhança e diferenças fenomenológicas dessas

⁷ in Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo, n. 3, Caderno 3, p. 47-51, fev. 1996.

entidades ainda estão sob investigação. Para fins clínicos, práticos, entretanto, as diferenças são bem definidas. Ao contrário do transvestismo ou da homossexualidade, os transtornos da identidade de gênero virtualmente sempre envolvem sofrimento pessoal, uma característica que os enquadra no âmbito da psiquiatria.

DEFINIÇÕES

O DSM-IV define os transtornos da identidade de gênero como um grupo heterogêneo de transtornos cuja característica em comum é uma forte e persistente preferência pela condição e papel do sexo oposto. Estes transtornos podem ser manifestados verbalmente, com o indivíduo afirmando que pertence, na verdade, ao sexo oposto, ou de maneira não verbal, por um comportamento do sexo oposto. O componente afetivo dos transtornos da identidade de gênero é comumente denominado disforia de gênero, que pode ser definida como um descontentamento com o sexo biológico, o desejo de possuir o corpo do sexo oposto e o desejo de ser considerado membro do sexo oposto. ***As formas extremas dos transtornos de identidade de gênero, coletivamente denominadas transexualismo na terceira edição do DSM (DSM-III) e na terceira edição revisada do DSM (DSM-III-R), envolvem, comumente, tentativas de se passar por membro do sexo oposto na sociedade e de obter tratamento hormonal e cirúrgico para simular o fenótipo do sexo biológico oposto.***⁸ (sem destaques no original)

Os critérios diagnósticos para Transtorno de Identidade de gênero encontram-se reproduzidos no documento antes referido, cabendo destacar os seguintes comportamentos identificados no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV – Tabela 21.3-1) (*Diagnostic na Statistical Manual of Mental Disorders*, ed 4. Copyright American Psychiatric Association, Washington, 1994). (nota 1, doc. 5)

“A. Uma forte e persistente identificação com o gênero oposto (não meramente um desejo de obter quaisquer vantagens culturais percebidas pelo fato de ser do sexo oposto).

Em crianças, a perturbação é manifestada por quatro (ou mais) dos seguintes quesitos:

(1) declarou repetidamente o desejo de ser, ou insistência de que é, do sexo oposto

(2) em meninos, preferência pelo uso de roupas do gênero oposto ou simulação de trajes femininos; em meninas,

⁸ IDEM 1.

insistência em usar apenas roupas estereotipicamente masculinas

(3) preferências intensas e persistentes por papéis do sexo oposto em brincadeiras de faz-de-conta, ou fantasias persistentes acerca de ser do sexo oposto

(4) intenso desejo de participar em jogos e passatempos estereotípicos do sexo oposto

(5) forte preferência por companheiros do sexo oposto

Em adolescentes e adultos, o distúrbio se manifesta por sintomas tais como desejo declarado de ser do sexo oposto, desejo de viver ou ser tratado como alguém do sexo oposto, ou a convicção de ter os sentimentos e reações típicos do sexo oposto.

B. Desconforto persistente com seu sexo ou sentimento de inadequação no papel de gênero deste sexo.

Em crianças, a perturbação manifesta-se por qualquer das seguintes formas: em meninos, afirmação de que seu pênis ou testículos são repulsivos ou desaparecerão, declaração de que seria melhor não ter um pênis ou aversão a brincadeiras rudes e rejeição a brinquedos, jogos e atividades estereotipicamente masculinos; em meninas, rejeição a urinar sentada, afirmação de que desenvolverá um pênis, afirmação de que não deseja desenvolver seios ou menstruar ou acentuada aversão a roupas caracteristicamente femininas.

Em adolescentes e adultos, o distúrbio manifesta-se por sintomas tais como preocupação em ver-se livre das características sexuais primárias ou secundárias (por exemplo, solicitação de hormônios, cirurgia ou outros procedimentos para alterar fisicamente as características sexuais, com o objetivo de simular o sexo oposto) ou crença de ter nascido com o sexo errado.

C. A perturbação não é concomitante a uma condição intersexual física.

D. A perturbação causa sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo.” (Sem destaques no original)

Alguns desses sintomas e características do portador de transexualismo podem ser identificados nas declarações (doc. 12) prestadas por integrantes do PROTIG - Programa de Transtorno de Identidade de Gênero, em desenvolvimento junto ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre, já referido alhures (doc. 2). Essas declarações demonstram o desajuste familiar, social e pessoal gerando um drama

difícil de solução, apresentando-se o tratamento cirúrgico como a medida mais eficaz para minimizar o problema.

1.2.3 – Da origem do transexualismo e suas possíveis causas

Quanto à **etiologia do distúrbio** do transexualismo, esta, até hoje é desconhecida, embora tenham sido elaboradas teorias hormonais, genéticas, metabólicas e psiquiátricas para explicá-lo⁹ (doc. 13) . Segundo esses autores:

“As teorias hormonais propõem que a organização do cérebro dependeria da atuação dos hormônios sexuais em períodos críticos do desenvolvimento. Segundo alguns autores, a exposição pré-natal à testosterona, por fatores genéticos ou ambientais, é necessária para a masculinização do cérebro e futuro comportamento sexual masculino (7, 9, 28). Quanto maiores os níveis de androgênios, maior seria a predisposição biológica para bi ou homossexualismo ou mesmo transexualismo em mulheres, ocorrendo o inverso no homem com a falta dos androgênios (7).

Alguns pesquisadores especularam sobre diferenças entre os cérebros masculino e feminino a partir do conhecimento de que o cérebro do homem adulto é maior 10% a 15% que o das mulheres (10). Aumento dos núcleos supraquiasmáticos foi descrito em necropsias de dois transexuais masculinos, apesar de outros estudos não terem comprovado esses achados (10,28)

(...)

Variações anatômicas no núcleo hipotalâmico ântero-medial, regulador da orientação sexual nos homens, levariam a modificações na frequência dos pulso de GnRH, transformando a secreção gonadotrófica dos homens homossexuais num padrão semelhante ao das mulheres. Essa resposta do GnRH em homossexuais masculinos, simulando o tipo feminino, explicaria a maior supressão da testosterona estrogênio-induzida nesses indivíduos (9).

Um ponto de interesse para os psiquiatras são as influências dos pais no desenvolvimento do transexualismo. O pai do transexual masculino é, na maioria das vezes, ausente. Se está presente, tem um papel subserviente, porque a esposa assumiu o seu lugar, havendo uma falha na identificação normal e predominando uma identificação feminina (27).

⁹ Cristiana M.F. Costa, Mônica Roberto Gadelha e Ricardo M.R. Meirelles, in Transexualismo - Revisão, Jornal Brasileiro de Medicina – JBM, vol. 66, nº 6, junho/94.

Com relação ao transexualismo feminino, encontram-se pais alcoólatras, machistas, violentos, encorajando a identificação masculina até para proteger a figura materna (27,29). Segundo Tsoi (27) 22% das filhas transexuais sofreram abuso sexual dos seus pais e em 37% dos casos a relação entre os pais era turbulenta, doentia, com separação.”

Para KAPLAN, Harold I., SADOCK, Benjamin J. (nota 1, doc. 5), diversas teorias procuram explicar o fenômeno: a) *Teorias biológicas*, segundo as quais a origem do problema tem base cada vez mais biológica (genética, influências hormonais, envolvimento do cérebro e sistema nervoso), em oposição a uma base ambiental; b) *Teorias Psicossociais* (teorias do aprendizado social, do inato *versus* adquirido), segundo as quais influências psicodinâmicas e comportamentais podem levar à extensiva identificação com gênero oposto; c) *Teorias Psicanalíticas*. A primeira, capitaneada por Ethel Person e Lionel Ovesey, sustentando que o transexualismo em homens se origina na ansiedade de separação não resolvida durante a fase de separação-individuação do desenvolvimento infantil. A segunda, desenvolvida por Robert Stoller para explicar a etiologia do transexualismo em um grupo específico de homens biológicos, que se enquadrariam dentro da categoria do DSM-IV de transtorno da identidade de gênero, atração sexual por homens. Segundo essa última teoria, o pai do transexual masculino é, na maioria das vezes, ausente. Se está presente, tem um papel subserviente, porque a esposa assumiu o seu lugar, havendo uma falha na identificação normal e predominando uma identificação feminina .¹⁰

A incidência aproximada do transexualismo, segundo estimativas, é de um para cada 37 mil homens e uma para cada 100 mil mulheres.¹¹ Segundo estimativas do Conselho Federal de Medicina, há no país uma transexual (biologicamente homem, com identidade feminina) para cada 40 mil homens. Entre as mulheres há uma para cada 80 mil, que são biologicamente mulheres, mas com identidade masculina.¹²

Conforme Kaplan e Sadock: “*Dados recentes sugerem que a proporção por sexo em adultos com disforia de gênero suficiente para levá-los a procurar um centro de identidade de gênero é de aproximadamente dois homens para cada mulher. Muitos fatores, sem dúvida, influenciam as proporções por sexo no início do tratamento,*

¹⁰ IDEM 1.

¹¹ IDEM 7.

¹² IDEM 2.

incluindo a maior publicidade dada a transexuais masculinos e o maior sucesso cosmético e funcional da vaginoplastia, se comparada com a faloplastia. Um outro fator é que mulheres com disforia de gênero pertencem, quase todas, ao subtipo homossexual, enquanto que os homens com disforia de gênero incluem um número igual de homossexuais e um grande contingente, que não tem contraparte comparável entre as mulheres, de indivíduos não homossexuais (heterossexuais, bissexuais e assexuais).”¹³

II – DO DIREITO

2.1 – Do Sistema Único de Saúde e dos princípios que o norteiam

A Constituição Cidadã de 1988, consagrou o princípio de que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal, igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”* (art. 196 da CF/88).

Este dispositivo constitucional explicita uma das facetas da **dignidade da pessoa humana**, que foi erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso III do art. 1º da CF/88), e atende ao **objetivo fundamental** de *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”* (inciso IV do art. 3º da CF/88). Podemos referir, também, que o direito à saúde como expresso no art. 196 da CF/88 está em consonância com o art. 5º, *caput*, da Carta Constitucional que garante a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade e à segurança, abrangendo esta o direito à integridade física e moral, e à saúde, sendo o direito à saúde classificado como direito social (art. 6º, *caput*).

