

Luis Franco: Situação do transexual está no campo do direito à saúde

Na data de 28/06/2012 foi publicado no site da **ConJur** artigo intitulado “[As decisões extravagantes referentes ao direito à saúde](#)”, abordando o grande problema que os entes federados enfrentam hoje, relativo ao número elevado de demandas judiciais envolvendo casos cujos pedidos extrapolam os limites do direito à saúde. Como bem observado no referido artigo, percebe-se que as decisões judiciais no campo das ações em que se pleiteiam medicamentos e tratamentos médicos em face dos entes públicos muitas vezes ainda são tomadas desconsiderando as políticas públicas de saúde existentes e a realidade técnica (médico-farmacêutica). Por outro lado, discorda-se do exemplo colocado no referido artigo ao citar como exemplo de decisão extravagante as condenações para o custeio das cirurgias de transexualização. Questiona a autora se esse tipo de intervenção cirúrgica “estaria enquadrada como direito à saúde, garantido pela Constituição”.

De fato, em demandas relativas ao direito à saúde presencia-se o aspecto emocional que subjaz à discussão jurídica, consistente na percepção do juiz que um cidadão jurisdicionado possa a vir a falecer “em suas mãos” por falta de um medicamento, razão pela qual comumente se acolhe o pedido da parte autora, deferindo-se medicamentos e tratamentos médicos, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, sem a devida comprovação de sua segurança biológica, eficiência, eficácia, custo-efetividade e, não raro, sem registro na Anvisa e sem ao menos se verificar se existe alternativa terapêutica inserida na própria política pública já existente, trazendo como consequência, conforme frisado no referido artigo, “algumas decisões inadequadas, desnecessárias e desproporcionais aos entes federados, bem como discriminatórias em relação aos demais necessitados do mesmo Sistema Único de Saúde”. Citem-se como exemplo: a) a concessão de oxigenoterapia hiperbárica para tratamento de pé diabético, tecnologia a qual, se incorporada ao SUS, resultaria no impacto de R\$ 11 bilhões, conforme dados da Conitec, ou seja, mais de 10% do orçamento do Ministério da Saúde; b) a concessão de órteses e próteses com discriminação de marca específica, o que dá azo a eventual conluio entre prescritores e indústria; c) o medicamento do eculizumabe (Soliris), cujos gastos do Ministério da Saúde com compras decorrentes de decisões judiciais foram de aproximadamente R\$ 12 milhões (compreendido o período de 2009 a 2011, atendendo a 14 ações judiciais individuais) e que, segundo o Departamento de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde — Decit-MS, não possui evidência científica suficiente para a incorporação no âmbito do SUS, além do fato de não possuir registro na Anvisa e tanto a agência sanitária canadense (Canadian Agency for Drugs and Technologies in Health — CADTH), quanto a agência escocesa (Scottish Medicines Consortium — SMC) não recomendarem a incorporação do eculizumabe em seus sistemas públicos de saúde, ressaltando que o tema é objeto da SL 558 no Supremo Tribunal Federal, pendente de julgamento.

O Judiciário e os demais operadores do Direito não podem fechar os olhos para a existência de um constante desafio em se garantir a universalidade e integralidade do acesso à saúde diante de recursos públicos contingenciados, mesmo porque o campo da saúde, assim como demais setores da economia, tem sofrido inúmeras transformações decorrentes, principalmente, de novos conhecimentos e do desenvolvimento tecnológico. Assim, é prudente que os provedores de serviços de saúde busquem absorver de forma racional os avanços tecnológicos após avaliar cuidadosamente a efetividade das inovações, razão pela qual não pode prevalecer, no âmbito das ações judiciais, a lógica do “pediu-

levou”, que mais beneficia os interesses das indústrias farmacêuticas que a saúde da população. Não é demais lembrar que o interesse econômico subjacente às tecnologias de saúde não pode ser desprezado. O mercado da saúde é dominado por multinacionais, dotadas de forte poder econômico e o Estado brasileiro é um mercado consumidor importante^[1].

