

Responsabilidade médica na cirurgia de redesignação sexual de acordo com a legislação brasileira

Lara Ferraz de Arruda¹, Fernando Nestor Fácio Júnior¹

1. Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto, São José do Rio Preto/SP, Brasil.

Resumo

Este estudo investiga a responsabilidade médica na cirurgia de readequação sexual de acordo com a legislação brasileira. Diplomas normativos foram examinados para entender os deveres médicos. Decisões judiciais foram analisadas para identificar os casos de erros médicos nessas cirurgias e o entendimento dos tribunais. A responsabilidade por danos é entendida pelo estabelecimento de um contrato entre médico e paciente. Ao ser contratado, o cirurgião deve agir de acordo com a ética e as regras da profissão. O autor, ato, culpabilidade, dano e nexos causal devem ser levados em conta ao considerar a responsabilidade médica. A análise das decisões judiciais encontrou quatro casos em que os profissionais foram considerados culpados de erros médicos. Embora pacientes insatisfeitos com os resultados da cirurgia de redesignação sexual devam buscar seus direitos, a responsabilização exige que o cirurgião tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade legal. Erros médicos. Cirurgia de readequação sexual. Transexualidade.

Resumen

Responsabilidad médica en la cirugía de reasignación sexual según la legislación brasileña

Este estudio evalúa la responsabilidad médica en la cirugía de reasignación sexual según la legislación brasileña. Se examinaron las normativas para comprender las obligaciones médicas. Se analizaron las decisiones judiciales para identificar los casos de errores médicos en estas cirugías y los resultados de los tribunales. La responsabilidad por daños se entiende como un contrato entre médico y paciente. Al ser contratado, el cirujano debe actuar conforme la ética y las normas de la profesión. Hay que tener en cuenta al autor, el acto, la culpabilidad, el daño y el nexos causal al considerar la responsabilidad médica. En las decisiones judiciales hubo cuatro casos en que declararon culpables por errores médicos a los médicos. Los pacientes insatisfechos con los resultados de esta cirugía buscan sus derechos, y la responsabilidad recae sobre el cirujano que ha actuado con imprudencia, negligencia o mala praxis.

Palabras clave: Responsabilidad civil. Responsabilidad legal. Errores médicos. Cirugía de reasignación de sexo. Transexualidad.

Abstract

Medical liability in sex reassignment surgery according to Brazilian legislation

This study investigates medical liability in sex reassignment surgery in light of Brazilian legislation. Normative diplomas were examined to understand the duties of physicians. Court decisions were analyzed to identify cases of medical errors in these surgeries and the understanding of courts. Damage liability is understood by the establishment of a contract between physician and patient. Upon being contracted by the patient, the surgeon must act according to the ethics and rules of the profession. The author, act, culpability, harm and causal nexus should be taken into account when considering medical liability. The analysis of court decisions found four cases in which physicians were considered guilty of medical errors. Although patients dissatisfied with results of sex reassignment surgery should seek their rights, liability requires the surgeon to act with imprudence, negligence or malpractice.

Keywords: Damage liability. Liability, medical. Medical errors. Sex reassignment surgery. Transexualism.

Declararam não haver conflito de interesse.

Em 1997, a Resolução 1.482/1997 do Conselho Federal de Medicina (CFM) autorizou a cirurgia de redesignação sexual (CRS) para pacientes transexuais¹. A intervenção cirúrgica é legal desde que o paciente atenda aos critérios necessários para o procedimento e ao programa de tratamento, incluindo a avaliação por equipe multidisciplinar, terapia hormonal e acompanhamento psiquiátrico².

Antes do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2018, transexuais precisavam recorrer ao sistema judiciário para alterar seu nome e sexo no registro civil³.

A CRS foi realizada pela primeira vez em 1970, quando Edgerton e Bull usaram tecidos do pênis e do escroto para configurar a genitália externa feminina⁴. No Brasil, as primeiras cirurgias desse tipo foram realizadas por Farina em São Paulo/SP, em 1971⁵. A história do processo transexualizador no país tem três grandes marcos: 1) as acusações criminais contra Farina em 1971 como penalidade pela intervenção em um órgão sem autorização; 2) regulamentação como procedimento médico em 1997 pelo CFM, normalizando intervenções médicas sobre corpos trans; e 3) transformação em política pública em 2008, com a criação do processo transexualizador previsto pelo Sistema Único de Saúde (SUS), marcado pela judicialização da demanda⁶.