Na esfera infra-constitucional, foi editada a Lei nº 8.080/90, denominada de Lei Orgânica da Saúde, onde foram reguladas, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, reconhecendo-se a natureza de **direito fundamental do ser humano** (art. 2º, *caput*), e incluindo como ações de saúde, todas aquelas medidas destinadas a garantir às pessoas e à coletividade condições de **bem estar físico, mental e social** (parágrafo único do art. 3º). Tal definição legal vem ao encontro da definição de saúde elaborada pela OMS e pelo UNICEF, quando da formulação da “Declaração de Alma-Ata”, na República do Cazaquistão, no dia 12 de setembro de 1978: “A conferência reafirma enfaticamente que a **saúde - estado completo de**

¹³ IDEM 1.

bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade – é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.¹⁴

Tendo qualificado a saúde como direito de todos, de um lado, e de outro, como dever do Estado, o legislador constituinte criou o SUS – Sistema Único de Saúde, a quem incumbe a efetivação de ações e serviços públicos de saúde através de uma rede regionalizada e hierarquizada (art. 198 da CF/88).

Como sistema que é, envolvendo a atuação integrada da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além da participação da comunidade, necessário se tornou o estabelecimento de diretrizes e princípios, dentre os quais destacamos o do **atendimento integral** (inciso II do art. 198, no que interessa para o objeto da presente ação judicial, dando a Lei nº 8.080/90 a seguinte definição ao mesmo: **“integralidade de assistência**, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, **exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.**” (inciso II do art. 7º).

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.

No que pertine ao objeto da presente demanda, pode ser destacado, também, o princípio da **“universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”** (inciso I do art. 7º da Lei nº 8.080/90).

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.

¹⁴ Sebastião Geraldo de Oliveira – Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador – São Paulo: LTR, 1996.

O **transexualismo** não é um capricho do destino mas uma doença internacionalmente reconhecida pela OMS, a partir de recomendação expedida quando da 9ª Conferência de Revisão, no ano de 1975, e que foi incluída na Classificação Internacional de Doenças – CID 10 – sob o código F64.0, com a seguinte definição: *“Trata-se de um desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto. Este desejo se acompanha em geral de um sentimento de mal estar ou de inadaptação por referência a seu próprio sexo anatômico e do desejo de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar seu corpo tanto quanto possível ao sexo desejado.”*

Conforme Kaplan e Sadock, (doc. 5), *“As formas extremas dos transtornos da identidade de gênero, coletivamente denominadas transexualismo na terceira edição do DSM (DSM-III-R), envolvem, comumente, tentativas de se passar por membro do sexo oposto na sociedade e de obter tratamento hormonal e cirúrgico para simular o fenótipo do sexo biológico oposto.”*

Esta definição é bastante sugestiva, uma vez que já aponta para a solução do problema de saúde enfrentado pelo portador do transexualismo: a cirurgia e o tratamento hormonal para adaptar o corpo às características físicas do sexo desejado.

Assim, **reconhecido internacionalmente o caráter patológico do transexualismo bem como apontado o diagnóstico**, não há como negar o direito de o portador desta anomalia ter acesso ao procedimento possível e ofertado pela rede hospitalar que é a intervenção cirúrgica, quando tal medida for indicada, após os procedimentos definidos na Resolução CFM nº 1.482/97.

Relacionado ao direito à saúde está o **direito à vida** dos transexuais. Conforme diversos documentos juntados em anexo, inclusive a própria Resolução do Conselho Federal de Medicina, os transexuais têm tendência ao suicídio caso não tenham acesso ao tratamento médico adequado, no caso a realização da cirurgia: *“a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento do transexualismo” e ser “o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e **tendência à auto-mutilação e ao auto-exterminio**”* (Resolução CFM nº 1.482/97).

Francis C. Bordas, Marcia M. Raymundo e José Roberto Goldim,¹⁵ (doc. ao discorrerem sobre identidade sexual e liberdade de desenvolvimento da personalidade assim se manifestam:

“A combinação destes dois conceitos dá aos transexuais a proteção para que busquem da sociedade e dos poderes públicos (...) o empenho para que lhe seja garantida uma identidade sexual. Em se tratando de um transtorno devidamente tipificado na literatura médica, a busca desta identidade sexual passa, necessariamente, por todas as etapas da adequação sexual, resultando na troca de sexo. De acordo com Vieira (10), ao ‘reclamar a realização de uma cirurgia de adequação de sexo não está o transexual a defender o direito de embelezar-se por simples vaidade, mas objetiva ele a proteção ao seu direito à saúde, não merecendo tal prática esbarrar em uma proibição. A saúde do indivíduo é muito mais importante que a manutenção de uma parte do corpo comprovadamente inoperante.’ O tratamento é, portanto, uma questão de saúde, que o Poder Público é obrigado a prestar, conforme claramente determinam os artigos 6º e 196 da Constituição Brasileira (11).

Cabe recordar que na hipótese de transexualismo não se está falando de uma ato de vontade do cidadão, mas de uma moléstia que nenhum cidadão escolhe ter. Assim, o transexualismo não decorre diretamente da invocação do direito de dispor de seu próprio corpo, como uma variante do direito à liberdade sexual. O transexualismo, no plano jurídico, decorre do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.” (destaque nosso)

E concluem os autores:

“Os portadores de transexualismo têm, pois, um direito fundamental à identidade sexual. Este direito, contudo, não é exercido em sua plenitude. Situações embaraçosas e constrangedoras, que passam desde uma simples apresentação de documento de identidade para um caixa de supermercado até a exposição pública quando tem o nome chamado numa fila de espera, são provas de que estas pessoas sofrem diariamente com restrições de direitos fundamentais. Todos esses problemas, acrescidos da eterna insatisfação com seu próprio corpo, deveriam despertar nos demais indivíduos compaixão, ao invés de preconceito e

¹⁵ Francis C. Bordas, Marcia M. Raymundo e José Roberto Goldim, in Aspectos bioéticos e jurídicos do transexualismo, publicado na Revista HCPA 2000;20 (2), p. 169/173.

discriminação. Compaixão é a virtude de compartilhar o sofrimento do outro. Não significa aprovar suas razões, sejam elas boas ou más. Ter compaixão é recusar a indiferença frente ao sofrimento do outro. Hume dizia que ‘ninguém é completamente indiferente a felicidade e a miséria dos outros’ (13). A compaixão, juntamente com o respeito à pessoa, são sentimentos que se associam na incansável luta dos transexuais pela sua readequação sexual.”

2.2 - Do caráter não-experimental do tratamento cirúrgico aos casos comprovados de transexualismo

O argumento utilizado pelo Ministério da Saúde entendendo que o procedimento cirúrgico, na tentativa de solução do conflito existencial do portador de transexualismo, é de caráter experimental, não reflete o posicionamento dos profissionais especializados e que expressam seu entendimento através de artigos publicados na literatura científica mundial sobre a questão.

Em artigo publicado, Cristinana M. F. Costa, Mônica Gadelha e Ricardo Meirelles (nota 9, doc. 13), ao definirem o tratamento a ser dispensado para a correção do transexualismo, assim se expressaram: ***“A terapia hormonal e a cirurgia corretiva são as únicas modalidades de tratamento que oferecem a chance de harmonizar o componente psicológico com o anatômico no indivíduo transexual. Como já foi descrito, falha no recebimento do tratamento desejado pode resultar em autocastração ou impulsos para realizar a automutilação, mesmo na ausência de psicose.”***

KAPLAN, Harold I., SADOCK, (doc. já referido) ao tratarem do tema “Transtornos da Identidade de Gênero”, em artigo escrito por Richard Green, M.D., JD. e Ray Blanchard, PH.D, no tópico referente ao **tratamento médico**, assim concluiu:

*“Quando a disforia de gênero do paciente é severa e intratável, a mudança de sexo pode ser a melhor solução. A primeira intervenção médica neste processo é a terapia hormonal ... **O segundo estágio importante no tratamento médico do transexualismo é a cirurgia de mudança de sexo.** Todas as maiores clínicas da identidade de gênero da América do Norte e Europa exigem que seus pacientes vivam em tempo integral no papel do sexo oposto por algum tempo - geralmente um a dois anos*

- antes da cirurgia. A maioria das clínicas de identidade de gênero exige que os pacientes trabalhem ou freqüentem a escola no papel do sexo oposto durante o período de experiência.”

Logo a seguir, ao se referirem ao *resultado do tratamento*, os autores assim concluem:

“Resultado do tratamento. *Numerosos estudos têm investigado o ajustamento pós-operatório da mudança de sexo, principalmente entre pacientes avaliados e aprovados para cirurgia por clínicas da identidade de gênero reconhecidas. Os achados são generalizáveis apenas para pacientes adequadamente selecionados. A conclusão mais confiável é de que a maioria esmagadora dos transexuais após a operação ficam satisfeitos com a decisão de se submeterem à mudança de sexo.* Os estudos dos resultados como um todo sugerem que a cirurgia de mudança de sexo produz melhoras adicionais no ajustamento psicossocial. As principais áreas de benefício são os relacionamentos interpessoais e a sintomatologia psicológica, especialmente a disposição e o humor. Cabe observar que apenas um estudo de resultados incluiu a distribuição aleatória de grupos cirurgicamente tratados e de controle (lista de espera). **Seus achados confirmam a conclusão de que as melhoras pós-operatórias na integração social, ajustamento sexual e sintomatologia psicológica podem ser atribuídas à intervenção cirúrgica.**” (Sem destaques no original)

Diante desses entendimentos, podemos concluir que a literatura científica a que tivemos acesso, admite a intervenção cirúrgica em transexuais como medida terapêutica eficaz, não se podendo considerá-la como mero experimento.

