

## PESSOAS TRANS E O CRIME DE VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

### TRANS PEOPLE AND THE CRIME OF SEXUAL VIOLATION THROUGH FRAUD

**Luiz Fernando Alfrediano**

Acadêmico em Direito, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil

E-mail: [alfrediano.if@gmail.com](mailto:alfrediano.if@gmail.com)

**Suelen Agum dos Reis**

Mestra, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil

E-mail: [suelenagum@gmail.com](mailto:suelenagum@gmail.com)

**Alexandre Jacob**

Mestre, Faculdade de Ensino Superior de Linhares, Brasil

E-mail: [alexandre.jacob10@gmail.com](mailto:alexandre.jacob10@gmail.com)

**Recebimento 11/04/2023 Aceite 18/04/2023**

#### **Resumo**

O presente artigo tem por objetivo investigar como a legislação penal trata a pessoa trans enquanto sujeito ativo do crime de violação sexual mediante fraude. A justificativa para o estudo baseia-se no eventual conflito entre direitos da personalidade reconhecidos às pessoas trans e direitos de terceiros de boa-fé, sobretudo a liberdade sexual. A pesquisa se caracteriza como descritiva exploratória de abordagem qualitativa, empregando-se o procedimento bibliográfico, análise legislativa e documental. Em princípio, a hipótese definida foi de que o judiciário irá tratar a pessoa trans como sujeito ativo do crime de violação sexual mediante fraude. Ao final, confirmou-se tal proposição, posto que o ordenamento jurídico garante o sigilo das informações relativas à identidade de gênero da pessoa trans, porém, com ressalvas quando os direitos de terceiros de boa-fé podem ser violados. Some-se a isso a influência dos estereótipos de gênero que tendem a permear as decisões judiciais no âmbito criminal.

**Palavras-chave:** Direito penal; Direito de personalidade; Pessoa trans; Violação sexual mediante fraude; Política criminal.

#### **Abstract**

This article aims to investigate how criminal law treats the trans person as an active subject of the crime of sexual violation through fraud. The justification for the study is based on the possible conflict between personality rights recognized to trans people and the rights of bona fide third

parties, especially sexual freedom. The research characterized as a descriptive exploratory qualitative approach, employing the bibliographic procedure, legislative and documentary analysis. In principle, the defined hypothesis was that the judiciary would treat the trans person as an active subject of the crime of sexual violation through fraud. In the end, this proposition was confirmed, since the legal system guarantees the secrecy of information related to the trans person's gender identity, however, with reservations when the rights of bona fide third parties may be violated. Add to this the influence of gender stereotypes that tend to permeate judicial decisions in the criminal sphere.

**Keywords:** Criminal law; Right of personality; Trans person; Sexual rape through fraud; Criminal policy.

## 1. Introdução

O crime de violação sexual mediante fraude é previsto no artigo 215 do Código Penal brasileiro e visa tutelar a liberdade sexual nas situações em que há relação sexual consentida, porém, a manifestação de vontade é viciada, pois a vítima se encontra em erro.

Segundo o doutor em direito penal, Cezar Roberto Bitencourt (2021), a fraude se configura como um dos meios pelo qual a violação sexual ocorre. É o engodo, o ardil, ou artifício que leva a vítima ao engano quanto à identidade pessoal do agente, a legitimidade da conjunção carnal ou do ato libidinoso diverso.

Ao considerar esse contexto, questiona-se se a pessoa trans pode figurar como agente desse crime, quando não informa ao parceiro sexual sobre sua identidade de gênero.

Pergunta-se acerca dessa situação, pois ao longo dos anos tem-se reconhecido proteções jurídicas às pessoas trans. Dentre essas garantias destacam-se o direito ao corpo, nome, identidade de gênero e vida privada, fundamentados não somente no Código Civil brasileiro, mas também na Constituição da República de 1988 e em documentos internacionais que versam sobre Direitos Humanos.