Frise-se que a diretriz do atendimento integral, estabelecida no texto constitucional (artigo 198, II), representa simultaneamente o caminho a ser trilhado e o objetivo a ser perseguido e alcançado à medida do financeiramente possível. Por outro lado não se trata de direito absoluto! Não há um direito à integralidade, no sentido de se abarcar todas as tecnologias em saúde disponíveis no mercado, até porque a tal diretriz, como estabelecida na Constituição, deve ter como prioridade as atividades preventivas. Nesse contexto, relevante salientar a inovação legislativa representada pela Lei 12.401/2011, que altera a Lei 8.080/1990, dispondo sobre a assistência terapêutica e sobre as condições e requisitos para a incorporação de tecnologias em saúde no sistema brasileiro de atenção à saúde. A edição deste diploma legal se deu, entre outros motivos, pela necessidade de se delinear de forma mais precisa o conceito de integralidade da assistência adotado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e objetiva beneficiar os usuários do SUS e fortalecer a atuação do Ministério da Saúde no que concerne a sua capacidade para orientar as atividades econômicas em prol das necessidades em saúde.

Portanto, tal diploma legal deve ser observado pelo Judiciário, no intuito de se evitar decisões judiciais que desconsideram por completo que, para que se concretize o acesso universal e igualitário à saúde (artigo 196 da Constituição Federal), compreende-se a imposição de que as ações e os serviços de saúde sejam dirigidos à população como um todo, sem discriminação ou privilégios de qualquer ordem. Nesse sentido a reflexão de Luís Roberto Barroso: “O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.”^{[ii][1]}

Não obstante a constatação das dificuldades existentes ao lidar com questões envolvendo assistência à saúde em processos judiciais, inegável o esforço do Judiciário na busca de maior eficiência na solução de tais demandas, pela instituição do Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e os respectivos Comitês Executivos Estaduais, que têm como objetivo a elaboração de estudos e a proposição de medidas e normas para o aperfeiçoamento de procedimentos e a prevenção de novos conflitos judiciais na área da saúde, sendo indispensável, para isso, a atuação conjunta do Poder Judiciário com o Ministério da Saúde, como órgão de direção nacional do SUS e com as Secretarias de Saúde em cada estado ou município.

No tocante ao questionamento sobre se a intervenção cirúrgica de redesignação sexual estaria enquadrada como direito à saúde, garantido pela Constituição, é de se tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, frise-se que a transexualidade é considerada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como um transtorno de identidade de gênero, sendo inclusive catalogada no código internacional de doenças, cujo CID é o 10-F64.0, sendo que o único tratamento para melhorar tal condição clínica é a troca de sexo social e genital, além de psicoterapia de apoio. O transexual busca a cirurgia de transesexualização para adequar sua aparência física ao seu sexo psicológico, ou seja, o procedimento cirúrgico é a etapa mais importante do tratamento de transexualismo, necessitando de um diagnóstico preciso, multidisciplinar, por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente

social. Ademais, a transexualidade não está associada e é independente da orientação sexual, bem como não se confunde com hermafroditismo.

Por sua vez, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) 1.955 de 12 de agosto de 2010^[iii] que dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo, ao considerar o paciente transexual como portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou, até mesmo, autoextermínio, afirma em seu artigo 3º que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios de: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; d) ausência de outros transtornos mentais. Ademais, atualmente a possibilidade de realização da cirurgia de redesignação sexual em nosso país pelo transexual encontra-se ainda mais concreta, com a edição da Portaria 1.707 de 18 de agosto de 2008 do Ministério da Saúde^[iv], que instituiu o processo transexualizador no âmbito do SUS^[v], além do que a Resolução do CFM de 2010 traz novidade em relação à anterior no sentido de que os tratamentos de transgenitalismo podem ser realizados em qualquer estabelecimento de saúde devidamente habilitado.

