



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

HIACY GWIMEL QUEIROZ DE FIGUEIREDO

TRANSEXUAL MASCULINO REDESIGNADO PODE SER VÍTIMA DE
ESTUPRO?

SOUSA - PB
2008

HIACY GWIMEL QUEIROZ DE FIGUEIREDO

TRANSEXUAL MASCULINO REDESIGNADO PODE SER VÍTIMA DE
ESTUPRO?

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB
2008

Hiacy Gwimel Queiroz de Figueiredo

TRANSEXUAL MASCULINO REDESIGNADO PODE SER VÍTIMA DE ESTUPRO?

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: 26 de novembro de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA

Msc. Jônica Marques Coura Aragão - UFCG
Professora Orientadora

Esp. Iranilton Trajano da Silva – UFCG
Professor

Msc. Danielle da Rocha Torres - UFCG
Professora

Toda honra e toda glória sejam dadas ao Senhor Deus. Aos meus pais Íris e Aparecido razão da minha existência. Dedico.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por que somente Nele e com Ele tudo é possível. Ele é antes de todas as coisas, e Nele subsistem todas as coisas.

Ao meu saudoso e inesquecível Avô, Marques Mateus de Brito (*in memoriam*), exemplo de vida insuperável.

Aos meus pais, companheiros dedicados e incansáveis, estímulo de meu progresso na vida, que mesmo diante das dificuldades, souberam despende todos seus esforços para oferecer aos seus filhos educação e estudo.

Aos meus amados irmãos Gwerson e Hisis que estiveram ao meu lado nesta parte da caminhada, e que mesmo sem saber contribuíram para que eu aqui chegasse.

Aos meus tios Izamar e Wilton, com os quais firmo um preito de gratidão.

A Fellipe, não há palavras que descrevam a sua importância na minha vida, AMO VOCÊ. A Ronaldo e Filomena, inscritos no meu coração, pela presença certa e desinteressada, pessoas que são, portadoras do Amor Divino.

A minhas queridas amigas Madeline e Vanessa, companheiras de apartamento, pela amizade permanente. Pessoas lindas, e muito especiais e importantes para mim. A amizade de vocês tem um valor enorme, e nada que eu diga a vocês, pode ser tão especial ou mais significativo do que a amizade de vocês. Talvez estas palavras sejam insuficientes pra expressar toda a minha admiração, minha AMIZADE e todo o meu respeito por vocês AMIGAS. O que seria de mim sem vocês?! Sentirei falta das nossas loucuras, nossas conversas, os choros, as risadas. Amigas de verdade, que ficaram para sempre em meu coração.

Ao nobre amigo e vizinho Jarbas Sobreira Moreira Júnior, vulgo Juninho, pelas doações involuntárias, que o digam Madeline e Vanessa, de cremes de galinha, docinhos de leite preparados por sua esmerada mamãe.

A Viviane, Davi, Carizia, Anna Amélia, Júnior Roleta, Junhão, Gustavo, Arlam, Amadeu, Sambu, Eliomar, Vinicius, essas pessoas são ditas amigas, e as levarei para sempre em meu coração, pelo simples fato de terem cruzado meu caminho, e dito palavras de conforto quando eu precisei, por terem me dado um minuto de atenção, e me ouvido falar de minhas angústias, medos, vitórias, derrotas... Aos demais colegas de sala, pelos quais nutro profunda admiração, agradeço os inarráveis momentos de alegria e descontração compartilhados.

A orientadora Jônica pela paciência, e dedicação para comigo, bem como pelos ensinamentos.

"A determinação das posições dos sujeitos no interior de uma cultura remete-se usualmente, à aparência de seus corpos. Ao longo dos séculos, os sujeitos vêm sendo examinados, classificados, ordenados, nomeados e definidos por seus corpos, ou melhor, pelas marcas que são atribuídas a seus corpos".

Louro

RESUMO

A problemática transexual vem provocando interesse por ser um tema atual, passando a suscitar controvérsia entre médicos, psicólogos e aplicadores do direito, tendo em vista que o sexo não é mais considerado apenas como um elemento fisiológico, portanto, geneticamente determinado e, por sua natureza, imutável. O presente trabalho de conclusão de curso, utilizando o método exegético-jurídico e empregando a técnica de pesquisa bibliográfica e virtual, aponta como objetivo geral da pesquisa: analisar a possibilidade jurídica de conferir ampla proteção à liberdade sexual do transexual que se submeteu a cirurgia de neocopovulvoplastia, e que porventura seja constrangido à prática de conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. São objetivos específicos: reconhecer o transexualismo e suas especificidades e identificar os aspectos gerais do crime de estupro, interpretando, progressivamente, as exigências legais para seu correto enquadramento. Destaque-se que o fato de o transexual feminino ser vítima de atentado violento ao pudor, não há dúvidas, já que qualquer pessoa – seja homem, seja mulher - pode ser vítima do referido delito; a celeuma reside no fato de esclarecer se o transexual redesignado, que obteve judicialmente a retificação do nome e do gênero no seu registro civil, que venha a ser compelido a prática da conjunção carnal será considerado vítima de estupro. Vale salientar que a jurisprudência vem progredindo, no que tange aos pedidos de retificação do nome e do gênero no registro civil, havendo uma integração das decisões judiciais no sentido favorável a permitir estas modificações, com o fim de permitir ao transexual, após a cirurgia de redesignação sexual, uma nova identidade sexual, abandonando, desta forma, a dualidade em que estava inserido perante a sociedade. Todavia na seara penal, ainda não há uma postura homogênea sobre o tema apresentado. Assim, ante a visível lacuna interpretativa na legislação, sobre o fato de que a proteção à liberdade sexual da mulher biológica se estende aos transexuais masculinos que se submeteram a uma intervenção cirúrgica que lhe redesignou morfologicamente, insta observar o que dispõe a Constituição Federal acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-se, inclusive, para fins de harmonia interpretativa, a unidade do ordenamento jurídico na solução das questões.

Palavras-chaves: Transexual. Liberdade sexual. Estupro. Ordenamento jurídico.

ABSTRACT

Transsexualism is an interesting issue today, it is going to cause controversy among doctors, psychologists and applicators of law, in view, that sex is not considered only as a physiological necessity, therefore, genetically determined and, by its nature, Immutable. This work of course conclusion, uses a methodologic exegetic-search legal and it uses a technique of literature search and virtual this work has a general objective: to analyze the possibility of giving broad legal protection for freedom of sexual of the transsexual persons who underwent for a neocopovulvoplastia, and perhaps that is required to practice in conjunction carnal, by violence or severe threat. Specific objectives are: to recognize the transsexual and their specificities and to identify the general crime of rape, interpreting, progressively, the legal requirements for its proper framework. The point is the fact that transsexual women be a victim of violent attack of modesty, no doubt, that any person - whether man, woman is - can be victim of this offense. We want know if transsexual redesigned, who returned to court rectification of the name and gender in their civil registry, which will be compelled to practice in conjunction carnal will be considered a victim of rape. The law is progressing about applications for rectification of the name and gender in the civil registry, with an integration of favorable court decisions in order to allow these changes in order to allow the transsexual, after surgery for Sexual resignation, a new sexual identity, abandoning then, the sexual duality. However in Seara criminal, yet there is not a homogeneous position on the issue presented, yet. Then, in the legislation, about the fact that the protection of women's sexual freedom extends to biological male transsexual who underwent a surgical procedure that you redesign morphologically, it has to observe what about the Federal Constitution principle of human dignity, considering, including, for interpretative harmony, the unity of the legal system in resolving the issues.

Key words: transsexual. Sexual freedom. Rape. Legal system.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF - Constituição Federal de 1988

CFM - Conselho Federal de Medicina

CP - Código Penal

HC - Habeas Corpus

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ/DF - Tribunal de Justiça do Distrito Federal

TJ/RJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJ/RS - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJ/SP - Tribunal de Justiça de São Paulo

LISTA DE IMAGENS

FOTO 1 – Ablação do pênis

FOTO 2 – Amputação da uretra

FOTO 3 – Modelador siliconizado

FOTO 4 – Aspectos 30 dias após a cirurgia

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

LISTA DE ABREVIATURAS

LISTA DE IMAGENS

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO 1: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TRANSEXUALISMO.. | 15 |
| 1.1 Gênese do Transexualismo | 16 |
| 1.2 Aspectos Gerais..... | 18 |
| 1.3 Cirurgia de Transgenitalização | 22 |
| CAPÍTULO 2: ASPECTOS GERIAS DO CRIME DE ESTUPRO | 29 |
| 2.1 Bem jurídico tutelado | 32 |
| 2.2 Sujeito ativo | 33 |
| 2.3 Sujeito passivo..... | 36 |
| 2.4 Elementos do tipo | 37 |
| 2.4.1 Elemento objetivo..... | 37 |
| 2.4.2 Elemento subjetivo..... | 38 |
| 2.5 Estupro X Atendado violento ao pudor..... | 39 |
| CAPÍTULO 3: TRANSEXUAL MASCULINO PODE SER VÍTIMA DE ESTUPRO ... | 42 |
| 3.1 A Questão do Transexualismo nos Tribunais | 42 |
| 3.2 Possibilidade jurídica do Transexual ser sujeito passivo do crime de estupro... | 48 |
| 3.3 Direito como um sistema uno..... | 51 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 53 |
| REFERÊNCIAS | 56 |
| ANEXO | 60 |

INTRODUÇÃO

O transexualismo é um tema polêmico que suscita muitas discussões, ao passo que o transexual, foge aos padrões “morais” impostos pela sociedade, não aceita sua condição física, acredita que seu corpo não corresponde ao externado sexualmente, isto é, que seu sexo físico está em desconformidade com a psique.

Grande parcela dos transexuais masculinos, no ímpeto de conformar tal situação, ou seja, o sexo anatômico como desejado e percebido mentalmente, submetem-se a um tratamento hormonal e psicológico, para, posteriormente sujeitarem-se a uma cirurgia de mudança de sexo, a neocopolvulvoplastia, onde haverá a remoção dos testículos e a parte interna do pênis, que será utilizado para dar origem a uma “neovagina”. Após uma árdua cirurgia, obtido o resultado pretendido, passa o indivíduo a pleitear ante a Justiça o direito de ver reconhecida a sua nova condição física, o direito de ser reconhecido como mulher, com a devida alteração de seus documentos.

Poderia o vocábulo “mulher”, ser entendido, legalmente, em sentido estrito ou amplo, isto é, deve ser considerada mulher, para fins jurídicos, somente aquela que assim foi concebida, ou também deveria ser entendido como mulher o transexual masculino que se submeteu a cirurgia de transgenitalização, modificando o sexo. E se esse for compelido ao coito forçado, será considerado sujeito passivo do crime de estupro?

Logo cabe apontar a seguinte indagação como problematização desta pesquisa: a partir do momento que o sujeito, do sexo masculino, passa ser identificado externamente como mulher, sendo assim identificado para os fins cíveis,

também o será para fins penais? Estaria a sua liberdade sexual tutelada tal qual a sua nova condição física o exige? A título de hipótese, indica-se a plena possibilidade de tratamento jurídico homogêneo, abrangendo, portanto, todas as esferas do direito; eis que o Direito é uno, não podendo contrariar-se a si próprio.