Nesse cenário, surge o problema de pesquisa guia deste artigo, qual seja: Como a legislação penal trata a pessoa trans enquanto sujeito ativo do crime de violação sexual mediante fraude? Em princípio, definiu-se a hipótese de que o poder judiciário tende a considerar a pessoa trans como sujeito ativo do crime de

violação sexual mediante fraude. O tema é atual e relevante, ante à ausência de pesquisas que tratem especificamente sobre o problema.

Em um primeiro momento, conceitua-se os termos: gênero, sexo, identidade de gênero, transgênero, transexual, travesti, orientação sexual, processo transexualizador, cirurgia de readequação de sexo/gênero e expressão de gênero. Com isso, busca-se possibilitar uma compreensão efetiva da totalidade do conteúdo a ser abordado.

Posteriormente, apresentam-se as garantias existentes na atualidade, em especial as relacionadas aos direitos da personalidade, que buscam promover a proteção das pessoas trans, assim como analisar a preponderância ou não de tais direitos frente aos de terceiros de boa-fé.

Por fim, aprofunda-se nos elementos do crime de violação sexual mediante fraude. Traçam-se análises e discussões sobre a possível visão do judiciário quanto à caracterização da fraude consubstanciada na expressão de gênero da pessoa trans, bem como a inferência de dolo pela falta de informação ao parceiro sexual no que compreende à identidade de gênero, em contraposição aos direitos da personalidade reconhecidos a esse grupo e o direito à liberdade sexual de terceiros.

A pesquisa se caracteriza como descritiva exploratória de abordagem qualitativa, na forma de levantamento bibliográfico, análise legislativa e documental. São fontes primárias da pesquisa a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), o Código Penal (1940) e o Código Civil (2002) e secundárias as obras de Jaqueline Gomes de Jesus (2012), Bruno Miragem (2021) e Camila de Jesus Mello Gonçalves (2012), dentre outras, além dos resultados de pesquisas sobre o tema e consultas a dados em sítios eletrônicos oficiais.

## **2. Alguns Conceitos Importantes**

Hodiernamente, há quem se confunda com determinadas questões quando o assunto é gênero e sexo. Em virtude disso, faz-se necessário estabelecer como gênero a noção de que o ser homem ou mulher não é definido pelo sexo

biológico, atributo anatômico, mas pelo meio social e cultural (BARRETO *et al.*, 2009).

A psicóloga Jaqueline Gomes de Jesus (2012) define sexo como uma classificação de seres humanos em machos e fêmeas, pautada nos critérios biológicos, notadamente pelos órgãos reprodutivos e genitais, por exemplo.

Portanto, não se deve confundir sexo com gênero, haja vista o primeiro focar em uma dimensão biológica da espécie humana, dividida entre machos e fêmeas. Já o segundo baseia-se numa dimensão social cuja ideia reside na compreensão de que as maneiras de ser homem ou mulher são influenciadas pela sociedade. Desse modo, “[...] gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos” (BARRETO *et al.*, 2009, p. 39).

Relaciona-se com esses conceitos o de identidade de gênero, cuja ideia refere-se ao “[...] gênero com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o gênero que lhe foi atribuído quando de seu nascimento” (JESUS, 2012, p. 14).

O termo transgênero nomeia uma identidade de gênero. De forma recorrente é utilizado como conceito geral para englobar pessoas que não se identificam com o gênero/sexo biológico. Dentro dessa concepção macro encontram-se as pessoas transexuais e travestis. A diferenciação entre essas identidades situa-se no campo político, pois a terminologia travesti é socialmente estigmatizada (JESUS, 2012). Nesse sentido, as pessoas que se identificam como tal reivindicam e ressignificam essa identidade vista ao longo da história como pejorativa.

Nas palavras da psicanalista Letícia Lanz (*apud* REIS *et al.*, 2018, p. 30):

[...] não faz sentido escrever “travestis, transexuais e transgêneros” [...] uma vez que travestis e transexuais são transgênero por definição. Ou escreva-se travestis e transexuais, ou escreva-se transgêneros, ou, de preferência, pessoas trans.

Essa linha intelectual é adotada ao longo deste trabalho, pois o termo utilizado para fazer referências às pessoas travestis e transexuais será pessoa trans.