Defendendo a intervenção cirúrgica, temos, ainda, ao parecer emitido por Hilário Veiga de Carvalho,¹⁶ (doc. 14), Professor Emérito da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo que, ao tratar do Transexualismo, Diagnóstico - conduta médica a ser adotada, assim se expressou:

“Existindo a entidade transexual, a conduta médica a adotar deve partir de um diagnóstico bem claramente definido, a começar por uma coleta ampla, minuciosa, pluridimensional, de

¹⁶ Hilário Veiga de Carvalho, Professor Emérito da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em artigo titulado por Transexualismo, Diagnóstico - conduta médica a ser adotada, publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 70, n. 545, p. 289-304, mar 1981

*todos os elementos exigíveis a ponderar. (...) Se o diagnóstico de transexualismo se firmou, desde logo se poderia dizer, com o emérito Prof. Saldanha, que só a via da correção cirúrgica seria de adotar. Entretanto, a prudência, que sempre deve estar presente em toda atuação médica, aconselha que se tentem, preliminarmente, todas as vias terapêuticas eventualmente permeáveis, ou seja: a terapêutica medicamentosa, inclusivamente hormonal, a terapia psicopedagógica aprofundada em todos os escaninhos que se possam devassar e a indagação social de todas as componentes implicadas em cada caso (aceitação ou rejeição do meio, possibilidades de subsistência etc.). (...) **Se tudo falhar e se o quadro, mormente psicológico, apresentado em cada caso, oferecer o inconformismo irremovível com o sexo morfológico, a partir da mente oposta sexualmente a essa conformação, a conduta a seguir será a da correção cirúrgica.***

(...)

5. Demais não será lembrar que a ciência médica, e especialmente sexológica, identificou essa síndrome como se instalando nos estádios mais precoces do desenvolvimento da pessoa; e, assim sendo, é de caráter irreversível, de molde a tornar baldados todos os esforços terapêuticos, sendo indicado como tratamento único eficaz aquele em que se procura compatibilizar o antagonismo entre a estrutura morfofisiológica e a conformação mental. E essa única forma de tratamento é a via cirúrgica, à qual não se necessita acrescentar adjetivações, como ‘estética’ ou ‘restauradora’ etc.; trata-se de uma técnica cirúrgica única, que, através das suas possibilidades atende às exigências constantes da referida síndrome.”

No meio jurídico, cabe referir trecho do artigo sob o título “Responsabilidade médica. Operações de ‘mudança’ de sexo. Transmissão de vírus da AIDS”, elaborado por Antônio Chaves,¹⁷ Professor das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo:

“Contam-se já às dezenas de milhares estas operações que se realizam em muitos países, que as autorizam ou não proíbem, para lá migrando grande número de transexuais de países onde são considerados ilegais. Estamos, pois, diante uma realidade social que não há como ignorar.

(...)

Outra interpretação não cabe in casu, uma vez que o intersexuado, não sendo funcional em ambos os sexos, não perde

¹⁷ IDEM 4.

*a capacidade funcional que não possui, referente ao sexo não predominante. Ainda que sofra amputação do falo que se assemelha a um pênis, mas é um clitóris desenvolvido, e perca as características que possuía do sexo não funcional, a cirurgia será corretora e não mutiladora. **Perdendo os caracteres orgânicos ambíguos que o impedem de se incluir um dos dois sexos legalmente previstos, ele ganha uma aparência do sexo predominante, no qual vindo a ser funcional, deixa de sofrer o desajuste psíquico que a ambigüidade acarreta.***
(Destaque nosso)

Da mesma forma, Tereza Rodrigues Vieira (doc. 11), ao referir-se à etiologia e tentativas terapêuticas, assim se manifesta:

“Embora reconheçamos o elevado propósito da psicanálise na anulação dos distúrbios psíquicos originados no inconsciente dos seres humanos, facilitando, assim, a estabilidade emocional do indivíduo, não percebemos efeitos satisfatórios no sentido da reversibilidade do transexualismo em indivíduos adolescentes ou adultos.

Destarte, melhor solução não se apresenta atualmente, que a cirurgia. *Uma triagem rigorosa em transexuais primários, maiores e capazes, deve ser observada visando assegurar as chances de sucesso na fase pós-operatória. Inclínamo-nos pela submissão do transexual a uma equipe multidisciplinar de profissionais especializados no assunto. Tal quadro deve ser composto por, pelo menos, um endocrinologista, um psiquiatra, um psicólogo e um cirurgião plástico, os quais analisarão o grau de fertilidade ou masculinidade do paciente.”*

A mesma autora, em outro artigo publicado sob o título “Natureza Jurídica do Direito à Mudança de Sexo e os Direitos da Personalidade” publicado no Repertório IOB de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n. 17/98, p. 3/14731, set. 1998, (doc. 15), assim se expressou:

“Direito à saúde vale dizer que, em caso de doença, cada um possui o direito a um tratamento condigno de conformidade com a situação atual da Medicina, não submisso à sua condição financeira, sob pena de - no dizer de José Afonso da Silva - não ter muito significado o seu estabelecimento em normas constitucionais.”

Vê-se, pois, que o procedimento cirúrgico como medida terapêutica para os casos de transexualismo já está consagrado na literatura especializada no tratamento dessa anomalia, não só aqui no Brasil, mas também em diversos países, já há bem mais tempo: Itália, a partir do ano de 1982; Estados Unidos, a partir de 1961; Canadá, a partir de 1973; Suécia, desde 1972; Alemanha Federal, desde 1980.

Em reforço, cabe referir que no I ENCM – Encontro Nacional dos Conselhos de Medicina, realizado em 1997, esta matéria foi novamente debatida, ocasião em que a Plenária do encontro manifestou-se, por maioria, favorável ao procedimento cirúrgico para o tratamento dos casos de transexualismo, considerando-o uma forma especial de tratamento médico ¹⁸.

2.3 – Dos direitos fundamentais das pessoas portadoras de transexualismo

A situação apresentada exige uma decisão que deve ser proferida à luz dos direitos fundamentais positivados na Constituição Brasileira de 1988.

2.3.1 – Do status dos direitos fundamentais no Estado constitucional Brasileiro

No Século XX, a História do Direito está marcada pelo reconhecimento da eficácia dos enunciados de Direitos Fundamentais estatuídos em todas as Constituições democráticas.

Os Direitos Fundamentais, inicialmente, foram qualificados pelas Cortes Superiores como direitos objetivos, possibilitando assim o controle de constitucionalidade em abstrato das leis. Entretanto, a partir da Segunda Guerra Mundial os tribunais passaram a reconhecer os direitos fundamentais também como direitos subjetivos justicializáveis.

Com a subjetivização dos direitos fundamentais consolidou-se o Estado Constitucional de Direito, no qual todos os Poderes estão submetidos às normas constitucionais, inclusive o Poder Legislativo.

¹⁸ IDEM 3.

Nesse sentido, Konrad Hesse, Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Alemão e um dos mais conceituados constitucionalistas alemães, manifesta-se sobre o *status* atual dos direitos fundamentais:

*“Como direitos subjetivos, fundamentadores de status, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão. Estes ganham seu peso material especial por eles estarem na tradição dos direitos do homem e do cidadão, na qual seus conteúdos, nos Estados constitucionais ocidentais, converteram-se em princípios de direito supra-positivos e elementos fundamentais da consciência jurídica; **diante do seu foro, nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão**”*¹⁹ (grifo nosso).

2.3.2 - Dogmática do Direito à Igualdade

A negativa do Ministério da Saúde de oferecer a estas pessoas o único tratamento médico eficaz e aceito consensualmente pela comunidade científica internacional e que poderia ser pago pelo SUS com base em procedimento similar já previsto na Tabela de Procedimentos, viola o direito fundamental à igualdade e a norma constitucional que proíbe discriminação por motivo de sexo.

Em uma abordagem dogmática dos direitos fundamentais o princípio da igualdade sobressai-se não somente pela sua importância crucial para o Estado de Direito, mas também pela sua complexidade e conseqüente dificuldade de aplicação pelos operadores de direito.

Tal dificuldade conduziu por muito tempo uma concepção de igualdade puramente formal, dirigida tão-somente ao aplicador do direito, que deixava o legislador imune ao controle de seus atos sob o ponto de vista da igualdade.

Esta posição está hoje sepultada nos anais da história do direito constitucional, não havendo mais nenhuma dúvida da

¹⁹ Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 232/233.

vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais e, inclusive, ao princípio da igualdade.

Reconhece-se, assim, um sentido material do princípio da igualdade, que obriga a indagar-se pelo conteúdo da norma e pelas diferenças reais entre os destinatários da norma. Nesse sentido a fórmula: “Há que tratar igual ao igual e desigual ao desigual”.

Igualdade formal é igualdade exclusivamente diante da lei²⁰. Ele pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa. Cada um é, de forma igual, obrigado e autorizado pelas normalizações do direito, bem como é proibido a todas as autoridades estatais não aplicar direito existente a favor ou à custa de algumas pessoas²¹.

A situação ventilada na inicial apresenta-se exatamente como violadora da igualdade formal, uma vez que o procedimento médico que os transexuais necessitam já consta da tabela do SUS e inclusive vinha sendo pago regularmente pelo Ministério da Saúde, inclusive aos transexuais. Só no Hospital de Clínicas de Porto Alegre já foram realizadas **44** cirurgias corretivas, todas elas com êxito total, segundo informações obtidas pelo médico responsável pela especialidade cirúrgica daquele hospital.

Portanto, com este posicionamento do Ministério da Saúde, tão-somente os transexuais estão excluídos do direito de realização da cirurgia em questão. Todas as pessoas não transexuais que necessitam desta cirurgia, como por exemplo na caso de lesão grave na genitália, podem continuar fazendo esta cirurgia. Trata-se de uma conduta indubitavelmente discriminatória.

i

²⁰ O art. 5º, *caput*, 1ª parte, da Constituição Brasileira parece, à primeira vista, reproduzir uma igualdade formal “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei...”. Constatam enunciados semelhantes em constituições européias, tais como: Lei Fundamental: “Art. 3º.1 Todos os homens são iguais ante a lei”; Constituição de Portugal: “Artigo 13.1 (Princípio da Igualdade) Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei; Constituição da Itália: Art. 3º.1: Todos os cidadãos terão a mesma dignidade social e serão iguais ante a lei”.

²¹ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 330. Tradução de Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, por Luís Afonso Heck.

Obviamente que a igualdade jurídica material não consiste em um tratamento igual sem distinção de todos em todas as relações. Senão só aquilo que é igual deve ser tratado igualmente^{e 22}. Nesse sentido, a fórmula clássica: “Há que tratar igual ao igual e desigual ao desigual”, que, em suas múltiplas variações e complementações, constitui a coluna vertebral da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o princípio da igualdade^{e 23}.