O objetivo geral deste trabalho é, pois, analisar a possibilidade jurídica de conferir proteção a liberdade sexual do transexual que se submeteu a cirurgia de neocopovulvoplastia, e que porventura seja constrangido à prática de conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Como objetivos específicos: reconhecer o transexualismo e suas especificidades e identificar os aspectos gerais do crime de estupro, interpretando, progressivamente, as exigências legais para seu correto enquadramento. Para tanto, utilizar-se-á o método exegético-jurídico, aplicando-se a técnica da pesquisa bibliográfica e virtual.

O desenvolvimento do trabalho se dará, num primeiro momento, abordando-se a questão do transexualismo, sua gênese, bem como o posicionamento da biologia quanto aos aspectos específicos da questão, além de proceder a um breve relato acerca da cirurgia, e discorrer sobre a sua aceitação no meio jurídico.

No segundo capítulo, adentrar-se-á no ordenamento jurídico penal; e serão abordados aspectos históricos e gerais do delito de estupro, por meio de uma breve explanação acerca deste crime que fere a liberdade sexual, posto que viola a liberdade que a mulher tem de dispor do seu corpo no exercício pleno de sua sexualidade.

Por fim, serão analisados alguns aspectos polêmicos que envolvem o posicionamento da jurisprudência quanto à retificação do prenome e do gênero do transexual redesignado, a possibilidade, ante a lacuna na legislação, da prática de violência sexual – coito forçado - contra o mesmo, e se a proteção dada a mulher se

estende aos transexuais masculinos que se submeteram a uma intervenção cirúrgica que lhe redesignou morfológicamente, questionando se os mesmos podem ser vítima de estupro já que, com a redesignação morfológica, apesar de o seu corpo continuar a ser, internamente, de um homem, externamente é de uma mulher, passando, inclusive, a possuir cavidade vaginal apta ao coito normal. Para tanto, observar-se-á o que dispõe a Constituição Federal acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-se, inclusive, para fins de harmonia interpretativa, a unidade do ordenamento jurídico na solução das questões.

CAPÍTULO 1 ANÁLISE DO TRANSEXUALISMO

De acordo com a definição do dicionário Aurélio (FERREIRA, 2000), transexualismo é "o desejo que leva o indivíduo (geralmente homem) a querer pertencer ao sexo oposto, cujos trajes pode, até adotar, além de se esforçar tenazmente no sentido de se submeter à intervenção cirúrgica visando a transformação sexual".

Na Resolução n.º 1.652/02 o Conselho Federal de Medicina define transexual como sendo portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio, não se confundindo com o homossexualismo, ou qualquer outra anomalia sexual. Dispõe a Resolução:

Art. 3º - Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- 4) Ausência de outros transtornos mentais.

Transexual masculino é o sujeito que tem compleição física diversa do seu sexo anatômico, e sente por sua genitália verdadeira ojeriza, acarretando, a automutilação, ou, em casos mais extremos, o suicídio.

Diniz (2003, p. 284), define o transexualismo como:

[...] uma síndrome caracterizada pelo fato de uma pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto-extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado, por isso, recusa totalmente o seu sexo, identificando-se psicologicamente

com o oposto ao que lhe foi imputado na certidão de nascimento, apesar de biologicamente não ser portador de qualquer anomalia. [...].

Estudiosos afirmam que a transexualidade é um transtorno surgido quando do desenvolvimento da estrutura nervosa central, no período fetal. Outros, no entanto afirmam que se origina antes de a criança ter a capacidade de discernimento, por volta dos dois anos de idade. Mas todos concordam que, embora portador de uma anomalia, a capacidade intelectual do transexual não é inferior a dos demais indivíduos.

1.1 Gênese do transexualismo

Os primeiros relatos de indivíduos que se travestiam como se do sexo oposto fosse, datam da antiguidade. Há registros históricos de transexuais que viveram na Grécia antiga, homens que desejavam ser mulher, como tais se trajavam. Foi, também, nessa época que se desenvolveram métodos de castração; removiam-se os testículos dos escravos adultos com intuito de evitar procriações, reduzir sua força e amansá-lo.

Remonta a Roma Antiga à primeira cirurgia de transgenitalização da história. O imperador Nero, em um ataque de raiva, golpeou uma mulher grávida levando-a ao óbito. Em virtude do episódio fatídico, e acometido de grande remorso, ordenou a seus subordinados que lhe trouxessem alguém semelhante a que ele matou. No entanto a única pessoa encontrada foi um rapaz de nome Sporo. Nero, então ordenou que transformassem Sporo em mulher, o que de fato ocorreu. Após a “cirurgia”, o Imperador se casou com o jovem.

Cumprе mencionar que nas tribos indígenas norte-americanos, homens transexuais optavam por se vestir e viver como se mulher fosse, inclusive podiam

até unir-se maritalmente com outro homem.

Apesar de não ser próprio de nossa época, somente em 1910 o termo transexualismo foi, pela primeira vez, apresentado pelo médico H.Benjamim, naquele tempo muito confundido com o travestimento, que nada tem haver com aquele.

O primeiro escrito versando sobre transexualismo data de 1910. Tal publicação não teve uma boa recepção, foi muito criticado, compararam-no a um livro de imoralidades, no entanto, em seu bojo diferenciava as formas de homossexualismo, esclarecia que o travestimento não era prática que se caracteriza o homossexualismo, demonstrava ser prática comum entre heterossexuais, para satisfazerem sua libido.

O Dr. Gillies, médico renomado por seus feitos cirúrgicos, conhecido por ser um dos precursores da cirurgia de redesignação morfológica, em 1917, realizou, experimentalmente, cirurgia de neocolpovulvoplastia em soldados americanos mutilados (na 1ª Guerra) que apresentavam comportamentos intersexuais (indivíduo que possui características de ambos os sexos).

Por sua vez o primeiro caso de transgenitalização registrado nos tribunais do Brasil data de 1964, onde o médico-cirurgião responsável por tal procedimento foi condenado, tendo-lhe sido imputado o crime de lesão corporal grave.

Esse episódio suscitou muita polêmica, tanto que no ano de 1974 foi realizado, em São Paulo, o IV Congresso de Medicina Legal, que considerou a cirurgia de transgenitalização mutiladora, e não corretiva. Tal posicionamento foi adotado pelo Código Penal pátrio, permanecendo em vigor até 1996.

Entretanto, em setembro de 1997, o CFM (Conselho Federal de Medicina) editou a Resolução de n.º 1.482 (ANEXO - A), permitindo a realização da cirurgia de

redesignação de sexo, como possível solução para reinserir estes indivíduos na sociedade.

No ano de 2002, ante os bons resultados obtidos, o CFM editou a Resolução n.º 1652/2002 (ANEXO - B), revogando a Resolução n.º 1482/97, e estabelecendo novas regras para realização de tal procedimento cirúrgico.

1.2. Aspectos gerais

A Organização Mundial de Saúde classifica o transexualismo sob a rubrica F-64, sendo o mesmo considerado uma síndrome de disforia de gênero. Tal síndrome caracteriza-se pelo fato do sujeito não aceitar a sua identidade psicosssexual, ou seja, psicologicamente acredita ser do sexo oposto.

Apesar de ser considerada uma disforia de gênero, não significa, para tanto, que o transexual seja portador de qualquer disfunção de ordem intelectual, muito pelo contrário, são pessoas altamente capazes, aptas ao exercício de quaisquer atos da vida civil.

Diferenciam-se das demais pessoas, tão somente, pelo fato de sofrer psiquicamente um sentimento de incompatibilidade entre anatomia e identidade sexual, manifestam um desejo imenso de adequar-se a sua realidade psíquica, de poder ser, de fato e de direito, mulher.

França (1998, p. 235) esclarece:

[...] que de todos os transtornos de identidade, o transexualismo ou síndrome de disforia sexual é aquele que mais chama atenção, pela sua complexidade e por seus desafios às questões morais, sociais e jurídicas. Roberto Farina (in Transexualismo. São Paulo: Editora Novalunar, 1982) defini-o como uma pseudo-síndrome psiquiátrica, profundamente dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se conduz como se pertencesse ao gênero oposto. Trata-se, pois, de uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem

e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero.

Na elucidação deste fenômeno é pertinente analisar dois aspectos fundamentais. O primeiro aspecto é trabalhado pela Teoria Neuroendócrina que é observado na fase de desenvolvimento fetal do indivíduo.

O sexo do indivíduo é determinado no momento da fertilização, porém o processo de diferenciação ocorrerá apenas na sétima semana de vida. Conforme pesquisas recentes, o hipotálamo, responsável pelo comportamento sexual, é, em todos os fetos, basicamente feminino, a despeito de ser o feto, geneticamente, masculino ou feminino.

O hipotálamo, que nada mais é se não o centro de identidade sexual, é uma estrutura que se localiza abaixo do tálamo, na região do diencéfalo, juntamente com o epitálamo e o tálamo (MERCADANTE; FAVARETTO, 1999).

Qualquer alteração que retarde, ou não permita que as secreções androgênicas (responsáveis pelo desenvolvimento das características masculinas), produzidas pela gônada primitiva, atinjam o hipotálamo, acarreta uma disfunção neste, fazendo com que o indivíduo não desenvolva as características adequadas ao seu sexo.

Uma maior produção do hormônio estrógeno na mãe, por exemplo, ou a falta de funcionalidade dos órgãos neurais, acarretaria no feto a permanência das características femininas no centro hipotalâmico, fazendo com que o sujeito desenvolva um comportamento sexual em desconformidade com o sexo anatômico.

Por sua vez, o segundo aspecto é explicado pela Teoria Psicosssexual, e diz respeito a fatores relacionados ao ambiente social que pode influenciar, diretamente, na personalidade dos indivíduos psiquicamente suscetíveis. Trata-se aqui do sexo de criação, ou seja, a educação recebida pelo sujeito com vistas ao desenvolvimento

do seu papel social feminino ou masculino, pode fazer com que ele discorde do seu sexo gonádico.

Procura-se, dessa forma, realçar o papel fundamental que a sociedade exerce na sua determinação sexual, já que o sexo de criação tem grande influência na fixação do sexo da pessoa.

Viera (1996, p.17) afirma que a atuação da comunidade contribui em muito para o desenvolvimento sexual do indivíduo, pois todos aqueles que com ele conviveram, influenciaram em seu comportamento, sendo que os mais próximos tem uma responsabilidade maior nesse processo do que os demais.

O transexualismo é muitas vezes confundido com outros distúrbios sexuais, tais como o hermafroditismo, o homossexualismo, e o travestismo, no entanto, em nada se assemelham, difere destes em seus aspectos psíquico e cromossômico.

O hermafrodita é o sujeito que não tem um sexo definido. Trata-se de pessoa possuidora de caracteres de ambos os sexos, ou seja, possui genitália externa ambígua, sendo necessário, um exame clínico minucioso para determinar qual é o sexo predomina.

Difere hermafroditismo da transexualidade, ao passo que o transexual possui, perfeitamente desenvolvida, a genitália externa e interna de um único sexo, entretanto, psicologicamente, entende ser do sexo oposto. A diferença entre o corpo e a psique determina o indivíduo como sendo transexual.

