

# **TRANSEXUAL COMO SUJEITO PASSIVO DE CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: ESTUPRO OU ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.**

1.Introdução; 2. Tipificação legal; 3. Particularização das condutas; 4. Generalidades sobre o transexualismo; 5. Críticas a classificação pátria; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

**ADRIANO FERNANDES FERREIRA**  
Mestrando da Universidade Gama Filho – Rio de Janeiro. Professor da Associação Vilhenense de Educação e Cultura – AVEC e Advogado.

## **1. Introdução**

Quando falamos, escrevemos e pensamos sobre o assunto - sexo - fazemos com certo receio, pois desperta um sentimento íntimo em cada indivíduo. E o tema que propomos a escrever está contido na esfera sexual, portanto, devemos abordá-lo com delicadeza.

A dilema temática torna-se mais árdua quando nos referimos a outros estados comportamentais de sexualidade seja porque as pessoas desconhecem ou porque tenham aversão sobre o assunto e pautam que sexo é, somente, masculino e feminino e todas as outras como **gay** ou **lésbicas**.

Surge o impasse quando deparamos com um crime contra à liberdade sexual e a vítima é um transexual, ou seja, será estupro ou atentado violento ao pudor?

Para iniciar o trabalho relataremos as normas que regulam a matéria e delimitaremos as expressões utilizadas pelo Código Penal nos artigos 213 e 214, ou seja, conjunção carnal e ato libidinoso e para concluir buscaremos na doutrina e nas ciências paralelas ao direito conceitos para delimitar e distinguir o que seja um transexual.

## 2. Tipificação legal

A objetividade jurídica tutelada no Capítulo I, do Título VI, do Código Penal, vela pela liberdade sexual, que diz respeito a disponibilidade que o sujeito tem, se for maior e capaz, de praticar atos sexuais com quem e quando desejar.

Já, o Capítulo VI, do Título I do Código Penal, dos crimes contra a pessoa tem por objeto jurídico a liberdade individual, e na Seção I, refere-se aos crimes contra a liberdade pessoal. O artigo 146 trata do constrangimento ilegal, porém, a jurisprudência o considera como delito subsidiário, não se configurando o constrangimento ilegal quando o constrangimento for elemento integrante de outro delito, como o estupro ou atentado violento ao pudor.<sup>1</sup>

O art. 146 Código Penal assim prescreve:

*“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda. Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. ”*

Portanto, pautado na maior parte da doutrina e na jurisprudência que afirma ser o delito de constrangimento ilegal crime subsidiário dos delitos mais graves como os de estupro e atentado violento ao pudor, podemos afirmar que o delito do artigo 146 é gênero dos quais os dos artigos 213 e 214 são espécie. Partindo da premissa de que estes derivam daquele, o que os difere é a sua especialidade, não podendo ser empregados erroneamente, um no lugar do outro, apesar de as penas serem idênticas, de reclusão de seis a dez anos.

Assim preceitua o Código Penal:

Estupro, art. 213 :

*“Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena – reclusão, de seis a dez anos”.*

Atentado violento ao pudor, art. 214 :

*“Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena – reclusão, de seis a dez anos”.*

Preceituam respectivamente em conjunção carnal e ato libidinoso, portanto, cabe-nos aqui diferenciar um ato do outro.

Ato libidinoso é aquele ato capaz de estimular a concupiscência proporcionando deleites sexuais, tais como: masturbação, o safismo, o clitorismo, o atentado ao pudor. Portanto, é toda ação que se contrapõe ao pudor, com a finalidade lasciva.

Conjunção carnal é a cópula vagínica completa ou incompleta entre homem e mulher, em que há penetração do pênis na cavidade vagínica, com ou sem ejaculação.<sup>2</sup>

### **3. Particularização das condutas**

Suponhamos que um homem, através de violência, mantém relação sexual com uma mulher. Delimitaremos aqui duas condutas relevantes para o momento. A primeira refere-se a uma penetração tradicional, ou seja, vaginal, e a segunda, uma penetração anal.

Então, na primeira conduta o delito praticado pelo indivíduo é o estupro, pois ajusta-se ao disposto no artigo 213 do Código Penal, presentes os requisitos exigidos

---

<sup>1</sup> O penalista relata casos jurisprudenciais sobre o tema: TACrSP, julgados 78/376; RT 533/356; RT496/358; RT 489/358; RT 485/324. (DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. São Paulo : Renovar, 1991, p. 251.)

<sup>2</sup> Vocábulo *conjunção carnal*. In Enciclopédia Saraiva do Direito.

legalmente, ou seja, o constrangimento, o sujeito passivo que é a mulher, o ato genésico (conjunção carnal), a coação violenta ou a grave ameaça e, por último, o sujeito ativo, o homem.