O professor Toni Reis, especialista em sexualidade humana, esclarece que para se referir às pessoas trans utiliza-se o gênero com o qual se identificam, ou

seja, as expressões adequadas são mulheres trans e homens trans. A mulher trans se identifica com o gênero feminino, embora ao nascer seu gênero/sexo biológico corresponda ao masculino. O homem trans, por outro lado, identifica-se com o gênero masculino, não se vinculando com o gênero/sexo biológico feminino (REIS *et al.*, 2018).

A identidade de gênero não deve ser vista como sinônimo de orientação sexual, porquanto essa refere-se ao sexo/gênero da pessoa que se elege para desejo e afeto. Na atualidade:

[...] são reconhecidos três tipos de orientação sexual: a heterossexualidade (atração afetiva, sexual e erótica por pessoas de outro gênero); a homossexualidade (afetiva, sexual e erótica por pessoas do mesmo gênero); e a bissexualidade (atração afetiva, sexual e erótica tanto por pessoas do mesmo gênero quanto pelo gênero oposto) (BARRETO *et al.*, 2009, p. 124).

Assim, uma pessoa trans pode ser heterossexual, homossexual e bissexual, o que só vai depender do gênero de identificação da pessoa, e do gênero do indivíduo pelo qual se atrai afetivo-sexualmente.

Por essa lógica:

[...] mulheres transexuais que se atraem por homens são heterossexuais, tal como seus parceiros, homens transexuais que se atraem por mulheres também; já mulheres transexuais que se atraem por outras mulheres são homossexuais, e vice-versa (JESUS, 2012, p. 8).

Algumas pessoas trans, na intenção de conformarem seus corpos à sua identidade de gênero, optam por realizar hormonoterapias, aplicações de silicone e/ou cirurgias plásticas. Contudo, vale destacar que nem todas as pessoas desejam e efetuam esses procedimentos, ou seja, não é uma regra entre os homens e mulheres trans (BARRETO *et al.*, 2009).

Outrossim, fala-se de forma recorrente no processo transexualizador:

[...] pelo qual a pessoa transgênero passa, de forma geral, para que seu corpo adquira características físicas do gênero com o qual se identifica. Pode ou não incluir tratamento hormonal, procedimentos cirúrgicos variados (como mastectomia, para homens transexuais) e cirurgia de redesignação genital/sexual ou de transgenitalização (JESUS, 2012, p. 16).

Dentro desse processo se encontra a cirurgia de readequação de gênero e sexo, cuja finalidade é adequar o órgão genital da pessoa trans ao gênero/sexo com o qual se identifica (BARRETO *et al.*, 2009). Os homens trans que se submetem a essa intervenção têm o órgão genital feminino readequado para o órgão genital masculino. Já no caso das mulheres trans o procedimento é

inverso, pois se realiza a adequação do órgão genital masculino, para conseguir a estrutura do órgão genital feminino.

Não obstante, há ainda o conceito de expressão de gênero que corresponde à “Forma como a pessoa se apresenta, sua aparência e seu comportamento, de acordo com expectativas sociais de aparência e comportamento de um determinado gênero” (JESUS, 2012, p. 13). Portanto, uma pessoa trans, em princípio, pode adotar como expressão de gênero as formas atribuídas socialmente ao gênero com o qual se identifica, o que não é uma regra.

Mediante o exposto, nota-se a existência de múltiplos conceitos quando o tema é gênero, sendo necessário compreender, mesmo de forma sintética, o que cada um representa ante à centralidade destes termos no processo de compreensão do objeto deste trabalho.

### **3. A Tutela Legislativa e Jurídica dos Direitos das Pessoas Trans**

O professor Bruno Miragem (2021) leciona que os direitos humanos reconhecidos em âmbito internacional, devido à sua relevância, incidem no ordenamento jurídico interno dos Estados, muitas vezes revelada em suas constituições, cujo conteúdo, em variados graus, prevê direitos decorrentes da condição humana. Em virtude disso, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988) e o Código Civil (2002) versam, respectivamente, acerca dos denominados direitos fundamentais e da personalidade.

