

Direitos sexuais como um direito humano

Elida Séguin¹

Sumário: Introdução; 1 Direitos humanos; 2 Princípio da dignidade e o conceito de saúde; 3 Direitos sexuais; 4 Abortamento; 5 Redução embrionária; 6 Anencéfalo; 7 Redefinição sexual; 8 Definição sexual; Conclusão; Referências.

Resumo: As questões envolvendo a sexualidade humana, por motivos diversos, tem sido pouco explorada pelos juristas. O estudo exclui o enfoque da orientação sexual e concentra-se na angulação dos Direitos Sexuais como integrante do rol dos Direitos Humanos. A sexualidade está ligada à saúde e a dignidade humana, objetos de estudo de vários campos do saber, sobretudo a Medicina e o Direito, o que torna o tema objeto de estudo do Biodireito. Os direitos sexuais englobam mais do que a forma como as pessoas se expressam sexualmente, envolvem também e principalmente a identidade de cada ser.

Palavras-chave: direitos sexuais; direito humano.

Abstract: The questions involving the human sexuality, for a lot of reasons, has been little explored by jurists. The study excludes the sexual orientation focus and is concentrated in the Sexual Rights angulations as integrant of Human Rights topics. The sexuality is connected to health and human dignity, themes studied by many knowledge areas, principally the Law and Medicine sciences, becoming this subject topic of Biolaw studies. The sexual rights gathers more than the way people express themselves sexually, involving principally the identity of each person.

Keywords: sexual nights; human right.

Introdução

Existem certos assuntos que são cuidadosamente evitados como tabus sociais, entre eles destacam-se a morte e a sexualidade humana. Lembro que,

¹ Defensora Pública. Presidente do Instituto Brasileiro de Advogados Públicos (IBAP). Doutora em Direito Público, Professora Adjunta da UFRJ (aposentada). Professora Convidada da Fundação Getúlio Vargas (FGV), da Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil (APRODAB). Ex-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia. elidaseguin@gmail.com.

quando escolhi “Cemitério” como tese de doutorado², fui objeto de muita brincadeira. Em minhas pesquisas de Biodireito deparei-me com alguns aspectos da sexualidade: o crime de abortamento, a dificuldade\impossibilidade de procriar, as cirurgias de mudança de sexo, crianças com sexo indefinido, discriminação e preconceito que sofrem os que têm orientação sexual alternativa.

Assim resolvi falar sobre direitos sexuais como um Direito Humano. Não abordarei a orientação sexual, pois a enxergo mais sob a ótica do preconceito social que gradativamente está sendo superada como pontua o reconhecimento dessas uniões para concessão de benefícios previdenciários a servidores públicos. Entendo que a sexualidade deve ser enfocada sob o prisma dos Direitos Humanos, dentre os vários aspectos possíveis, escolhi analisar a indefinição e a redefinição de sexo passando pelo abortamento que vejo como uma forma de discriminação de mulheres pobres.

Se a sexualidade deve ou não ser controlada e qual a melhor técnica, é questão ética na qual avultam estudos multidisciplinares, com a problematização dos fundamentos e da axiologia de leis e da ética. Variados e provisórios são os valores que um grupo adota, induzindo a meditar sobre a eticidade³ e temporariedade de determinadas condutas e o papel desempenhado por lidadores do Direito como agentes de mudança social.

A sexualidade integra a personalidade humana. Seu desenvolvimento depende da satisfação de necessidades básicas tais como desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor. Ela é construída através da interação do indivíduo com estruturas sociais. O total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem estar individual, interpessoal e social.

A primeira vista pode parecer que só existe um sexo: ledo engano. São vários. Tem-se o genético, que não é modificado com fármacos nem cirurgia. O gonádico é relativo as gônadas. O anatômico está ligado a externalidades, como a genitália se apresenta. O hormonal está ligado a produção natural de hormônios. O legal é o que consta do assentamento de nascimento. O psico-social está vinculado à forma como a pessoa se insere socialmente, como ela se enxerga. O de criação refere-se ao papel social que lhe foi ensinado a desempenhar desde a mais tenra idade.⁴

² Minha tese foi que a origem da propriedade privada imóvel repousa na coisa cemiterial.

³ A eticidade é a aptidão para exercer a função ética, na percepção dos conflitos da vida psíquica e na autodeterminação diante deles *In*: COHEN, Cláudio & SEGRE, Marco. Definição de Valores, Moral, Eticidade e Ética. Revista Bioética, 2(1): 19 - 24, 1994.

⁴ Um exemplo é o exteriótipo de que menina usa rosa e menino azul.

Os direitos sexuais são direitos humanos universais baseados na liberdade inerente, dignidade e igualdade para todos os seres.

Padrões de saúde sexual são estabelecidos pela sociedade, que determina os ritos de iniciação, de passagem e a clivagem entre o “nós” e o “eles”. Hodiernamente a Comunidade Internacional, em nome dos Direitos Humanos, questiona regionalismos que provocam danos para a saúde feminina, inclusive com mutilações.⁵ Saúde sexual é um direito fundamental e um direito humano básico.

Interessante registrar que o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI, instituído pela Lei nº 11.530 de 24.10.2007, estabelece como diretriz a promoção dos direitos humanos, considerando as questões de gênero, étnicas, raciais, geracionais, de orientação sexual e de diversidade cultural.

1 Direitos humanos

O rol das garantias que integram a lista dos Direitos Humanos aumenta com a complexidade social, desdobrando alguns itens. Muitos destes acréscimos foram agasalhados em textos constitucionais, transmudados em “garantias individuais”. É a constitucionalização dos Direitos Humanos.

Seu conteúdo embute os conceitos de dignidade, de liberdade, de igualdade e guarda características diferenciadoras de outros direitos como a irrenunciabilidade, a irrevogabilidade, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a inviolabilidade, a indivisibilidade, a universalidade, a interdependência e a complementariedade, por serem elementares a uma vida digna.

A todo direito corresponde uma garantia que o assegure e toda garantia deve corresponder um remédio que a torne concreta. Rui Barbosa apontava os direitos como normas declaratórias (*caput* do art. 5º), e as garantias como normas assecuratórias (inciso LXVI do art. 5º), apesar da Carta Magna não fazer a distinção.

Se, além destes direitos terem sido constitucionalizados, constarem de norma infraconstitucional, tem-se os direitos da personalidade como prerrogativas primárias, reconhecidas como essenciais para densificar o desenvolvimento humano, a dignidade da pessoa e necessários à manutenção da paz e do equilíbrio no convívio social. Eles estão arrolados, sem estarem exauridos, no *caput* do art. 5º e no inciso III, do art. 1º, III, ambos da CF. Estes direitos são exercidos sobre bens

⁵ Em algumas regiões, adota-se o casamento precoce, levando a gestação no início da adolescência. Outra prática que se condena é a ablação do clitóris.

imateriais ou incorpóreos e podem ser assim exemplificados: o direito à vida, à liberdade, à manifestação do pensamento, à imagem, ao nome, à privacidade, à integridade do corpo, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à opção sexual, etc.