É possível ainda fundamentar um tratamento diferenciado em razão do sexo, da origem, da raça, da cor e da idade quando uma outra norma constitucional determinar que tais características sejam consideradas como essenciais para o reconhecimento de determinado direito. Por exemplo, o art. 14 da Constituição, ao prever o requisito de 16 anos para o direito de voto, justifica um tratamento discriminatório em razão da idade. Também o § 7º do art. 201 da Constituição prevê tempo mínimo de contribuição e de idade diferenciado entre homem e mulher para o direito de aposentadoria no regime de previdência social.

Porém, fora das hipóteses previstas expressamente na Constituição também é possível um tratamento diferenciado inclusive em razão do sexo, cor, idade e origem. Por exemplo, uma lei que conceda benefícios fiscais a empresas que contratem trabalhadores com idade superior a 50 anos, sob o motivação de que nessa idade é mais difícil a inserção destas pessoas no mercado de trabalho, não obstante promover um tratamento desigual com base em característica não-essencial prevista no art. 3º, IV, não viola o princípio da igualdade.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal “Estão proibidos os tratamentos arbitrariamente desiguais”. Dá no mesmo dizer: “O essencialmente igual não deve ser tratado de forma desigual”.

A questão a ser colocada, então, é como identificar as características essenciais e as não-essenciais não enumeradas no texto constitucional.

A resposta pode ser buscada em um fio condutor elaborado pelo Tribunal Constitucional Federal acerca do princípio da igualdade: “A máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou

e

²² HESSE, ob. cit., p. 330

e

²³ ALEXY, ob. cit., p. 385.

para o tratamento legal igual não é possível encontrar uma razão razoável, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma outra forma, seja concretamente compreensível, isto é, quando a disposição deve ser qualificada de arbitrária”²⁴.

Como observa Robert Alexy, não existe nenhuma razão suficiente para a permissão de uma diferenciação se todas as razões que há de se tomar em conta tem que ser consideradas como insuficientes. Deste modo, “a máxima geral de igualdade estabelece assim **a carga da argumentação para os tratamentos desiguais**”²⁵.

Deste modo, em tese, poderia haver um motivo que justificasse uma tratamento desigual no presente caso. Quais seriam este motivos? Não indicação médica para a realização deste tipo de cirurgia em transexuais poderia ser um motivo que justificasse um tratamento desigual. Mas não há uma única voz no meio científico que defenda esta posição. Pelo contrário, a cirurgia é o único meio reconhecido pela ciência médica para a cura desta moléstia.

Por força do art. 5º, *caput*, toda discriminação realizada por motivo de característica não-essencial, ou seja, não prevista na Constituição, é inconstitucional, o que inclui a identidade sexual, pois a Constituição não previu, em nenhum lugar, esta característica como essencial. Além disso o inc. IV do art. 3º veda qualquer discriminação por motivo de sexo.

Destarte, a conduta do Ministério da Saúde é portanto inconstitucional porque discrimina em função da identidade sexual. E esta discriminação, por não ser racional, parece ser fundada em concepções morais subjetivas e divorciadas completamente do entendimento científico hodierno.

Sobre a interpretação do conceito sexo para abarcar, para o fim do direito à igualdade, os transexuais, Jörg Risse desenvolveu o tema no livro: “Der verfassungsrechtliche Schutz der Homosexualität”²⁶, concluindo: “*Por meio de uma interpretação extensiva, a característica*

²⁴ ALEXY, ob. cit., p. 391

²⁵ Ibidem, p. 396

²⁶ Ed. Nomos-Recht, 1998, pág. 125

sexo prevista no art. 3, III GG não alcança a proteção da homossexualidade^{e 27}, porém alcança uma proteção da transexualidade”

2.3.2.1 - Da extensão de prestação no caso de tratamento desigual

Entre os direitos definitivos concretos adscritos da violação da máxima da igualdade situam-se os direitos definitivos concretos de cunho positivo, que a doutrina e jurisprudência alemã tem denominado de direitos derivados à participação^{o 28}. Trata-se de direitos que decorrem de trato desigual em regime de prestações existente. Desta maneira, se esta distinção não é compatível com o princípio da igualdade numa conexão com o postulado do Estado social, resulta uma pretensão a igual participação.

e

²⁷ O autor inclui a proteção a homossexualidade no direito geral de igualdade.

²⁸ HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In: Manual de Derecho Constitucional. BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen. Madrid: Marcial Pons, 1996.. p. 95 e ss.

O Supremo Tribunal Federal, várias decisões²⁹ vem garantindo a extensão de direitos excluídos de determinadas categorias de pessoas.

Entre os constitucionalistas brasileiros, José Afonso da Silva também manifestou-se favoravelmente ao reconhecimento destes direitos subjetivos derivados do princípio da igualdade: *“São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Constituição. O ato discriminatório é inconstitucional. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade. Uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de*

²⁹ "EMENTA: Recurso Extraordinário. Constitucional. Auto-aplicabilidade do art. 40, par. 5, da CF. Benefício da pensão por morte. A garantia insculpida no art. 40, par. 5, da Constituição Federal e de eficácia imediata. O preceito constitucional, sem distinguir, concede o benefício por morte na totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. A parte final do dispositivo constitucional - "até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior" - não constitui óbice a fruição do benefício, vez a locução diz respeito ao limite de remuneração dos servidores públicos, estatuído no art. 37, IX, da Constituição Federal. Editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, esse repercute no campo patrimonial dos aposentados e pensionistas, *posto que ao legislador ordinário não e dado introduzir temperamentos a igualdade*. Recurso extraordinário conhecido e provido. "(RE 179.646-4, STF, Segunda Turma, Relator Min. Paulo Brossard, decisão de 13/09/1994, DJU 26/05/1995, p. 15.168).

"EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROVENTOS. ISONOMIA ENTRE ATIVOS E INATIVOS. I. O constituinte de 1988 ao estabelecer, no parágrafo quarto do artigo quarenta da Constituição Federal, a revisão dos proventos, na mesma data e na mesma medida, toda vez que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, abrangendo vantagens e benefícios posteriormente concedidos, significa que, mesmo quando a lei esquece os inativos como querendo afasta-los do direito ao modo de remunerar o servidor ativo, ela nada e, pois contrária, inquestionavelmente, o preceito constitucional. II. De tal modo, ainda que a lei tenha extinguindo uma vantagem, instituído nova ou introduzido outra fórmula de calculá-la no que respeita ao servidor em atividade, o aposentado tem o indeclinável direito de absorvê-la. Portanto, se os impetrantes foram aposentados com vencimentos e vantagens que eram próprias daqueles que exerciam cargos de DAS, tudo o que se modificou para mais quanto aos ocupantes de cargos de DAS, em atividade, deve integrar o patrimônio remuneratório dos inativos. Pelo "texto atual basta que haja qualquer sorte de mudança no estado do servidor na ativa, decorrente ou não de alteração do poder aquisitivo da moeda. Tal acréscimo deveria necessariamente incidir também nos proventos dos inativos".(MS 4.092-4, STJ, Relator Min. Jesus Costa Lima, DJU 04/09/1995, p. 27792).

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR. EXTENSÃO DA INDENIZAÇÃO DE QUE TRATA A LEI 6.924/81 AOS MILITARES DO SEXO MASCULINO. ISONOMIA. - Não guardando o benefício de que trata a Lei 6.924/81 relação com a natureza do serviço prestado pelo corpo feminino da reserva da Aeronáutica, deve o mesmo ser estendido aos militares do sexo masculino que estejam em situação idêntica em face do princípio da isonomia consagrado no art. 5º da Constituição Federal.- Recurso não provido. Sentença confirmada."(TRF- 2ª Região. AC90.02.20512/RJ. Rel. Juiz Clélio Erthal. 1ª Turma. Decisão: 16/12/91.DJU de 12/03/92, p. 5.267.)

outras pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. O ato é inconstitucional, sem dúvida, porque feriu o princípio da isonomia. O ato é, contudo, constitucional e legítimo, ao outorgar o benefício a quem o fez. Declara-lo inconstitucional, eliminando-o da ordem jurídica, seria retirar direitos legitimamente conferidos, o que não é função dos tribunais. **Como então resolver a inconstitucionalidade da discriminação?. Precisamente estendendo o benefício aos discriminados que o solicitarem ao Poder Judiciário, caso por caso**³⁰.

2.3.3 – Do direito à dignidade humana

A dignidade, a liberdade e a igualdade são os direitos fundamentais que, ao lado dos conceitos de fins do Estado e os conceitos estruturais da democracia, do Estado de Direito e do Estado Social, abarcam a fórmula central do direito racional moderno³¹.

Indubitavelmente a liberdade e a igualdade oferecem enormes dificuldades na delimitação de seus conceitos, entretanto a dignidade é o princípio que sofre mais pela imprecisão, sendo por este motivo utilizado para sufragar diferentes matizes ideológicas.

A primeira questão a ser enfrentada diante deste princípio está na sua própria juridicidade. ERNST BENDA, Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) entende que o dispositivo da Lei Fundamental alemã que dispõe acerca da dignidade humana^{a 32} não contém uma mera declaração ética; tratando-se de uma norma de Direito objetivo³³.

³⁰ ob. cit., p. 231.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23

³² A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) assim dispõe: *Artikel 1. (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt* (A dignidade do homem é inviolável. Todos os poderes do Estado estão obrigados a respeitá-la e protegê-la).

³³ BENDA, Ernst. Dignidade Humana y Derechos de la Personalidad. *in* Manual de Derecho Constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 120

Outra questão diz respeito à função do princípio da dignidade. Confere-se-lhe o *status* de princípio informador de todos os demais direitos fundamentais. ERNST BENDA não afasta, porém, a existência de um direito subjetivo público de todo indivíduo que se vê afetado em sua dignidade^{e 34}. Portanto, reconhece-se, para além de sua consideração como parâmetro valorativo de todos os demais direitos fundamentais, a possibilidade de utilização direta e autônoma da dignidade.