Segundo Flávio Tartuce:

[...] os direitos fundamentais são diretrizes gerais, garantias de todo o povo – como sociedade – em se ver livre do poder excessivo do Estado, enquanto os direitos da personalidade são fruto da captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilística (TARTUCE, 2021, p. 171).

Por essa perspectiva, os direitos e garantias fundamentais, previstos no artigo 5º da CRFB/1988, contêm a essência valorativa dos direitos denominados como da personalidade, assegurados no âmbito do direito privado.

Os direitos da personalidade adquiriram especial relevância após a promulgação da atual Carta Constitucional, em especial, pelo fato de que a

mesma elevou ao *status* de fundamento da República a dignidade da pessoa humana (MIRAGEM, 2021). Assim, é possível concluir “que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade” (TARTUCE, 2021, p. 174).

Ao tratar de forma mais profunda, Miragem ensina que os direitos da personalidade são:

Afirmados a partir da noção de direitos da pessoa sobre si mesma, destaca o reconhecimento e proteção de atributos inseparáveis da personalidade humana, como é o caso da vida, da integridade física, da integridade do corpo, da honra, da vida privada, da intimidade e da imagem na perspectiva do direito privado, seja disciplinando seu conteúdo e as consequências de sua violação (em especial a reparação civil), seja prevenindo lesões, para o que, com maior frequência, serve-se dos instrumentos de tutela previstos na legislação processual (MIRAGEM, 2021, p. 183).

Portanto, os direitos da personalidade têm profunda relação com a proteção da pessoa humana em sua integralidade e múltiplos são os direitos que visam efetivar essa tutela. Nesse sentido, passa-se a abordar alguns direitos da personalidade que compreendem as pessoas trans.

O direito ao corpo é um direito da personalidade, pois exterioriza uma relevante característica da humanidade, visto que se encontra nele o ser e o estar das pessoas. Discorrer sobre o direito ao corpo é tratar, dentre outros temas, sobre a identidade dos sujeitos (FACHIN, 2014).

O Código Civil, em seu art. 13, veda a disposição do próprio corpo nos casos em que possa ocorrer diminuição permanente da integridade física ou contrariedade aos bons costumes, ressalvadas as situações de exigência médica (BRASIL, 2002).

O dispositivo em questão servia *como uma luva* para os casos de correção ou adequação de sexo do transexual. Como se sabe, o transexualismo [sic] era antes reconhecido por entidades médicas como uma patologia ou doença, pois a pessoa teria um “desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio” (Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, ora revogada). Na linha dessa resolução do Conselho Federal de Medicina, o transexual seria uma forma de *wanna be*, pois a pessoa *quer ser* do outro sexo, havendo choques psíquicos graves atormentando-a. A Resolução do CFM anterior não considerava ilícita a realização de cirurgias que visam à adequação do sexo, geralmente do masculino para o feminino, autorizando a sua realização em nosso país (TARTUCE, 2021, p. 213).

Por esse viés, pode-se compreender que por muito tempo narrativas contrárias ao reconhecimento dos direitos das pessoas trans imperaram em

nosso ordenamento jurídico. Exemplo disso foi a criminalização da realização da cirurgia de redesignação de gênero, pois até o ano de 1997 havia uma proibição legal de sua utilização, sob pena de incursão no crime de lesão corporal (ROCHA, apud ALVES; HOGEMANN, 2020, p. 12).

De forma semelhante, a Resolução nº. 1.955, de 3 de setembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina (CFM), adotava a visão de que a transexualidade seria uma doença, mais precisamente um “desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio” (CFM, 2010).

Entretanto, em 2018 a Organização Mundial da Saúde (OMS), publicou uma nova lista com a classificação internacional de doenças (CID 11), em que modificou o modo de ver a transexualidade, agora não mais um problema de cunho sexual (TARTUCE, 2021).

A partir dessa nova visão, a Resolução foi revogada e em seu lugar surge a Resolução nº 2.265, de 9 de janeiro de 2020, do CFM, que considera “[...] incongruência de gênero ou transgênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento” (CFM, 2020).

