

**LESÕES CORPORAIS DECORRENTES DA CIRURGIA DE MUDANÇA DE SEXO:
REFLEXÕES SOBRE O SENTIDO SOCIAL DE ADEQUAÇÃO DA CONDUTA
MÉDICO-TERAPÊUTICA**

**INJURY ARISING FROM SURGERY FOR CHANGE OF GENDER: REFLECTIONS
ON THE MEANING OF SOCIAL ADEQUACY OF CONDUCT MEDICAL
THERAPY**

Pedro Paulo da Cunha Ferreira^{*}

Flávia Siqueira Costa Pereira^{**}

SUMÁRIO: Introdução – 1. O transexualismo como transtorno de identidade de gênero e o método da transgenitalização: considerações sobre a conduta médico-terapêutica – 2. A adequação social da conduta médica: apreciação crítica – 3. Conclusão – Referências.

RESUMO

O presente trabalho busca promover um exame crítico acerca da problemática jurídico-penal da conduta médica e das resultantes lesões corporais decorrentes do procedimento terapêutico de resignação sexual, enquanto meio curativo do desequilíbrio de personalidade sexual típico do transtorno de identidade denominado transexualismo. O artigo apresenta inicialmente o fenômeno do transexualismo, bem como as consequências negativas para o livre e sadio desenvolvimento individual e as dificuldades de autoafirmação quanto à personalidade de gênero. A pouca eficácia na otimização do quadro de desequilíbrio biopsíquico do transexual exige uma análise e uma reflexão apuradas acerca do único instrumento autenticamente curativo, a saber: a cirurgia de transgenitalização. Todavia, por tratar-se de um tipo de esterilização terapêutica do paciente, tal procedimento engendra alguns questionamentos em torno da repercussão jurídico-penal da conduta médica. O propósito do presente ensaio centra-se nesse aspecto da problemática, expondo as compreensões doutrinárias acerca do objeto de estudo e tomando, ao final, a partir da apresentação de seus fundamentos, a postura que reconduz a solução da responsabilidade penal do médico ao expediente da conduta socialmente adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Paciente transexual; conduta médica; consentimento; adequação social.

^{*} Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR). Especialista em Ciências Penais pelo programa de pós-graduação *lato sensu* da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Penal.

^{**} Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), pós-graduanda em Ciências Penais e mestranda em Direito Público pela mesma instituição. Advogada Criminalista.

ABSTRACT

This paper seeks to promote a critical examination about the legal and criminal problems of the medical conduct and the resulting personal injury derived from the therapeutic procedure of sexual resignation, as a manner to remedy the imbalance of sexual personality that is typical of the identity disorder called transsexualism. The article first presents the phenomenon of transsexualism, as well as its negative consequences for the free and healthy individual development and the difficulties of self-assertion regarding the personality of genre. The low efficiency in optimizing the the transsexual's biopsychic imbalance requires an analysis and reflection about the only instrument that is truly curative, namely: the sex reassignment surgery. However, because it is a type of sterilization treatment of the patient, this procedure generates some questions about the legal and criminal repercussions of the medical conduct. The aim of this study focuses on this aspect of the problem, exposing the doctrinal understandings about the object of study and taking, at the end, from the presentation of its fundamentals, the stance which brings the solution to the criminal responsibility of the physician to the expedient of a socially appropriate behavior.

KEYWORDS: Transsexual patient; medical management; consent; social adequacy.

INTRODUÇÃO

A composição social, do ponto de vista da classificação sexual dos sujeitos, primariamente os distinguem em duas classes de gênero, qual sejam, o feminino e o masculino. Todavia, há nessa mesma configuração uma ordem de indivíduos cuja idiossincrasia não permite sua ubiquação imediata em quaisquer dos referidos grupos. Nessa exceção, na proporção em que as identidades psicológicas e anatômicas se conflitam, encontra-se a delimitação do particular caso do denominado *transexualismo*.

O transexualismo caracteriza-se pela identificação do sujeito com o sexo oposto àquele que comporta anatomicamente. Como consequência decorrente dessa identidade conflitiva, o transexual nutre permanente e necessário desejo em pertencer em sua totalidade, a saber, do ponto de vista físico e psicológico, ao gênero descrito e representado em seu comportamento mental.

Essa inadequação entre os aspectos objetivos e subjetivos – *neurodiscordância de gênero* – acarreta um sem-número de efeitos negativos e nocivos à saúde mental do sujeito que se encontra em perene conflituosidade interna, posto que não goza plenamente de um *status* sexual definido que o identifique socialmente. O fenômeno genético do transexualismo e sua classificação enquanto transtorno de identidade fundam-se no desajuste entre o componente psicológico do sujeito e a concomitante discordância com relação aos seus demais elementos físicos de definição sexual.

A intersexualidade peculiar a esse transtorno sexual possui justificativa etiológica, segundo as ciências médicas, nas alterações genéticas do componente cerebral associadas a mutações hormonais pelas quais passa o sujeito desde sua formação embrionária. Ulteriormente, em concurso com os fatores sociais de inserção e busca pela determinação sexual, o transexual sofre pelo inconformismo entre o morfológicamente perfeito órgão genital que possui e o sexo com o qual se identifica psicologicamente.

A reprovação de seus caracteres sexuais extrínsecos conduz o transexual, na maioria das vezes, a atitudes extremadas de extirpação por mutilação dos próprios órgãos genitais. Outros, na tentativa de adequação, submetem-se a longos tratamentos endocrinológicos com vistas a correções físicas que possibilitem seu bem-estar individual. Embora essa seja uma via da qual se possa valer o transexual, a referida medida não tem se revelado eficaz, já que acaba por causar o atrofiamento dos genitais e sua consequente perda de função.

Por seu turno, mediante os avanços técnicos da medicina, outras alternativas surgiram como critérios terapêuticos à aludida necessidade adaptativa. Nesse diapasão, a intervenção médico-cirúrgica de alteração de sexo - também denominada transgenitalização - eclode como o mecanismo de correção da ambiguidade sexual ínsita ao sujeito intersexuado. Apesar da irrefragável função utilitária que desempenha a administração da terapia curativa, a mesma encontra barreiras no campo jurídico e bioético, mormente quanto à natureza das consequências da conduta médica de intervenção. Do ponto de vista jurídico-penal, um exame perfunctório e geral conduziria ao juízo positivo de adequação típica entre a conduta do médico e o delito de lesões corporais gravíssimas insculpido no artigo 129, § 2º, III, do Código Penal.