Nesse contexto, este estudo teve como objetivo investigar a responsabilidade médica na CRS considerando a legislação brasileira. Portanto, o foco não é a aceitação ou não de indivíduos transexuais, mas sim a análise da CRS com base na legislação vigente, visto que pacientes insatisfeitos com seu tratamento cirúrgico devem buscar seus direitos, e a responsabilização médica pode existir.

Método

Foram pesquisados artigos relevantes nas bases de dados MedLine, SciELO e LILACS. Também foram consultados documentos médicos e jurídicos oficiais do Brasil, incluindo a Constituição Federal de 1988, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Ética Médica, resoluções do CFM, o Código Penal e decisões judiciais.

No que tange à dignidade do indivíduo e ao direito à liberdade sexual, analisou-se o conceito analítico de crime comparando princípios e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. A responsabilidade médica e os deveres médicos foram examinados por meio de diplomas normativos.

Foram analisadas as decisões dos tribunais do estado de São Paulo envolvendo alegações de erro médico na CRS e, conseqüentemente, a responsabilidade ou não do profissional. Decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do STF, de 1996 a 2023, foram levantadas. Os sites das instituições foram pesquisados utilizando as seguintes palavras-chave: “transgenitalização,” “redesignação sexual,” “transexual,” “transexualidade,” “cirurgia de transexualização,” “erro médico,” “complicações operatórias,” “iatrogenia,” “responsabilidade médica,” “negligência,” “imprudência” e “imperícia”.

Resultados

Direito de escolha do paciente

O STF usou concepções médicas e biológicas de transexualidade – interação e solidariedade entre sujeitos sexuais⁷. Tais direitos incluem o direito à atividade sexual, prazer, autodeterminação sexual e reprodutiva, expressão, autorrealização, consentimento sexual, liberdade de escolha em relação aos parceiros sexuais e reconhecimento público de relacionamentos^{8,9}.

A sexualidade é fundamental para a formação social dos indivíduos, correlacionando identidade de gênero e orientação sexual¹⁰. Este construto é baseado nos princípios da dignidade humana, liberdade, não discriminação e privacidade¹¹.

O consentimento do paciente é um ponto essencial do contrato médico e a base para o ato jurídico. É vedada qualquer agressão ao corpo humano, exceto em hipóteses estabelecidas em lei. O consentimento só é válido para atos fundados em direitos¹² e não pode ser invocado para exonerar médicos de sua responsabilidade legal ou penal em casos de culpa ou má conduta intencional. O consentimento deve estar livre de erros, má conduta e coerção física, psicológica ou moral; não pode ser obtido por simulação ou manobras enganosas,

devendo ser esclarecido que o paciente tem o direito de ser adequadamente informado.

Responsabilidade legal

Responsabilidade legal pode ser entendida como a adoção de medidas para obrigar alguém a reparar danos morais ou materiais causados pelo réu com base em teorias subjetivas e objetivas¹³. A subjetividade é baseada na culpa, e a responsabilidade do autor é discutida quando culpa, dano e nexos causal existem. Na teoria objetiva, a pessoa responsável oferece indenização pelo dano causado desconsiderando a culpabilidade.

No Código Civil de 2002, o princípio da responsabilidade baseia-se na culpa do agente, definindo ato ilícito como aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola os direitos ou causa danos a outrem, ainda que exclusivamente moral¹⁴.

A responsabilidade legal objetiva é aquela que resulta da prática de um ato ilícito, a violação dos direitos de outrem independentemente da culpa do agente causador do dano, restringindo os casos ao próprio dano e nexos causal. Na Suécia, é utilizado um sistema de responsabilidade objetiva sem culpa, pelo qual os danos causados por um profissional médico são compensados por meio de fundos especiais criados para tal e sustentados por contribuições de profissionais¹⁵.

A responsabilidade legal de um médico é entendida pelo estabelecimento de um contrato com o paciente¹⁶. No entanto, considerar a responsabilidade médica como contratual não é presunção de culpa, pois é uma situação jurídica que, segundo o Código Civil, envolve tanto aspectos contratuais quanto extracontratuais entre as duas partes, em que o médico assume a obrigação dos meios, e não o resultado¹⁷. Ao ser contratado pelo paciente, o médico assume o compromisso de agir de acordo com a ética e as regras da profissão, e o paciente se compromete com o pagamento pelo serviço. Portanto, o contrato é oneroso, e o médico tem a liberdade contratual garantida¹⁸.

Em relação à CRS, a autonomia do paciente é considerada em função do fato de que há uma relação assimétrica entre cirurgião e paciente, pois o cirurgião detém conhecimentos técnicos que o paciente não possui.