Mediante tais avanços, é necessário pensar como a pessoa trans que passou ou não por procedimentos com o fito de aproximar seu corpo físico à sua identidade de gênero será reconhecida perante a sociedade e pelo próprio Estado.

Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2018, ao julgar procedente a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) de nº. 4.275 entendeu que a pessoa trans possui o direito de alterar o nome e o sexo no registro civil, mesmo sem ter realizado a cirurgia de readequação de gênero/sexo, conforme se extrai do julgado:

1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema

relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.  
4. Ação direta julgada procedente (BRASIL, 2018).

À vista disso, confirma-se que a identidade de gênero integra a personalidade humana e, por isso, as pessoas trans possuem o direito a alteração nos registros civis, do prenome e do gênero para aquele com o qual se identifica, sem qualquer tipo de empecilho por parte do Estado, bastando autoidentificar-se, pois o direito à igualdade sem discriminações se relaciona com o direito à identidade ou expressão de gênero.

Dessa garantia, surgem discussões com relação ao direito à identidade de gênero e a publicidade dada ao fato de uma pessoa alterar o seu registro civil. Para a Mestra em Direito Camila de Jesus Mello Gonçalves “[...] a posição doutrinária intermediária, admitindo a divulgação da mudança de nome e sexo averbada na margem do registro, mediante requerimento de interessado e por ordem judicial, parece prevalecer” (GONÇALVES, 2012, p. 225).

Outrossim, destaca:

Desde logo, pode-se afirmar que a publicidade irrestrita da mudança não se coaduna com a ótica dos direitos humanos, voltada à proteção da pessoa transexual contra a violência e a discriminação. De fato, permitir a divulgação indiscriminada da mudança acabaria por prorrogar um constrangimento incompatível com o sistema protetivo dos direitos humanos e com o princípio da dignidade da pessoa que o inspira. Significaria, ademais, a propagação de fatos particulares e íntimos, que não interessam ao público em geral, na violação da vida privada da pessoa (GONÇALVES, 2012, p. 229).

Essa visão é ratificada pelo STF ainda em 2018 ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) nº. 670.422, cujo conteúdo foi reconhecido como de repercussão geral e deu forma às seguintes teses:

I – O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação da vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.

II – Essa alteração deve ser averbada à margem no assento de nascimento, sendo vedada a inclusão do termo ‘transexual’.

III – Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

IV – Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos (BRASIL, 2018).

Verifica-se que o STF reforçou o teor da decisão proferida na ADI nº 4.275, bem como tratou sobre a publicidade da alteração do prenome e do gênero no registro civil. O Ministro José Antônio Dias Toffoli, relator do RE, em seu voto registra:

Diante da decretação do sigilo, para resguardar o direito do transexual, os terceiros interessados de boa-fé somente poderão obter as informações sobre o teor da averbação mediante autorização expedida por autoridade judiciária competente, pleito que há de ser dirigido ao juízo que deferiu a modificação registral - enquanto os autos de jurisdição voluntária não forem arquivados - ou à serventia extrajudicial, que deverá encaminhar o requerimento formulado por esse terceiro a seu juiz corregedor permanente. Em ambos os casos, a autoridade judiciária há de verificar a existência de justo motivo e de comprovação da necessidade e do interesse jurídico de se obter a informação (BRASIL, 2018).

Dessa maneira, a modificação deve ser averbada no registro, todavia, a origem dela precisa ser omitida. Isso indica que a publicidade do ato não é absoluta, podendo ser mitigada nas situações em que os direitos de terceiros de boa-fé conflitem com o da pessoa trans.

Tratar sobre tal tema é também lidar com o direito à vida privada tutelado em legislações nacionais e internacionais.

O artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) positiva que "Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra as tais interferências ou ataques" (ONU, 1948).