A aplicação direta do princípio deve ocorrer, todavia, quando a garantia de todos os outros direitos fundamentais se revele excepcionalmente ineficaz ou quando não encontrado no catálogo de direitos fundamentais um direito capaz de proteger a dignidade humana^{a35}. Assim, quando a aplicação de princípios como a privacidade, a inviolabilidade de domicílio, etc., mostrarem-se suficientes para a proteção da dignidade, a dignidade deve servir apenas como parâmetro valorativo na interpretação dos direitos fundamentais. Ou seja, quando ausente na Constituição um princípio capaz de proteção da dignidade, está autorizado o julgador a promover a sua aplicação de modo autônomo.

O Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem decidido no sentido da proibição da condução do réu em ação de investigação de paternidade para exame de DNA, tendo fundamentado esse entendimento na ofensa à intimidade, à intangibilidade do corpo humano e à dignidade humana^{a 36}. Neste caso, atua a dignidade como princípio informador da intimidade.

e

³⁴ BENDA, Ernst. ob. cit., p. 120.

a

³⁵ O primeiro sentido foi aventado pela “Comission d’experts pour la préparation d’une révision totale de la Constitutin – Rapport, Berna, 1977, p. 34, in JORGE MIRANDA, P. 167.

a

³⁶ “Ementa: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - **preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano**, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos¹⁸(grifo nosso)”. HC-71373/RS, Rel. Acórdão Ministro Marco Aurélio, DJ data -22-11-96 - Tribunal Pleno.

Quanto ao conteúdo do princípio da dignidade, é relevante a posição adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Esta Corte afasta-se de uma concepção puramente individualista, caudatária dos filósofos que inspiraram as revoluções francesa e americana. A dignidade humana é interpretada indiretamente, a partir de certa imagem do homem, descrita do seguinte modo: “*a imagem do homem da Lei Fundamental não é de um indivíduo isolado e soberano; antes bem, a Lei Fundamental decantou a tensão indivíduo-comunidade no sentido de referência e a vinculação da pessoa à comunidade, sem com isso afetar seu valor próprio, ou seja, como independência da pessoa, dotada de capacidade para configurar sua vida sob sua própria responsabilidade*”³⁷

A imagem do indivíduo digno corresponde, assim, a uma condição de alteridade, sem deixar de considerar a individualidade como valor em si, de modo a permitir “o livre desenvolvimento da personalidade”, princípio também previsto na Lei Fundamenta¹³⁸.

É exatamente o direito à dignidade humana, do qual adscreeve-se o mandato que garante a cada cidadão o livre desenvolvimento de sua personalidade, que fundamenta o direito dos transexuais ao tratamento médico que permita o exercício pleno de sua sexualidade e, por conseguinte, de sua personalidade.

Com base neste fundamento decidiu o Tribunal Constitucional alemão - (1979, 49 BverfGE 286), julgando violada a Lei Fundamental, em seus arts. 1º (dignidade da pessoa humana) e 2º (livre desenvolvimento da personalidade), pela recusa estatal em permitir a mudança de identificação de sexo nos documentos de pessoas submetidas a cirurgias em questão (*in The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Donald P. Kommers, Duke University Press, 1997, págs. 330 a 333):

Transcrevemos alguns trechos da decisão:

³⁷ BENDA, Ernst. *ob. cit.*, p. 119.

¹

³⁸ Artikel 2. (1) *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.* (Todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não vulnere os direitos de outros e não atente contra a ordem constitucional ou a lei moral).

*“2(a) Article: i (i) of the Basic Law protects the dignity of a person as he understands himself in his individuality and self-awareness. This is connected with the idea that each person is responsible for himself and controls; his own destiny. Article 2 (1), when seen in relation to Article i (i), guarantees the free development of a person's abilities and strengths. **Human dignity and the constitutional right to the free development of personality demand, therefore, that one's civil status; be governed by the sex with which he is psychologically and physically identified.** Our law and society are based on the principle that each person is either "masculine" or "feminine" and that this identification is independent of any possible genitalic anomalies. It is doubtful, however, that the theory of gender immutability; determined by sexual characteristics; apparent at birth, can be maintained, with the absolute certitude reflected in the decision of the Federal High Court of Justice. Various forms of biological intersexuality are known to modern medicine. Medical research into the phenomenon of twins births has revealed a dissociation between body and spirit that manifests; itself most sharply, according to reliable medical knowledge, in transsexuals....*

(b) The right to the free development of personality is protected, only within the limits of the moral law. In the present case the moral law has not been infringed. Whether an operation, not therapeutically necessary to change a person's sex should be regarded as immoral is not the issue here. According to the available expert opinions, a sex change operation was deemed necessary by the complainant. Current: medical research indicates that transsexuals are seeking not to manipulate their sexuality but rather to find some unity of body and spirit. Therefore the operation can be seen as a partial effort to achieve this goal. The anguish of the transsexual described in medical terms has been confirmed by the medical opinions presented in this case. Accordingly, the sexual change secured by the complainant cannot be considered immoral....”

Por sua relevância, traduzimos o trecho grifado: **“Dignidade humana e o direito constitucional ao livre desenvolvimento da personalidade exigem, então, que o sexo civil de alguém seja governado pelo sexo com o qual ele está identificado psicologicamente e fisicamente”**.

2.3.4 - Direito à Intimidade e à Vida Privada

Diversos transexuais obtiveram autorização judicial para a realização da cirurgia de transgenitalização quando tal procedimento não era aceito pelo Conselho Federal de Medicina. Da mesma forma, o Poder Judiciário, numa posição de vanguarda, já vem reconhecendo o direito dessas pessoas submetidas ao procedimento cirúrgico de alteração no assento do registro civil, do sexo e do prenome.³⁹ (doc. 7) O fundamento utilizado para reconhecer esse direito tem sido a presença de evidentes interesses, não só na vida privada como na vida em sociedade. Referimos como exemplo, o seguinte julgado:

“Ementa: Jurisdição voluntária. Autorização para operação. A pretensão da postulante de obter autorização para submeter-se a intervenção cirúrgica com o propósito de alteração de sexo, com extirpação de glândulas sexuais e modificações genitais, é de ser conhecida pelos evidentes interesses jurídicos em jogo, dados os reflexos não só na vida privada como na vida da sociedade, não podendo tal fato ficar a critério exclusivamente das normas ético-científicas da Medicina. Apelo provido em parte. (Apelação cível 37.023 – Porto Alegre – in RT 551, setembro de 1981m pág. 205 e ss.) (doc. 16)

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem, no caso B. contra a França, conclui que a recusa de um tribunal francês de autorizar a retificação de certidão de nascimento para que fosse indicada a mudança de sexo e de novo nome feminino de transexual submetido à cirurgia de troca de sexo constituiria infração ao art. 8º (respeito à vida privada) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (Jurisprudence de la Cour Européene des Droits de l’Homme, Vincent Berger, Sirey Editions, págs. 392-395);

2.4 – Da atipicidade penal da conduta médica ao realizar a cirurgia em transexual com finalidade curativa e em obediência às normas expedidas pelo Conselho Federal de Medicina

Como segundo argumento utilizado no parecer elaborado pela Consultoria Jurídica desse Ministério para o não acatamento da recomendação emitida pelo Ministério Público Federal, levanta-se a hipótese da possibilidade de ações penais contra médicos e/ou autoridades do Ministério da Saúde.

³⁹ IDEM 3.

Tal preocupação não encontra sustentação na melhor doutrina penal brasileira. Na jurisprudência não se tem notícia de nenhuma condenação definitiva contra profissionais médicos que tenham realizado a cirurgia de transgenitalização. **O entendimento doutrinário tem se posicionado no sentido de que há exclusão de ilicitude, quer em razão do exercício regular do direito, quer em razão do consentimento do ofendido, que excluem o dolo.**

Em respaldo à tese de que tal procedimento médico não caracteriza o delito previsto no inciso III do § 2º do art. 129 do Código Penal Brasileiro, reproduzo o entendimento externado pelo grande penalista brasileiro Heleno Cláudio Fragoso (doc. 17):⁴⁰

“III – A problemática jurídica

11. A cirurgia no transexual visa a 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.

12. Interessa-nos aqui, no entanto, apenas os problemas criminais, que são, 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, do CP o caso de ‘lesão corporal decorrente de operação cirúrgica (ainda que não seja para evitar perigo de vida, mas consciente 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 Vassali (‘Algumas consideraciones sobre el consentimiento del paciente y el estado de necesidad em el tratamiento médico-quirúrgico’, ‘Nuevo Pensamiento Penal’, 1/48, ano 2, 1973). Nenhuma das normas gerais que se invocam para justificar foi criada com vista ao tratamento médico. Há falta de expressa regulação legal fixando

⁴⁰ Heleno Cláudio Fragoso, *in* “Transexualismo, conceito – distinção do homossexualismo”, publicado na Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 70, n. 575, p. 299-304, mar./1981.

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, p. 334; Bettiol, 'Diritto Penale', Pádua, CEDAM, 1976, p. 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. cdCit. P. 306): 'Quando, invece, soggetto passivo del presunto delitto di lesioni è anche il soggetto che esprime il consenso, nessun limite legale dovrebbe sussistere alla libera disponibilità del proprio corpo'.

O Código Penal alemão (§ 226, 'a') 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' 93/107, Universidad Nacional de Córdoba, 1967.

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, p. 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 discuti-la e não a podem pôr em dúvida, particularmente se não há controvérsia. Eminentes Professores de Medicina Legal, como Armando Cânger 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. (...)

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', Berlim, Gruyter, 1969) é enfático: 'Os tratamentos curativos adequados à arte e indicados pelo médico não são, absolutamente, lesões corporais'.

Maurach (on. 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.'

(...)

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 da validade geral da 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, p. 140): 'Criterio fondamentale; che la condotta rischiosa abbia nel suo contenuto um 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.'

Também, entre nós, pode ser citado Juarez Cirino dos Santos,⁴¹ que corrobora o entendimento da exclusão da tipicidade no caso das cirurgias de transgenitalização:

"O consentimento real do ofendido, no caso de bem jurídico individual disponível, tem eficácia excludente da

⁴¹ Juarez Cirino dos Santos - A Moderna Teoria do Fato Punível, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2000, pág. 195

tipicidade da ação, porque o tipo legal protege a vontade do portador do bem jurídico, cuja renúncia representa exercício da liberdade constitucional de ação, por exemplo: na área da liberdade pessoal, o seqüestro ou cárcere privado consentidos; na área da liberdade sexual, a relação sexual consentida (exceto hipóteses de absoluta incapacidade de decisão válida); na área da propriedade, a subtração ou apropriação consentida de coisa alheia móvel. Às vezes, o poder de disposição do bem jurídico depende da extensão, da finalidade ou de outros aspectos da lesão respectiva: o consentimento real não exclui a tipicidade de lesões corporais graves, especialmente de lesões perigosas para a vida em brigas-de-rua, por exemplo; mas, o consentimento real exclui a tipicidade nas cirurgias médicas, em geral, incluindo esterilizações, extração de órgãos em vivos para transplante, cirurgias corretivas de anomalias sexuais em indivíduos transexuais, etc.; (...)"