1. O transexualismo como transtorno de identidade de gênero e o método da transgenitalização: considerações sobre a conduta médico-terapêutica

Como exposto acima, o transexualismo consiste em uma inadaptação natural do sexo fisiológico ao gênero psíquico do sujeito. Constitui um tortuoso dilema no âmbito da medicina com relação à sua controvertida etiologia, embora haja na literatura médica resultados parcialmente conclusivos acerca da origem do fenômeno transexual. A inadequação entre o sexo físico e a orientação psicológica tem existência tão logo do início do processo de formação somática dos órgãos e tecidos que originam as genitálias do indivíduo.

Contudo, a consciência e a sensação desse desacordo são tomadas quando o sujeito adentra a fase da puberdade, período em que, estando convicto da anomalia, hostiliza-se psicologicamente pelo conflito que vivencia entre seus genitais e atributos secundários e o sexo presente em seu psiquismo.

O sexo fenotípico ou morfológico, ou seja, aquele que dota o sujeito de características e aparências externas que o singularizam como espécie humana do gênero feminino ou masculino, é verificável por um exame dos sentidos que permite constatar os elementos sexuais componentes do corpo do homem ou da mulher. São caracteres primários no gênero masculino a existência do “pênis, da bolsa escrotal e dos testículos. No organismo feminino os aspectos genitais são definidos pela presença da vagina, do útero, das trompas, dos ovários, do clitóris e do hímen¹”.

Já o sexo psicossocial constitui o conjunto de impulsos psicológicos e comportamentais de cada indivíduo cuja consequência prática é expressão de instintos que são peculiares a cada um dos sexos, tais como a atração física e afetiva pelo sexo oposto, o comportamento no seio comunitário, a maneira de se apresentar socialmente, a opção por determinados tipos de vestimentas, etc. É do ponto de tensão entre a caracterização dessas duas espécies de manifestação sexual – a biológica e a psicológica – que advêm as considerações relativas à configuração do transexualismo.

Eis aqui o ponto distintivo entre o intersexual e a maioria dos indivíduos (não-transexuais): o grau ou nível de variações, que nos sujeitos sexualmente definidos são proporcionalmente pequenas e, por isso, não repercutem em absoluto em sua personalidade de gênero. Os indivíduos não-transexuais não apresentam a variabilidade psicossomática capaz de gerar a mesma colisão de identidade sexual típica do transexual.

São tais variações que levam o componente psicológico do transexual a marcar-se pela convicção íntima de pertencimento a um determinado sexo, que está em discordância com seus componentes de ordem física (primários e secundários) que designaram o sexo (fenotípico) quando do momento do nascimento². Essa oposição fatorial entre os aspectos anímicos de orientação sexual e os materiais de formação das genitálias desenvolve no sujeito intersexual situações de inaceitabilidade do estado das coisas, associado aos constrangimentos sociais decorrentes da falta de identidade sexual. Demais disso, o transexual se encontra

¹CAVALLI, Luciana. Disposição do próprio corpo do transexual e as novas diretrizes jurídicas. *Três Lagoas, Sociedade e Direito em Revista*, n. 2, ano. 2, 2007, p. 143.

² VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo. São Paulo, *Psicólogo In Formação*, n.4, ano. 4, jan./dez. 2000, p. 65.

envolvido em um cotidiano de angústia e preconceito, o que torna irrealizável sua satisfação pessoal e compromete acentuadamente seu bem-estar individual e social.

Diante desse quadro, a unidade sexual consiste na causa primeira e no fim último perseguido pelo transexual como forma de alcance da almejada normalidade e de definição de sua identidade sociocultural. À revelia do patente estágio de avanço técnico das ciências clínicas, a medicina, hoje por hoje, não dispõe de recursos terapêuticos³ definitivamente eficazes para a cura ou que ao menos ofereçam perspectivas otimistas à questão da anomalia transexual, mormente por sê-la oriunda de causas genéticas - portanto, imutáveis - e por não existir um tratamento curativo senão por intermédio da intervenção cirúrgica de alteração de sexo.

O procedimento da *transgenitalização* sucede o esgotamento de uma série de etapas clínicas e psiquiátricas anteriores às quais, necessariamente, deve submeter-se o paciente transexual. A intervenção cirúrgica de resignação do sexo é executada em três fases de complexidade, quando se refere à alteração do sexo feminino para o masculino; o inverso - alteração do sexo masculino para o feminino - é um processo mais simples, que se desenvolve em apenas uma única etapa interventiva. A conversão do órgão sexual feminino à forma masculina perfaz-se pela reunião de manobras cirúrgicas cujo início consiste na extração do útero, ovários e anexos. Superada essa fase preliminar, tem-se, após um período de recuperação, o segundo momento procedimental, agora objetivando a constituição da uretra, a retirada da vagina e sua concomitante alteração até que dê forma e condição à estrutura da bolsa escrotal. A realização da etapa conclusiva de intervenção requer - após o término da fase anterior - um lapso temporal necessário, para fins de cicatrização, de aproximadamente 30 dias. Nesse terceiro estágio, é introduzido no paciente um novo escroto, com duas estruturas ovoides simulando os testículos. Nesse mesmo momento, é também implantada a estrutura peniana denominada *enxerto de Chang*.

Com notória evidência, a reconfiguração cirúrgica do sexo pelo método acima elucidado trabalha através da extração e remoção de órgãos sexuais e reprodutivos (esterilização), que, no caso destes últimos, compromete totalmente sua função no sistema reprodutor. Consequentemente, sobrevêm os questionamentos jurídico-penais acerca da conduta do médico que realiza a operação, dado que esta implica em inutilização da função reprodutiva do ser humano.

³ Quanto à variabilidade de técnicas médico-terapêuticas, elencam-se as terapias hormonais, medicamentosas, psicopedagógicas e psiquiátricas. Em que pese isoladamente esses meios não solucionarem em definitivo a inadaptação sexual entre os aspectos anatômicos e psíquicos do intersexual, são todos eles etapas que antecedem obrigatoriamente a ulterior fase de intervenção cirúrgica de resignação sexual.

Essa perda observa Cezar Roberto Bitencourt, dá-se quando cessa o sentido da função ou quando há a referida amputação do membro ou remoção do órgão que compõem o sistema com o qual desempenha ou executa a função doravante prejudicada⁴. A interrupção definitiva e funcional do membro ou órgão, no isolado caso da cirurgia de correção sexual, não pode ser entendida igualmente como sua inutilização, tendo em vista que essa pressupõe a subsistência daqueles, porém com o perecimento de suas funções típicas. De outro modo, trata-se de uma perda que traz consigo uma debilidade permanente. Isso pode ser claramente visto, por exemplo, no caso da resignação do sexo fenotípico masculino, quando a ablação dos órgãos genitais (falo e testículos) acarreta a simultânea cessação intermitente da função reprodutora.