Por sua vez, homossexualismo é um mero distúrbio de ordem sexual, posto que o indivíduo opta por manter relação sexual com uma pessoa do mesmo sexo. O homossexual está satisfeito com sua condição, e seus órgãos sexuais são, para ele, uma fonte de prazer, diversamente do que ocorre com o transexual.

Considera-se travestismo a condição na qual o indivíduo busca a satisfação

sexual trajando vestimentas do sexo oposto. O travesti pode ser um sujeito homossexual ou heterossexual.

Fragoso (1981, p. 300-301), com maestria, fez a distinção entre o homossexualismo, o transexualismo e o travestismo, em seu parecer datado de 17 de outubro de 1978 dispondo que:

[...] Entende-se por transexualismo uma inversão da identidade psicossocial, que conduz a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, que se manifesta pelo desejo de reversão sexual integral. [...] O transexualismo não se confunde com o homossexualismo.[...] Os homossexuais convivem com o próprio sexo e estão certos de pertencer a ele. Os costumes e vestuários próprios do sexo masculino não os agridem psicologicamente, embora alguns prefiram uma aparência bizarra e excêntrica, afetada e efeminada. Outros, ao contrário, desejam uma aparência máscula, cultivando atributos masculinos (barba, bigode, costeletas) e vestuário adequado. Os transexuais, ao contrário, sentem-se como indivíduos "fora do grupo" desde o início, não participando com espontaneidade e integração do ambiente por eles freqüentado. Por seu turno, os travestis, de um modo geral, podem levar vidas duplas, apresentando-se ora como indivíduos do sexo masculino ora travestidos. Há uma "tolerância" em relação a ambos os comportamentos em que há predominância de um ou de outro por um período variável, às vezes de certa maneira cíclica ou temporária, ocasional. Do travesti difere o transexual fundamentalmente no desejo compulsivo de reversão sexual, que os travestis não apresentam, e no comportamento mais feminino.

Ao contrário do que acreditam algumas pessoas, os transexuais não têm órgãos sexuais atrofiados. Em alguns casos até pode ocorrer a atrofia dos testículos, mas tal fato se dá em virtude do uso exagerado de hormônios femininos para aumentar as glândulas mamárias e conseguir eliminar os pêlos, obtendo, assim, um púbis feminino.

Ressalte-se que o transexual, não possui prazer no seu órgão genital, e tão pouco em manter relações homossexuais, desejam manter relações heterossexuais.

Na grande maioria das situações, tratamentos psicológicos que visam fazer com que essas pessoas aceitem seu gênero, não são indicados na idade adulta, vislumbra-se que só produziriam resultados positivos se iniciados na infância, pelo

fato de que nesta fase do desenvolvimento as pessoas são mais suscetíveis e respondem facilmente a psicoterapia.

Outrossim, a cirurgia de redesignação morfológica é a solução pertinente, haja vista que somente assim o transexual teria assegurado a tranquilidade comportamental, tendo em vista que estariam sanados os conflitos psíquicos que decorrem do antagonismo entre caráter e aceitação social.

1.3 Cirurgia de transgenitalização

A intervenção médico-cirúrgica de modificação do sexo encontra subsídio na citada Resolução 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina, cujo entendimento é de que a cirurgia de redesignação morfológica é a terapia mais adequada ao tratamento da transexualidade, tratada pela Organização Mundial de Saúde como uma patologia, posto que tratamentos psicoterapêuticos, na grande maioria dos casos, mostram-se ineficazes.

Adequar o sexo não é uma questão de querer, mas de estar habilitado. “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 à identidade social, a qual integra um poderoso aspecto da identidade sexual” (VIEIRA, 2004).

Também, cabe esclarecer que todos somos titulares do direito à saúde, inclusive o transexual. Sendo assim a cirurgia redesignadora encontra substrato legal tanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, quanto na CF/88 que consagraram o direito à Liberdade e a Saúde.

Os Tribunais vêm se posicionando nesse sentido:

2005.001.07095 - APELACAO CIVEL -TJ/RJ
NONA CAMARA CIVEL
DES. JOAQUIM ALVES DE BRITO - Julgamento: 26/07/2005.
Apelação cível. Constitucional e processual. Ação de obrigação de fazer movida contra o Estado visando obter a realização de cirurgia de transgenitalização de neocolpovulvoplastia (mudança de sexo) porquanto não tendo o autor recursos para financiá-la, e estando a utilizar medicamentos preparatórios da cirurgia que podem acarretar efeitos colaterais pondo sua vida em risco, os quais foram indicados por médicos do próprio estado, não pode ser desamparado pelo poder público tendo em vista o direito social à saúde, previsto na constituição. Sentença de improcedência. - O direito social à saúde, previsto no art. 196 da Constituição é auto-aplicável, podendo se efetivar mediante a tutela jurisdicional. A negativa da efetivação de um direito assegurado pela Constituição, sem justificativa, constitui ofensa moral causadora de angústia, desalento, desesperança. - Apelo provido.

Ao seu tempo, Szaniawski (1999, p. 194), afirma que tal procedimento justifica-se, tendo em vista o livre desenvolvimento da personalidade:

[...] que possibilita a redesignação sexual no transexual, está previsto constitucionalmente nos princípios consagrados na Lei Maior (art 1º, incs. II e III), nas garantias fundamentais contemplados no art. 5º e na proteção do Direito a Saúde estabelecida no art. 196.

Para o exercício pleno de sua liberdade sexual, busca o transexual a cirurgia redesignadora, submetendo-se diversos tratamentos, dentre eles o psicológico, com o intuito de ajustar seu sexo morfológico ao seu sexo psíquico. Os procedimentos que precedem a cirurgia de redesignação sexual obedecem critérios de habilitação específicos, presentes no art. 4º da Resolução n.º 1.652/2002 do CFM:

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios abaixo definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) é necessário um diagnóstico médico de transexualismo;
- 2) o(a) paciente deve ser maior de 21 anos;
- 3) não se podem ter características físicas inapropriadas para a cirurgia.

O laudo médico favorável à realização da cirurgia de transgenitalização, e o consentimento expresso do paciente são instrumentos decisivos, uma vez presentes

não há nenhum óbice a prática de tal procedimento cirúrgico.

Na linguagem técnica da medicina chama-se de neocolpovulvoplastia a cirurgia de constituição da neovagina. Trata-se de procedimento cirúrgico com duração de 4h a 5h, anestesia peridural (na coluna), onde o tempo de internação hospitalar máximo é de 06 dias. A transgenitalização masculina para feminino, apesar de ser um procedimento mutilador, pode dar-se em um único momento.

De acordo com Olios da Silveira (*apud* LACERDA, 2007), primeiramente amputa-se o pênis, preservando-se os corpos cavernosos, as veias, e a glândula (parte sensível que possibilitará o orgasmo com ejaculação) que será adaptada, e dará origem a um pseudoclítoris. Em assim sendo, a sensibilidade será preservada, e em muitos casos, o transexual cirurgiado poderá, mais facilmente, chegar ao orgasmo devido à ereção dos restos internos dos corpos cavernosos.

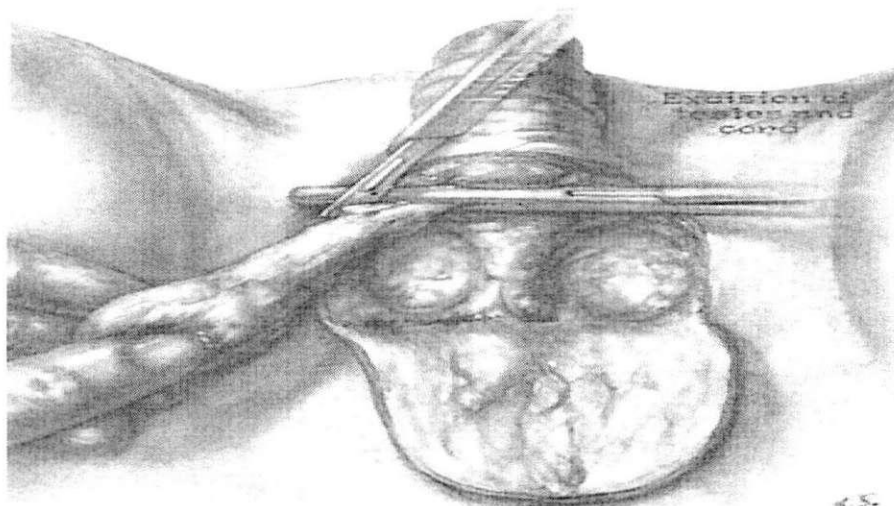


FOTO 1 – ABLAÇÃO DO PÊNIS

Posteriormente, amputa-se a uretra, no entanto, deixa-se um segmento longo de mucosa, pois no caso de ocorrer necrose ou infecção pós-operatório, utiliza-se a mucosa disponível para realização de um novo procedimento.

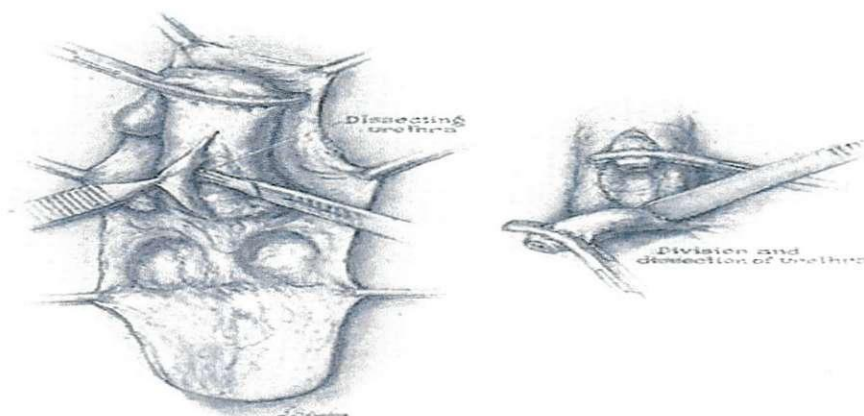


FOTO 2 – AMPUTAÇÃO DA URETRA

Em seguida uma abertura mediana e longitudinal é efetuada no escroto e retiram-se os testículos e o funículo espermático. O tecido escrotal, excetuando-se a camada externa, será utilizado para dar origem a neovagina.

Efetua-se entre o princípio do escroto e o ânus, um corte em cruz ou em V, abrangendo o espaço anterior ao reto, estendendo-se até a próstata. Este espaço será dissecado e por meio de alargadores de Hegar dá-se origem a um pertuito que será a neovagina. A remoção dos pêlos do escroto é realizada com eletro cautério.

O saco escrotal será invertido e precipitado no orifício da neovagina, com sutura tão cranial quanto possível. Um modelador metálico ou siliconizado é coberto com gaze e introduzido no orifício que dará origem a neovagina, para evitar hemorragias e prevenir colamento da cavidade.