E na segunda ação o delito cometido foi o de atentado violento ao pudor, previsto no artigo 214 do Código Penal, pois o meliante amoldou-se a regra penal agregando os requisitos legais exigidos para tipificar a conduta, ou seja, o constrangimento, a violência ou a grave ameaça, a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Definida a conduta do agente e verificado a presença dos requisitos legais podemos enquadrá-lo no tipo penal, e a primeira vista, o que difere uma tipificação da outra, neste caso, é o orifício a ser penetrado.

Portanto, é matéria pacífica doutrinária e jurisprudencialmente nas condutas elucidadas acima, quando se fala em uma conduta que é composta de ato libidinoso, ou seja, qualquer ato diverso da conjunção carnal o delito infringe o artigo 214 do Código Penal. E, quando há a penetração vagínica o delito é o do artigo 213, ocorre que quando o transexual integra o tratamento de adequação de sexo e, após algum tempo, é realizada a cirurgia na qual se faz a ablação do membro e a confecção de uma vagina, que melhor analisaremos em momento oportuno, a pergunta é a penetração do pênis nesse orifício condiz com requisito exigido legalmente para se caracterizar o estupro?

Por isso levantamos aqui duas questões: a lei requer que o órgão sexual feminino seja completo? se a resposta for afirmativa e no caso de uma mulher que sofreu uma interferência cirúrgica na área vaginal e/ou extraiu todo o útero pode ser sujeito passivo do delito de estupro?

A lei somente faz inferência à conjunção carnal, que pode ser completa ou incompleta, não fazendo menção a trompas, útero entre outros órgãos internos do

aparelho reprodutor feminino, portanto, **a mulher “castrada”, ou seja, sem o útero pode ser sujeito passivo do delito descrito no artigo 213 do Código Penal.** Em suma, a lei somente menciona e requer para configuração do delito a cópula vaginal, tradicional, e a doutrina preceitua para caracterizar o delito a vagina, não o útero. .

É de suma relevância ponderar sobre o sujeito passivo da conduta do estupro, já que a lei não exige a presença dos órgãos reprodutores femininos, não podemos fazer uma interpretação extensiva, exigindo o que ela não prescreve e com isso excluindo a possibilidade de se enquadrar uma tipificação e com isso negando a proteção para pessoas que são tão sofridas pela condição social em que vivem: transexuais verdadeiros.

#### **4. Generalidades sobre o transexualismo**

Agora, levantando outro ponto relevante, o transexual é homem ou mulher? Eles **não** são efeminados, mas sim **femininos**. E a Associação Paulista de Medicina assim vê o transexual, definindo-o: *“transexual é o indivíduo com identidade psicosexual opostas aos seus órgãos genitais externos....”*.<sup>3</sup>

E devemos tomar a máxima cautela para não confundir os transexuais com os outros estados comportamentais, tais como, homossexual, hermafrodita e travesti. No primeiro, ele se vê em uma relação homossexual, se relaciona com pessoas do mesmo sexo; no segundo, o indivíduo possui os dois sexos, ou seja, o do macho e da fêmea; e no último, a relação com o transexual é mais intrínseca mas o que os difere é a condição do travesti ser consciente do sexo que tem e ter atração por pessoa do mesmo sexo, ele se sente feliz com o sexo que tem, ao contrário do transexual que se sente uma mulher na

---

<sup>3</sup> *Apud. VIEIRA, Tereza Rodrigues. Pelo reconhecimento da legalidade do direito à adequação do sexo do transexual.* p. 34.

relação sexual, portanto, uma relação heterossexual, tendo desejo compulsivo de adequar o seu sexo físico ao psicológico.<sup>4</sup>

Breton, Frohwirth e Pottiez, citados por Vieira<sup>5</sup> concordam que uma pessoa que deseja submeter a uma cirurgia de adequação de sexo, que ela será transexualizada. Adverso a isto, pois o que se espera que ela seja destransexualizada pelo tratamento, de igual forma que se acredita que em canceroso operado seja descancerizado.

Somente após a comprovação do transexualidade verdadeira é que a equipe médica multidisciplinar aconselha a realização da cirurgia como tratamento, como terapia para a melhora da saúde deste indivíduo.