Outrossim, no ano de 2007, especialistas em direitos humanos publicaram os Princípios de Yogyakarta que norteiam a aplicação das legislações de direitos humanos relativas à orientação sexual e à identidade de gênero. Os princípios não possuem força normativa, porém, foram assimilados em âmbito internacional e têm orientado internamente os Estados Membros na promoção de políticas (GONÇALVES, 2012).

O princípio número seis do documento dispõem sobre o direito à privacidade e diz o seguinte:

Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar de privacidade, sem interferência arbitrária ou ilegal, inclusive em relação à sua família, residência e correspondência, assim como o direito à proteção contra ataques ilegais à sua honra e reputação. O direito à privacidade normalmente inclui a opção de revelar ou não informações relativas à sua orientação sexual ou

identidade de gênero, assim como decisões e escolhas relativas a seu próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 15).

Embasado nessa ideia de proteção à privacidade, o princípio número seis recomenda aos Estados:

[...] f) Assegurar o direito de todas as pessoas poderem escolher, normalmente, quando, a quem e como revelar informações sobre sua orientação sexual ou identidade de gênero, e proteger todas as pessoas de revelações arbitrárias ou indesejadas, ou de ameaças de revelação dessas informações por outras pessoas (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 16).

No sentido da orientação, entende-se que o direito à privacidade se relaciona com o direito à orientação sexual ou identidade de gênero, e faculta somente a pessoa a quem tais informações se referem a opção por revelar ou não questões que lhe são íntimas.

Ademais, o Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional do qual o Brasil é signatário, garante em seu artigo 11 que “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” (BRASIL, 1992).

Esse dispositivo reforça os demais diplomas internacionais já apresentados, e possui implementação normativa na ordem jurídica interna do Brasil, revelada em dispositivos contidos no Código Civil e na CRFB/1988 tratando sobre o direito ao sigilo.

O Código Civil em seu artigo 21 dispõe: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002). Do dispositivo é possível extrair a tutela do que o legislador denomina como vida privada.

Alguns autores questionam a existência de diferenciação no que tange os conceitos de vida privada e intimidade, pois a CRFB/1988, no artigo 5º, X, menciona ambos termos, enquanto o Código Civil somente expressa um.

Neste artigo irá se utilizar os dois termos como sinônimos porque, conforme concluiu Camila de Jesus Mello Gonçalves em sua tese, a intimidade

na esfera privada é abarcada pela proteção ao direito à vida privada (GONÇALVES, 2012).

O direito à intimidade é:

[...] o direito que o indivíduo tem de viver a sua própria vida sem a necessidade de dar publicidade a ela se assim não desejar, sendo a proteção dada para que um terceiro não venha a penetrar na vida íntima do indivíduo sem que este queira isso (ALVES; HOGEMANN, 2020, p. 10).

A proteção oferecida pelo direito à intimidade que impede a intervenção de terceiros na esfera íntima da vida engloba informações das mais variadas naturezas, como origem, identidade, estado de saúde, orientação sexual, religião, espectro político, entre outras (MIRAGEM, 2021).

Por essa ótica, Alves e Hogemann, em sua pesquisa acerca da possibilidade de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa nos casos de transexualidade, chegaram à seguinte conclusão:

Com respaldo em toda a definição de vida íntima e proteção à intimidade, parece claro o direito de que o transexual possa figurar com a aparência e os papéis definidos e construídos socialmente pelo gênero com o qual se identifica, sem a necessidade ou obrigatoriedade de compartilhar sua identidade de gênero com terceiros, ou mesmo seu cônjuge, afinal isso faz parte de seu foro íntimo (ALVES; HOGEMANN, 2020, p. 11).

Compreende-se que as autoras acrescentam um novo elemento às proteções advindas do direito à intimidade elencadas de forma não exaustiva por Miragem, qual seja, a identidade de gênero. Assim, a pessoa trans não teria a obrigação de informar sua identidade de gênero às demais pessoas, pois tal informação se encontra na esfera íntima, portanto, protegida pelo direito à intimidade, ratificando o conteúdo do princípio nº 6 dos princípios de Yogyakarta.