Sexualidade é o conjunto de caracteres próprios de cada sexo, sejam eles físicos ou psicológicos, que se expressa no comportamento dos indivíduos, de acordo com a construção cultural (os papéis sexuais) e as possibilidades de orientação sexual. Ela não está concentrada apenas nas características físicas, mas no todo, na *gestalt*. Para o total desenvolvimento da sexualidade são essenciais:

- o bem-estar individual, interpessoal e social;
- o acesso à informação e à educação sexual.

A sexualidade é tema de constante preocupação filosófica, social, religiosa e jurídica. É objeto de disciplina repressiva das religiões e do Poder Público, que determinam o certo e o errado nas práticas sexuais, inclusive a orientação sexual.⁶

Para o pleno desenvolvimento humano, a saúde sexual desempenha papel preponderante, sendo também um direito da personalidade, posto que uma conquista social e a sua extensão a todos representa um ideal de Justiça Social.

2 Princípio da dignidade e o conceito de saúde

O homem deve ser respeitado em sua dignidade, em seu valor de fim e não de meio, pois a “dignidade da pessoa humana, que, como consectário, impõe a elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico, no sentido de que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial”.⁷ Nossa Carta Magna elevou a tutela e promoção da pessoa humana a um valor máximo do nosso ordenamento, estatuinto que a dignidade do homem é inviolável (art. 1º), sendo mola propulsora da intangibilidade da vida humana, daí defluindo como consectários naturais como :

- respeito à integridade física e psíquica⁸ das pessoas;
- admissão da existência de pressupostos materiais mínimos para que se possa viver⁹, e

⁶ SÉGUIN, Elida. **Biodireito**, 4 ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, Capítulo XII, *in passim*.

⁷ FARIA, Cristiano Chaves. **Direito Civil: teoria geral**. 2 ed. Lúmen Júris, 2004, Rio de Janeiro, p. 96.

⁸ Inegável que a crise de identidade sexual desequilibra a psique.

⁹ Daí surge o Direito ao Trabalho Mínimo, o Direito à moradia entre outros.

- respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade.

O Ministro Gilmar Mendes, em 4.10.2003, no HC 82.969-PR (STF, 2ª Turma) lembrou que o princípio da dignidade da pessoa humana proíbe “o uso ou a transformação do ser humano em objeto de degradação dos processos e ações estatais, pois seria dever estatal respeitar e proteger o indivíduo contra diversos tipos de ofensas e humilhações”. Uma criança com uma identidade sexual ambígua está em permanente estado de vitimização e despida de sua dignidade.

O Tribunal Constitucional de Portugal afirmou que “a idéia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente” (Acórdão 90-105-2, de 29.03.1990, rel. Bravo Serra).

O Tribunal Constitucional da Espanha determinou que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais”.¹⁰ Afirmativa perfeitamente cabível no respeito aos direitos sexuais.

A dignidade não abrange apenas o direito à vida, mas também o direito à saúde, na forma do art. 196, que adotou o conceito de “saúde integral”. A Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), no art. 3º, ao definir saúde enumera fatores externos, limitando-se a garantia do bem-estar físico, mental e social, e sem saúde sexual não pode haver bem-estar mental e social. A dignidade correlaciona-se com à autodeterminação, que é impossível de ser alcançada quando os direitos sexuais não foram respeitados, quando a essência da identidade está sendo questionada.

Na saúde sexual, não basta ter um diagnóstico de uma desordem, é necessário receber o tratamento cirúrgico, clínico e farmacológico para a patologia, ou seja, o tratamento integra o Princípio da Dignidade.¹¹

¹⁰ Apud FARIA, Cristiano, p. 98.

¹¹ Comprovado o estado de pobreza, é devido o fornecimento gratuito de remédio para o tratamento de hepatite C, não cabendo a substituição do medicamento prescrito (Interferon Pequilado) pelo genérico (CF, art. 5º). Precedentes citados: RMS 11.129-PR, DJ 18/2/2002; REsp 212.346-RJ, DJ 4/2/2002; REsp 93.658-RS, DJ 23/8/1999, e REsp 430.526-SP, DJ 28/10/2002. RMS 17.425-MG, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 14/9/2004.

3 Direitos sexuais

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, reconheceu os direitos sexuais e reprodutivos como Direitos Humanos, apesar da lei não ser expressa sobre os direitos sexuais ou reprodutivos.¹² Facilmente se constata uma falência de Políticas Públicas garantidoras destes direitos impondo que eles sejam obtidos judicialmente.

Para que o ser humano atinja seu pleno desenvolvimento, ele precisa que necessidades básicas, que extrapolam as condições físicas, sejam supridas, nelas incluídas o carinho, a auto-estima, o desejo de contato, a intimidade, a expressão emocional, o prazer sexual e o amor. Por integrar os ritos sociais, a sexualidade humana é objeto de tabus variados, mas, como parte da personalidade, é construída através da interação entre o indivíduo e as estruturas sociais.

Durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (China), entre 23 e 27 de agosto de 1998, a Assembléia Geral da WAS – World Association for Sexology, aprovou as emendas para a Declaração de Direitos Sexuais, decidida em Valência, no XIII Congresso Mundial de Sexologia, em 1997. Para assegurar que as pessoas e a sociedade desenvolvam uma sexualidade saudável, os seguintes direitos sexuais devem ser reconhecidos, promovidos, respeitados e defendidos por todas sociedades de todas as maneiras. Saúde sexual é o resultado de um ambiente que reconhece, respeita e exercita estes direitos sexuais:

a. O DIREITO À LIBERDADE SEXUAL – A liberdade sexual diz respeito à possibilidade dos indivíduos expressar seu potencial sexual, excluídas todas as formas de coerção, exploração e abuso em qualquer época ou situações de vida.

b. O DIREITO À AUTONOMIA SEXUAL, INTEGRIDADE SEXUAL E À SEGURANÇA DO CORPO SEXUAL – Este direito envolve a possibilidade de uma pessoa em tomar decisões autônomas sobre a própria vida sexual num contexto de ética pessoal e social. Inclui o controle e o prazer do corpo livre de tortura, mutilação e violência de qualquer tipo.

c. O DIREITO À PRIVACIDADE SEXUAL – O direito às decisões individuais e aos comportamentos sobre intimidade desde que não interfiram nos direitos sexuais dos outros.

¹² É sabida a angústia de quem deseja ter filhos e não consegue, a de quem não os quer e engravida, em especial durante a adolescência.

d. O DIREITO A LIBERDADE SEXUAL – Liberdade de todas as formas de discriminação, independentemente do sexo, gênero, orientação sexual, idade, raça, classe social, religião, deficiências mentais ou físicas.

e. O DIREITO AO PRAZER SEXUAL – prazer sexual, incluindo autoerotismo, é uma fonte de bem estar físico, psicológico, intelectual e espiritual.

f. O DIREITO À EXPRESSÃO SEXUAL – A expressão é mais que um prazer erótico ou atos sexuais. Cada indivíduo tem o direito de expressar a sexualidade através da comunicação, toques, expressão emocional e amor.

g. O DIREITO À LIVRE ASSOCIAÇÃO SEXUAL – significa a possibilidade de casamento ou não, ao divórcio, e ao estabelecimento de outros tipos de associações sexuais responsáveis.

h. O DIREITO À ESCOLHA REPRODUTIVA LIVRE E RESPONSÁVEL – É o direito em decidir ter ou não ter filhos, o número e tempo entre cada um, e o direito total aos métodos de regulação da fertilidade.

i. O DIREITO À INFORMAÇÃO BASEADA NO CONHECIMENTO CIENTÍFICO – A Constituição garante o acesso à informação. A sexual deve ser gerada através de um processo ético-científico, divulgado de forma a ser assimilado destituído de preconceitos, por todos os níveis sociais, etários e intelectuais.

j. O DIREITO À EDUCAÇÃO SEXUAL COMPREENSIVA – Este é um processo que dura a vida toda, desde o nascimento pela vida afora, e deveria envolver todos os segmentos sociais.

k. O DIREITO A SAÚDE SEXUAL – O cuidado com a saúde sexual deve estar disponível para a prevenção e tratamento de todos os problemas sexuais, precauções e desordens.