Conforme afirma Tereza Rodrigues Vieira<sup>6</sup>, estudiosa do tema, *“adequar o sexo não é uma questão de querer, mas de estar habilitado”*. E continua, *“o direito à busca do equilíbrio corpo-mente do transexual está ancorado, portanto, no direito ao próprio corpo, no direito à saúde e no direito a identidade sexual, a qual integra um poderoso aspecto da identidade sexual.”*

As técnicas para realizar a operação são as mais diversas, sendo algumas mais detalhistas que outras, ocorrendo sempre a conservação das terminações nervosas, permitindo a sensibilidade dessa genitália.

A retificação do Registro Civil, no que concerne ao prenome e ao sexo, é uma das últimas etapas a serem transpostas pelo transexual. Entende VIEIRA que o ordenamento jurídico pátrio autoriza a adequação do prenome e do sexo do transexual.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo : Livraria Editora Santos, 1996, pp. 22-3.

<sup>5</sup> *Obra citada*, p. 33.

<sup>6</sup> VIEIRA, T. R. *Obra citada..* pp. 143-4.

<sup>7</sup> *Idem.* p. 228.

No caso *Aírton Galiaci* que solicitou a averbação, à margem de seu Registro de Nascimento, do prenome *Jacqueline*, além, da adequação do prenome, o Magistrado autorizou também a averbação da condição de pessoa do sexo feminino.<sup>8</sup>

No caso de Silvia do Ramo Afonso, o juiz Milton José dos Santos, na Terceira Vara de Família de Recife uniu em matrimônio Silvia com Fellipo Habib Ben Hassen, tal fato só ocorreu devido a decisão do magistrado José Fernandes, que autorizou que *Severino* (operado em Londres) fosse reconhecido e chamado por *Silvia*, e alterando o seu sexo para feminino. Para Fernandes, “*identificá-lo como mulher agride menos que aceitá-la como homem*”.

Assim, consideramos que o transexual masculino é mulher desde o seu nascimento, visto que, seu sexo psicológico é imutável, e este, sempre foi feminino. Destarte, a cirurgia apenas realiza uma adequação ao seu verdadeiro sexo.

Na prática judicial nacional notamos a divergência entre civilistas e penalistas na busca de conceitos para fundamentar suas posições doutrinárias, os primeiros se justificam no Código Civil e os peritos no crime caminham segundo o Código Penal, só que o Ordenamento Jurídico é uno, portanto, indivisível.

Agora, utilizaremos de argumentos da melhor doutrina civilista e da ciência biológica para justificar a posição de poder ser sujeito passivo do delito de estupro o transexual masculino: segundo a medicina que afirma ser o orifício, realizado com a cirurgia, uma **vagina**; o transexual pode requerer judicialmente a averbação do seu nome (v.g. *Jacqueline*) no Registro de Nascimento; e para complementar a possibilidade de um transexual verdadeiro unir-se pelo matrimônio.

Com isto, podemos concluir baseado nos argumentos *supra* a possibilidade de afirmar sem erro que estão presentes os requisitos exigidos pela lei e pela

---

<sup>8</sup> *Idem.* p. 229.

doutrina penal para a configuração do crime de estupro, que são eles: haver violência ou grave ameaça e a orifício vaginal para a penetração do membro masculino.

### 5. Críticas a classificação pátria

Fazendo uma interpretação histórica do delito de estupro concluiremos que o *nomem juris* deriva do vocábulo romano *stuprum*, que enquadrava qualquer relação carnal. Portanto, o legislador ao diferenciar o que era igual, ou seja, estupro e atentado violento ao pudor, simplesmente separou em categorias, porque apenou de maneira idêntica as condutas dos artigos 213 e 214 do Código Penal.

Podemos tecer críticas a tipificação dada pelos juristas:

a) um beijo lascivo deve ser valorado com idêntica relevância ao estupro?

b) a conduta prevista no artigo 224 cominado com o artigo 213 do código penal (estupro presumido por violência) deve ser aplicado sem valorar a conduta praticada pelo sujeito passivo, ou seja, dar valor absoluto a incidência da norma penal?

c) o sujeito ativo do delito de estupro é somente o homem?

d) e, por último, o transexual não pode ser sujeito passivo do delito de estupro?

O livro da parte especial do código penal vigente data de dezembro de 1940, e nesta época a sociedade detinha costume e moral diferentes da hodierna, é de conclusão lógica que atribuir à violência presumida na conduta do estupro e equiparar a lascívia de um beijo com o atentado violento ao pudor e ao estupro, para a sociedade em que vivemos hodiernamente é uma heresia. A maioria das menores de 14 anos são mais “experientes”, têm acesso aos meios de comunicações, ou seja, detêm uma educação



sexual diversa daquela época. Então, cabe ao magistrado aplicar o valor relativo da norma ao valorar a pena a ser aplicada ao réu.