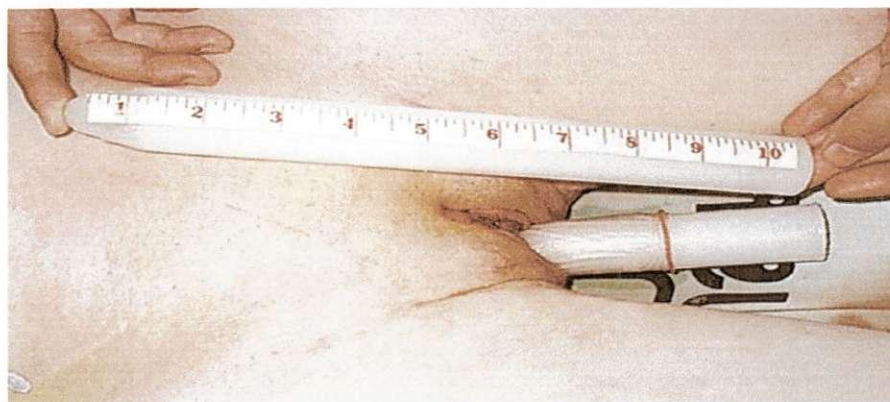


FOTO 3 – MODELADOR SILICONIZADO

No período pós-operatório o paciente, deverá constantemente, dilatar a neovagina com um objeto siliconizado, de formato cilíndrico. O resultado final afigura-se similar a vagina de uma mulher, como tal concebida:



FOTO 4 - ASPECTOS 30 DIAS APÓS A CIRURGIA

O cirurgião plástico Jalma Jurado (*apud*. PERES, 2001, p. 166) explicita que:

Esse tipo de cirurgia já alcançou um avanço tão grande de tal forma que não se remove mais nenhum tecido importante, com exceção do tecido esponjoso responsável pela ereção, sendo que tal não têm função, os tecidos da região genital preservados serão utilizados para a feitura do outro sexo. Após 2 meses, o paciente já estará apto a manter relações sexuais.

Apesar da cirurgia de redesignação sexual só se realizar após uma rigorosa jornada de consultas e exames para se constatar, efetivamente, se o paciente é transexual, e de que tal procedimento cirúrgico está respaldado na resolução do CFM, bem como na Constituição, que assegura a todos o direito à saúde, e sendo a cirurgia o único meio eficaz ao tratamento desses indivíduos, há juristas contrários a mesma. Faz-se mister trazer a colação o seguinte julgado:

596103135 – APELAÇÃO CÍVEL – TJ/RS
 TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
 RELATOR: TAEI JOÃO SELISTRE, Julgamento: 12/09/1996. Registro Civil.
 Mudança de sexo. Transexual. Autorização judicial para ser realizada
 cirurgia. Extinção do feito, por impossibilidade jurídica do pedido. 1. não

tendo sido discutida a competência, não se pode cogitar do respectivo conflito. 2. dentro dos limites da vara dos registros públicos, o pedido não tinha amparo legal, sendo caso de extinção do feito. 3. mesmo se entendendo o comando da sentença com sentido mais amplo, o certo é que a cirurgia pretendida que não é corretiva e tem efeito mais psicológico, mesmo porque o sexo biológico e somático continua sendo o mesmo, não é permitida em nosso país. Ainda que devendo o transexual ser tratado com seriedade, com acompanhamento médico desde a infância, e mesmo sabendo que em outros países essa cirurgia é realizada, não se pode autorizar a sua efetivação. 4. impossibilidade jurídica do pedido. Inviabilidade de aplicação dos artigos 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 126, do Código de Processo Civil, que não tem o alcance pretendido. 5. decisão extintiva do feito mantida. Apelação não provida, por maioria.

Utilizam, também, como argumento o fato de por não ter sido estabelecido uma conexão entre o desvio psicológico e fatores de ordem biológica, não se pode ao certo determinar a causa do transexualismo. Massip (*apud.* PERES 2001, p. 164) relata que:

Em verdade, conforme já mencionamos, não se sabe ainda ao certo a causa determinada do transexualismo. Esse é um dos grandes motivos para que muitos se manifestam contrariamente à operação. Além disso, entendem que a cirurgia não tem o condão de modificar o sexo do indivíduo, o que significa dizer que depois da operação, o transexual masculino continuará sendo homem. Isso porque não há implante de órgãos sexuais internos, ao passo que não passará a ter útero, ovários, etc. a cirurgia possibilita apenas uma modificação da aparência do órgão genital externo, fazendo essa com que se assemelhe ao sexo oposto desejado, cuja função, será no máximo, a de satisfazer o libido do transexual.

Outrossim, Klabim (*apud.* PERES 2001, p. 165) afirma que:

Outro ponto importante consiste no fato de essa cirurgia ser caracterizada como mutilante, ou demolitória, expressão empregada pela doutrina italiana, o que afastaria a legalidade de sua realização. A razão disso reside no fato de a cirurgia implicar numa castração, pois o indivíduo não terá mais seus órgãos reprodutores, o que tornará, por conseguinte estérreo. E por fim, entende que a intervenção cirúrgica não leva a mudança de sexo do indivíduo, mas apenas a aparência. Caso a cirurgia implica-se tal mudança, [...] seria possível, talvez, defender a cirurgia de conversão, e desde logo todos os fatos que envolvem o transexual após sua submissão.

Em que pese tais argumentações, as mesmas são descabidas de qualquer justificação legal, posto que as intervenções cirúrgicas, que tenham finalidade

terapêutica, encontram substrato legal na própria Constituição, motivo esse que, por si só, as justificam. Por intervenções cirúrgicas com fins terapêuticos devem ser entendidas aquelas que perseguem a conservação ou restabelecimento da saúde, ou então a prevenção de um dano maior ou, ainda, em alguns casos, a simples atenuação ou desaparecimento da dor (ZAFFARONI, 2006, p. 395).

Além disso, o Conselho Federal de Medicina subsidia esse entendimento, ao ponderar que “a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico” (ANEXO B).

Logo, por ser o transexualismo uma síndrome da disforia de gênero onde o indivíduo é contrário a sua identidade psicosssexual, sendo irreversível em adultos, a realização da cirurgia, afigura-se como a única forma de tratamento viável, haja vista que ao adequar o sexo e, por conseguinte, o prenome no registro civil (fato este que será tratado adiante), o transexual passa a desfrutar de uma tranquilidade comportamental que lhe possibilitará a inserção na sociedade, assegurando-lhe uma vida digna.

CAPÍTULO 2 ASPECTOS GERAIS DO CRIME DE ESTUPRO

Antigamente o termo estupro não era empregado para designar a conjunção carnal mediante violência. No direito romano, não se aplicava à denominação estupro, no entanto qualquer congresso carnal ilícito, que compreendia, inclusive, o adultério e a pederastia, bem como o simples concúbito com mulher virgem, ou não, mas honesta, era considerado *crimen vis*, sendo punido com pena de morte. Para o direito canônico, estaria configurado o delito de estupro, se, e somente se, o emprego de violência sexual fosse contra mulher virgem, caso a violência se desse em desfavor de mulher deflorada não haveria que se falar em estupro (HUNGRIA, 1981).

Carmignani (*apud*. COSTA JR., 1990, p. 101), há pouco mais de um século, com base no Digesto, conceituava o estupro como a corrupção de uma virgem ou de uma viúva que vivesse honestamente. Classificava-o em simples quando praticado com o consentimento da parceira. O estupro apresentava-se como qualificado pela violência, pela sedução, pela qualidade da ofendida, por abuso de autoridade ou famulato.

Vale salientar que a aceção do estupro como coito mediante violência, em qualquer de suas modalidades, foi a que prevaleceu na linguagem jurídica, entretanto há Códigos, a exemplo o português, que ainda empregam o termo no antigo sentido, preferindo o vocábulo "violação" para designar a posse sexual violenta.

Neste aspecto, o Código Penal de 1830 previa em seu art. 22 que:

Art. 22 - Ter cópula carnal por meio de violência ou ameaça com qualquer mulher honesta.

Pena de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida.

A alcunha estupro surgiu na legislação brasileira com o Código de 1890, em seu art. 268, que o limitou à conjunção praticada mediante violência ou grave ameaça, dispondo que:

Art. 268 - Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão celular por um a seis anos.

§ 1º Se a estuprada for mulher pública ou prostituta;

Pena - de prisão celular por seis meses a dois anos.

No Direito atual, sob a égide do Código Penal de 1940, diferentemente do que se dava nos diplomas outrora mencionados, tal delito encontra-se disposto em um título próprio. O título IV tutela os crimes contra a liberdade sexual, ou seja, tutela a capacidade que o sujeito tem de dispor da maneira que lhe aprouver do seu corpo. Dentre tais delitos temos o estupro cuja figura típica está prevista no art. 213 CP.

Art. 213 Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena: reclusão, de 6(seis) a 10 (dez) anos.

O delito de estupro desdobra-se em um constrangimento, somado a uma finalidade sexual. Consiste a conduta em constranger uma mulher ao coito forçado, mediante violência ou grave ameaça. Caracteriza-se por ser o mais grave dos atentados contra a liberdade sexual, já que há o emprego de violência visando o congresso carnal.

Prevalece na doutrina, e na jurisprudência que a conjunção carnal é, tão somente, a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. Não se enquadrando nesse conceito outras formas de realização do ato sexual, considerados coitos anormais, a exemplo, da prática anal ou oral. Tais atos

sexuais poderão, a depender do contexto fático, configurar o crime de atentado violento ao pudor. Logo, o indivíduo que constrange outro, do mesmo sexo ou não, a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal pratica o crime do art. 214 do CP. Ressalte-se que não se dá por consumado o crime pelo simples contato dos órgãos genitais.

Segundo Costa Jr. (1990, p. 102) o estupro, que é o mais grave dos atentados contra a liberdade sexual, caracteriza-se pela prática da conjunção carnal mediante violência. A conjunção carnal é a cópula sexual normal, *secundum naturam, a introductio pênis intra vas*. Estão, pois, excluídos da cópula vagínica o coito anal e a *fellatio in ore*, já que o ânus e a boca não são considerados órgãos genitais.

Neste sentido, corrobora a jurisprudência:

A consumação se dá com a introdução, ainda que parcial, do pênis na vagina, prescindindo da cópula completa. A jurisprudência considera conjunção carnal o afastamento dos lábios e atrito com os órgãos externos (TJDF Ac. – Relator Helládio Toledo Monteiro – DJU – 22/09/1981, p. 9306).

O crime de estupro consuma-se com a introdução do membro viril nos órgãos sexuais da mulher, tanto fazendo que se trate de superficial introdução do membro na cavidade vulvar como a completa introdução na vagina (TJSP - RT 577/353).

Ademais, conforme entendimento do STF e do STJ, tal crime será considerado hediondo (art. 1º, V, da Lei 8.072/90) quando for praticado mediante violência real ou grave ameaça, e quando resultar em lesões corporais graves ou morte (art. 213 c/c art. 223 do CP). Igualmente haverá crime Hediondo em relação ao estupro se a violência for presumida.

Vale salientar em que pese posicionamentos contrários, o que prevalece tanto na doutrina, quanto nos tribunais, é que o estupro, em qualquer de suas

modalidades (tentado, simples, qualificado), é hediondo. Nesse sentido, traz-se à colação a ementa de um *Habeas Corpus* julgado pelo STF:

Habeas Corpus. 2. Paciente condenado a sete anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática de estupro, em sua forma simples (art. 213 do CP) 3. Pleito de progressão de regime prisional, sob a alegação de que o crime de estupro só se classifica como hediondo em sua forma qualificada. 5. O estupro em sua forma simples, encontra-se no rol dos crimes hediondos. A interpretação no sentido de que o crime de estupro, em sua forma simples, não está abrangido pelo inciso V do art. 1º da Lei nº 8072/90, implica admitir sentido normativo incompatível com o marco fixado naquele dispositivo legal. 6. Precedentes: HC 81.288, Plenário, Relator para o acórdão, Min. Carlos Velloso, DJ em 6/2/2002. 7. Habeas corpus indeferido.