Cabe referir, também, que esse Ministério da Saúde, ao posicionar-se frente ao PL nº 70-A/95, de autoria do ilustre Deputado José Coimbra, no Processo nº 25000.009630/95-97 (doc. 9), aberto para esse fim, assim se manifestou:

“Depreende-se do teor do Projeto que a intenção do nobre Deputado é adaptar a evolução científica a uma realidade hoje inquestionável, qual seja a possibilidade de que sejam praticadas cirurgias em transexuais sem os riscos advindos da ilegalidade que até a presente data reveste tal ato.

Compartilhando da justificativa do Legislador, entendemos que esta prerrogativa tem foro íntimo, não podendo o Estado interferir em tal decisão.

A modificação estética do órgão genital que o indivíduo procura, nada mais é do que adequar esta alteração às condições psicológicas e hormonais de seu organismo, sem com isto agredir o ambiente social a que está inserido.

(...)

Portanto, os óbices legais e morais devem ser transpostos e revistos a fim de que a sociedade, em franco progresso, não venha a marginalizar estes indivíduos em virtude da estagnação da Lei no tempo.

A ciência se desenvolve para benefício da humanidade e neste sentido não deve deparar-se em barreiras legais que venham a prejudicar a vida do ser dentro da sociedade como membro integrante de uma nação equilibrada e perfeita.”

O Sr. Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, Edelberto Luiz da Silva, assim se manifesta: *“Na técnica penal, o que pretende o autor do projeto de lei em exame, já é permitido, sob o fundamento da juridicidade da intervenção médica no corpo das pessoas para recuperar-lhe a saúde, o único eticamente aceitável, aliás, onde se insere também a saúde mental, se graves perturbações psicológicas decorrerem da inadequação orgânica para a manifestação da sexualidade.”* Em seu “despacho” assim se posicionou: *“A latitude do projeto de lei, sem limitar o ato cirúrgico aos transexuais, desaconselha a sua aprovação, sem prejuízo para esse contingente de pessoas, conforme já foi visto.”*

Ora, diante de tal posicionamento, clara está a concordância do Ministério da Saúde quanto às cirurgias de transgenitalização em transexuais, objeto da recomendação expedida pelo Ministério Público Federal.

Cabe referir que diversos países já admitem a cirurgia de transgenitalização: Itália, a partir do ano de 1982; Estados Unidos, a partir de 1961; Canadá, a partir de 1973; Suécia, desde 1972; Alemanha Federal, desde 1980. Em questões trazidas à sua apreciação, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem a considera como uma “conversão curativa” com o fim de permitir a integração pessoal e social do doente ao sexo a que possui a convicção de pertencer (conforme Tereza Rodrigues Vieira, doc. 7).

Por fim, não encontra nenhuma sustentação o temor de serem responsabilizadas as autoridades do Ministério da Saúde acaso venham a ressarcir cirurgias de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo quando efetuadas em desacordo com a Resolução do CFM nº 1.482/97. O custeio das despesas e a atividade legislativa não geram responsabilidade criminal. Acaso isso fosse possível, sempre que um médico comete um ilícito criminal e é ressarcido pelo Ministério da Saúde pelo serviço prestado, também haveria corresponsabilidade de quem pagou pelo procedimento. À toda evidência, interpretação dessa natureza beira ao “absurdo jurídico”.

III - DO CABIMENTO DESTA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal atribui ao Ministério Público a função institucional de promover ação civil pública para a proteção de

interesses difusos e coletivos, inclusive no que diz respeito às medidas que visem assegurar o efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública, entre os quais os serviços de saúde, aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II e III, c/c 197).

Sublinhe-se que, por expressa disposição constitucional, são de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197), **sendo função institucional do Ministério Público** promover as medidas necessárias para o efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, II).

No mesmo sentido, a Lei Complementar n° 75, de 20/05/93, estabelece que é função institucional do Ministério Público da União promover as medidas necessárias pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e serviços de saúde (art. 5º, V, “a”), promovendo a ação civil pública para a proteção destes direitos (art. 6º, VII, “d”).

A legitimidade do Ministério Público para promover ações civis públicas em defesa da saúde da população tem sido reconhecida pela Jurisprudência, consoante se lê no seguinte acórdão do E. Superior Tribunal de Justiça:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - DIREITO COLETIVO.

Tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público e social visando à verificação da situação do Sistema Único de Saúde e sua operacionalização. *Recurso Improvido.*” (Recurso Especial n° 120.236 - Maranhão (97/0019182-6), Relator: Ministro Garcia Vieira, Recorrente: Estado do Maranhão, Recorrido Ministério Público Federal)(grifos nossos)

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA. DESPESAS COM LENTES CORRETIVAS (ÓCULOS, INCLUSIVE ARMAÇÃO, E LENTES DE CONTATO) E APARELHOS DE AUDIÇÃO. AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA.

1. (omissis...);

2. **LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** – Caso em que não se busca afastar cobrança de tributo, mas apenas a possibilidade de dedução de determinada despesa, sendo que a questão fundamental discutida nos autos não é de cunho exclusivamente tributário, estando relacionada com a promoção da saúde. **O Ministério Público tem dentre suas funções institucionais promover a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal). Está configurada a existência de interesse difuso ou coletivo pelo**

simples fato da ação tratar de direito à saúde. Os interesse que se visa tutelar transcendem a esfera meramente individual. São interesses da coletividade como um todo. A necessidade crescente do governo arrecadar não se sobrepõe a eles. Sendo assim, justificada a ação do Ministério Público. (TRF 4ª R. – AG. Regimental no AG. De Instrumento n.º 1999.04.028336-1/RS, Rel. Juíza Tânia Escobar, data do julgamento: 20 de maio de 1999) (grifos nossos)

Com efeito, esta ação visa à proteção do direito difuso à saúde de todas as pessoas que apresentam o distúrbio do transexualismo, pessoas essas que, em razão da inexistência de fonte informativa segura, são indetermináveis, quer quanto ao número, quer quanto à identidade.

É exatamente para a defesa dos interesses difusos, bem como para a defesa do próprio interesse público, que existe a ação civil pública, conforme leciona Hugo Nigro Mazzili (*in* A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, São Paulo: Saraiva, 1995, p.13).

A ação ora ajuizada intenta proteger, portanto, os interesses difusos à saúde. Inquestionável, portanto, a legitimidade ativa *ad causam* do **Ministério Público Federal**, bem como a adequação do instrumento processual – ação civil pública – para a proteção do direito constitucional à integralidade da cobertura financeira por parte do Sistema Único de Saúde aos agravos à saúde da população, sem exclusão de qualquer procedimento que se mostre eficaz para debelar o problema ou minimizá-lo.

IV – DA ABRANGÊNCIA NACIONAL DOS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Com efeito, **conforme a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.576-1, a correta interpretação do artigo 16 da Lei n.º 7347/85 não implica em limitação da competência territorial em ações civis públicas ajuizadas contra órgão federal cuja atuação se estende por todo o território nacional. Nesse sentido destacamos excerto do voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso:

“Então, sempre que a União for Ré, não será possível fazer valer a regra do art. 16 da Lei 7.347/85, com a redação do art. 3º da Medida Provisória 1.570/97, a menos que se interprete o § 2º

do art. 109 da C.F.. com o entendimento no sentido de que a norma de competência ali inscrita tem como destinatários postulantes de direitos subjetivos individuais, aos quais a norma constitucional objetiva conceder facilidade processual para o fim de defenderem os seus direitos.” (grifei)

Com fulcro nesta decisão do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que a limitação contida no art. 16 da Lei 7.347/85, com a nova redação dada pela Lei 9.494/97, não alcança “**situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo**”, *verbis...* (Agravo de Instrumento nº 2000.04.01.044144-0/RS, relatado pelo Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon):

“No que respeita à abrangência da medida liminar, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, que deu nova redação ao art. 16 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, realmente restringe a abrangência *erga omnes* ‘nos limites da competência territorial do órgão prolator’. Mas há que se considerar, primeiramente, que *a doutrina vem repetindo insistentemente a inocuidade do texto*. É que seu cumprimento literal resultaria em perplexidades imprevistas e certamente indesejadas pelo legislador. Que dizer de uma agressão ao meio ambiente por difusão de radioatividade, com efeitos em todo o território nacional? Exigir-se-ia que se ajuizassem ações em relação a cada uma das regiões atendidas? O motorista que consegue liminar contra determinada exigência que lhe será cobrada durante todo o percurso - como ocorreu no caso do selo-pedágio - deverá renovar a liminar a cada vez que ultrapassar as fronteiras jurisdicionais? E que fazer no recente exemplo da medida liminar proibindo o fumo em aeronaves? Se a associação tem afiliados em todo o território nacional, deverá deambular por toda a vastidão deste Brasil para apresentar pluralidade de ações, quando ela, pessoa jurídica, tem sede na jurisdição do magistrado outorgante? **RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO** (“Ação Civil Pública”, Editora RT, 6ª Edição, p. 233) preleciona:

"A Lei nº 9.494/97 (antes Med. Prov. 1.570/97), deu nova redação ao art. 16 da Lei 7.347/85, por modo a explicitar que a coisa julgada erga omnes, referida no texto original, opera nos limites da competência territorial do órgão prolatório mantido, no mais, o teor básico do dispositivo. A propósito, esclarecem Nelson Nery Jr ., e Rosa Nery. -'Foi negada medida liminar na ADIn ajuizada contra a Med. Prov. 1.590/97, 3º que modificou a redação de LACP 16 (STF, Pleno, ADIn 1576-1, rel. Min. Marco Aurélio, j, 16.04.1997, m. v. DJU 24,04.1997, p. 14.914), A ADIn pende de julgamento no STF. **É importante trazer à colação este excerto do voto do ministro relator.** A alteração do artigo 16 correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia erga omnes da sentença proferida na ação civil pública - Entendo que o art. 16 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, harmônico com o sistema Judiciário pátrio, jungia, mesmo na redação primitiva, a coisa julgada erga omnes da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatória, A alusão à eficácia erga omnes sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos de ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo - difuso ou coletivo - **não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo.** Por isso, tenho a mudança de redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos erga omnes na área de atuação do Juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica esvaziamento da ação civil pública., nem tampouco, ingerência indevida do Poder Executivo no Judiciário'

A rigor, a questão jurídica que se coloca nem seria, propriamente, constitucional, a se ter presente que não se está colocando em discussão o instituto da coisa julgada em si (que, simplesmente, a Constituição Federal inscreve dentre os direitos e garantias individuais art. 5º XXXVI), e sim o problema de seus limites objetivos e subjetivos, aspectos melhor ubicados no âmbito do direito processual, sobre o qual legisla, privativamente a União (CF, art. 22, I), O que então resta palpável é a análise da citada alteração legislativa, sob o ponto de

viste da opção técnica empregada e, paralelamente., quando a saber de sua aptidão para alcançar os efeitos pretendidos

No ponto, esclarece José Manoel de Arruda Alvim Netto: 'O STJ já decidia em conformidade com o que veio a constar da MedProv 1.570, de 26.03.97, Deve-se ter presente que o art. 92, par. ún., da CF, estabelece o seguinte, 'Parágrafo único, O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional' E bem de ver que este texto convida ao entendimento de que, se jurisdição nacional têm, exclusivamente, os tribunais da Capital Federal, certo é que, nos demais casos, a jurisdição deve delimitar-se ao âmbito territorial do órgão respectivo", Nesse sentido, o autor traz à colação os julgados do STJ nos Conflitos de Competência 2.478-0, rel. Min. Garcia Vieira, j. 24.03.1992, e 17.137, rel., Min. Ari Pargendler, j. 14.08. 1996, ambos da 1ª Seção.

*Todavia, parece que a maioria dos doutrinadores vem se postando contrariamente à inovação trazida ao art. 16 da Lei 7.347/85, pela Lei 9.494/97. Assim, **José Marcelo Menezes Vigliar** indaga: 'se o interesse é essencialmente indivisível e o de modalidade difuso : como limitar os efeitos da coisa julgada a determinado território ? Ainda.- quando o dano for de proporção tal (como por exemplo o chamado dano regional, ou seja, aquele que atinge mais de uma comarca, ou até mais de um Estado-membro) que vá além dos limites de uma determinada comarca (fora, já que é a isso que a medida deve estar se referindo), como se aplicaria o preceito? 'É preciso sempre ter presente que a coisa julgada material não é efeito de um julgado (como o são a ordem, a condenação, a declaração, a desconstituição), e, sim, como demonstrado por Liebman, uma qualidade que, num determinado momento cronológico, se agrega àqueles efeitos, tomando-os imutáveis. Essa imutabilidade, que num momento cronológico anterior já se formara 'para dentro' do processo, assim introjetada perante as próprias partes, ante o esgotamento dos prazos recursais (= preclusão máxima, coisa julgada formal), passa no plano subsequente a ter potencializada sua eficácia, vindo esta a se projetar também em face dos*

terceiros (dito efeito erga omnes próprio da coisa julgada material), até como condição para a plena realização prática do bem de vida assegurado no comando jurisdicional, dado o entrelaçamento das relações interpessoais na sociedade civil.

A seu turno, **Francisco Antônio de Oliveira** viu nessa alteração 'um retrocesso inominável, uma vez que se pretende dar à ação civil pública o mesmo tratamento que é dado à defesa dos direitos individuais, É evidente que os interesses transindividuais não poderão ter seus efeitos circunscritos à base territorial sob pena de neutralizar os efeitos da ação civil pública, posto que, v.g., num derramamento de petróleo em Santos, com o espraiamento dos danos por todo o litoral, a ação deveria ser proposta em cada comarca, o que é um absurdo, com a possibilidade de sentenças diversas sobre o mesmo tema. Também Nelson Nery Jr. e Rosa Nery deploram o equívoco em que incidiu o legislador, observando que a limitação territorial aos limites subjetivos da coisa julgada não tem nenhuma eficácia e não pode ser aplicada às ações coletivas. Confundiram-se os limites subjetivos da coisa julgada erga omnes isto é quem são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência, que nada têm a ver com o tema. Pessoa divorciada em São Paulo é divorciada no Rio de Janeiro, Não se trata de discutir se os limites territoriais do juiz de São Paulo podem ou não ultrapassar seu território, atingindo a Rio de Janeiro, mas quem são as pessoas atingidas pela sentença paulista'

Com efeito, a questão de saber quais as pessoas atingidas pela imutabilidade do comando judicial deve ser tratada, naturalmente, sob a rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito 'coisa julgada' e não sob a ótica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária, Aqueles limites, quando se trata das lides intersubjetivas, no plano da jurisdição singular, atuam perante as partes, 'não beneficiando nem prejudicando terceiros' (CPC, art. 472) mas, no âmbito das ações de tipo coletivo - justamente porque aí se obrigam sujeitos indeterminados, concernentes a um objeto indivisível - o critério deve ser outro, porque

impende atentar para a projeção social do interesse metaindividual de que se trata. Tudo assim reflui para que a resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que promanada de Juiz competente, deve ter eficácia até onde se revele a incidência do interesse objetivado, e por modo a se estender a todos os sujeitos concernentes e isso mesmo em face do caráter unitário desse tipo de interesse, a exigir uniformidade do pronunciamento judicial. Por exemplo, se o pedido numa ação civil pública em curso perante juiz competente (lei 7.347/85, art. 20, clc CDC, art. 93) é que se interdite a fabricação de medicamento tido como nocivo à saúde humana, a resposta judiciária (inclusive como liminar) não pode, a nosso ver, sofrer condicionamento geográfico, seja porque não caberia falar numa 'saúde paulista', distinta de uma 'saúde gaúcha', seja porque, de outro modo, se teria que admitir a virtualidade de outra ação coletiva concomitante, em outra sede, ao risco da prolação de julgados porventura contraditórios, gerando caos e perplexidade.

No campo ambiental, suponha-se uma ação civil pública onde se pede a interdição do uso de mercúrio no garimpo de ouro, atividade realizada ao longo de um rio que atravessa dois Estados; figure-se, ainda, que essa ação vem proposta no Estado banhado pelo trecho do Rio que está a jusante; de que modo poderia a decisão judicial que acolhe a ação ser realmente eficaz, se os seus efeitos práticos ficassem circunscritos aos limites territoriais do juízo prolator da decisão? No exemplo, nenhuma eficácia - muito menos erga omnes - teria a coisa julgada, porque o inquinamento do rio, com mercúrio, continuaria ocorrendo no Estado banhado pelo trecho do rio postado a montante, e daí desceria até alcançar - e poluir - o trecho do rio situado a jusante, supostamente protegido pela coisa julgada, (Nem por outro motivo, aliás, o art. 93 do CDC distingue entre 'dano nacional regional e local, e o art. 103 desse Código estabelece uma correlação entre o âmbito da coisa julgada e o tipo de interesse metaindividual cogitado na ação, sendo ambos os dispositivos trasladáveis para a disciplina da lei 7.347/85, mercê do art. 117 desse Código) A propósito, manifestam-se

Nelson Nery Jr. e Rosa Nery 'Por exemplo: a condenação de empresa de convênio médico (Amil, Golden Cross, etc.), em obrigação de retirar de seus contratos cláusula considerada abusiva (CDC 51), atinge a empresa como um todo, bem como todos os seus associados, estejam onde estiverem dentro do território nacional. Não é relevante indagar-se qual a justiça que proferiu a sentença, se federal ou estadual, para que se dê o efeito extensivo da coisa julgada - A questão não é de jurisdição nem de competência, mas de limites Subjetivos da coisa julgada, dentro da especificidade do resultado da ação coletiva, que não pode ter a mesma solução dada pelo processo civil ortodoxo às lides intersubjetivas. Na mesma senda, se coloca Antônio Gibi.- 'Se através de uma ação coletiva uma publicidade for considerada enganosa (violação de um direito difuso) por um juiz de direito em Florianópolis, este deve condenar a empresa a retirá-la do ar em todo a, território nacional'.

Nesse campo da tutela judicial coletiva ao consumidor vale mencionar o entendimento do **1º TASP**, em ação civil pública movida pela Associação IDEC contra instituição bancária, objetivando a retificação do índice de correção das contas de poupança, em certo período, sob a rubrica de lesão a interesses individuais homogêneos. Lê-se na ementa: 'Efeitos de sentença que beneficiam não só os poupados associados do autor, mas todos os outros, no território nacional'. O relator, juiz Edson Jorge, após colacionar doutrina especializada, anotou em seu voto condutor (...) estabelecida a competência funcional (art. 93 do CPC), a jurisdição do órgão do Poder Judiciário abrange todo a território nacional, Não há limitação territorial para a eficácia da sentença transitada em julgado, Assim, no caso analisado, a decisão judicial atingirá todos os poupados, nas condições já referidas, que mantinham as contas em qualquer agência do réu, no território nacional', A seu turno, o juiz revisor, Ar Bauer, em declaração de voto vencedor, averbou:

Não cabe, assim, ao juiz que profere sentença condenatória no processo de conhecimento decidir sobre a abrangência que sua decisão possuirá no mundo jurídico, já que

a decisão genérica faz parte da ação civil pública' (Ap. 580.262-4 - SP - capital, j. 12.04.1995, v. u)."

De igual conteúdo o acórdão relatado pelo Excelentíssimo Juiz José Germano da Silva, cuja ementa adiante se transcreve:

"ADMINISTRATIVO, AGRAVO DE INSTRUMENTO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA, LIMINAR PROIBINDO O FUMO EM AERONAVES - LEI NO 9294/96, DECRETO Nº 2018/97 E PORTARIA 121 DGAC. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. PROBABILIDADE DE ÊXITO DA AÇÃO. PERIGO À SAÚDE PÚBLICA.