A relação de causa e consequência entre a conduta médico-reparadora e o efeito negativo à função reprodutora, *in casu*, é totalmente indiscutível, quer pela idoneidade, quer por sua adequação à produção do resultado lesivo. As manobras cirúrgicas promovidas em favor da adaptação entre os disformes aspectos sexuais objetivos e seu caráter subjetivo tornam a assimilação da noção de lesividade seu produto direto, cuja relação de síntese, na qual se baseia a causalidade, resta estabelecida, tendo como pontos de ligação as deformidades acima apontadas e a intervenção médica, sendo aquelas imputadas ao médico enquanto obra sua.

O nexo de imputação que nestes casos se estabelece inegavelmente a título de dolo – já que o cirurgião dirigiu de modo voluntário e consciente uma série de empreendimentos tendentes à causação da debilidade da função reprodutora e dos órgãos a seu serviço – acarreta ao médico a responsabilidade penal pela conduta anunciada no artigo 129, § 2º, III, do Código Penal. É essa, ao menos, a posição de respeitável setor da doutrina que se ocupa das questões relativas às equivocadamente denominadas *intervenções cirúrgicas de caráter curativo ambíguo*. Para Albin Eser, por exemplo, a tipicidade das lesões não pode ser negada, de acordo com os limites descritos no injusto penal, sendo, porém, a conduta médica concretamente carecedora de ilicitude formal em razão do *consentimento justificante* do paciente transexual⁵.

A defesa do consentimento como causa de justificação claudica em seus próprios fundamentos, especialmente quando aplicada às hipóteses de lesões com fins médico-

⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a pessoa*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 168.

⁵ESER, Albin. *Estudios de Derecho Penal médico*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA, 2001, p. 37-38. Sobre emblemático caso de condenação de cirurgião plástico pela prática da transgenitalização ver com detalhes o caso exposto por PEREIRA, Carolina Grant. Bioética e transexualismo: para além da patologização – uma questão de identidade de gênero. Fortaleza, *Anais do XIX Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação (CONPEDI)*, jun. 2010, p. 850-851.

terapêuticos. A falibilidade metodológica desse posicionamento radica na construção do injusto penal sobre um desvalor puramente formal de contrariedade a um preceito proibitivo normativo. O reconhecimento da existência de uma suposta lesão ao bem jurídico não afasta a assunção de que esta não teria o significado de menoscabar a integridade corporal do intersexual, mas verdadeiramente uma orientação curativa, com o propósito de aproximar o paciente da máxima satisfação pelo equilíbrio entre sua integridade física e psíquica.

A face oposta da ilicitude penal, a saber, a antijuridicidade material, conceito diverso do seu correspondente formal, obedece à ideia de que a contrariedade da conduta com relação ao direito reveste-se de um conteúdo substancial, real, que consiste em uma verificação muito mais profunda do que o simples exame de oposição do fato a uma especial norma jurídico-penal⁶. O diagnóstico da manifestação desse ângulo material da ilicitude diz respeito à essência do desvalor do resultado, enquanto *cofundamentador*⁷ do injusto penal, já que representa a extensão e concreta materialização de uma degradação do bem jurídico sem qualquer correspondente que autorize e justifique a lesão.

Existe, nesse ponto, uma questão tangente à própria problemática da racionalidade normativa enquanto condição de elaboração das leis penais (no processo de criminalização primária), e como critério fundante⁸ de aplicação do direito em respeito à realidade empírica. Sob essa perspectiva, *Jiménez de Asúa* reforça que a missão do Direito Penal consiste em regular a vida social em comum dos membros do corpo social, portanto, uma norma corresponde à sua determinação (finalidade) de ser meio justo para cumprir um fim justo, quando oferece um manejo (aplicação) para a adequada regulação da vida social comum. Essa última (a vida social), por sua vez, encontra suas condições de existência no fato de que cada indivíduo elege fins objetivamente justificados e aplica os meios adequados à sua consecução. Em consequência, o indivíduo, por sua vez, endereça seu querer e seu atuar de acordo com a máxima formal de sorte que seu querer e atuar mostrarem-se como meios justos para o alcance de um fim justo⁹.

Na esteia argumentativa, o paciente transexual, mediante a prestação de seu consentimento¹⁰ informado, outorga ao médico a autorização necessária que afasta a

⁶NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal*: PG. 4.ed. Buenos Aires: Córdoba, 1999, p. 154.

⁷ PRADO, Luiz Regis. La norma penal como norma de conduta. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 5, 2011, p. 158.

⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. La legitimación social de las leyes penales: limites y ámbito de aplicación. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.5, 2011, p. 201.

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal*: la ley y el delito. Buenos Aires: Sudamericana, 1958, p. 272.

¹⁰Sobre o consentimento como causa de exclusão do tipo, vide CEREZO MIR, José. *Derecho Penal*: PG. São Paulo; Lima: RT/Ara, 2007, p. 762-763. Quando o bem jurídico é disponível em caráter geral, há que se entender

antijuridicidade de sua conduta, posto que o comportamento, nestes termos, soma o conjunto de condições para a busca de uma finalidade tida como imprescindível: a ideia de justa satisfação de bem-estar pessoal. O desvalioso juízo que recaí sobre o advento do resultado lesivo vê-se suficientemente equilibrado e compensado pelo sentido e teor do *valor* da ação médico-terapêutica que, orientada à uma finalidade diversa da lesão meramente agressiva, supera o déficit do conteúdo normativamente negativo que, a princípio, pudesse conter. A aceitação de um fato punível – objeto do consentimento – renuncia a proteção ao bem jurídico que lhe confere o direito, por sê-lo disponível e realizar-se nos limites da válida capacidade para consentir e da autonomia da vontade¹¹ do paciente.

A capacidade de consentir do titular do bem jurídico, a saber, suas circunstâncias biopsicológicas que no particular lhe tornam apto a deliberar e a interagir com o médico na consciência e permissão das lesões a ele dirigidas, por levar em conta sua validade em razão da maioridade e do pleno uso de sua capacidade mental – expressa sem vícios e coações –, tem importância não só quanto à autorização da conduta médico-curativa, mas, sobretudo, traz reflexos no âmbito do tipo¹² e, portanto, não pode ser ignorada quando do juízo de subsunção de tipicidade penal. Reforçando o afirmado, *Puppe* ensina que esse consentimento informado e válido do paciente outorgado em favor de uma intervenção médica curativa não só exclui o injusto das lesões, como também sequer permite que este apareça, pois o próprio titular do interesse é quem decidiu validamente sobre o bem jurídico integridade corporal¹³.