Capez (2005, p. 21-22), discorrendo acerca do tema afirma:

Entendemos que também se trata de crime hediondo, pois a lei não faz nem autoriza qualquer distinção entre as formas de violência. Com efeito, submeter uma criança de 09 anos à conjunção carnal, seduzindo-a com doces e brinquedos, não nos parece ser uma conduta menos grave que empregar violência real contra um adulto. Ambas as formas são, na realidade e na letra da lei, crimes hediondos. Os Tribunais Superiores têm-se manifestado nesse sentido, em que pese haver posições discordantes.

2.1 Bem jurídico tutelado

Embora o objeto material seja o corpo da mulher, o interesse tutelado é a sua liberdade sexual, ou seja, o direito que ela tem de dispor do seu próprio corpo, em sua completude. Afigura-se na autodeterminação dos atos sexuais do indivíduo, que nesse caso é a mulher, que tem assegurado portar-se da forma que quiser em seus relacionamentos / relações sexuais.

Borja Jiménez (*apud*. GRECCO, 2006, p. 518), dissertando sobre o conceito de liberdade sexual, com precisão, aduz que:

[...] assim entende a autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhes são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais.

O art. 213 protege o direito que a mulher tem de dispor do corpo, é a tutela do critério de eleição sexual. É um direito inexoravelmente seu, não importando, nem mesmo, se ela mercancia o corpo, pois, ainda nesta situação, conserva a faculdade de aceitar ou recusar quaisquer que a solicita, prevalecendo a liberdade de escolha nas relações sexuais.

2.2 Sujeito ativo

Grande parte da doutrina pátria entende que somente o homem pode ser sujeito ativo do crime de estupro, uma vez que só ele pode manter com a mulher conjunção carnal, que é o coito normal, ou seja, penetração do membro viril no órgão sexual da mulher.

Nada, entretanto, impede a co-autoria ou participação criminosa; assim, mulher pode responder pelo ilícito na forma do art. 29 do CP. É possível a co-autoria até por omissão daquele que devia e podia agir para evitar o resultado típico (MIRABETE, 2000, p. 1244).

Pontua o mestre Hungria (1981, p. 113):

[...] em matéria de estupro, somente o homem pode ser o executor, do mesmo modo que só a mulher pode ser paciente. Em face do nosso Código, não há indagar se é reconhecível o estupro no caso da mulher que, provida de clitóris hipertrófico, constrange outra ao amor sáfico.

Contrário a este entendimento, Castro Filho (1999, p. 34) questiona:

[...] qual seria o crime praticado pela mulher que aponta uma arma e, sob a ameaça de morte, constringe outra a ter com um homem uma relação sexual, sendo que este desconhece o constrangimento?

Percebe-se nesta situação que uma mulher, valendo-se da intimidação provocada por uma arma de fogo, constringe outra mulher a manter coito com um homem, contra a sua vontade, mediante violência ou grave ameaça. Em assim sendo, mantinha, pois, o domínio do fato criminoso, ao passo que o homem era, tão somente, instrumento do crime e, conseqüentemente, deve ser, encarada como autora do crime de estupro. Consiste em um caso de autoria mediata, onde somente a mulher, deve ser considerada autora, já que somente ela tinha o controle da situação.

A jurisprudência caminha neste sentido:

Tanto comete o crime quem o pratica diretamente como aquele que, pela ameaça de arma de fogo, submete a vítima à ação direta de terceiro" (RT 575/479)

No que concerne à autoria do crime de estupro por parte da mulher, assevera Jesus (1999, p. 16):

[...] autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias ("se", "quando", "onde", "como" etc).

Prado (*apud*. GRECCO, 2006, p. 526), analisando essa situação, aduz:

Excepcionalmente, na hipótese de o sujeito ativo da cópula carnal sofrer coação irresistível, por parte de outra mulher para a realização do ato, pode-se afirmar que o sujeito ativo do delito é uma pessoa do sexo feminino, já que, nos termos do art. 22 do CP, somente o coator responde pela prática do crime.

Com relação ao marido que obriga sua esposa a manter relação sexual contra sua vontade, estará ele figurando na posição de sujeito ativo do crime de estupro. No entanto, o entendimento nem sempre foi este, uma vez que os doutrinadores antigos entendiam que o marido não podia ser sujeito ativo do crime de estupro contra a sua esposa. Entendiam eles que a mulher era inferior ao homem, e quando casados este tinha para com aquela direitos advindos do casamento, que no caso era a possibilidade de manter relações sexuais no momento que lhe aprouvesse, independentemente da mulher consentir, mediante violência ou grave ameaça, suficientes para que ele atingisse o fim desejado.

Nesse sentido Costa Jr. (1990, p. 102) preleciona:

Discute-se sobre se o marido possa ser sujeito ativo de estupro. Quer-nos parecer que não, pois o estupro pressupõe a cópula ilícita e a prestação sexual é dever recíproco dos cônjuges. Estará, pois, o marido exercitando um direito seu, desde que o faça regularmente. Isto significa que poderá responder pela violência física excessiva que venha a empregar para compelir a esposa à conjunção carnal.

Somente com a Constituição de 1988, que determinou a igualdade jurídica entre os cônjuges, cai por terra a superioridade do marido para com a esposa, e esta mesmo casada tem assegurada a sua liberdade sexual, ou seja, o marido só poderá manter relação sexual com sua esposa se esta consentir, do contrário estará praticando o delito de estupro.

Conforme assevera Delmanto (1998, p. 413):

embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular de direito (CP, Art. 23, III, 2ª parte), mas, sim, abuso de direito, portanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges.

Nesse sentido, esclarece Venoza (2003, p. 161-162):

Na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais. Embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua ausência não tolerada ou não aceita pelo outro cônjuge, é motivo de separação. O princípio não é absoluto, e sua falta não implica necessariamente o desfazimento da *affectio maritalis*. Afora, porém, as hipóteses de recusa legítima ou justa, o dever de coabitação é indeclinável. Nesse sentido, é absolutamente ineficaz qualquer pacto entre os cônjuge a fim de dispensar o débito conjugal ou a coabitação. Não pode, porém, o cônjuge obrigar o outro a cumprir o dever, sob pena de violação da liberdade individual.

2.3 Sujeito passivo

Apenas a mulher, virgem ou não, independentemente de sua idade ou conduta social, pode ser vítima do delito. Hungria (1981, p. 114), preleciona:

É irrelevante à existência do estupro o estado ou qualidade da mulher paciente: se solteira, virgem ou não, se casada ou viúva, se velha ou moça, honesta ou impudica, incorruta ou devassa, monja ou prostituta. Nem mesmo a autêntica prostituta, ou seja, a mulher que cede *au premier passant*, despejada mercadora do amor, francamente entregue ao *exercitium vulvivagae veneris*, perde o direito ou liberdade de escolha sexual. Diziam os romanos que *meretrices nulli sese copiam denegare possunt*, mas, hoje, não é assim: a desvergonha de uma mulher, por mais extrema, não a priva do direito de livre disposição do próprio corpo. Reduza-se a pena, quando a vítima do estupro é mulher de multidão, mas não se pode deixar de aplicá-la.

Exige a lei para tanto que haja resistência da vítima no sentido contrário à consumação do ato. O dissenso deve ser sincero, opondo-se a ofendida a vontade do seu algoz. A mera relutância não constitui a resistência expressa na lei.

Cumpra frisar que o erro do agente quanto ao dissenso da vítima importará em erro de tipo, ou seja, a depender do comportamento da vítima, que vinha cedendo as investidas sexuais, e num dado momento posicionasse de forma contrária ao ato sexual, sendo que o sujeito acha que este comportamento faz parte de um jogo de sedução, procedendo ao ato sexual.

João Mestiere(*apud*. GRECCO, 2006, p.523) assim entende:

A crença, sincera, de que a vítima apresenta oposição ao congresso carnal apenas por recato ou para tornar o jogo de amor mais difícil ou interessante (*vis haud ingrata*) deve sempre de ser entendida em favor do agente. Falha o tipo subjetivo, igualmente, quando o agente erra, ainda que culposamente, sobre um dos elementos do tipo objetivo. É o erro de tipo.

Vale salientar que o legislador brasileiro considera somente a mulher como sujeito passivo do crime de estupro, todavia há legislações, a exemplo a Italiana, que vislumbram como possíveis vítimas de tal crime tanto o homem quanto a mulher. Ademais pouco importa se a mulher é casada, solteira, virgem, ou meretriz, todas estão sujeitas a serem vítimas de tal delito.

2.4 Elementos do tipo

Segundo Grecco (2008, p. 170), elementares são dados essenciais à figura típica, sem os quais ocorre uma atipicidade absoluta ou uma atipicidade relativa.

Segue o autor afirmando que, configurada estará à atipicidade absoluta, quando não estiver presente uma elementar que seja indispensável ao tipo penal, tornando o ilícito praticado pelo indivíduo um indiferente penal. Já a atipicidade relativa se dará pela ausência de uma elementar, ensejando a desclassificação do fato para outra figura típica.

Conforme a concepção complexa o elemento do tipo subdivide-se em: elemento objetivo e elemento subjetivo.

2.4.1 Elemento objetivo

O núcleo do tipo prevê o verbo constranger mulher a conjunção carnal. Por

constranger, compreende-se forçar, fazer uso da força, ou de ameaça para obrigar alguém a fazer algo contrário a sua vontade.

Conjunção carnal é, tão somente, a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher.

Não se compreendem nesse contexto outras modalidades da prática de atos sexuais, considerados coitos anormais, como por exemplo, a cópula oral e a anal. Tais atos sexuais poderão constituir o crime de atentado violento ao pudor. Desse modo, aquele que constrange outrem, do mesmo sexo ou não, a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal prática o crime do art. 214.

2.4.2 Elemento subjetivo

O dolo é o elemento subjetivo do tipo, consubstanciado na vontade de constranger a mulher à conjunção carnal, mediante o emprego de violência ou grave ameaça (CAPEZ, 2005).

É o propósito, isto é, a intenção de se realizar um ato, mesmo sabendo ser este, contrário á lei. Enquadra-se aqui o delito de estupro, tendo em vista que se exige do agente uma ação subjetiva intencional, ou seja, exige do agente dolo normativo.

Em sendo assim o dolo normativo do crime de estupro é a intenção desmedida de possuir sexualmente uma mulher, mediante violência, já que sem o emprego deste meio seria impossível. Ressalte-se que além do dolo genérico (vontade de empregar a violência na conjunção carnal), o crime exige o dolo normativo, que se configura na finalidade de manter conjunção carnal com mulher. O dolo poderá ser eliminado pela boa-fé, caso reste provado que o agente tivesse

motivos para acreditar que a mulher estivesse consentindo a prática do ato sexual, pelas manifestações de carinho precedentes.

