

O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO EM CIRURGIAS DE MUDANÇA DE SEXO

Camila Diciano SOUZA¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo abordar, primeiramente, toda a principiologia acerca do consentimento do ofendido em cirurgia de mudança de sexo, tratando-se de procedimento curativo no caso de desajustamento psíquico ou a mera satisfação pessoal do indivíduo, visando a “melhora” do bem jurídico integridade física, protegido pelo Código Penal em seu artigo 129. Buscou-se apurar, ainda, se o bem tutelado é disponível ou indisponível, concluindo ser disponível em razão da liberdade individual de que dispomos, e que, por isso, não há que se falar em responsabilidade penal do médico que realiza a cirurgia, desde que o paciente seja agente capaz, dono do bem disponível e que o seu consentimento seja anterior à ação.

Palavras-chave: Transexualismo. Cirurgia de mudança de sexo. Consentimento do ofendido. Agente capaz. Disponibilidade do bem.

1 INTRODUÇÃO

Quando se trata de uma atividade cirúrgica, devemos levar em conta que o paciente é o eixo central da questão, devendo ele decidir por tudo que envolva sua integridade física e a sua vida. Como entende França (2003, p. 29), o ato médico só alcança a sua verdadeira dimensão e o seu incontestável destino com a obtenção do consentimento do paciente ou de seus responsáveis legais. Ou seja, todo procedimento profissional nesse particular necessita de uma autorização prévia. O consentimento deve ser dado antes da cirurgia e continuar durante o tratamento, pois quando dado após a intervenção não constituirá uma causa de justificação.

Segundo Carvalho (2001, p. 143), esta conduta do paciente nada mais significa do que conferir a terceiros a faculdade de perpetrar a ação, tornando lícito o que em outras circunstâncias era ilícito, fazendo desaparecer apenas, nos limites do autorizado, a tutela jurídica do bem pertencente ao consenciente.

É cediço que é impossível que uma operação deixe intacto o bem integridade física, não havendo como evitar o agravamento do estado geral do indivíduo, pois existe de fato um defloramento do seu corpo. No entanto, este defloramento temporário visa uma melhora futura.

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. camila_diciano@unitoledo.br

Assim, concluímos a introdução com Pierangeli (1995, p. 186), que entende que a licitude da conduta do médico se dá pela vontade do indivíduo em se submeter a um tratamento, ou por outras palavras, é autodeterminação do mesmo em renunciar a um bem juridicamente tutelado, consciente da possibilidade de conseqüências lesivas para ele que são ínsitas ao tratamento.

2 A ABLAÇÃO DOS ÓRGÃOS GENITAIS CONSENTIDA PELO OFENDIDO COMO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO DO MÉDICO

A discussão sobre a responsabilidade penal do médico que realiza a cirurgia de mudança de sexo não é algo recente. Em 1979 foi elaborado pelos legisladores o Projeto de Lei nº 1.909-A, que, aprovado pela Câmara e vetado pelo Presidente da República, acrescentava um § 9º ao artigo 129 do Código Penal, que trata sobre lesão corporal:

“Não constitui fato punível a ablação de órgãos de partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz”.

Inalterada a lei substantiva, duas orientações acerca do tema devem ser levadas em consideração: a primeira diz que a referida cirurgia está justificada pelo exercício regular de direito, desde que haja o consentimento válido do paciente. A segunda, mais festejada pela doutrina, não vislumbra o *aminus laedendi vel nocendi*, ou seja, o dolo de lesionar, direto ou eventual.

Passemos agora a analisar cada um desses argumentos, procurando demonstrar que a ablação de órgãos genitais visando à mudança de sexo é direito do ofendido e exercício regular de direito do médico que a realiza amparado por seu consentimento. Portanto, não constitui lesão corporal gravíssima, excluindo a responsabilidade penal de seu autor.

2.1 A Disponibilidade do Bem em Razão da Liberdade Individual

Para que seja sustentável a juridicidade da cirurgia de mudança de sexo, tendo em vista o exercício regular de direito, dois fatores devem ser levados

em consideração: que o bem jurídico integridade física e saúde de outrem sejam disponíveis, e que haja um consentimento válido do paciente ou de seu representante legal para a prática da cirurgia.

Há, entretanto, uma mitigação quanto à disponibilidade do referido bem jurídico. Alguns apóiam uma concepção absolutista acerca do tema, de que apenas o Estado detém o monopólio de decidir sobre o destino dos bens jurídicos indisponíveis, defendendo-os sem aceitar qualquer tipo de transigência.

Porém, com o advento da Lei nº 9.099/95, ficou instituída a ação penal condicionada à representação da vítima nos crimes de lesões corporais culposas e lesões leves, ou seja, ficou incumbido à ela (vítima), que terá o prazo prescricional de seis meses, decidir se quer ver o autor do crime processado ou não pelo Estado. Trata-se, portanto, de disponibilidade do bem.

Constatamos, assim, que o ato constitui uma liberdade individual, já que visa à satisfação pessoal do transexual, dono do bem disponível. Em outros casos, há a necessidade de curar um desajustamento psíquico do mesmo. Desta forma, não podemos dizer que a cirurgia de ablação dos órgãos genitais de alguém integra o rol dos crimes contra a pessoa. Tratando-se de agente capaz, em pleno gozo de suas faculdades mentais, que consente na cirurgia, não há mais motivo para que o Estado zele por sua integridade física, neste caso.

2.1.1 Uma análise sistemática do Direito

Amparados por uma análise sistemática do Direito, que é uno, devemos ressaltar o Artigo 13 do Código Civil:

“Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Neste caso, alguém poderia alegar que a cirurgia de mudança de sexo violaria os bons costumes. Porém, a alegação não se justificaria, já que a cirurgia realizada no transexual é ditada por razões superiores, inclusive de ordem psicológica.

3 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a licitude da conduta médica se dá quando há a capacidade absoluta do ofendido, que poderá entender-se e determinar-se diante do fato, e ser ele o dono do bem disponível que será objeto de prática cirúrgica, visando à cura de um desajustamento psíquico ou a sua mera satisfação pessoal. Seu consentimento deverá ser anterior à ação do agente, admitindo-se por extensão que seja concomitante à ação. Preenchidos todos estes requisitos, o médico não poderá ser responsabilizado penalmente, pois agiu amparado pelo exercício regular de direito. Trata-se, portanto, de uma excludente de ilicitude.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e acordo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 8ª ed. São Paulo: Fundação BYK, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria geral do delito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.