Convém destacar, ainda, que a condução da discussão do tema em epígrafe no âmbito da ilicitude parece superficial, pois confere tratamento equiparador entre as lesões médico-terapêuticas advindas da transgenitalização e aquelas causadas pelo socorro médico, que configuram manifesto estado de necessidade, mormente nas ocasiões em que a intervenção terapêutica ocorre arbitrariamente, sem o consentimento do paciente. O rechaço da tese do estado de necessidade justificante, nesse caso, encontra acolhida no próprio fundamento dessa

que forma parte integrante dele a livre disposição do mesmo. É, portanto, a validade lógica do argumento de que o consentimento do portador do bem jurídico elide o juízo de adequação típica entre a conduta médica que *ex ante* poderia denotar ofensa à sua integridade.

¹¹Sobre a autonomia da vontade pessoal, disserta *Gisele Mendes de Carvalho* que “o princípio da autonomia consiste no reconhecimento da livre decisão individual sobre seus próprios interesses sempre que não afete aos interesses de um terceiro ou no respeito à possibilidade de adoção pelo sujeito de decisões relacionais não consternadas”. Segue a autora explicando que, aplicado à relação médico-paciente, esse princípio impõe o dever de respeitar e facilitar a autodeterminação do paciente na tomada de decisão sobre seu destino médico. Acerca da nota, vide, CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanásia y Derecho Penal: estudio del art. 143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Comares, 2009, p. 3-4.

¹²GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: RT, 2004, p. 163.

¹³PUPPE, Ingeborg. La justificación de la intervención médica curativa. Barcelona, *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 2007, p. 4.

causa de exclusão da ilicitude. A existência de choque de interesses igualmente valiosos ao sujeito é *conditio sine qua non* para que se possa considerar qualquer atitude eximente, tendo em vista a circunstância que lhes insira em um contexto que os tornem (os ditos interesses) colidentes¹⁴ e justifique o sacrifício de um deles.

A inocorrência do pressuposto conflito de bens jurídicos é patente no caso da transgenitalização. O tipo penal de lesões corporais, em todas as suas formas, está construído em favor da tutela da *incolumidade da pessoa humana*¹⁵, referendando a proteção da integridade física e psíquica do homem. Como elucida *Luiz Regis Prado*, a “tutela penal dispensada não se circunscreve à normalidade anatômica, mas abarca também a regularidade fisiológica e psíquica” e, acima de tudo, o ponto de estabilidade entre ambos os aspectos da saúde humana. Manter um desvalor de injusto plasmado na conduta médico-reparadora de busca pela estabilidade de ambos os elementos constitutivos do bem jurídico é a negativa de que a dignidade jurídico-penal do indivíduo não deva ser levada em conta em sua totalidade e cria arbitrariamente um critério tarifado que diferencia em valor os caracteres fundantes da saúde humana.

Ademais, cada bem jurídico guarda com seus titulares um vínculo de funcionalidade, enquanto a magnitude variável¹⁶, cujo valor depende de um eixo axiológico de outro escalão, sendo, pela lógica, uma relação que associa os membros de uma classe (os sujeitos) com certos entes (bens) de outra categoria. Essa associação se faz às bases do valor utilidade, cujo liame se expressa na construção, manutenção e alteração de uma condição do sistema global. É dessa resultante que surge o traço mais paradigmático no tocante a teoria do bem jurídico, ao revés de suas polissêmicas¹⁷ compreensões. Alude-se à possibilidade de disposição por parte do titular de um determinado interesse representativo de certo valor ético social quando tal abdicação for imprescindível à sua realização. Isso se dá, pois, por ser, outrossim, este um dos esteios para que seja reconhecido a um dado bem o *status* de valor jurídico da ordem positiva.

¹⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Sobre el estado de necesidad en Derecho Penal Español. Madrid, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.35, 1982, p. 664.

¹⁵PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial* – v2. 9.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 141.

¹⁶TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 56.

¹⁷Sobre essa variabilidade das correntes teóricas e sua interpretação acerca do bem jurídico, vide as principais considerações feitas por HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2.ed. Santiago: Conosur, 1992, p. 38 e ss; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 39 e ss; BIANCHI PÉREZ, Paula Beatriz. Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal. Mérida, *Revista Semestral de Filosofía Práctica: Universidad de los Andes*, ene./jun. 2009, p.33 e ss.

Há ainda um setor da doutrina que sustenta que a conduta médica nesses casos de lesões corporais consentidas pelo paciente transexual em favor de sua adequação anatômica se encontra amparada pelo exercício regular de direito. Nessa trilha, são invocados os ensinamentos de *Nelson Hungria*¹⁸, para quem a lesão corporal decorrente de operação cirúrgica, ainda que não seja para evitar perigo de vida, mas consensiente o enfermo, nos casos aconselhados pela arte médica, insere-se no exercício de direito que lhe outorga o Estado e lhe autoriza o exercício. Todavia, essa solução parece a mais desacertada para dirimir a questão da responsabilidade penal do médico, tendo em vista que viola as regras gerais que são indispensáveis para a aplicação da justificante em apreço. O fato de considerar a conduta médico-terapêutica no marco do exercício regular de direito dependeria, antes, que esta tivesse respaldo em regulamentação normativa de valor jurídico, e não apenas previsão e disciplina em código de ética profissional. E, ainda, porque essa primeira exigência excluiria, como dito alhures, a formulação de uma regra geral válida e aplicável a todos os casos de lesões curativas, dado que a existência de disciplina legal que dê fundamento a essa modalidade de excludente não é uma constante nas diversas ordens jurídicas. Assim é o caso do Brasil, que disciplina a questão na Resolução nº. 1.482/1997 do *Conselho Federal de Medicina* (CFM), cuja regulamentação trata da autorização, a título experimental, em hospitais universitários ou públicos adequados à pesquisa, da 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.

É claro que a ponderação entre o benefício global auferido pelo paciente transexual e o prejuízo decorrente das lesões cirúrgicas – embora sua normativa gravidade descrita nos taxativos limites do injusto de lesões corporais – implica barreiras mesmo externas à vontade do paciente que se agregam cumulativamente para o estabelecimento de escalas de atuação, sobre as quais pode seguramente ser realizado o procedimento cirúrgico.