Outrossim, em tal crime, para se alcançar o resultado pretendido, exige-se mais de uma ação intencionada, já que dá origem a uma figura criminosa complexa, violência mais posse sexual, desde que as duas ações sejam dolosas.

2.5 Estupro x Atentado violento ao pudor

Em alguns países da Europa, como França e Portugal, foram unificados em uma única figura delitiva os conceitos dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, isto é, qualquer violação a liberdade sexual será tipificado como estupro. No Código Penal pátrio, há a separação dos tipos penais, ou seja, caso a violência tenha por fim o congresso carnal há o crime de estupro, mas se o ato libidinoso almejado for diverso da conjunção carnal há o delito de atentado violento ao pudor.

Ressalte-se que este fato gera muitas discussões, ensejando, até, projetos de reformas penais em relação aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, que vislumbram a unificação dos conceitos de conjunção carnal e ato libidinoso, partindo da premissa de que não há distinção entre a ilicitude do fato com relação ao local da penetração perpetrada, constituindo conjunção carnal, independentemente do sexo do sujeito passivo.

O delito de atentado violento ao pudor está previsto no art. 214 do CP, que dispõe:

Art.214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de 6(seis) a 10(dez) anos.

Esta figura delitiva em muito se assemelha ao crime de estupro, uma vez que são crimes sexuais propriamente ditos onde há o emprego de violência ou grave ameaça com o fim de satisfação de arroubos sexuais.

Entretanto há diferenças fundamentais, ao passo que naquele delito tanto a mulher, quanto o homem podem ser sujeitos passivos e ativos, bem como o constrangimento, no crime de atentado violento ao pudor, visa à prática de atos sexuais diversos da conjunção carnal, como por exemplo sexo oral, anal.

Hungria (1981,p.131) afirma que o agente, para efeitos de reconhecimento do crime de atentado violento ao pudor, deve atuar com a finalidade específica de desafogar sua lascívia:

Além de ser objetivamente atentatório ao pudor, contrastando com o sentimento médio de moralidade sexual, deve ter como impulso ou fim a lascívia. Se o ato, embora materialmente indecoroso, não traduz, de parte do agente, uma expansão da luxúria, deixará de ter cunho libidinoso. Não pode existir ato libidinoso sem libidinosidade. Tem esta de ser reconhecida sob um duplo ponto de vista: objetivo e subjetivo. Deve existir no *factum externum* e no *factum internum*.

Vale salientar que na prática, em muitos casos, é difícil distinguir se há tentativa de estupro ou de atentado ao pudor. Entretanto o traço diferenciador de tais figuras delitivas reside, justamente, no fim pretendido, uma vez que no estupro objetiva-se a cópula, já no atentado violento ao pudor, o ato libidinoso.

De acordo com as lições de França (1998, p.188), entende-se por ato libidinoso:

[...] toda prática diferente da conjunção carnal, a fim de satisfazer completa ou incompletamente o apetite sexual, o qual pode traduzir, em algumas vezes, um transtorno de preferência sexual. Além de ele girar em torno da esfera sexual, deve ser indiscutivelmente obsceno e lesivo ao pudor mínimo.

Em que pese posicionamentos contrários, há doutrinadores defendendo que se os atos libidinosos não forem meio para o coito forçado (o que caracterizaria o estupro), tipificado estaria o concurso de crimes.

Entretanto pelo ora exposto, percebe-se que não havendo, pelo menos, início de conjunção carnal não há se falar em estupro, mas sim em atentado violento ao pudor, uma vez que o crime em tela exige, para sua configuração, que o agente, praticando atos condizentes com o fim pretendido, demonstre a intenção de manter conjunção carnal contra a vontade da vítima.

CAPÍTULO 3 TRANSEXUAL MASCULINO PODE SER VÍTIMA DE ESTUPRO

3.1 A questão do transexualismo na jurisprudência

Analisando a questão do transexualismo sob a ótica jurídica, resta claro que a problemática não envolve apenas a mudança de sexo através de cirurgia de neocopolvulvoplastia, mas também a alteração do nome e do gênero no registro de nascimento do transexual redesignado.

O art. 58, caput, da Lei n.º 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), vedava de maneira expressa qualquer alteração do assento do registro civil da pessoa natural, uma vez que a Legislação Pátria adotou o princípio da imutabilidade do nome (prenome e ao patronímico) da pessoa.

Com base nessa premissa a jurisprudência oferecia resistência a retificação de registro civil para mudança de sexo e nome de transexual operado:

1992.001.06087 - APELACAO CIVEL- TJ/RJ
QUARTA CAMARA CIVEL
DES. MARDEN GOMES - Julgamento: 04.03.1993 -
Retificação de registro de nascimento. Mudança de sexo. A mudança aparente, ou seja, exteriormente, de órgãos genitais, em virtude de operação cirúrgica, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não implica em transformar um homem numa mulher, metamorfose que a natureza não admite e a engenharia genética ainda não logrou atingir. Por conseguinte, enquanto não editadas leis específicas sobre o assunto, improsperável se mostra o pedido de retificação de registro.

Com o advento da Lei nº 9.708/98, que modificou o citado artigo, surgiu para o transexual uma brecha legal que revestiu de legalidade a alteração ora tratada, haja vista que passou-se a permitir a substituição do nome pelo apelido público notório com o qual o indivíduo era conhecido, relativizando-se, assim, o

imutabilidade do nome.

Apesar de o Código Civil de 2002 ter trazido muitas mudanças concernentes aos direitos da personalidade e ao estado da pessoa, o legislador manteve-se silente no que respeito à mudança de sexo, admitindo, porém, a doutrina majoritária, alterações no registro de nascimento quando restar comprovada inexatidão, quanto ao sexo de pessoa em virtude declaração errônea, bem como nos casos de anomalias sexuais que desenvolvam no indivíduo características sexuais do sexo oposto ao constante no assento de nascimento.

Convém mencionar que persistia uma resistência quanto à mudança da designação sexual, ou seja, do gênero masculino para o feminino, sob a alegação de que assim procedendo, estar-se-ia evitando que a pessoa que, por ventura, viesse a se relacionar afetivamente com um transexual redesignado, e não tivesse a ciência deste fato, fosse induzido a erro.

A doutrina minoritária elenca inúmeros motivos para justificar o fato de portar-se contrária à possibilidade de o transexual, que passou por uma intervenção cirúrgica redefinidora do sexo, obtenha a alteração do seu estado sexual e de seu prenome junto ao assento de seu registro civil, diante da legislação vigente. Alegam, para tanto, que o registro público deve ser preciso e regular, exprimindo a realidade, e a operação de mudança de sexo atribui ao transexual um sexo que não tinha, entendem também que se ele não é considerado um homem, tão pouco será uma mulher.

Como alternativa, admitem a retificação do registro para o sexo aparente, somente se forem feitas às devidas consignações quanto ao sexo natural, nome e demais informações retificadas. Ressalte-se que de acordo com a Constituição Federal, configura veemente ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana,

dentre outros motivos, obrigar um indivíduo a manter um nome que não se harmoniza com seu estado físico-psíquico e, por conseguinte, lhe cause constrangimento no meio social.

Morais (2002, p.129) discorre acerca dessa questão:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Nelson Nery e Rosa Maria de A. Nery (2003, p. 287), entendem que, constatada a mudança de sexo, o registro deve fazer a acomodação. Seguem afirmando que, os documentos têm de ser fiéis aos fatos da vida e deve haver segurança nos registros públicos.

Não mais se pode recusar o direito à mudança de sexo, diante das novas conquistas, não só no campo cirúrgico, mas também em face dos avanços das pesquisas químicas e hormonais. Se no Registro Civil o indivíduo é identificado como do sexo masculino, mas uma intervenção cirúrgica pode revelar a sua verdadeira natureza, não se pode conservar a identificação registral originária, o que implica numa contradição entre o do registro e a realidade psicossocial (PEREIRA, 2004).

Em meio as suscitadas discussões a jurisprudência vem progredindo, no que tange aos pedidos de retificação do nome e do gênero no registro civil, havendo uma integração das decisões judiciais no sentido favorável a permitir estas modificações, com o fim de permitir ao transexual, após a cirurgia de redesignação sexual, uma

nova identidade sexual; abandonando, desta forma, a dualidade em que estava inserido perante a sociedade.

Faz-se mister trazer a colação julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

86.851-4 - APELACAO CIVEL- TJ/SP
 QUINTA CAMARA CIVEL
 DES. RODRIGUES DE CARVALHO - Julgamento: 10.02.2000 - Registro Civil - Retificação - Transexual submetido à cirurgia de mudança de sexo - Pretendida alteração do assento civil para dele constar prenome e sexo feminino - Procedência - Sentença mantida - Recurso não provido.

165.157-4 APELACAO CIVEL -TJ/SP
 QUINTA CAMARA CIVEL - REL. DES. BORIS KAUFFMANN Julgamento: 22.03.2001. Registro Civil - Pedido de alteração de nome e do sexo formulado por transexual primário operado - Desentendimento pela sentença de primeiro grau ante a ausência de erro no assento de nascimento - Nome masculino que, em face da condição atual do autor, o expõe a ridículo, viabilizando a modificação para aquele pelo qual é conhecido (Lei nº 6.015/73, artigo 55, parágrafo único, combinado com artigo 109) - Alteração do sexo que encontra apoio no art. 5º, X, da Constituição da República - Recurso provido para se colher a pretensão. É função da jurisdição encontrar soluções satisfatórias para o usuário, desde que não prejudiquem o grupo em que vive, assegurando a fruição dos direitos básicos do cidadão.

209.101-4 APELACAO CIVEL -TJ/SP
 PRIMEIRA CAMARA CIVEL - REL. DES. ELLIOT AKEL - Julgamento: 09.04.2002 - Registro Civil - Retificação - Assento de nascimento - Transexual - Alteração na indicação do sexo - Deferimento - Necessidade da cirurgia para a mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico multidisciplinar - Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inserto na certidão de nascimento - Negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a consequente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a lei fundamental - Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual - Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos artigos 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal - Recurso do Ministério público negado, provido o do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo.

128.972-5 - APELACAO CIVEL -TJ/SP
 TERCEIRA CAMARA CIVEL - REL. DES. VIANNA COTRIM (RT 637/170) Julgamento: 03.09.2003. Retificação do registro de nascimento em relação ao sexo. Tendo a pessoa portadora de transexualismo se submetido a operação para transmutação de suas características sexuais, de todo procedente o pedido de retificação do assento de nascimento para adequá-lo à realidade.

No mesmo sentido, foram abordados os seguintes entendimentos do Tribunal

de Justiça do Rio de Janeiro:

2005.001.01910 - APELACAO CIVEL -TJ/RJ
 QUARTA CAMARA CIVEL
 DES. LUIS FELIPE SALOMAO - Julgamento: 13/09/2005
 Apelação. Registro Civil. Transexual que se submeteu à cirurgia de mudança de sexo, postulando retificação de seu assentamento de nascimento (prenome e sexo). Adequação do registro à aparência do registrando que se impõe. Correção que evitara repetição dos inúmeros constrangimentos suportados pelo recorrente, além de contribuir para superar a perplexidade no meio social causada pelo registro atual. Precedentes do TJ/RJ. Inexistência de insegurança jurídica, pois o apelante manterá o mesmo número do CPF. Recurso provido para determinar a alteração do prenome do autor, bem como a retificação para o sexo feminino.