Pode-se sintetizar com a afirmativa que os direitos sexuais são Direitos Humanos universais baseados na liberdade, dignidade e igualdade de todos os seres humanos, pois a saúde sexual é um direito fundamental que somente floresce num ambiente que reconhece, respeita e exercita a totalidade dos Direitos Humanos. Os direitos sexuais devem se exercidos com responsabilidade respeitando o próximo. Os cuidados com a saúde sexual devem estar disponíveis para a prevenção e tratamento de todos os problemas e desordens.

Dentro dos direitos sexuais exsurge a questão de formas de discriminação relativas a práticas sexuais, gênero, orientação sexual, idade, raça, classe social, religião, deficiências mentais ou físicas. A liberdade sexual também diz respeito à possibilidade do indivíduo expressar seu potencial sexual. Claro que estão

excluídas qualquer modalidade de coerção, exploração e abuso em qualquer época ou situação de vida. Este direito engloba também o da orientação sexual, que tem sido objeto de discriminação daqueles que fogem aos padrões da dita normalidade e que são diferentes. Desta escolha decorre uma perseguição ao grupo, que passa a ser considerado como minoria.¹³

O direito à autonomia, integridade e à segurança sexual envolve a habilidade de uma pessoa tomar decisões autônomas sobre a própria vida sexual num contexto de ética pessoal e social. Também inclui o controle e o prazer da corporeidade livre de tortura, mutilação e violência de qualquer tipo, salvo se esta for modalidade de prazer.

Como a sexualidade humana é tema pouco discutido no mundo jurídico, os direitos propostos pelo congresso de sexologia não foram assimilado pela sociedade, prenhe de preconceitos e religiosidade.

Agora abordarei os temas sexuais que mais frequentam os tribunais.

4 Abortamento

É preciso distinguir o ato do produto. “Ao primeiro, cabe a denominação de abortamento, sendo aborto o produto expelido”.¹⁴ Aborto, do latim *abortus*, significava a privação do nascimento. Em obstetrícia, “é a interrupção da prenhez antes que o feto seja viável, isto é, antes que o feto possa viver fora do útero materno”.¹⁵ Quando nasce uma criança antes do prazo previsto não se diz que houve aborto, mas sim parto prematuro. Em Direito é a interrupção ilícita da gravidez, com a morte do feto antes que chegue à sua maturidade, podendo ocorrer durante todo o processo fisiológico da prenhez, isto é, desde a implantação do ovo no útero até o início do parto.

Este tipo penal é da competência do Tribunal do Júri, como crime doloso contra a vida. O bem jurídico tutelado no autoaborto é o feto. No provocado por terceiro, a tutela legal protege o feto, a mãe, o Estado e a comunidade onde o ato foi praticado.

¹³ SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**. Forense, Rio de Janeiro, 2001, *in passim*.

¹⁴ FÁVERO, Flaminio. **Medicina legal**. 12 ed., Editora Villa Rica, Belo Horizonte, 1991, p. 751. No mesmo sentido VASCONCELOS, Geraldo. **Lições de medicina legal**. Forense, Rio de Janeiro, 1970, p. 225. Essa distinção técnica não é usada no Código Penal (CP), pelo que usarei indistintamente os dois termos.

¹⁵ GOMES, Hélio. **Medicina legal**: Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 18 ed., 1977, p. 405.

Apesar de o nascituro ter seus direitos patrimoniais resguardados, não é considerado como pessoa.¹⁶ Sua preservação é direito da sociedade, a quem interessa sobremaneira a formação da vida. Nesta ótica a mãe é quase equiparada a um meio de proteção do feto, só sendo privilegiados seus direitos quando em risco sua integridade física ou psicológica.

A Ong Advocaci, em 2005, apresentou a Promotores de Justiça e Defensores Públicos, um questionário para determinar o perfil das mulheres que eram processadas por praticarem aborto,¹⁷ o que induz a refletir sobre pontos aqui abordados.

O primeiro aspecto a analisar é a efetividade ou hipocrisia da norma que tipifica a conduta.¹⁸ Neste ponto a escassez de jurisprudência dos tribunais superiores fala por si. Também merece ser identificado o perfil das mulheres denunciadas/processadas por aborto. Elas têm em comum a idade, a etnia, o estado civil ou a situação sócioeconômica? Quando processadas recebem algum tipo de assistência com encaminhamento à Assistente Social ou Psicóloga, recebendo acompanhamento? O que leva estas mulheres a praticar o ato? Quais os argumentos que costumam ser utilizados na construção da tese de defesa? São perguntas ainda sem respostas ante a falência de políticas públicas reprodutivas e a dificuldade de acesso à informação fidedigna, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro.¹⁹

Pessoalmente, acredito que o motivo financeiro seja preponderante aliado a uma falta de informação. Ninguém pratica aborto por diletantismo, é por sufoco mesmo e a omissão estatal agrava a questão, vitimizando mulheres pobres.

Por projeção, estima-se que, todo ano no Brasil, são realizados mais de um milhão de abortos clandestinos. Fica a indagação: quais as condições que favorecem determinadas mulheres a serem denunciadas pela prática do aborto e outras não? Azar e pobreza?²⁰

Independente do aspecto médico-legal, o tema é difícil abordar sem paixão pelas implicações filosóficas que embute. Os julgamentos morais sobre a

¹⁶ Atualmente ganha relevância o embrião, se deve ou não ser protegido como pessoa.

¹⁷ www.advocaci.org.br. A ONG é situada na Rua da Assembléia 34 sala 603, Rio de Janeiro.

¹⁸ Nos meus 20 anos de Defensora Pública, dos quais atuei 15 anos junto a Vara Criminal, NUNCA funcionei em processo de aborto. O que, por amostragem, evidencia a raridade de denúncias ofertadas.

¹⁹ SÉGUIN, Elida. **Política pública de assistência à mulher: a questão do abortamento**. Direito e Política, abril a junho de 2006, Ano III, v. IX, p. 41 a 62.

²⁰ Azar, pois ninguém está livre de ocorrer uma batida policial, porque a propina atrasou, quando se está fazendo um aborto, e hipossuficiência financeira, porque quem tem grama mesmo, pega um avião e vai para Nova York, onde o aborto é legalizado, submete-se a cirurgia e depois faz “umas comprinhas básicas”.

justificativa do aborto vinculam-se mais às convicções sobre a natureza e desenvolvimento do ser humano do que às regras e princípios jurídicos, mas a discussão sobre a reprodução assistida fica no campo dos direitos morais da pessoa de querer reproduzir.