¹⁸HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*: v. 5. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense 1979, p. 335 e ss. “Fora dos casos de estado de necessidade, a intervenção cirúrgica, levada a efeito pelo médico, pode, em certas circunstâncias, ser excepcionalmente protegida pelo instituto do exercício regular de direito, excludente da ilicitude prevista no art. 23, III, do Código Penal. Assim, constitui exercício regular de direito a iniciativa de a pessoa dispor do próprio corpo para permitir expressamente ao médico realizar cirurgias como: plástica, vasectomia, mudança de sexo (transexualismo)”, vide OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, erro médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 168. Sobre a duplicidade de consequências do exercício regular de direito, vide a compreensão sobre o tema apresentada por BRODT, Luis Augusto Sanzo. Entre o dever e o direito. Porto Alegre, *Juris: Direito/FURG*, v.11, n. 45, 2005, p. 44, para quem o instituto pode acarretar duas consequências jurídicas, a saber: a exclusão da ilicitude da conduta - como tradicionalmente reconhece a doutrina majoritária- ou então sua atipicidade.

A premissa de todas essas balizas encontra-se na submissão¹⁹ estrita do atuar médico às disposições da *lex artis*. A observância das regras técnicas que disciplinam o início e o fim da intervenção terapêutica evita desnecessários traumas ao paciente.

Logo, a operação de reajustamento sexual é uma exigência ante a livre, consciente e acompanhada escolha do paciente em definir sua identidade sexual e de gênero residindo, portanto, acima de tudo, nisso a razão pela qual o “Direito Penal médico tem como referente a construção social da realidade²⁰”, quer em seus postulados, quer em seus conceitos ou princípios e ainda, por fim, em suas regras de aplicação, sob pena do culto a uma bioética puramente parnasiana²¹ em formalismo e vazia de conteúdo.

Nesse mesmo sentido, emanam de preceitos de ordem constitucional orientações que rejeitam qualquer consideração que, em âmbito infraconstitucional, não comportem flexibilização quanto às proibições de lesões corporais com fins terapêuticos e/ou curativos, dando azo a uma inconsistente e aparente incoerência²² normativa e sistêmica²³ no ordenamento jurídico. Ou seja, caso não houvesse mecanismos interpretativos que corrigissem a incompatibilidade normativa, estar-se-ia, neste particular, ante normas idênticas em conteúdo e finalidade, todavia, em bases e conceitos divergentes.

Essa antinomia – que se afirma ser e dever ser meramente aparente – observa-se do preceito constante no artigo 196 da Constituição Federal que estabelece o direito à saúde como prerrogativa de todos, cabendo ao Estado, mediante suas políticas, dentre outros fins, prestar-se à sua promoção, proteção e recuperação.

A antinormatividade aqui, como bem ensina *Zaffaroni*, não se revela apenas na simples oposição entre a “norma deduzida do tipo legal e a conduta, postulando também a consideração conglobada²⁴” da norma deduzida do tipo com outras normas dedutíveis de outros preceitos legais. Não é possível que se imagine que em uma mesma unidade de direito positivo possa haver espaços vagos que abriguem contradições internas entre suas justificativas. E isso resta muito menos admissível quando os contrastes conceituais dos

¹⁹Cf. TRIVIÑO CABALLERO, Rosana. Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. Barcelona, *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2010, p. 12.

²⁰Vide ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal médico*. São Paulo/Coimbra: RT/Coimbra, 2008, p. 90 e ss.

²¹Cf. MARQUES, Daniela de Freitas. Sobre a bioética, o sofrimento e a tortura: medicina e política no sistema jurídico-penal. In: RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). *Direito Penal na atualidade: escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 31.

²²Sobre a coerência como característica da ordem jurídica, vide BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6.ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1995, p. 71-110.

²³Cf. BARROSO, Luís Roberto. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Juspodium, 2010, p. 166-167.

²⁴Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro: v 2*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 233.

preceitos e de seu alcance veem-se entre normas de hierarquia distintas. O Estado não só chancela o direito à saúde, como fomenta sua realização plena, de modo que considerar as lesões corporais de natureza cirúrgica conflitivas, principalmente, com o disposto a nível constitucional, faria com que diante do (falso) antagonismo de deveres o cumprimento de um deles não subsistisse sem a flagrante violação do outro.

Nesse tocante, a saúde humana não pode ser posta no centro de tensão entre dois postulados normativos, em especial entre aqueles oriundos de fontes nas quais as considerações acerca da dignidade da pessoa humana tomam contornos e significados tão específicos. O respeito apenas formal à dignidade do homem impede a consideração do Estado de Direito sob uma perspectiva material. O Estado de Direito, como bem pontifica *Helena Lobo*, “legitima-se pela subordinação à lei e, ao mesmo tempo, a determinados valores fundamentais, consubstanciados na dignidade humana²⁵”, e, portanto, conatos à personalidade do homem enquanto Ser.

E a respeito dessa, ou seja, da personalidade²⁶, incide um núcleo essencial de direitos próprios, sendo aqueles reconhecidos à pessoa tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, com previsão no ordenamento jurídico para a defesa de valores inerentes²⁷ ao homem, como a vida, a higidez, a intimidade, a honra, a intelectualidade e tantos outros. O reflexo dos direitos da personalidade associado ao direito à saúde condiz ao fato de que a cada um, em determinadas circunstâncias, tenha tratamento condigno, em conformidade com sua particularidade e a situação atual da medicina. Em decorrência do sofrimento e do constante

²⁵Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 37.

²⁶ Em poucas linhas sobre a relação entre a personalidade do homem e sua inerente ideia de dignidade vide, PRADO, Luiz Regis. Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988. In. MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. (Orgs.). *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: RT, 2008, p. 213. O penalista leciona que o princípio jurídico-constitucional, “busca proteger a dignidade da pessoa, salvaguardar sua esfera mais íntima e personalíssima, entendida como direito originário de todo ser humano”.

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 18. Os direitos da personalidade enquanto feixes de direitos fundamentais são aqueles que correspondem a todos os seres humanos enquanto indivíduos ou pessoas. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías: la ley del más débil*. Trad. Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 99. *Roxa Cardoso* em pontual estudo sobre os direitos da personalidade ocupa-se dentre outros aspectos acerca da questão da síndrome transexual, o direito a mudança de sexo e seus reflexos para essa específica categoria de direitos. A autora aponta que há divergência entre os estudiosos quanto ao enquadramento do assunto – seja alocando-o nas implicações do direito sobre o próprio corpo ou integridade corporal (física), seja ainda como defendem outros quanto ao direito a integridade psíquica. O sentido dessa discussão torna-se estéril ante as considerações sob as quais assiste razão tomar os direitos da personalidade como um todo unitário protetor da pessoa em suas diversas expressões. Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118.

estado de infelicidade vivenciado pelos transexuais, a cirurgia²⁸ de resignação aparece como relevante solução para trazer este indivíduo ao convívio social e ao desfrute de uma vida digna.