2002.001.16591 - APELAÇÃO CÍVEL - TJ/RJ DA DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL DÊS. RONALD VALLADARES, JULGADO EM 25/03/2003. Apelação. Registro civil. Retificação do registro de nascimento em relação ao sexo. Passando, a pessoa portadora de transexualismo, por cirurgia de mudança de sexo, que importa na transmutação de suas características sexuais, de ficar acolhida a pretensão de retificação do registro civil, para adequá-lo à realidade existente. A constituição morfológica do indivíduo e toda a sua aparência sendo de mulher, alterado que foi, cirurgicamente, o seu sexo, razoável que se retifique o dado de seu assento, para "feminino", no registro civil. O sexo da pessoa, já com o seu prenome mandado alterar para a forma feminina, no caso concreto considerado, que é irreversível, deve ficar adequado, no apontamento respectivo, evitando-se, para o interessado, constrangimentos individuais e perplexidade no meio social. As retificações no registro civil são processadas e julgadas perante o Juiz de Direito da Circunscrição competente, que goze da garantia da vitaliciedade, e mediante processo judicial regular. A decisão monocrática recorrida não contém nulidade insanável. Preliminares rejeitadas. Recurso, quanto ao mérito, provido, para ficar modificado, parcialmente, o julgado de 1º grau.

O Tribunal do Rio Grande do Sul segue o mesmo posicionamento:

70013909874 - APELAÇÃO CÍVEL - TJ/RS DA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - DÊS. MARIA BERENICE DIAS - JULGADO EM 25/03/2003. Apelação cível. Alteração do nome e averbação no registro civil. Transexualidade. Cirurgia de transgenitalização. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao

princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. por maioria, proveram em parte. (segredo de justiça)

Diante do exposto, percebe-se, que embora haja um certa resistência, começa a haver uma uniformização da jurisprudência, resgatando, sobremaneira, o gozo do direitos fundamentais do transexual no que diz respeito a personalidade e a cidadania tão necessárias à sua inclusão social.

Dessa forma, se comprovada a alteração do sexo, impor a manutenção do nome do outro sexo à pessoa é cruel, sujeitando-a a uma degradação que não é consentânea com os princípios constitucionais. Como corolário dos princípios que protegem a personalidade, nessas situações o prenome deve ser alterado (VENOSA, 2005, p. 228).

Portanto, a alteração do nome para o sexo psíquico harmoniza-se, numa interpretação constitucional, não só com a Carta Magna, mas também com o Código Civil e a Lei dos Registros Públicos. Szaniawski (*apud* VENOSA, 2005, p. 228) esclarece a questão ao dispor que:

o transexual não redesignado vive em estado de incerteza, de angústias e de conflitos, o que lhe dificulta, senão o impede de exercer as atividades dos seres humanos, e qualquer omissão do Estado com relação a esse imbróglio é, de certo, uma verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por ser defesa à discriminação sexual, e em reconhecimento a dignidade humana como um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil (art.1º, III, CF), como supracitado,a jurisprudência vem respeitando a mudança de sexo dos transexuais garantindo-lhes a correta adequação ao sexo psíquico, além de lhe se permitido, a alteração do nome e do gênero no registro civil.

3.2 Possibilidade jurídica do transexual ser sujeito passivo do crime de estupro

A todo momento surgem para o Direito Penal novas realidades, e com isso a necessidade de inovações hábeis a prestação da tutela jurisdicional capaz de assegurar ao ser humano, enquanto integrante da sociedade, todas as garantias que lhes são inerentes.

Entretanto não é o que acontece, a Legislação Penal é basicamente a mesma de 60 anos atrás, sofrendo pequenas reformas ao longo dos anos, gerando um sentimento de insatisfação no meio jurídico e social, tendo em vista que muitas condutas reprováveis não são efetivamente punidas.

E, é neste contexto que emerge a situação do transexual que se submeteu a uma cirurgia de transgenitalização, e posteriormente, obteve, por via judicial, a retificação do nome e do gênero no seu assento civil.

Que o transexual feminino possa ser vítima de atentado violento ao pudor, não há dúvidas, haja vista que qualquer pessoa – seja homem, seja mulher - pode ser vítima do referido delito, a celeuma reside no fato de esclarecer se o transexual redesignado, que por um infortúnio do destino, venha a ser compelido a prática da conjunção carnal será considerado vítima de estupro.

A conduta delitiva do autor do crime de estupro, como disposto no capítulo anterior, é de constranger à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça uma mulher, sua vontade consiste em violentar, onde tal violência é perpetrada com o intuito de penetrar o pênis na vagina, em manter cópula a contra senso. Nas palavras de Hungria(1981, p. 105), cópula vagínica *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a introdução do pênis na cavidade vaginal.

Para tanto, a Lei exige que a conduta seja dirigida, única e exclusivamente, contra um ser do sexo feminino, excluindo, desconcertadamente, o transexual masculino redesignado. Respaldam tal premissa no fato de que este é, tão somente, uma mulher fictícia, já que não lhe é dado reproduzir, a cirurgia modifica seu órgão sexual, apenas, externamente dando origem a uma neovagina, no entanto suas estruturas internas continuaram a ser a de um homem.

Cumprido frisar que a lei e a doutrina, no que diz respeito à configuração do crime de estupro, em nenhum momento, refere-se aos órgãos internos do aparelho reprodutor feminino, fazendo menção, apenas, a conjunção carnal, pois do contrário como ficaria a situação de uma mulher que foi vítima deste crime, e que nasceu, ou fez uma cirurgia de retirada do útero, ou mesmo é portadora da síndrome de Klinefelter? Não poderia ser sujeito passivo dessa conduta reprovável?

Outrossim, esse posicionamento, preconceituoso, obviamente, livra o agressor de ser responsabilizado por seu ato, pois que não configuraria, sequer, atentado violento ao pudor (art. 214 do CP), tendo em vista que a conduta prevista neste tipo caracteriza-se por um ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

A conjunção carnal, como supracitado, é a introdução do pênis na cavidade vaginal. A partir do momento que um indivíduo compele o transexual redesignado a prática do coito, ocorrendo a penetração peniana na neovagina, que desempenha as funções de uma vagina comum, inclusive, possui a mesma anatomia, resta por consumado o coito forçado.

Em não se adotando esse entendimento, o fato de valer-se do uso da força para subjugar o transexual, coagindo-o a conjunção carnal, configuraria, apenas, constrangimento ilegal (art. 146 do CP).

Diante dos conflitos da legislação ordinária, é na Constituição Federal, mais

especificamente na observância do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), que se encontra a solução para os posicionamentos contrários, em detrimento da falta de norma legal específica ao caso concreto, ao passo que se assegura a todos, respeito e proteção, excluindo, assim, o pressuposto de contrariedade à lei.

Logo, deve haver uma modificação na interpretação da expressão “mulher”, por haver um novo conceito jurídico. A interpretação nada mais é do que o processo lógico que procura estabelecer a vontade contida na norma jurídica. Interpretar é desvendar o conteúdo da norma (NORONHA, 2001, p. 72).

Após a cirurgia de resignação sexual, o transexual deve ser reinserido no meio social de forma a abandonar sua dualidade sexual, sendo tratado como mulher, não há mais espaços para ditames rígidos e vergonhosos, mas sim para dimensões relevantes no plano das questões sociais e psicológicas.

Em que pese posicionamentos divergentes, o fato de o transexual não possuir ovários e não poder reproduzir, não justifica que o mesmo não seja considerado pessoa do sexo feminino, pois, do contrário, mulheres que extraíram os ovários, ou mesmo, que nasceram sem eles, também não poderiam ser vítimas dessa conduta criminosa - o crime de estupro.

Assim sendo, Grecco (2006, p. 530), entende que:

se houver determinação judicial para a modificação do registro de nascimento, alterando-se o sexo do peticionário, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural, orgânico, passando, agora, a um conceito de natureza jurídica, determinado pelos julgadores. [...] aquele em que passou a ser reconhecido judicialmente como do sexo feminino, na hipótese de ser violentado sexualmente, ocorrendo a penetração na neovagina, o fato poderá ser classificado como estupro.

Destarte, para os transexuais que passaram por uma cirurgia de

redesignação de sexo, há de se ver que não é mais aceitável uma interpretação doutrinária ultrapassada e preconceituosa, ao passo que ao se tornar fisicamente mulher, por meio de uma cirurgia, somado ao fato de já possuir a psique feminina, a modificação do prenome e sexo para o feminino no registro civil, se houver a prática da violência sexual prevista no art. 213 do CP, consumada estará à conjunção carnal porque existe cavidade vaginal.

Logo, deve-se fazer uma interpretação adequada da expressão mulher, uma vez que, atualmente, está ocorrendo uma relativização do sexo, pois os Tribunais estão entendendo que o transexual masculino cirurgiado é na realidade um ser feminino, e como tal deve ser protegido. Não são as leis que devem ditar os fatos reais. É a realidade que deve mudar as leis, assim como, a interpretação jurídica.

3.3 Direito como um sistema uno

A mudança de sexo pelo transexual provoca inúmeros reflexos no Direito, tanto no âmbito do Direito Civil, como na esfera do Direito Penal. Os civilistas vêem o transexual redesignado, que obteve judicialmente a retificação do nome e gênero no seu assento civil, como um ser do sexo feminino, a seu tempo os penalistas adotam posicionamento contrário, ao passo que entendem ser mulher somente aquela que assim foi concebida.

No entanto o direito é uno e indivisível, dividindo-se em ramos, apenas, por questões didáticas. Apresenta-se de forma estruturada e hierarquizada perfazendo uma unidade, onde as normas são dispostas de maneira a se validarem, umas as outras, e que estejam diretamente subordinadas à norma fundamental (Constituição Federal) que lhes outorga a validade.

Essa disposição escalonada que tem como base a Constituição Federal, afigura-se como o meio pelo qual o Estado intervém na sociedade para buscar o bem comum. A importância do direito como sistema uno permite ao intérprete superar o legalismo estrito para melhor regular as relações dos indivíduos com o Estado, determinando as condutas dos indivíduos, bem como salvaguardando as prerrogativas que lhes são inerentes.

Logo, a falta de previsão legal que regule a matéria, somado ao preconceito arraigado na sociedade serve de pretexto para o exercício de posturas conflitantes, contudo não pode o Direito Penal ir de encontro aos ideais propagadas pelo Direito Civil, e vice-versa, afinal de contas eles fazem parte de um todo indivisível que se subordinam aos princípios propagados pela Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transexual rejeita seu sexo biológico, identificando-se com o sexo oposto, desejando a este pertencer, onde a intervenção mais adequada é a cirurgia de redesignação morfológica, acompanhada de um tratamento hormonal, pois em geral os tratamentos psicológicos não revertem a síndrome da transexualidade.

O estudo realizado acerca do tema trouxe a baila questões elucidativas no que tange ao transexual como sujeito de direitos, objetivando justamente demonstrar que os mesmos devem receber a mesma proteção concedida às mulheres quanto a sua liberdade sexual.