O excessivo apego às próprias ideias torna os doutrinadores e aplicadores de Direito facciosos. Mesmo assim, é necessário que a classe acadêmica assuma um posicionamento sem se influenciar e dominar por opiniões extremistas, mas reconhecendo o direito sexual da mulher de decidir a hora em que ser mãe, facultando o acesso a método contraceptivo e à informação.

Polêmica arguida sob a bandeira de que grupos pró-aborto encobrem interesse financeiro de indústrias estéticas de produtos à base de colágeno, que são feitos com material fetal, embora a *Food and Drug Administration*, considerada uma séria entidade fiscalizadora norte-americana, estranhamente não cuide do tema.²¹

Existe uma projeção para coeficiente de mortalidade materna em abortamentos clandestinos.²² Europa e USA: 10:100.000; alguns países africanos: 1000:100.000; América Latina: 190:100.000; Brasil: 110:100.000. Apesar destes números alarmantes, as clínicas no Grande Rio funcionam livremente sem controle e sem fiscalização das condições. Em 1995 aconteceram 50.866 internações em consequência de aborto, destas 315 resultaram em óbitos por complicações após aborto (perfuração do útero, hemorragias e infecção) e 3.341 mortes por complicações ginecológicas ou do parto. Estima-se que o abortamento clandestino seja a quinta causa de internações no estado do Rio de Janeiro, o que supera a ocupação de leitos por AVC, DM. e pneumonia.²³

A Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 258, de 06.11.1997, as diretrizes das Leis nºs 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) e 8.142/1990 (que disciplina a gestão do SUS) prevêem o atendimento de vítimas de violência sexual, inclusive dos casos de aborto decorrente de estupro. Estas mulheres devem ser atendidas por equipe multidisciplinar, com ênfase no acompanhamento psicológico e social. Salvo esforço pontual existente, a maioria das vítimas não dispõe deste serviço.

A Lei nº 2.802, de 01.10.97, do Estado do Rio de Janeiro, obrigou os servidores das Delegacias de Polícia a informarem às mulheres vítimas de estupro que uma possível gravidez poderia ser legalmente interrompida, fornecendo, no ato do registro policial, a relação das unidades hospitalares públicas aptas a realizarem

²¹ MESTIERI, João. **Bioética e abortamento**. In: DOCTRINA, v. 1, Coord. James Tubenchlak - Rio de Janeiro: ID - Instituto de Direito, 1996, p. 53.

²² IBGE – Pesquisa realizada no RJ/1995.

²³ “O globo” do dia 19/10/1997.

o procedimento. Se a gestante alega ter sido vítima de estupro e o aborto é realizado antes da sentença que absolve o réu por não ter ocorrido o crime, o facultativo não responde pelo delito pressupõe a boa-fé da mulher. Vale lembrar que os processos judiciais são demorados e quanto mais tardia for a interrupção da prenhez, mais risco a mãe corre. Assim, frequentemente deve o médico decidir antes do juiz.

Miséria não é privilégio da época atual, tampouco será a interrupção da gravidez solução. Creio que um esclarecimento, uma orientação ou um aconselhamento terá maior efeito, sob o enfoque da prevenção, alertando, principalmente aos adolescentes e jovens, ensinando métodos contraceptivos baratos e permitindo acesso às informações, enfim padrões que realmente lhes possibilitem decidir se querem ou não ter filhos, pois procriar deve ser uma opção não uma imposição.

No tocante ao tema, viceja a hipocrisia social, pois são notórios os locais em que funcionam clínicas onde esses atos são praticados clandestinamente, frequentemente sem cuidados básicos de higiene. Elas proliferam, com localização de domínio público, numa cumplicidade acobertada pela tolerância, "especialmente nas grandes cidades, e a ausência de uma consciência militante no sentido de esclarecer a população feminina, especialmente as adolescentes, sobre a realidade do abortamento muito tem contribuído para esse estado de coisas".²⁴ Quanto menos favorecida economicamente a mulher, pior é o local que ela procura para abortar, sendo corriqueiro, nas classes hipossuficientes, que o ato seja praticado por pessoa sem nenhum conhecimento técnico, as chamadas "curiosas", responsáveis por tantas mortes femininas. Quando o abortamento não dá certo, as mulheres têm medo de procurar ajuda em hospitais, insistindo no auxílio de não profissionais, por entenderem que assim não serão denunciadas. Lamentavelmente, quando chegam a procurar os hospitais da rede pública, a situação está extremamente grave, e, mesmo assim, sofrem o preconceito da equipe de saúde pelo ato que praticaram. As equipes de hospitais públicos, de atendimento deficitário como regra, não costumam ser pacientes com bêbados e praticantes de abortos.

Além do abortamento com tipo penal, frequentam os tribunais a questão da redução embrionária e do anencéfalo.

²⁴ MESTIERI, João. *op. cit.*, 1996, p. 50.

5 Redução embrionária

No início dos procedimentos de inseminação assistida, era comum a implantação de um número elevado de embriões na certeza que a maioria das implantações não prosperaria. No entanto, acontecia de várias conseguirem sucesso estando-se diante de gravidez múltipla nascendo gêmeos em cada cinco gestações e trigêmeos em 10. Gravidez multifetal também acontece naturalmente, mas em proporção muito inferior, ocorrendo um nascimento de gêmeos em cada 90 gestações, trigêmeos em cada 9.000 gestações, sétuplos uma em cada 262 bilhões e óctuplos na proporção de uma em 21 trilhões de gestações. Para minimizar a questão, resolução do CFM determina que só devem ser implantados, no máximo, cinco embriões a cada tentativa.

Fica a questão: a redução embrionária é aborto? Entendo que sim, a redução embrionária é forma de abortamento na modalidade prevista no art. 126 CP, apesar desta possibilidade específica não está expressamente prevista. Outra questão é a licitude de promover a vida sacrificando outras. A luz dos princípios da bioética é uma prática justificável? Na redução fetal exsurtem questões como a natureza jurídica do embrião e da determinação do início da vida. A conduta não pode ser equiparada ao estado de necessidade, posto que este exige (art. 24 CP) que a situação não tenha sido provocada voluntariamente pelo agente.

Até os "tribunais americanos têm tido raríssimas oportunidades para examinar a matéria e, assim, é muito difícil testar o posicionamento científico sobre o tema, em contraposição àquele mais abrangente, da moral e do direito. Tem-se, contudo, decisão da Suprema Corte do Tennessee em um caso de divórcio, de 1992, no qual a Corte reconheceu ao cônjuge marido o direito de não procriar, ou seja, de ver exterminados os embriões que sua mulher queria ver preservados para futura inseminação".²⁵

A entidade que regulamenta a fertilização na Inglaterra, a Autoridade de Fertilização e Embriologia Humana (HFEA), em maio de 2007 anunciou uma série de restrições e normas para que médicos e cientistas tentem reduzir o máximo o número de nascimentos múltiplos em fertilizações *in vitro* (IVF, na sigla em inglês). Atualmente, mulheres com menos de 40 anos podem ter dois embriões transferidos e, com mais de 40 anos, três embriões.