Em face disso, chega-se ao ponto de partida para a tomada de postura acerca da conduta do médico que age com propósito curativo na intervenção cirúrgica de alteração de sexo do paciente transexual. A assunção irrestrita desse tipo de conduta nas considerações negativas do desvalor do injusto penal é a acolhida conformada de que a intervenção punitiva atinge um patamar intolerável de irracionalidade, dado pretender que o sujeito use o bem jurídico apenas de certo modo, ainda que sua natureza seja individual e disponível.

2. A adequação social da conduta médica: apreciação crítica

Partindo da infranqueável premissa de que o Direito Penal presta-se ao papel de salvaguarda dos bens jurídicos mais essenciais à coexistência social, o mesmo (o Direito Penal), em sua mais rica e acertada formulação teórica, não despreza o contexto dinâmico no qual estão imersos os objetos jurídicos que tutela e nem desconsidera, portanto, a relação de disponibilidade entre eles e seu titular. Com isso, faz-se alusão à concepção que *Welzel*²⁹ denomina como *natureza dinâmica dos bens jurídicos*, em oposição à sua concepção meramente estática. Os bens jurídicos “não podem ser considerados peças de museus, custodiadas cuidadosamente em vitrines frente à influência lesiva e só expostos à vista dos que contemplam, pois a realidade social³⁰” que o direito regula é muito distinta dessa ilusão idealista. Os bens somente comportam razão de existir e são elevados a determinada categoria

²⁸ Cf. SILVEIRA, Esalva Maria Carvalho. *De tudo fica um pouco: a construção social da identidade do transexual*. 2006. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) - Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre, p. 84.

²⁹ WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: PG. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 136. “O bem jurídico constitui uma síntese concreta de uma relação social dinâmica com o qual se compreende a posição dos sujeitos, suas formas de vinculação entre eles e os objetos, suas intenções e seu transcurso dentro do desenvolvimento histórico do contexto social. Só a partir daqui se pode dar um conteúdo material ao injusto e com ele a tipicidade. A ação surge como uma forma de vinculação dos sujeitos e implica um determinado rendimento social dos sujeitos” Sobre essas considerações, vide HORMAZABAL MALARÉE, Hernán; BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. Significación social y tipicidad. Santiago de Compostela, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 5, 1980-1981, p. 27. O bem jurídico e sua função permitem demonstrar e determinar o porquê do injusto e quais os fins por ele perseguidos, bem como possibilita levantar as razões que explicam a irrelevância de certas condutas aparentemente típicas ou o fundamento para que, embora formalmente descritas no injusto, não sejam socialmente desvaloradas.

³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.6, n.7, 2004, p. 7.

jurídica na medida em que assimilam uma função social. Segundo *Gracia Martín*, os “bens jurídicos não estão simplesmente postos na realidade, mas têm existência para que estejam *em função de*, ou seja, em favor de produzir e suportar efeitos em seu contexto social³¹”. Nessa perspectiva, apropriada e imanente à realidade social, o Direito pode dispensar ou suspender a proteção que confere a determinados bens jurídicos diante de certas ações, desde que ajustadas ao socialmente adequado.

Adequado socialmente é, num primeiro instante, aquele comportamento que, por mover-se funcionalmente³² dentro de uma ordem historicamente constituída, encontra-se fora do conceito de injusto. O mundo do Direito, por comportar o valor dos sentidos e por ser, sobretudo, fiel aos sentidos dos atos, considera no Direito Penal e em seus elementos seus ingentes reflexos sociais. O sentido conforme e admitido pelo social “funda-se no esquema valorativo prévio de ponderação de interesses³³ a partir do qual se estabelece a medida do tolerável³⁴” para que a exposição e o consumo racional de bens jurídicos possam conceber o próprio desenvolvimento da vida social, a superação de estágios culturais e a máxima realização pessoal do indivíduo. Esclarece *Rueda Martín* que o critério mais utilizado para estabelecer os limites do suportável (atípico) e do não suportável (típico) pela ordem social é a determinação da relação custo-benefício³⁵, jungida a diferentes institutos jurídicos que isentam determinado desvalor penal, tais como as causas de justificação³⁶ v.g. do estado de necessidade e da legítima defesa.

Trata-se de levar em conta a localização³⁷ sistemática das considerações do referido critério. Assim, se o que se pondera são circunstâncias alheias ao tipo, a ponderação se orienta à exclusão da antijuridicidade da conduta; caso contrário, se o juízo de ponderação se projeta

³¹ Idem, *ibidem*.

³² CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. Madrid, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.46, v. 1, ene./abr. 1993, p. 698-699.

³³ Neste caso particular, a saber, notadamente aquele de intervenção médica com fins curativos, tal ponderação tem sentido objetivo com relação às vantagens e desvantagens terapêuticas do tratamento ou procedimento interventivo.

³⁴ Cf. RUEDA MARÍN, María Ángeles. La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. Barcelona, *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2009, p. 41.

³⁵ Idem, *ibidem*.

³⁶ “[...] se distingue a adequação social das causas de justificação porque – efetivamente – estas concebem também uma liberdade de ação, mas de natureza especial, ou seja, uma permissividade especial que autoriza a realização de ações típicas, ou seja, socialmente inadequadas”. Vide MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la antijuridicidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 54. Sobre o elenco de críticas acerca da teoria da adequação social de Welzel, ver os apontamentos feitos por VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 160.

³⁷ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 38.

sobre a ofensa de bens jurídicos que são inerentes ao normal funcionamento da vida social, tal ponderação se situa na esfera da tipicidade³⁸.

O critério da ponderação de interesses, como acima dito, constitui o ponto nevrálgico para a contextualização das lesões corporais de natureza médico-cirúrgica. No particular caso da intervenção terapêutica de transgenitalização, a evidência da mensuração dos custos e benefícios para o equilíbrio biopsíquico do transexual afasta quaisquer dúvidas acerca de sua tolerância por parte do paciente, que, mediante seu prévio consentimento informado, anui na execução da conduta curativa. A autorização do paciente transexual para a realização do procedimento terapêutico e, conseqüentemente, a admissão de suas conseqüências necessárias emanam de seu livre convencimento acerca da eficácia do meio à sua adequação sexual.

O médico, ao longo da aplicação procedimental da técnica cirúrgica da transgenitalização, seja ocasionando lesões superficiais – leves e simples– para iniciar a intervenção, seja acarretando as lesões de nível secundário e superior, encontra-se frente a uma situação determinada que lhe concede uma “liberdade de ação³⁹”. Em realidade, essa liberdade de agir está contida na natureza do valor ínsito à ação empreendida com o propósito curativo ou paliativo para alguma moléstia de afetação física e/ou psíquica do paciente.