Análise de decisões judiciais

Decisões judiciais no estado de São Paulo foram analisadas a partir do levantamento dos sistemas eletrônicos para casos de erros médicos e a responsabilidade do cirurgião nos procedimentos de CRS (Quadro 1). As reivindicações foram julgadas procedentes em quatro casos, com a consequente condenação dos cirurgiões e indenização por erros médicos.

Na Apelação Cível 0001683-89.2011.8.26.0001, o juiz julgou procedente a ação proposta pela paciente, mulher trans, contra o médico, que a implantou próteses mamárias, mas a autora foi vítima de erro (negligência e imprudência). O tribunal manteve a decisão contra o cirurgião.

Na Apelação Cível 1014957-39.2014.8.26.0344, o cirurgião não foi considerado culpado. O autor, um homem trans, foi submetido a uma cirurgia de remoção de mama para obter um tórax com aparência masculina, mas alegou que o objetivo não foi alcançado. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu que não houve negligência médica ou falhas técnicas nos procedimentos realizados.

Na Apelação Cível 1019345-90.2014.8.26.0309, o juiz determinou que a ação proposta pela paciente, uma mulher trans, era parcialmente procedente contra o cirurgião que realizou a redesignação de gênero. Tanto o cirurgião quanto o paciente recorreram, e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo alterou a sentença, julgando a ação procedente e obrigando o cirurgião a pagar por uma nova cirurgia.

Na Apelação Cível 1040707-83.2016.8.26.0114, o juiz determinou que o cirurgião pagasse indenização por danos materiais, morais e estéticos decorrentes de erro médico durante a mastectomia subcutânea bilateral em um homem trans, que teve um resultado inestético. O laudo pericial reconheceu o nexos causal entre a cirurgia e o desfecho, mantendo a decisão.

No Recurso Especial 1719375-SP, o juiz julgou a ação parcialmente procedente. A autora, uma mulher trans, foi submetida a penectomia, obtendo resultados insatisfatórios. O réu foi considerado culpado.

Quadro 1. Síntese das decisões judiciais encontradas no presente estudo

Tribunal	Nº do processo	Procedimento	Decisão
Tribunal de Justiça de São Paulo	0001683-89.2011.8.26.0001	Colocação de próteses mamárias	Médico considerado culpado
Tribunal de Justiça de São Paulo	1014957-39.2014.8.26.0344	Mastectomia	Rejeição do pedido inicial
Tribunal de Justiça de São Paulo	1019345-90.2014.8.26.0309	Cirurgia de redesignação sexual	Médico considerado culpado
Tribunal de Justiça de São Paulo	1040707-83.2016.8.26.0114	Mastectomia subcutânea bilateral	Médico considerado culpado
Supremo Tribunal de Justiça	1719375-SP	Penectomia	Médico considerado culpado

Discussão

Ao considerar a cirurgia de redesignação sexual, a ampliação dos direitos individuais e coletivos ao cuidado, à saúde, à atividade médica e a menor resignação à dor e ao sofrimento são alguns dos fatores relatados para explicar a importância da responsabilidade dos médicos. A influência da mídia contribui para essa situação, divulgando fatos e o surgimento de tecnologias incorporadas ao trabalho médico¹⁵.

A atualização mais recente da Resolução CFM 2.265/2019, que trata da saúde de pessoas trans e suas necessidades, garante o acesso aos serviços de atenção primária, especializada, de urgência e emergência¹⁹. Portanto, a assistência jurídica está disponível para pacientes que necessitam de procedimentos cirúrgicos.

Sobre responsabilidade médica, profissionais de saúde devem estar atentos ao significado da relação médico-paciente para garantir respeito e dignidade do paciente e seu direito de escolha, a fim de evitar queixas e litígios envolvendo indenizações.

Erro e culpa são termos frequentemente usados de forma intercambiável. Médicos devem tratar pacientes com zelo, diligência e bondade, usando sua técnica e habilidade, e a cura é apenas a probabilidade desejada. O erro médico só equivale à noção de culpa em casos de negligência, imprudência ou imperícia²⁰.

Uma opção para minimizar gastos com indenizações decorrentes de responsabilidade médica encontra-se no modelo adotado na Suécia, no qual danos causados por atos médicos são compensados por meio de fundos especiais criados para

esse fim e financiados por contribuições de profissionais de saúde¹⁵. Assim, não se negam os erros médicos, mas adota-se um sistema mais econômico nos casos de necessidade de reparações em razão do dano causado.