²⁵ MESTIERI, João, 1997, op. cit. p. 512.

6 Anencefalia

O diagnóstico de anencefalia²⁶ pode ser realizado entre a 12^a e 18^a semanas de gravidez, com maior incidência em mães com mais de 35 anos de idade. É controvertida a aceleração do parto de criança portadora de deficiência que acarretará sua morte logo após o nascimento. Não se pode examinar a questão de fetos gerados sem cérebro dissociada do contexto social e tecnológico atual. O avanço da ciência médica cria novas situações, permitindo o diagnóstico de doenças letais do nascituro, como os portadores de atelosteogênese, do tipo II²⁷ ou de anencefalia, para a qual não existe na literatura médica relato de vida adulta. Esta certeza fundamenta a propositura de medida judicial para obter autorização para induzir o parto e interromper a gravidez.²⁸ Tendo em vista o dever do Estado de assegurar o bem comum, promovendo a saúde e atendendo aos fins sociais da lei, vários são os julgados que admitem a interrupção da gravidez, comprovando-se que o feto é portador de mal irreversível que impossibilite totalmente a sobrevivência extra-uterina, hipótese em que, ao direito da gestante, não cabe opor interpretação restritiva da legislação penal.

Na doutrina, internacionalmente, trata-se os anencéfalos como doadores de órgãos. O Conselho Federal de Medicina (Processo Consulta nº 1.839/98), analisando a questão ética, posicionou-se favorável a retirada de órgãos do anencéfalo com a anuência dos genitores, mesmo que ainda não haja diagnóstico de morte encefálica. O Ministério da Saúde, por meio do Sistema Nacional de Transplantes (SNT), enviou ao CFM pedido formal de revisão da Resolução nº 1.752/04 que permite ao médico fazer transplantes de órgãos do bebê anencéfalo logo ao nascer, com autorização dos pais.

O governo afirma que é contra a doação de órgãos do anencéfalo, até que ele pare de respirar. Centros como SBP, Academia Brasileira de Neurologia, Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, Ordem dos Advogados do Brasil

²⁶ Existem graus de anencefalia o que pode permitir uma sobrevivência de até alguns meses. De 40 a 60% dos anencéfalos nascem vivos, após o nascimento apenas 8% sobrevive, mas de uma semana, 1% vive entre 1 a 3 meses. O Comitato Nazionale per la Bioética relata ainda caso de sobrevivência até 14 meses, *In OLIVEIRA, Aline Albuquerque. Anencefalia e transplante de órgãos. Revista Brasileira de Bioética, v. 1, n. 1, ano 2005, p. 63.*

²⁷ Trata-se de uma espécie do gênero das patologias genéticas de displasia óssea letal.

²⁸ Esta autorização, de juízes criminais, é fulcrada nos arts. 1º, III e 5º, III da Carta Magna, combinados com o art. 3º do CPP, arts. 1.103 e seguintes do CPC e arts. 23 - I, III e 128 - I do CP. Ementa: Apelação Crime. Pedido de Autorização Judicial para Interrupção da Gravidez. Feto Anencéfalo. Documentos Médicos Comprobatórios. Impossibilidade de Sobrevivência Após o Nascimento. Provimento ao Apelo Da Defesa (Ap. Crime nº 70012840971, 1ª Câmara Criminal, TJRS, Rel.: Marcel Esquivel Hoppe, J.em 05/10/2005).

e até mesmo representantes do CFM, chegaram, unanimemente à mesma opinião do governo, de que o bebê não nasce morto. A portaria nº 487, de 2.03.2007, do Ministério da Saúde determina que a retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo, para fins de transplante ou tratamento, deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível, o que inviabiliza o aproveitamento para transplantes visto que o sangue estaria coagulado no interior dos mesmos.

Encontrava-se corrente que equipara o anencéfalo morto, permitindo a interrupção voluntária da gravidez, a qualquer momento, dado que não se estaria perante um feto vivo²⁹ ou viável. Inegavelmente, se o critério que permite a retirada de órgãos para transplante é a morte cerebral, o anencéfalo não está vivo. Sua morte clínica é detectada quando diagnosticada a degeneração irreversível da massa cerebral.

Os pedidos de interrupção da gravidez têm sido deferidos para evitar a tortura moral, física e psicológica da gestante à espera de parir uma criança que não sobreviverá.³⁰ A jurisprudência às vezes defere a interrupção seletiva da gravidez em nome de anomalias fetais incompatíveis com a vida extrauterina, por aborto ou outro meio médico-cirúrgico, diagnosticada a ausência de calota craniana ou anencefalia, com previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal.³¹ Dependendo da distribuição, o pedido é negado, apesar de existirem decisões autorizativas para esta prática em vários tribunais brasileiros.³² Outra discussão é a competência. Encontram-se decisões tanto em varas criminais quanto cíveis.

Vale ressaltar que estes casos geralmente não são abortamentos, ante a inviabilidade da criança e o estado avançado da gravidez. Trata-se de induzir o parto e interromper a gestação, mitigando o sofrimento do casal.³³ É a tese de que

²⁹ Jähneke, Leipziger Kommentar, 1983, e Schonke/Schonke, Strafgesetzbuch Kommentar, e José Rui da Costa Pinto. **Questões actuais de ética médica**. Braga, 1990, p.99.

³⁰ “Recurso. Jurisdição Voluntária. Autorização Judicial. Gravidez. Má-formação congênita. Interrupção. Ausência previsão legal. Em se tratando de processo de jurisdição voluntária, em pedido de autorização judicial, possível que, em via recursal, se adentre o mérito da causa, ainda que, pela decisão recorrida, tenha sido julgado extinto o processo, sem o exame da parte meritória, notadamente quando o caso subexame está a exigir decisão urgente. É de se autorizar a interrupção da gravidez em caso de constatação de que feto com má formação congênita, encefalocele occipital, capaz de reduzir em 50% a probabilidade de ocorrer, em 90% dos casos, o retardo mental. Na decisão judicial, melhor que se fique com a realidade, se existe descompasso entre esta e a norma jurídica.” TAMG, proc. 0230209-6, Juiz Ferreira Esteves.

³¹ Vale lembrar que em legislações pretéritas, alguns códigos civis prendiam-se à questão da viabilidade do ser humano (*vitae habilis*) para que lhe fosse conferida a personalidade. Neste sentido Dworkin na obra *Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia and individual freedom*. New York: Vintage Books, 1993.

³² FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro *In* Boletim n 11, ano 1, dezembro/1993, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

³³ Por cautela, essas ações ao serem propostas sempre contêm a autorização do pai do feto.

os fetos portadores de anencefalia estariam numa condição de subumanos, no sentido de que se encontram aquém do nível humano e da prevalência da higidez psíquica da mãe.