Portanto, sob essa óptica, assinala *Pierangeli* que as intervenções médico-cirúrgicas “de conformidade com a *lege artis*, após um cuidadoso diagnóstico, não reclamam justificação porque são atípicas em face de sua adequação social⁴⁰”. Desta feita, a finalidade que orienta a conduta médica impede seu enquadramento no tipo das lesões pessoais. Ainda que o cirurgião tenha produzido dor e amputações no organismo do paciente, a conduta empreendida se ajusta perfeitamente às exigências de ordem ético-jurídico-social orientadas à harmonização da sexualidade corporal do sujeito intersexuado⁴¹.

A desaprovação ético-social da conduta médica, nestes casos, seria elidida pelo próprio sentido curativo que guia a atuação do médico durante as etapas e procedimentos de alteração somática do sexo. A aparente intenção desvaliosa⁴², - consubstanciada na suposta finalidade lesiva da conduta médica - vê-se neutralizada pela salvaguarda do próprio bem jurídico em questão, sob a consideração de que sua dupla dimensão (aspectos relativos a

³⁸ Idem, ibidem.

³⁹ HORMAZABAL MALARÉE, H; BUSTOS RAMÍREZ, J. J. Obra citada, p. 27.

⁴⁰ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3.ed. São Paulo; RT, 2001, p. 199.

⁴¹ Idem, ibidem.

⁴² Cf. ESER, Albin. La adecuación social, ¿figura legal superflua o necesaria? Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal*, n.3, 2002, p. 461.

integridade física e psíquica) requer inegável harmonização entre seus caracteres constitutivos para sua máxima funcionalidade.

Romeo Casabona, ao tratar das lesões corporais de natureza grave resultantes dessa espécie de cirurgia, ensina que a perda da capacidade de reprodução afeta uma faceta muito importante do ser humano: a possibilidade de ter filhos; porém, aduz que o desequilíbrio psíquico pelo qual passa o indivíduo alcança o desenvolvimento total de sua personalidade e suas relações com os demais⁴³, o que o inclina a proteger prioritariamente este último aspecto de sua saúde, já que somente assim é possível promover de modo mais produtivo o governo sadio de seu desenvolvimento, tanto físico quanto psicológico.

A atividade do médico aqui é no sentido de favorecer - e não de menoscar - o valor que a lei penal tutela, o que corrobora a aceitação da adequação social como um princípio de validade geral na exclusão do tipo de ilícito⁴⁴. De conseguinte, quando a intervenção cirúrgica contiver nítido caráter terapêutico-curativo, como é o caso da transgenitalização, a observância das regras técnicas⁴⁵(cuidado diligente com relação ao emprego da técnica médica), contribui na exclusão do desvalor da ação próprio de um delito de lesões corporais.

Desta feita, a adequação social, enquanto referência dogmática, figura como componente normativo (ao lado de elementos ontológicos) no campo do injusto, constituído por juízos valorativos contrários de adequação e inadequação social de determinada conduta. Tais valorações desempenham “significativo papel político-criminal e dogmático no âmbito da categoria da tipicidade, dado traçar um limite preciso entre o penalmente relevante e o irrelevante⁴⁶”.

Trata-se, pois de um critério que recepciona e conduz para o interior de um específico escalão dogmático e estrutural do delito, um elemento de significado social extraído e

⁴³ Cf. ROMEO CASABONA, Carlos-María. *El médico y el Derecho Penal: la actividad curativa* – tomo I. Barcelona: Bosch, 1981, p. 182. Essa opção é feita conscientemente pelo paciente cuja capacidade racional de deliberar não se encontra prejudicada em razão de seu transtorno; ao contrário, este refere-se, especificamente, a uma anômala inaceitabilidade, pelo sexo psíquico, do sexo morfológico. Isso torna o transexual mais ciente da anomalia de que é portador, de seus efeitos e, por conseguinte, mais decidido pela busca dos meios postos a corrigir tal desajuste.

⁴⁴ FRAGOSO, Cláudio Heleno. Transexualismo: cirurgia – lesão corporal. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Penal:Forense*, n. 25, 1979, p. 33.

⁴⁵Cf. GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 268.

⁴⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. La estructura dogmática y la función político criminal de la “adecuación social” como “cierre” normativo de lo injusto en el sistema finalista del Derecho Penal y abismo que la distancia de la doctrina de la imputación objetiva. *Derecho Penal, Constitución y Derechos*. REBOLLO VARGAS, Rafael; TENORIO TAGLE, Fernando. (Dir). Barcelona: Bosch, 2013, p.220.

originário da própria realidade social⁴⁷. Com semelhante formulação, a adequação social estrutura-se, como assinala *Gracia Martín*, como uma categoria neutralizadora e negativa da aparência jurídico-penal (típica) do fato, já que sua função consiste na conversão daquela “aparência” em uma “certeza”, concretamente na certeza de que o fato socialmente adequado, supostamente relevante para um tipo penal determinado está completamente fora do injusto, dado sê-lo, aprovado pela comunidade social em caráter geral⁴⁸.

Por derradeiro, tudo isso associado a finalidade curativa inerente à conduta descontrói o desvalor ético social de menoscabo a qualquer bem jurídico por que ao contrário, prestigia sua funcionalidade integral a seu titular, o que repercute na configuração de um juízo de tipicidade lacunoso e imperfeito, impedindo portanto, a adequação típica entre a conduta do médico e o delito de lesões corporais.

3. Conclusão

O desequilíbrio biopsíquico que acomete o indivíduo intersexuado acarreta a mitigação de sua plena satisfação pessoal e obstaculiza sua inserção social devido à sua indeterminada personalidade de gênero.

A carga eminentemente genética do fenômeno transexual encontra percalços nos recursos médico-terapêuticos e químicos para sanar a disformia entre os aspectos morfológicos do organismo sexual e os caracteres do gênero psicológico do sujeito. Soluções pautadas na administração de hormônios e acompanhamento psiquiátrico e psicopedagógico não ofertam expectativas definitivas de cura, restando, portanto, como único meio eficaz, o recurso à intervenção médico-cirúrgica de alteração de sexo.

Contudo, o procedimento clínico resulta na ablação dos genitais somáticos do paciente e sua paralela esterilização, o que ajustaria a conduta do cirurgião no tipo de injusto descritivo de lesões corporais de natureza grave, pela perda de membro e/ou função (reprodutora). Não obstante tais consequências, isso propicia ao transexual o estabelecimento de sua saúde e a

⁴⁷ RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 416.

⁴⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. *La estructura dogmática y la función...*, p. 225.

harmonização de suas dimensões física e psíquica, enquanto condição indispensável para seu sadio desenvolvimento pessoal e a obtenção de sua autêntica identidade social.