(...) 3. A restrição territorial da eficácia da coisa julgada na ação civil pública (art. 2º da Lei nº 9.494/97) não incide quando a União é parte no processo (art. 109, § 2º, CF).

5, Agravo improvido."(AI Nº 1998.04.01.078679-21/RS, TRF 4ª Região, 4ª Turma., j, 16.03.1999)

V - DA NECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

A Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, conferiu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, no sentido de possibilitar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, *verbis*:

*"Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, **antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial**, desde que, **existindo prova inequívoca**, se convença da **verossimilhança da alegação** e:*

*I - **haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**; ou*

*II - **fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.**" (grifos nossos)*

Comentando o instituto, o processualista Cândido Rangel Dinamarco sintetiza a contribuição essencial e qualitativa da antecipação de tutela ao nosso direito processual:

“O novo art. 273 do Código de Processo Civil, ao instituir de modo explícito e generalizado a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, veio com o objetivo de ser uma arma poderosíssima contra os males do tempo no processo.” (in “A Reforma do CPC”, 2ª ed., ver. e ampl., São Paulo, Malheiros Editores, 1995)

Trata-se, como se vê, de realização imediata do direito, pois dá ao autor o bem da vida por ele pretendido, possibilitando a efetividade da prestação jurisdicional. Com a possibilidade de antecipação da tutela, presente prova inequívoca e convencido o Juiz da verossimilhança do alegado, a prestação jurisdicional poderá ser adiantada sempre que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou, ainda, quando fique caracterizado abuso no direito de defesa, de regra mediante expedientes meramente protelatórios à conclusão do processo.

Os dois critérios gerais eleitos pelo legislador para a antecipação de tutela são, portanto, como dispõe a lei processual: prova inequívoca e verossimilhança do alegado. Comentando esses requisitos, o Juiz Federal **Teori Albino Zavascki** pondera que:

*“Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrição a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação da tutela, que haja **(a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação**. O *fumus boni iuris* deverá estar, portanto, especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), **a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos**. Sob esse aspecto, não há como deixar de identificar os pressupostos da antecipação da tutela de mérito, do art. 273, com os da liminar em mandado de segurança: nos dois casos, além da relevância dos fundamentos (de direito), supõe-se provada*

nos autos a matéria fática. (...) Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta, que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade” (Antecipação da Tutela, editora Saraiva, São Paulo, 1997, fls. 75-76, destacamos).

O conceituado processualista mineiro **José Eduardo Carreira Alvim**, ao examinar o juízo de delibação empreendido pelo Magistrado frente a verossimilhança dos fatos por ele apreciados, assim disserta:

“A constatação da verossimilhança e demais condições que autorizam a antecipação da tutela dependerá, sempre, de um juízo de delibação, nos moldes análogos ao formulado para fins de verificação dos pressupostos da medida liminar em feitos cautelares ou mandamentais. Esse juízo consiste em valorar os fatos e o direito, certificando-se da probabilidade de êxito na causa, no que pode influir a natureza do fato, a espécie de prova (prova preconstituída), e a própria orientação jurisprudencial, notadamente a sumulada.

“Esse juízo de delibação pode ter lugar prima facie e inaudita altera parte, em face da natureza do dano temido, ou num momento posterior, como, por exemplo, após a contestação, como acontece com a liminar no mandado de segurança, em que pode ser deixada para depois das informações. Essa possibilidade vem sendo pacificamente reconhecida pelos tribunais.” (Código de Processo Civil Reformado, editora Del Rey, 2ª edição, Belo Horizonte, 1995, pp. 103/105).

Na ação civil pública a possibilidade de antecipação de tutela ganha relevo na medida em que com este instrumento processual visa-se a tutela de interesses difusos, coletivos e coletivos *lato sensu*, bens de vida para toda a sociedade, como no presente caso. Neste sentido, tem-se pronunciado a doutrina de **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery**, em seu monumental *Código de Processo Civil Comentado*:

“3. Antecipação da tutela. Pelo CPC 273 e 461, § 3º, com a redação dada pela L 8952/94, aplicáveis à ACP (LACP 19), o juiz pode conceder a antecipação da tutela de mérito, de cunho satisfativo, sempre que presentes os pressupostos legais. A tutela antecipatória pode ser concedida quer nas ações de conhecimento, cautelares e de execução, inclusive de obrigação de fazer. V. coment. CPC 273, 461, § 3º e CDC 84, § 3º.” (3ª edição, revista e ampliada, Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.149)

No caso ora posto *sub judice*, todos os requisitos exigidos pela lei processual para o deferimento da tutela antecipada encontram-se reunidos.

Não há que se questionar sobre a efetiva realidade dos fatos, visto que é notória a existência de grande contingente de pessoas transexuais que necessitam do procedimento cirúrgico como medida para equacionar ou minimizar o sofrimento que lhes aflige, considerando-se as estimativas apresentadas no decorrer da presente ação - um para cada 37 mil homens e uma para cada 100 mil mulheres.

Além do mais, a partir da edição da Resolução CFM nº 1.482/97, diversos programas de atendimento aos transexuais começaram a ser instalados em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa, como é exemplo o Programa de Transtorno de Identidade de Gênero (PROTIG), junto ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Assim, diversos candidatos ao procedimento cirúrgico já obtiveram aprovação (ver quadro com a programação das cirurgias inserto no doc. nº 1), estando liberados e aguardando a cirurgia, após o longo período de acompanhamento indicado pela norma do Conselho Federal de Medicina, restando frustradas suas pretensões em decorrência da negativa em custear o procedimento por parte do Ministério da Saúde. Protelar essa situação de instabilidade emocional vivenciada pelos portadores da transexualidade, agravada pela frustração da esperança que lhes foi plantada pelos programas públicos iniciados e já em andamento, até que se obtenha o trânsito em julgado da presente demanda, não é razoável admitir-se como sendo o melhor critério de justiça.

O ***periculum in mora*** se agrava, na medida em que aquelas pessoas que procuram os programas públicos criados para esse gênero, estão posicionadas entre as que contam com um menor poder aquisitivo pois, se tivessem condições econômicas, buscariam a medida

corretiva no estrangeiro. A essas pessoas não resta outra alternativa a não ser contar com o sistema público de saúde.

Não se mostra razoável, protelar-se a efetividade do reconhecimento do direito buscado na presente ação judicial para período posterior ao seu trânsito em julgado, mormente quando estamos diante de questões atinentes à saúde das pessoas, hipótese em que o tratamento necessário, se protelado, só tende ao agravamento do quadro nosológico.

A **verossimilhança** da alegação decorre da própria certeza relativa aos fatos, conforme demonstrado nos fundamentos de direito e de fato utilizados na presente demanda.

O **fumus boni iuris** encontra-se igualmente presente, assentado estar a União Federal, por meio do Ministério da Saúde, atentando contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e contra o princípio da igualdade. Além disso, restam feridos o princípios constitucionais do Sistema Único de Saúde, mormente, o da integralidade da assistência e da universalidade do acesso, acaso permaneça essa postura do Ministério da Saúde em não garantir o acesso aos procedimentos cirúrgicos de que necessitam as pessoas portadoras de transexualismo. De outra banda, o procedimento cirúrgico em transexuais já é medida reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina.

Impor a essas pessoas o término da ação judicial para o gozo de seu direito seria manter, por prazo indefinido, a situação de injustiça e de violação aos seus direitos fundamentais.

Destarte, em face de todo o exposto nesta exordial, e com supedâneo no art. 273, art. 461 e §§ 3º e 4º do CPC, c/c os arts. 12 e 19 da Lei n.º 7.347/85, **REQUER** o **Ministério Público Federal** se digne **Vossa Excelência** a conceder, após a ouvida do Representante Judicial da União Federal, que deverá ser intimado para se manifestar, querendo, no prazo de 72 horas (art. 2º da Lei 8.437/92), **decisão antecipatória de tutela**, de **abrangência nacional**, determinando à Ré que:

a) Promova, no prazo de 7 dias, todas as medidas apropriadas para possibilitar aos transexuais a realização, pelo Sistema Único de Saúde, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e

caracteres sexuais secundários, conforme critérios estabelecidos na Resolução nº 1.482/97, do Conselho Federal de Medicina;

b) Edite, no prazo de 7 dias, ato normativo que preveja a inclusão, de modo expresso, na Tabela de Procedimentos remunerados pelo Sistema Único de Saúde (Tabela SIH-SUS), de todos os procedimentos cirúrgicos necessários para a realização da cirurgia nominada no item anterior, bem como remunere os hospitais pelos procedimentos realizados em conformidade com a Resolução nº 1.482/97.

Requer ainda, para o célere cumprimento da decisão antecipatória da tutela, acaso deferida, dela **seja intimado pessoalmente o Sr. Renílson Rehem de Souza**, Secretário de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde, com endereço profissional junto a Esplanada dos Ministérios, Bloco G, 9º andar, Brasília-DF.

VI. DO PEDIDO FINAL

Após o exposto, **REQUER o Ministério Público Federal, após concedida a TUTELA ANTECIPADA:**

a) a **citação** da ré para, querendo, contestar a presente ação e acompanhá-la em todos os seus termos, até final sentença, sob pena de revelia e confissão;

b) **seja julgada procedente** a pretensão ora deduzida, confirmando-se, em definitivo, os pedidos requeridos em sede de tutela antecipada, **condenando-se a União Federal** nas obrigações ali descritas;

c) seja fixada uma **multa diária** no valor corresponde a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), incidentes a cada dia de atraso da ré no cumprimento do comando judicial.

d) sendo a questão de mérito unicamente de direito, **seja julgada a lide antecipadamente**, nos termos do art. 330, I, do CPC, ou, sendo outro o entendimento, protesta-se pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

e) a juntada dos documentos em anexo.

Por fim, requer **seja dado tratamento sigiloso ao feito** em razão de constar dos documentos anexos à inicial identificação de portadores de transexualismo, devendo ser preservadas suas identidades.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), para efeitos fiscais.

Termos em que pedem deferimento.

Porto Alegre, 10 de agosto de 2001.

Luiz Carlos Weber,
Procurador da República.

Paulo Gilberto Cogo Leivas,
Procurador da República.

Marcelo Veiga Beckhausen,
Procurador Regional dos Direitos do Cidadão.