A Alta Corte argentina não autorizou a interrupção da gravidez de feto anencefálico e com diagnóstico de morte cerebral, por entender que a morte cerebral não é equivalente a morte real. "De outra maneira por amor a la coherencia, tendríamos que argumentar que cualquier feto que sufra de anencefalia no es un ser humano sino un cuerpo, un cadáver, una cosa". A decisão foi fincada em dispositivo da constituição daquele país que reconhece o direito à vida do nascituro e de qualquer ser humano da concepção até a morte natural. 34

Em 13/01/2004, o min. Felix Fischer, da 5ª Turma do STJ, concedeu liminar e impediu a interrupção da gravidez de feto com anencefalia. A delonga judicial fez com que a gravidez chegasse a termo, infelizmente com o óbito da mãe na hora do parto. Enquanto isto, o Conselho Nacional de Saúde, em 9.3.2005, aprovou uma resolução que reconhece o direito de interrupção da gravidez em caso de feto anencéfalo, por 27 votos a favor e dois contra, num direito de opção para a gestante.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) propôs Ação de ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) para que fosse reconhecido o direito constitucional de gestantes decidirem se realizam ou não a operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. Foi concedida liminar para que tal procedimento em todo o país, sem que as gestantes precisassem recorrer à justiça. A liminar foi cassada, mas o mérito não foi apreciado. Neste sentido,

O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno. Não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe que tem garantido o direito à dignidade. Não há confronto no caso concreto com o direito à vida porque a morte é certa e o feto só sobrevive às custas do organismo materno. Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade (genérica) de natureza supra-legal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento. PROVIDO. (Apelação Crime nº 70011918026, 3ª Câmara Criminal, TJRS, Rel.: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 09/06/2005)

Na discussão da ADPF 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), em 26.04.2005, após os longos votos dos Srs. Ministros, o Supremo

³⁴ Fonte www.aciprensa.com acesso em 27 jun. 2001.

entendeu que a Arguição era cabível e própria para decidir sobre uma nova espécie de aborto, o dos fetos anencéfalos, o que será discutido em sessões próprias. Quatro ministros concordaram com a concessão liminar do Ministro Marco Aurélio: Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, que assim antecipam seus votos favoráveis ao mérito da controvérsia. Votaram pelo arquivamento da Arguição os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, sob o forte argumento de que ao criar uma nova hipótese de aborto não prevista no Código Penal, o STF estaria substituindo o Congresso Nacional na tarefa de legislar.

A questão ainda está aberta. Mas, o STF, em 20.4.2007, para discutir ADIN sobre utilização de células embrionárias prevista na Lei de Biossegurança de 2005, realizou sua primeira audiência pública, para ouvir os cientistas/pesquisadores. A decisão da ADIN só aconteceu em junho de 2008. Agora, cogita-se de ser realizada outra audiência pública para discutir a anencefalia.

7 Definição sexual

Em geral, os pais sonham com o sexo de preferência do bebê sem cogitar sobre a angústia de uma indefinição. Para o neonatologista, o dilema surge ao preencher o atestado de nascimento, confrontando-se com a necessidade de consignar o sexo da criança para fins de registro no Cartório de Pessoa Física. E se não tem certeza do que assinalar: menino ou menina? ³⁵

Intersexo ³⁶ é a indefinição do sexo tanto pela análise da genitália quanto pelo exame genético e hormonal. Os "estados intersexuais" referem-se, de forma geral, a corpos de crianças nascidas com a genitália externa e/ou interna nem claramente feminina, nem claramente masculina. De acordo com a literatura médica, podem ser divididos em quatro principais grupos: pseudo-hermafroditismo feminino (o bebê possui ovário, o sexo cromossômico é 46 XX,³⁷ a genitália interna é feminina, mas a genitália externa é "ambígua"); pseudo-hermafroditismo

³⁵ SÉGUIN. Elida . **Menino ou menina:** desordens do desenvolvimento sexual. Revista de Direito e Política, v. XII , Janeiro a março 2007, ano IV.

³⁶ Ver o *site* www.isna.org

³⁷ A sigla 46 XX (ou 46 XY) é uma convenção biomédica, em que 46 diz respeito ao número total de cromossomos de um indivíduo e XX ou XY referem-se a um dos pares desse conjunto e são chamados de "cromossomos sexuais".

masculino;³⁸ disgenesia gonadal mista,³⁹ hermafroditismo verdadeiro.⁴⁰ Este último é bem mais raro do que assegura nosso imaginário.

O sistema reprodutor pode ser dividido em três setores. Primeiramente, têm-se as gônadas, que produzem os gametas – o ovário na mulher, o testículo no homem. Depois vêm os genitais internos: útero e trompa na mulher e, no homem, um conjunto de canais que levam o espermatozóide do testículo até ser ejaculado. E os genitais externos, utilizados no ato sexual para promover o encontro de gametas. O objetivo do sistema, em qualquer ser vivo, é fazer com que aconteçam esse encontro e a reprodução da espécie.⁴¹ Se algo não dá certo, está-se diante de uma desordem do desenvolvimento sexual.⁴²

Os juristas não podem tratar estas desordens como se fossem homoafetividade ou transexualidade. Esta tem recebido a atenção da mídia e freqüentado os tribunais, aponta a divergência entre a dimensão biológica e sociológica do indivíduo, onde seus marcadores físicos demonstram uma determinada aparência, mas internamente há uma rejeição e identificação com outro sexo. A homossexualidade e a transexualidade não são alterações genéticas nem podem ser associadas às malformações na área genital. Há inúmeras patologias relacionadas à formação do sexo, que não se definem somente observando a genitália externa.

Em geral, define-se o sexo de uma pessoa a partir de sua genitália (aspecto externo). No caso de uma ambigüidade, o processo torna-se complexo, perquirindo-se a existência de “vários sexos”. Nestas anomalias, passa-se a trabalhar com o sexo: genético, o gonádico, o anatômico, o hormonal, o legal, o psico-social e o de criação, e isto, só uma equipe multidisciplinar pode determinar o sexo. A diferenciação sexual determina as características físicas (fenótipo final - ductos internos e genitália externa) a partir da gônada diferenciada (testículo ou ovário) com sua função definida. Na ambigüidade sexual, ganha relevância o sexo de criação e o psico-social para determinar o gênero a ser definido.

Ante uma indefinição, surge a necessidade de realizar, logo em seguida ao nascimento, exames genéticos, endocrinológicos, bioquímicos e de imagens para se ter um diagnóstico preciso do sexo da criança. Psicólogos, psiquiatras,

³⁸ A criança possui testículos, cariótipo 46 XY, mas a genitália externa é "feminina" ou ambígua.

³⁹ O bebê nasce com gônadas disgenéticas, que são gônadas com alterações na "função reprodutora".

⁴⁰ Hermafroditismo verdadeiro constituem-se em crianças que possuem tecido ovariano e testículos na mesma gônada ou separadamente.

⁴¹ MACIEL, Andréa Trevas & GUERRA, Guerra Júnior (Orgs.). **Menino ou menina?** – Os distúrbios da diferenciação sexual, Editora Manole.