Erros médicos tornaram-se cada vez mais comuns e graves no mundo todo. Nos Estados Unidos, por exemplo, aproximadamente 180.000 pessoas morrem todos os anos devido a erros médicos²¹. De acordo com Schulze²², 107.612 ações judiciais envolvendo erros médicos foram apresentadas no Brasil em 2018. Com o fortalecimento dos direitos civis, os órgãos de defesa do consumidor foram fortalecidos, despertando nos indivíduos noções de seus direitos e, assim, exigindo o cumprimento de obrigações e indenizações dos fornecedores de bens e serviços, que constituem objeto de ações de reparação por danos – responsabilidade legal e criminal²³.

Embora médicos sejam prestadores de serviços, eles também são trabalhadores autônomos. No Brasil, a relação entre médico e paciente está subordinada ao Código de Defesa do Consumidor²³. Assim, pacientes no Brasil têm o direito de receber informações claras, precisas e completas sobre os procedimentos aos quais serão submetidos, e o prestador de serviços médicos tem o dever de fornecer essas informações para evitar possíveis reclamações compensatórias.

Com base nos dados analisados neste artigo, um número relativamente pequeno de ações judiciais envolveu pacientes submetidos à CRS no estado de São Paulo. Isso pode ser explicado pela recente transferência de ações judiciais para a mídia eletrônica. Além disso, o sistema judiciário brasileiro é lento, o que leva a processos que demoram anos

para serem resolvidos²⁴. Assim, apenas ações judiciais em que as partes não têm mais recursos podem ser encontradas nos sites dos tribunais. No entanto, vale ressaltar que muitas vezes indivíduos conhecem seus direitos e não buscam soluções jurídicas.

Um número crescente de técnicas tem sido desenvolvidas para garantir o sucesso da cirurgia de redesignação de sexo, e o direito a essa cirurgia tem assimilado esses desenvolvimentos, ajudando indivíduos a se ajustarem à sua nova identidade e garantindo apoio em casos de erro médico durante procedimentos cirúrgicos. A sociedade deve respeitar a igualdade existente entre todos os cidadãos²⁵. Para tanto, novos estudos considerando a população transgênero, correlacionando o direito à dignidade humana, e análises e discussões sobre a cirurgia de redesignação de gênero são necessários.

Considerações finais

Pacientes insatisfeitos com a cirurgia de redesignação sexual devem buscar seus direitos e ter o direito de escolha ligado à sua dignidade. Para que médicos sejam responsabilizados, é necessário comprovar que agiram com imprudência, negligência ou imperícia, pois a mera reprovação do resultado estético é insuficiente. A responsabilidade legal dos médicos é de natureza contratual e a existência de culpa, dano e nexos causal deve ser comprovada para estabelecer a indenização. Um número relativamente pequeno de ações judiciais foi encontrado no sistema judiciário brasileiro envolvendo pacientes submetidos à cirurgia de redesignação sexual.

Referências

1. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.482, de 19 de setembro de 1997. Autoriza a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e outros procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários com o tratamento dos casos de transexualismo [Internet]. Brasília, DF: CFM; 1997 [acesso 10 set 2024]. Disponível: <https://bit.ly/3Xjsyr4>
2. Arán M, Murta D, Lionço T. Transexualidade e saúde pública no Brasil. *Ciênc Saúde Coletiva* [Internet]. 2009 [acesso 10 set 2024];14(4):1141-9. DOI: 10.1590/S1413-81232009000400020
3. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.275. Relator: Min. Marco Aurélio. STF [Internet]. 2018 [acesso 10 set 2024]. Disponível: <https://bit.ly/3AVZzSH>
4. Edgerton MT, Bull J. Surgical construction of the vagina and labia in male transsexuals. *Plast Reconstr Surg* [Internet]. 1970 [acesso 10 set 2024];46(6):529-39. DOI: 10.1097/00006534-197012000-00001
5. Santos MCB. Protoformas do processo transexualizador no Brasil: apontamentos sobre a tortuosa institucionalização da assistência à saúde de pessoas Trans no SUS entre 1997 e 2008. *Sex Salud Soc (Rio J.)* [Internet]. 2022 [acesso 10 set 2024];(38):1-20. DOI: 10.1590/1984-6487.sess.2022.38.e22303.a
6. Rocon PC, Sodré F, Rodrigues A. Regulamentação da vida no processo transexualizador brasileiro: uma análise sobre a política pública. *Rev Katál* [Internet]. 2016 [acesso 10 set 2024];19(2):260-9. DOI: 10.1590/1414-49802016.00200011
7. Vianna A. Atos, sujeitos e enunciados dissonantes: algumas notas sobre a construção dos direitos sexuais. In: Miskolci R, Pelúcio L, organizadores. *Discursos fora de ordem: sexualidades, saberes e direitos*. São Paulo: Annablume; 2012. p. 367-97.
8. Monica EF, Martins APA. Conceitos para pensar sobre política sexual no direito brasileiro. In: Monica EF, Martins APA, organizadores. *Qual o futuro da sexualidade no Direito?* Rio de Janeiro: Bonecker; 2017. p. 19-46.
9. Gomes JCA. Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais. *Rev Direito GV* [Internet]. 2021 [acesso 10 set 2024];17(3):1-33. Disponível: <https://bit.ly/4eh7fgB>
10. Araújo LD, Camelo NB, Martins NS, Oliveira HF, Silva MIB. O impacto da fisioterapia no pós-operatório de redesignação sexual em mulheres transgênero. *Rev Bras Sex Hum* [Internet]. 2023 [acesso 10 set 2024];34:1-11. DOI: 10.35919/rbsh.v34.1090