O professor Alexandre Martins de Castro Filho<sup>9</sup> com bastante propriedade relata e indaga, *qual seria o crime praticado por uma mulher “A” que apontou uma arma e, sob ameaça de morte, constrangeu outra a ter com um homem uma relação sexual?* A doutrina e a jurisprudência são pacíficas ao relatar que o sujeito ativo do delito de estupro, somente, pode ser o homem, neste caso comungamos com a posição esboçada pelo penalista, em concluir que a mulher pode ser sujeito ativo do delito previsto no artigo 213 do Código Penal. O legislador em nenhuma hipótese diz que o sujeito que constrange deve ser o mesmo que faça a penetração do membro, ou seja, que pratique a relação sexual.

No caso *sub judice*, na conduta praticada pelo homem existe um excludente de tipicidade, pois se verifica que ele não teve **vontade**, portanto, está amparado por um excludente de culpabilidade. E a mulher “A” responde pelo delito de estupro verificando que ela é autora mediata, pois realizou a conduta prevista no tipo constranger, se utilizando do homem como mero instrumento.

Contudo, no Brasil, somente no final da década de sessenta foi realizada a primeira operação de adequação de sexo, por isso, não cabia discutir no código de 1940 a possibilidade do transexual ser vítima do delito de estupro. Ao nosso ver não carece de normatização específica para tipificar a conduta, mas sim analisar o dispositivo legal restritivamente e não exigir elementos que a lei não prescreve.

---

<sup>9</sup> In Revista Consulex. ano III, nº 33, setembro/99, pp. 33-4.

## 6. Conclusão

Quando a lei, doutrina e jurisprudência definem o crime de atentado violento ao pudor como ato libidinoso diverso da conjunção carnal não fazem menção ao sujeito ativo ou passivo, portanto, pode ser qualquer pessoa. Contudo, em relação ao estupro já se predetermina que o sujeito ativo, somente, pode ser o homem, e o passivo a mulher.

*A priori* concordaríamos com tal afirmativa, em relação ao estupro, porém, *a posteriori* partindo do texto legal que não requer elementos, mas a doutrina e jurisprudência o fazem, discordamos com veemência e, ainda, concordamos com Castro Filho no posicionamento do sujeito ativo poder ser mulher, e ademais, acrescentamos que o sujeito passivo pode ser um transexual masculino, pois os requisitos legais estão presentes, ou seja, o constrangimento ilegal que tem por objetivo a cópula vagínica. Em se falando de vagina nos apoiamos nos ensinamentos do cirurgião plástico, livre docente da USP, Roberto Farina que afirma que a composição da neo-vagina não é perfeita porque não garante se o indivíduo vai ter ou não orgasmo, mas fisicamente resulta em uma vagina completa, com exceção dos órgãos reprodutores.

Em suma, a lei é flexível, suportando diversas interpretações. As vertentes existentes não são erradas, mas possibilitam o acréscimo de outras possibilidades, como a defesa do transexual contra uma eventual figuração no polo passivo do delito de estupro. Portanto, para justificar o **não** enquadramento da conduta no artigo 214 (atentado violento ao pudor) e tipificá-lo no artigo 213 (estupro) basta os versados na ciência do direito buscar conceitos no direito civil e não se estender na interpretação do dispositivo penal.

O transexual também tem o direito à igualdade e ao respeito.

## 7. Bibliografia

- CASTRO FILHO, Alexandre Martins. *Qual seria o crime praticado pela mulher 'A' que apontou uma arma e, sob ameaça de morte, constrangeu outra a ter com um homem uma relação sexual?* In: Revista Consulex – ano III – nº 33 – setembro/99, pp. 33-4.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Comentários ao código penal*. v. III, São Paulo : Saraiva, 1990.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3ª.ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1991.
- Enciclopédia Saraiva do Direito. nº 8. São Paulo : Saraiva, 1980.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. parte especial, Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. parte especial, v. II, São Paulo : Saraiva, 1995.
- MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. II, São Paulo : Saraiva, 1961.
- MIRABETTE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. v. II, São Paulo : Atlas, 1998.
- PIMENTEL, Silvia. *Crime ou cortesia ? : abordagem sociojurídica ou gênero*. Porto Alegre : Fabris Ed., 1998.
- PRADO, Luiz Régis & BITENCOURT, César Roberto. *Elementos de direito penal*. parte especial. Coleção Resumos, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Pelo reconhecimento da legalidade do direito à adequação do sexo do transexual*. Tese apresentada à PUC/SP, para obtenção do título de Doutora em Direito, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos*. São Paulo : Livraria Editora Santos, 1996.