⁴² O termo vem da expressão em inglês “disorders of sex development” (DSD) foi proposto para definir condições congênitas no desenvolvimento cromossomal, gonadal ou anatômicas quando o sexo é atípico.

endocrinologistas, cirurgiões pediatras, geneticistas e radiologistas realizam vários exames laboratoriais para investigar as estruturas sexuais internas do paciente, seus tipos de cromossomos e seu perfil hormonal. É necessário fazer também uma análise psicológica do paciente e da família para decidir qual a conduta mais adequada a ser apresentada aos pais. Se ela tem cariótipo e formação sexual interna feminina e apresenta uma genitália com estrutura parecida com a de um pênis, é possível corrigir o problema por meio de cirurgias, e o desenvolvimento da criança será de uma mulher normal.

Alguns destes distúrbios decorrem de processos anteriores a formação gonadal (transformação da gônada bipotencial indiferenciada em testículo ou ovário).

De cada mil crianças, de 20 a 50 nascem com malformações congênicas, que incluem erros na formação do sexo. O exame do cariótipo, feito por geneticistas, é um dos recursos genéticos que permitem identificar o sexo quando isso não é possível por meio do reconhecimento da genitália externa. Biologicamente, o homem possui cromossomos XY e a mulher, XX. No entanto, pode haver combinações diferentes (erros), que resultam em genitálias ambíguas (não diferenciadas em masculina ou feminina).

Nas desordens do desenvolvimento sexual, superada a indefinição do sexo, ganha realce o direito ao nome (art. 16 do CC). Se o sexo de registro for o medicamente corrigido, deverá ser alterado o assento de nascimento para adequá-lo a nova realidade, como já é feito nas cirurgias de transexualismo.

O melhor procedimento do neonatologista ao detectar uma indefinição sexual é orientar os pais para aguardarem um diagnóstico definitivo antes de registrar a criança, evitando-se ter que recorrer ao Judiciário, já que inexistem registro civil provisório e a equipe médica precisa de um tempo para averiguar qual será o sexo mais provável da criança.

Os distúrbios de diferenciação de sexo não estão sendo suficientemente debatidos nos meios jurídicos para se chegar a decisões que estabeleçam um precedente jurídico.

Frequentemente é necessária uma intervenção cirúrgica para adequar a genitália à formação sexual interna do bebê. Os pais, apesar de perceberem algo de estranho em seu bebê, por motivos diversos inclusive a esperança que o problema se resolva sozinho, só procuram ajuda especializada quando a criança entra na puberdade e já é vítima de discriminação pelos colegas (*bullying*⁴³). Em visitas a

⁴³ *Bullying*” são práticas agressivas ou de intimidações iniciadas por um indivíduo ou pelo grupo contra alguém que teoricamente faz parte do grupo. É conhecida como agressão pelos pares.

pediatras a desordem também não é diagnosticada, devido à falta de experiência dos médicos com esse tipo de anomalia ou a pressa no atendimento nos hospitais públicos.

São desordens raras que tornam os genitais ambíguos e difíceis de ser diferenciados, até para profissionais habilitados. A mais comum delas, que atinge uma criança a cada 14.500 nascimentos, faz as meninas apresentarem uma masculinização no genital externo, mas possuindo útero e ovários. Nos meninos, pode não acarretar alteração na genitália externa, mas induzir a puberdade precoce.

Há inúmeros fatores que contribuem para a formação de uma genitália ambígua. O principal deles é a “hiperplasia congênita de suprarenais”, que causa um defeito na produção hormonal do bebê, resultando na confusão entre pênis e clitóris. Há casos em que a menina apresenta um órgão genital muito parecido com o pênis, mas organicamente tem formação feminina. Em outras situações, a aparente menina tem a vagina curta, mas não possui ovários e útero, por isso precisará fazer reposição hormonal quando entrar na puberdade. Quanto mais cedo for feito o diagnóstico da diferenciação sexual, mais chances a criança terá de levar uma vida normal durante a fase de crescimento. Em determinados casos, o distúrbio além de provocar problemas sociais pode o bebê vir a óbito.

Descobrir o verdadeiro sexo da criança quando há distúrbios na genitália depende de uma série de exames, o que é dificultado por problemas financeiros, pois são procedimentos eventualmente caros, não disponibilizados facilmente por Planos de Saúde ou pelo SUS. Havendo a necessidade de exames, tratamentos cirúrgicos e farmacológicos os responsáveis podem recorrer ao Judiciário para obtê-los do Poder Público ou de seus Planos de Saúde, como já é prática corrente quando se trata de outra patologia, como a hipertensão ou diabetes.

O Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1.664, de 12 de maio de 2003,⁴⁴ considerando o decidido em sessão plenária extraordinária daquele conselho, realizada no dia 11 de abril de 2003, considerou como anomalias⁴⁵ da diferenciação sexual as situações clínicas conhecidas no meio médico como genitália ambígua, ambigüidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal, sexo reverso, entre outras.

Preconiza o CFM que os pacientes com desordens na diferenciação sexual tenham assegurada uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil. Esta investigação

⁴⁴ Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, n. 90, 13 maio 2003. Seção 1, p. 101-2.

⁴⁵ A terminologia atualmente aceita refere-se a questão como desordens do desenvolvimento sexual e não mais como anomalias.

deve, pelo menos, contemplar a realização de exames complementares como dosagens hormonais, citogenéticos, imagem e anatomopatológicos.

Reconhece aquele Conselho a necessidade da atuação de uma equipe multidisciplinar que assegure conhecimentos, pelo menos, nas seguintes áreas: clínica geral e/ou pediátrica, endocrinologia, endocrinologia-pediátrica, cirurgia, genética, psiquiatria, psiquiatria infantil. Durante toda a fase de investigação o paciente e seus familiares ou responsáveis legais devem receber apoio e informações sobre o problema e suas implicações.

Se o paciente tiver condições, deve participar ativamente da definição do seu próprio sexo, o que só poderá ocorrer quando os familiares ou responsáveis legais, e eventualmente o paciente, estiverem suficiente e devidamente informados. A resolução, ao determinar a investigação precoce, em boa hora afronta a tese defendida pelo Promotor de Justiça do Distrito Federal, Diaulas Ribeiro, que se deve aguardar que a criança possa manifestar sua vontade.

8 Redefinição sexual

Emasculação é a cirurgia de transformação de uma pessoa do sexo masculino, com a ablação do pênis, retirada dos testículos, utilizando-se a bolsa escrotal para modelar, com ajuda de silicone, algo como os grandes lábios. A vagina artificial resulta de um fragmento de tubo digestivo bem vascularizado ou consoante outra técnica, após o esvaziamento dos corpos cavernosos invaginar a pele do falo. Coerente com este entendimento o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul negou alteração de prenome e de sexo para pessoa operada, e considerou a cirurgia uma mutilação.⁴⁶ Em 1984, quando recentemente havia sido condenado criminalmente um médico que praticara a tal cirurgia, defendi a tese de que a “emasculação não é lesão corporal por faltar ao médico que a faz a vontade de lesar e estar presente a vontade de curar. O corpo é um bem disponível”.⁴⁷ Não vejo crime por faltar o dolo, mas não enxergo competência legislativa no CFM para determinar o que é crime ou não, tendo em vista o princípio da reserva legal.