11. Santos TC, Santos CC, Oliveira FLG. Diferença e diversidade sexual na psicanálise, nos costumes e no direito. *Rev Latinoam Psicopat Fund* [Internet]. 2021 [acesso 10 set 2024];24(2):308-32. DOI: 10.1590/1415-4714.2021v24n2p308.5
12. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: CFM; 2019.
13. Diniz MH. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva; 2020.
14. Machado ACC, Chinellato SJA, Morato AC, Morsello MF. Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri: Manole; 2017.
15. Fortes PAC. Aspectos ético-jurídicos da responsabilidade civil do médico em prática liberal. *Rev Saúde Pública* [Internet]. 1990 [acesso 10 set 2024];24(6):518-22. DOI: 10.1590/S0034-89101990000600011
16. Udelsmann A. Responsabilidade civil, penal e ética dos médicos. *Rev Assoc Med Bras* [Internet]. 2002 [acesso 10 set 2024];48(2):172-82. DOI: 10.1590/S0104-42302002000200039
17. Croce D. Erro médico e direito. São Paulo: Saraiva; 2002.
18. Arruda LF, Bertoni RAV. Responsabilidade civil médica na eutanásia: aspectos ético-legais. *Rev Inic Cient Ext FDF* [Internet]. 2020 [acesso 10 set 2024];3(1):433-47. DOI: 10.21207/2675-0104.2018.745
19. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. *Diário Oficial da União* [Internet]. Brasília, DF, p. 96, 9 jan 2020 [acesso 10 set 2024]. Seção 1. Disponível: <https://bit.ly/3TpYyZd>
20. Delduque MC, Montagner M, Alves SMC, Montagner MI, Mascarenhas G. Medical error in the courts: an analysis of the decisions of the Court of Justice of the Brazilian Federal District. *Saude Soc* [Internet]. 2022 [acesso 10 set 2024];31(3):1-8. DOI: 10.1590/S0104-12902022220144en
21. Opitz JB Jr, Saad WA, Kiss DR. Erro médico em cirurgia do aparelho digestivo: contribuição para o estudo das provas técnicas, periciais e documentais e suas implicações jurídicas. *ABCD Arq Bras Cir Dig* [Internet]. 2007 [acesso 10 set 2024];20(1):23-7. DOI: 10.1590/S0102-67202007000100005
22. Schulze C. Números de 2019 da judicialização da saúde no Brasil. São Paulo: Empório do Direito; 2019.
23. Fujita RR, Santos IC. Denúncias por erro médico em Goiás. *Rev Assoc Med Bras* [Internet]. 2009 [acesso 10 set 2024];55(3):283-9. DOI: 10.1590/S0104-42302009000300020
24. Lima TMM, Freitas FO. Análise dos fundamentos das decisões judiciais que condenaram Estados pela morosidade processual. *RBD Civil* [Internet]. 2022 [acesso 10 set 2024];31(4):239-64. Disponível: <https://bit.ly/4ei61BB>
25. Buffara JMM. Conceitos sobre gênero e diversidade: um desafio para a sociedade e o direito. *Rev Estud Fem* [Internet]. 2022 [acesso 10 set 2024];30(1):1-4. DOI: 10.1590/1806-9584-2022v30n179600

Lara Ferraz de Arruda – Mestre – lara.arruda97@gmail.com

 0000-0002-9612-4512

Fernando Nestor Fácio Júnior – Doutor – fnfacio@yahoo.com.br

 0000-0002-0527-5623

Correspondência

Lara Ferraz de Arruda – Av. Miguel Damha, 1990, Condomínio Village Damha 1. CEP 15135-340. Mirassol/SP, Brasil.

Participação dos autores

Os autores participaram conjuntamente na pesquisa e escrita deste artigo.

Recebido: 9.3.2024

Revisado: 21.8.2024

Aprovado: 28.8.2024