Cumpra aplainar que, na atual concepção em que se insere o transexual, é inadmissível que se vislumbre a situação somente do aspecto legal, deixando-se ao acaso todo o sofrimento, o preconceito, dos quais ele busca ver-se livre com a cirurgia e a retificação do seu assento civil, além disso, não se pode conceber posturas regidas pela ignorância quanto à realidade experimentada pelos transexuais.

A cirurgia realizada em um indivíduo disfórico de gênero afigura-se como exercício de direito próprio, que de forma alguma ofende direito de terceiro, não tem o escopo de embelezamento por simples vaidade, mas objetiva o direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal, ao passo que com a adequação sexual e a posterior retificação do registro civil pretende-se garantir uma vida digna, a idoneidade física e moral dos pacientes, tudo em conformidade com a lei.

E, uma vez que a aparência indica tratar-se de uma mulher, seu comportamento no meio social, os relacionamentos amorosos e o ato sexual são

todos femininos, qual é o erro que se caracterizaria nesta situação? O mesmo se aplica às infundadas teorias sobre infertilidade, ausência de útero, e tantas outras, em atitude do mais total preconceito.

Ademais, a mera aplicação dos atuais dispositivos legais, especificamente a tipificação legal do sujeito passivo do crime de estupro, causa conflito com a Constituição Federal, uma vez que não se pode, em função do princípio da hierarquia das normas, deixar a norma inferior (legislação ordinária) prevalecer à norma superior (Constituição Federal).

Vale ressaltar que a ciência, constantemente, aperfeiçoa-se, provocando notáveis mudanças no meio social, e que o direito não consegue acompanhar tais mudanças, logo a ausência de norma legal específica a determinada situação, não deve obstar a busca de soluções no âmbito jurídico.

É óbvio que não é dado ao legislador prever e, por conseguinte, reger em sua plenitude os diversos aspectos que perfazem o meio social. Por mais que se pretenda conformar as leis para atender as demandas de uma sociedade globalizada que se modifica rapidamente, ainda assim, grande parte dos ditames legais entrará em vigor de forma avessa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em assim sendo, para solucionar a problemática apontada na presente pesquisa, nada impede ao Estado de ampliar o sentido do termo mulher para oferecer a proteção tão necessária ao transexual, já que, como demonstrado, essa questão encontra base legal na Constituição Federal, mais especificamente no princípio da dignidade da pessoa humana, que proíbe toda e qualquer forma de discriminação, além do que a interpretação da norma jurídica não deve ficar estática, deve acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade, para adequar o fato à

norma jurídica. Assegurar direitos a uma pessoa transexual significa transpor padrões preconceituosos impostos por uma sociedade hipócrita, alcançando, assim, a dignidade preceituada pela Carta Magna.

Dessa forma, para os transexuais que se submeteram à cirurgia de modificação de sexo não seria correta a interpretação doutrinária de outrora, posto que se tornaram fisicamente mulheres com a cirurgia, possuem a psique feminina, a modificação do prenome e sexo para o feminino no registro civil e, além do mais, se houver uma violência sexual tipificada no artigo 213 do CP, haverá a conjunção carnal porque há cavidade vaginal.

Diante disso, aos transexuais que se submeteram à cirurgia de vaginoplastia, caso sofram violência que vislumbre conjunção carnal, devem ser respeitados quanto a sua aparência física e psíquica, recebendo tratamento inerente a sua condição, qual seja, a de uma mulher.

Logo, conclui-se que o transexual masculino pode ser sujeito passivo do delito tipificado no art. 213 do CP, uma vez que os requisitos legais estão presentes, quais sejam: o constrangimento ilegal objetivando o coito forçado, bem como a cavidade vaginal adquirida após a cirurgia em que o indivíduo se torna fisicamente uma mulher.

FRAGOSO, Heleno. C. Transexualismo: Conceito - Distinção do homossexualismo, Revista dos Tribunais. Ano LXX. Nº 545. 1981, p. 300-301.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 5 ed. Rio de Janeiro, RJ: Guanabara Koognam, 1998.

GLSPLANET. Mudança de sexo - os prós e contras da decisão final. Disponível em: < <http://glsplanet.terra.com.br/news/mudasexo.shtml> >. Acesso em: 26 de julho de 2008.

GRECCO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 10 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. v. I.

_____. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 2 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006. v.III.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao código penal. 5 ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 1981. v. 8.

JESUS, Damásio Evangelista de. Teoria do Domínio do Fato no Concurso de Pessoas, 1999.

LACERDA, Hamilton Hudson. Transexualismo. BDjur, Brasília, DF. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9880> >. Acesso em: 13 set. 2008.

MERCADANTE, Clarinda; FAVARETTO, José Arnaldo. Biologia, volume único, 1. ed. São Paulo: Moderna, 1999.

MIRABETE, Júlio F. Manual de Direito Penal : Parte Especial. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 2.

MORAIS, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria A. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p 287.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Edições atualizadas por Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha. V. 1. Introdução e parte geral.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V.I.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. Transexualismo: O direito a uma nova identidade sexual. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1992.001.0687, da quarta câmara cível, Des. Marden Gomes, j. 04 mar. 1993. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2002.001.16591, da décima sexta turma, Des. Ronaldo Valladares, j. 26 mar. 2003. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2005.001.01910, da quarta turma, Des. Luis Felipe Salomão, j. 13 set. 2005. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2005.001.07095, da nona turma, Des. Joaquim Alves de Brito, j. 26 jul. 2005. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 566103135, da terceira câmara cível, Rel. Tael João Selistre, j. 12 set. 1996. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70013909874, da sétima câmara cível, Des. Maria Berenice Dias, j. 25 mar. 2003. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 128.972-5, da terceira câmara cível, Des. Vianna Cotrim, j. 03 set. 2003. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 165157-4, da quinta câmara cível, Des. Boris Kauffmann, j. 22 mar. 2001. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 209.101-4, da primeira câmara cível, Des. Elliot Akel, j. 09 abr. 2002. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 86851-4, da quinta câmara cível, Des. Rodrigues de Carvalho, j. 10 fev. 2000. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Acesso em: 25 set 2008.

SZANIAWSKI, Elimar. Limites e Possibilidades do Direito da Redesignação do Estado Sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 193-194.

VENOZA, Sílvio Salvo. Direito Civil: Família, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. VI

_____. Direito civil: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. I.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Mudança de Sexo: Aspectos Médicos, Psicológicos e Jurídicos. 2 ed. São Paulo: Santos, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.v.I.

ANEXOS

ANEXO - A

RESOLUÇÃO CFM nº 1.482 /97

Revogada pela Resolução CFM nº 1.652/2002

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e,

CONSIDERANDO a competência normativa conferida pelo artigo 2º da Resolução CFM nº 1.246/88, combinado ao artigo 2º da Lei nº 3.268/57, que tratam, respectivamente, da expedição de resoluções que complementem o Código de Ética Médica e do zelo pertinente à fiscalização e disciplina do ato médico;

CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenotipo e tendência à auto mutilação e ou auto-extermínio;

CONSIDERANDO que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;

CONSIDERANDO a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e ou neofaloplastia;

CONSIDERANDO o que dispõe o artigo 199 da Constituição Federal, parágrafo quarto, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de transexualismo;

CONSIDERANDO que o artigo 42 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e não há lei que defina a transformação terapêutica da genitália in anima nobili como crime;

CONSIDERANDO que o espírito de licitude ética pretendido visa fomentar o aperfeiçoamento de novas técnicas, bem como estimular a pesquisa cirúrgica de transformação da genitália e aprimorar os critérios de seleção;

CONSIDERANDO o que dispõe a Resolução CNS n.º 196/96;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na Sessão Plenária de 10 de setembro de 1997,

RESOLVE:

1. Autorizar, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo;

2. A definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- desconforto com o sexo anatômico natural;
- desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- ausência de outros transtornos mentais.

3. A seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios abaixo definidos, após dois anos de acompanhamento conjunto:

- diagnóstico médico de transexualismo;
- maior de 21 (vinte e um) anos;
- ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia;

4. As cirurgias só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados à pesquisa.

5. Consentimento livre e esclarecido, de acordo com a Resolução CNS nº 196/96;

6. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 10 de setembro de 1997.

WALDIR PAIVA MESQUITA
Presidente

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
2º Secretário

Publicada no D.O.U. de 19.09.97 Página 20.944

ANEXO – B

RESOLUÇÃO CFM nº 1.652/2002

Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO a competência normativa conferida pelo artigo 2º da Resolução CFM nº 1.246/88, combinado ao artigo 2º da Lei nº 3.268/57, que tratam, respectivamente, da expedição de resoluções que complementem o Código de Ética Médica e do zelo pertinente à fiscalização e disciplina do ato médico;

CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio;

CONSIDERANDO que a cirurgia de transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;

CONSIDERANDO a viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e ou neofaloplastia;

CONSIDERANDO o que dispõe o artigo 199 da Constituição Federal, parágrafo quarto, que trata da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como o fato de que a transformação da genitália constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo;

CONSIDERANDO que o artigo 42 do Código de Ética Médica veda os procedimentos médicos proibidos em lei, e não há lei que defina a transformação terapêutica da genitália *in anima nobili* como crime;

CONSIDERANDO que o espírito de licitude ética pretendido visa fomentar o aperfeiçoamento de novas técnicas, bem como estimular a pesquisa cirúrgica de transformação da genitália e aprimorar os critérios de seleção;

CONSIDERANDO o que dispõe a Resolução CNS nº 196/96;

CONSIDERANDO o estágio atual dos procedimentos de seleção e tratamento dos casos de transexualismo, com evolução decorrente dos critérios estabelecidos na Resolução CFM nº 1.482/97 e do trabalho das instituições ali previstas;

CONSIDERANDO o bom resultado cirúrgico, tanto do ponto de vista estético como funcional, das neocolpovulvoplastias nos casos com indicação precisa de transformação o fenótipo masculino para feminino;

CONSIDERANDO as dificuldades técnicas ainda presentes para a obtenção de bom resultado tanto no aspecto estético como funcional das neofaloplastias, mesmo nos casos com boa indicação de transformação do fenótipo feminino para masculino;

CONSIDERANDO que o diagnóstico, a indicação, as terapêuticas prévias, as cirurgias e o prolongado acompanhamento pós-operatório são atos médicos em sua essência;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na Sessão Plenária de 6 de novembro de 2002,

RESOLVE:

Art. 1º Autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

Art. 2º Autorizar, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo.

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
- 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;

- 4) Ausência de outros transtornos mentais.

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios abaixo definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:

- 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
- 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
- 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

Art. 5º Que as cirurgias para adequação do fenótipo feminino para masculino só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa.

Art. 6º Que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino poderão ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa.

Parágrafo 1º - O Corpo Clínico destes hospitais, registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua constituição os profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º, aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica.

Parágrafo 2º - As equipes devem ser previstas no regimento interno dos hospitais, inclusive contando com chefe, obedecendo os critérios regimentais para a ocupação do cargo.

Parágrafo 3º - A qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.

Parágrafo 4º - Os hospitais deverão ter Comissão Ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente.

Art. 7º Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

Art. 8º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se a Resolução CFM nº 1.482/97.

Brasília-DF, 6 de novembro de 2002.