⁴⁶ Registro Civil. Retificação de Assento de Nascimento. Alteração de Sexo. Mutilação Cirúrgica Consistente Na Extirpação da Genitalia Externa com a finalidade de ajustamento a tendência feminina. Persistência das características somáticas que informaram o assento. Impossibilidade de mudança de sexo para solucionar conflito do psíquico com o somático. Preliminar Repelida. Sentença Desconstituída. Recurso Provido. Tjrs, Apelação Cível nº 585049927, Rel.: Mário Rocha Lopes. julgamento: 19/12/1985

⁴⁷ SÁ, Elida. **Da emasculação**. Revista Forense, v. 285, Rio de Janeiro, 1984, p. 523.

Com o advento da Lei nº 9.099/1995, tornou-se incontroverso que a integridade física é um bem disponível. A Resolução 1482, de 10/9/1997, do CFM, autorizou, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo, por entender que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres não constitui mutilação, por ter fins terapêuticos de adequar a genitália ao sexo psíquico, bem como atende preceito referente à dignidade humana ao harmonizar a sexualidade corporal e psíquica, permitindo sua integração social sem qualquer conflito.

A cirurgia de adequação de fenótipo feminino para o masculino, pela sua complexidade, só pode ser praticada em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa. Esta exigência não vigora para a emasculação que pode ser realizada também em nosocômios particulares, independente de atividade de pesquisa. No início de junho de 2008, foi anunciada a edição de uma portaria do Ministério da Saúde determinando que o SUS passe a realizar tais cirurgias.

No transexualismo existe um sexo biológico que não aceita o gênero de inserção social e a solução para a questão é a cirurgia que possibilita a adequação da genitália ao sexo almejado, com diagnóstico médico de transgenitalismo, indicando o cabimento da cirurgia. Depois da cirurgia, o passo seguinte está na esfera judicial pleiteando-se a modificação jurídica de nome e sexo.

Em 2002, a Resolução 1482, de 10/9/1997, foi revogada pela nº 1.652 que fixou os seguintes critérios:

- o paciente deve ser maior de vinte e um anos;
- não deve possuir características físicas inapropriadas para a cirurgia ;
- deve ter diagnóstico médico de transgenitalismo, indicando o cabimento da cirurgia.

A cirurgia deve ser precedida de avaliação realizada por equipe multidisciplinar constituída por psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, durante um período mínimo de dois anos.

A cirurgia de adequação de fenótipo feminino para o masculino só pode ser praticada em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa. Esta exigência não vigora para a emasculação que pode ser realizada também em nosocômios particulares, independente de atividade de pesquisa (arts. 5º e 6º). A Resolução dispõe que o procedimento independe de autorização judicial discriminada a atuação médica.

A definição de transexualismo obedece, no mínimo, aos seguintes critérios: desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência deste desejo de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; ausência de transtornos mentais.

Após a cirurgia inicia-se outro procedimento, este legal para alteração do assento de nascimento. No Direito, a questão ainda é controvertida, apesar de já ter sido superada a intransigência que caracterizava a emasculação como crime de lesões corporais de natureza grave, pois havia a perda de função reprodutiva, ou que considerava a cirurgia uma mutilação (TJRS, Apelação Cível nº 585049927, rel. MÁRIO ROCHA LOPES, j. 19/12/1985). Uma corrente entende que o art. 13 do Codex Civil proíbe a ablação de órgãos do corpo humano em transexuais, e a outra defende a legalidade da operação de mudança de sexo, no sentido de que a expressão “exigência médica” pode e deve ser interpretada tanto no que se refere ao bem-estar físico quanto ao psíquico do disponente (Enunciado nº 6 da Jornada de Direito Civil do STJ).

Em 16.8.2006, o STJ reconheceu sentença italiana que, em 2004, determinou a retificação do prenome e sexo de um emasculado (Processo SE 1058). Em geral, as decisões fulcram-se no direito constitucional da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, citam, também, que a medida evita constrangimentos individuais e perplexidade no meio social. Em 2009, no Recurso Especial Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5), em que foi relatora a Ministra Nancy Andrighi foi concedida a mudança de nome para Clauderson de Paula Viana passou a se chamar Patrícia.

Alguns países não permitem a cirurgia de pessoas que já possuem filhos. No Brasil esta angulação não é considerada.

Ante o insucesso da cirurgia, que deixa o órgão não operacional, muitas pessoas não querem se submeter ao procedimento de neofaloplastia, mas desejam a alteração de nome e de sexo, o que está sendo autorizado judicialmente, em especial no TJRS.⁴⁸

Conclusão

Dois monólogos não fazem um diálogo. É mister que os grupos acadêmicos de lidadores de Direito e a equipe médica, abandonando seus feudos

⁴⁸ Transexual consegue mudar registro sem cirurgia. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1776, 12 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=847>>. Acesso em: 9 jun. 2008.

científicos, conversem sobre sexualidade e reprodução, na busca de uma solução ética sem perder de vista o ângulo humanitário do problema.

Existe uma nova noção de sexo, que abandona o conceito puramente fisiológico e adota os componentes genético, fisiológico, anatômico, social e psicológico.

Urge que os Direitos Sexuais, como integrantes do rol dos Direitos Humanos, sejam reconhecidos e respeitados, já que a sexualidade integra a personalidade. Estes direitos são baseados na liberdade inerente, dignidade e igualdade para todos os seres.

A mudança de nome e adequação do sexo legal, mesmo sem cirurgia, integra tratamento e o conceito de saúde integral, sob a égide do Princípio da Dignidade.

Referências

COHEN, Cláudio & SEGRE, Marco. Definição de valores, moral, eticidade e ética. **Revista Bioética**, 2(1): 19 - 24, 1994.

FARIA, Cristiano Chaves. **Direito civil: teoria Geral**, 2 ed. Lúmen Júris, 2004, Rio de Janeiro.

FÁVERO, Flamínio. **Medicina legal**. 12 ed., Editora Villa Rica, Belo Horizonte, 1991, p. 751.

FRANCO, Geraldo Francisco Pinheiro *In* Boletim n. 11, ano 1, dezembro/1993, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

GOMES, Hélio. **Medicina legal**: Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 18 ed., 1977.

Jähnke, Leipziger Kommentar, 1983, e Schonke/Schonke, Strafgesetzbuch Kommentar, e José Rui da Costa Pinto. **Questões actuais de ética médica** Braga, 1990.

MACIEL, Andréa Trevas & GUERRA, Guerra Júnior (Orgs.). **Menino ou menina?** – Os distúrbios da diferenciação sexual, Editora Manole.

MESTIERI, João. **Bioética e abortamento**. *In*: DOUTRINA, v. 1, Coord. James Tubenclak - Rio de Janeiro: ID - Instituto de Direito, 1996.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque. Anencefalia e transplante de órgãos. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 1, n. 1, ano 2005.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4 ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

SÉGUIN, Elida. **Política pública de assistência à mulher**: a questão do abortamento. Direito e política, abril a junho de 2006, Ano III, v. IX, p. 41 a 62.

SÉGUIN. Elida Menino ou menina. Desordens do desenvolvimento sexual. **Revista de Direito e Política**, v. XII, Janeiro a março 2007, ano IV.

SÉGUIN. Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**. Forense, Rio de Janeiro, 2001.

VASCONCELOS, Geraldo. **Lições de medicina legal**. Forense, Rio de Janeiro, 1970.