A partir do balanço entre os custos e os benefícios que acompanham a disposição consciente e autônoma do transexual de fração de sua integridade corporal, associado ao propósito que dirige a conduta médica (perseguido à custa da observância da técnica aplicada), insere-se o procedimento na esfera do socialmente adequado. Na adequação social, tem-se uma ponderação de interesses de caráter geral que se verifica na esfera do tipo, e que culmina com a correção da ação: por um lado, deve-se avaliar a utilidade, o valor ou o interesse de uma conduta socialmente relevante; por outro lado, o resultado lesivo que essa conduta pode acarretar quando realizada. De acordo com a proposta em exame, após a ponderação dos interesses em jogo, tem-se que a ação socialmente adequada não é considerada tipicamente relevante porque pretende atingir uma utilidade social e, para tanto, atinge um bem jurídico (*in casu*, a integridade física do paciente). O procedimento cirúrgico realizado pelo médico, portanto, embora formalmente ajustado ao tipo penal, *não implicaria em um desvalor penal do resultado*, já que a afetação do bem jurídico protegido não constitui o resultado descrito pelo tipo penal. Exclui-se, portanto, a *tipicidade* da conduta.

Conforme já salientado, os bens jurídicos encontram-se continuamente expostos a situações de risco, que são suportadas quando inerentes ao regular funcionamento da vida em sociedade. Desse modo, a dinâmica das relações vitais pode ensejar uma exposição a perigo do bem jurídico integridade física – ou, inclusive, sua efetiva lesão – que se revela necessária para que o transexual, *in casu*, alcance a plenitude de seu desenvolvimento biopsicológico. Quando assim for, tais condutas serão consideradas *adequadas socialmente*. A figura da adequação social tem como principal característica a necessidade da afetação de um bem jurídico, no sentido de que o legislador não considera, com caráter geral, como tipicamente relevante uma ação que pretende alcançar uma utilidade social e para a qual é absolutamente necessária a afetação de um bem jurídico conforme o ordenado funcionamento da vida social. Em tais hipóteses, não existe desvalor da ação e, portanto, apenas uma *aparente* lesão ao bem jurídico.

Nas situações de adequação social, o risco ou a afetação do objeto material não configuram um resultado *típico*. Logo, ainda que abarcado pela vontade de realização do cirurgião, inexistente dolo, se entendido este como consciência e vontade de realização dos elementos objetivos do *tipo*. Uma leitura, nesse sentido, mostra-se, mais coesa à construção e

funcionamento pragmático do Direito Penal guiado pela racionalidade e sobretudo, voltado para as reais exigências do homem.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal médico*. São Paulo/Coimbra:RT/Coimbra: 2008.

BARROSO, Luís Roberto. In. FERNANDES, Bernardo Gonçalves (Org.). *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Juspodium, 2010.

BIANCHI PÉREZ, Paula Beatriz. Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal. Mérida, *Revista Semestral de Filosofía Práctica: Universidad de los Andes*, ene./jun. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a pessoa*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Lições de Direito Penal*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6.ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRODT, Luis Augusto Sanzo. Entre o dever e o direito. Porto Alegre, *Juris: Direito/FURG*, v.11, n. 45, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel. La teoría de la adecuación social en Welzel. Madrid, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.46, v. 1, ene./abr. 1993.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Suicidio, eutanásia y Derecho Penal: estudio del art. 143 del Código Penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Comares, 2009.

CAVALLI, Luciana. Disposição do próprio corpo do transexual e as novas diretrizes jurídicas. Três Lagoas, *Sociedade e Direito em Revista*, n. 2, ano. 2, 2007.

CEREZO MIR, José. *Derecho Penal*. Parte General. São Paulo; Lima: RT/Ara, 2007.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008.

ESER, Albin. *Estudios de Derecho Penal médico*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA, 2001.

_____. La adecuación social ¿figura legal superflua o necesaria? Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal*, n. 3, 2002.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel. La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de aplicación. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*: UNED, n.5, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y garantías: la ley del más débil*. Trad. Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Transexualismo: cirurgia – lesão corporal. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Penal*,: Forense, n. 25, 1979.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La responsabilidad penal del médico*. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

GRACIA MARTÍN, Luis. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.6, n.7, 2004.

_____. La estructura dogmática y la función político criminal de la “adecuación social” como “cierre” normativo de lo injusto en el sistema finalista del Derecho Penal y abismo que la distancia de la doctrina de la imputación objetiva. *Derecho Penal, Constitución y Derechos*. REBOLLO VARGAS, Rafael; TENORIO TAGLE, Fernando. (Dir). Barcelona: Bosch, 2013.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: RT, 2004.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. 2.ed. Santiago: Conosur, 1992.

_____. BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. Significación social y tipicidad. Santiago de Compostela, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 5, 1980-1981.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense 1979.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Sudamericana, 1958.

OLIVEIRA, Edmundo. *Deontologia, erro médico e Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Carolina Grant. Bioética e transexualismo: para além da patologização – uma questão de identidade de gênero. Fortaleza, *Anais do XIX Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação (CONPEDI)*, jun. 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido: na teoria do delito*. 3.ed. São Paulo; RT, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial – volume 2*. 7.ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5.ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. La norma penal como norma de conducta. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 5, 2011.

_____. Princípios da dignidade da pessoa e humanidade das penas na Constituição Federal de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. (Orgs.). *Constituição Federal*:

avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Daniela de Freitas. Sobre a bioética, o sofrimento e a tortura: medicina e política no sistema jurídico-penal. In. RIBEIRO, Bruno de Moraes (Org.). *Direito Penal na atualidade: escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael. *Teoría de la antijuridicidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal*: PG. 4.ed. Buenos Aires: Córdoba, 1999.

PUPPE, Ingeborg. La justificación de la intervención médica curativa. Barcelona, *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos-María. *El médico y el Derecho Penal: la actividad curativa* – tomo I. Barcelona: Bosch, 1981.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. Barcelona, *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2009.

_____. *La teoria de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona: Bosch, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Sobre el estado de necesidad en el Derecho Penal Español. Madrid, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.35, 1982.

SILVEIRA, Esalva Maria Carvalho. *De tudo fica um pouco: a construção social da identidade do transexual*. 2006. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Faculdade de Serviço Social, Porto Alegre.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TRIVIÑO CABALLERO, Rosana. Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. Barcelona, *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 3, 2010.

VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aspectos psicológicos, médicos e jurídicos do transexualismo. São Paulo, *Psicólogo In Formação*, n.4, ano. 4, jan./dez. 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*. Parte General. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*. 2.ed. 2 v. Rio de Janeiro: Revan, 2010.