Diante disso, percebe-se facilmente que a situação do transexual está inserida no campo do direito à saúde como um direito fundamental, haja vista ser a saúde, conforme o conceito da OMS^[vi], um estado de completo bem-estar físico, mental e social, recordando-se ainda que para a realização da cirurgia de transgenitalização há a necessidade de um diagnóstico médico e de indicação terapêutica. A referida cirurgia é, portanto, uma prestação positiva de saúde que objetiva garantir não mais que o mínimo de bem estar ao transexual. Diante das considerações tecidas sobre a tutela jurídica do transexual, cabe apontar pertinente observação de Tereza Rodrigues Vieira, em trabalho sobre o tema:

“O transexual não quer muito, quer apenas o mínimo essencial para uma sobrevivência digna, procurando o equilíbrio entre os direitos fundamentais e sociais. O direito à busca do equilíbrio corporeamente do transexual, ou seja, à adequação do sexo e prenome, está ancorado no direito ao próprio corpo, no direito à saúde e, principalmente, no direito à identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade pessoal.”^{[vii][2]}

Assim, é possível sustentar a possibilidade autorização de realização da cirurgia de transgenitalização pelo SUS, mesmo que requeridas em ações judiciais, desde que cumpridos os requisitos da Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.955/2010 e da Portaria n. 1.707/2008 do Ministério da Saúde, não só do ponto de vista biomédico, com propósito terapêutico, mas também como forma de concretização dos direitos fundamentais pelo Estado, principalmente dos direitos à saúde, à igualdade, à não discriminação e, primordialmente, como proteção à dignidade da pessoa humana ao livre desenvolvimento da personalidade e à identidade de gênero.

[1]

[1]

[2]

[i]

[i] “As farmacêuticas gastam dezenas de bilhões de dólares para seduzir os médicos oferecendo viagens e convenções. E o pior, muitas vezes fazem isso fingindo que os estão educando. O resultado dessa convivência é que os médicos aprenderam um estilo de medicina que se baseia em remédios. E mais: que remédios recém-lançados, normalmente mais caros, são melhores do que os antigos, ainda que não haja qualquer evidência científica que sustente essa idéia. (...) Elas fazem experimentos clínicos, mas não o trabalho essencial, que é realizado pelos cientistas ligados às redes de saúde de vários países e pelas universidades. E isso acontece porque a [indústria farmacêutica](#) está mais preocupada com o marketing do que com a pesquisa e desenvolvimento. Em 2004, o conjunto das 9 principais farmacêuticas americanas teve lucros sobre vendas 3 vezes maiores que a média das outras 500 empresas mais rentáveis dos EUA. Elas gastam 15% do orçamento em pesquisa e desenvolvimento – isso é menos do que a metade do que gastam com administração e marketing. (Doutores sabem de nada, Entrevista com médica americana Marcia Angell, acadêmica sênior do Departamento de Medicina Social da Universidade Harvard, autora do livro *The Truth About Drug Companies* – “A Verdade sobre os Laboratórios Farmacêuticos – ex-editora de uma das mais respeitadas revistas médicas do mundo *Revista New England Journal of Medicine*, publicada na Revista Super Interessante, in <http://super.abril.com.br/saude/doutores-sabem-nada-446454.shtml>).

[ii]

[ii] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano IX, n. 46, p. 31-62. nov. 2007.p. 33.

[iii]

[iii] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.955 de 12 de agosto de 2010. Publicada no D.O.U., de 3 de setembro de 2010, seção I, p. 109/110. Disponível em

[iv]

[iv] BRASIL. Ministério da Saúde. [Portaria](#) n. 1.707 de 18 de agosto de 2008. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Disponível em:

[v]

[v] Destaque-se ainda a edição da Portaria SAS/MS nº 457/2008 da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, que aprovou a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do SUS. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html

[\[vi\]](#)

[vi] Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em:

[\[vii\]](#)

[vii] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo: mudanças no registro civil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 232.

Date Created

16/07/2012