Em que pese o entendimento das pesquisadoras, há uma ressalva quanto aos direitos de terceiros. Veja-se:

O direito à vida privada e à intimidade compreende a liberdade de cada indivíduo orientar livremente sua vida desde que não prejudique injustamente terceiros, assim como manter sob reserva informações pessoais que não digam respeito a ninguém senão a si mesmo do conhecimento ou curiosidade públicos (MIRAGEM, 2021, p. 227).

Isso, aplicado ao caso das pessoas trans, provoca o questionamento sobre a (in) existência do dever de a pessoa trans informar sua identidade de gênero em algumas situações, pois esse dado, mesmo pertencente a sua esfera íntima, pode prejudicar e lesar direitos da personalidade de terceiros de boa-fé, como, por exemplo, um (a) parceiro (a) sexual, que se relaciona sem ciência, e tem para

si que essa informação é essencial para consentir ou não com a relação. Essa ideia é confirmada pelo teor do RE nº. 670.422, julgado no STF em 2018.

Assim, nota-se que diversas são as garantias jurídicas conferidas às pessoas trans para o livre exercício dos direitos da personalidade, dentre elas a possibilidade, em regra, de publicizar sua identidade de gênero somente a quem lhe interesse e convenha. Todavia, tal regra pode ser mitigada mediante a possibilidade de lesão aos direitos de terceiros.

#### **4. O Crime de Violação Sexual Mediante Fraude e as Pessoas Trans como Sujeito Ativo**

O Código Penal (BRASIL, 1940), em seu artigo 215, expressa que:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

O termo “ter” é utilizado quando o sujeito efetivamente realiza a conjunção carnal, isto é, introduz integral ou parcialmente o pênis na vagina (MASSON, 2022). Por essa perspectiva:

O verbo ter, utilizado pelo art. 215 do Código Penal, pode ser entendido, agora, no sentido de que tanto o homem quanto a mulher podem praticar o delito em estudo quando a finalidade for a conjunção carnal, desde que estejamos diante de uma relação heterossexual. Assim, por exemplo, uma mulher poder [sic] valer-se do emprego de fraude para ter conjunção carnal com um homem, ou seja, fazer com que ocorra a penetração vaginal, da mesma forma que um homem pode usar do mesmo artifício para ter conjunção carnal com uma mulher. Em suma, a conjunção carnal pressupõe, sempre, uma relação heterossexual (GRECO, 2012, p. 508).

O verbo “praticar” se refere a realização de outro ato libidinoso com a vítima. Entende-se inserida nessa expressão a prática de qualquer atitude capaz de saciar o desejo, excluída a conjunção carnal. A título de exemplo cita-se o sexo anal, oral, masturbação, beijo lascivo, etc. Essa conduta é plenamente aplicável ao contexto das relações heterossexuais e homoafetivas (MASSON, 2022).

Para o agente incorrer nas condutas, é necessário se valer da fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a manifestação de vontade da vítima. Quando o delito é perpetrado por intermédio da fraude se está diante do que alguns autores nomeiam como estelionato sexual. Utiliza-se essa nomenclatura, pois, a

concepção de fraude é encontrada no tipo penal do estelionato, previsto no art. 171, do Código Penal (GRECO, 2012).

A fraude é o engodo, o ardil, ou artifício que leva a vítima ao engano quanto à identidade pessoal do agente ou sobre a legitimidade da conjunção carnal ou do ato libidinoso diverso (BITENCOURT, 2021), influenciando na possibilidade de livre manifestação da vontade da vítima (MASSON, 2022).

O meio fraudulento funciona como verdadeiro fator de limitação do exercício pleno da liberdade sexual, bem jurídico tutelado pelo tipo penal, haja vista a existência de elementos externos produzidos pelo agente que mantém a vítima em erro.

A fraude faz com que o consentimento da vítima seja viciado, pois se tivesse conhecimento, efetivamente, da realidade não cederia aos apelos do agente. Por meio da fraude, o agente induz ou mantém a vítima em erro, fazendo com que tenha um conhecimento equivocada da realidade (GRECO, 2012, p. 508).

Mediante isso, bem como todo o escopo jurídico dos direitos da personalidade esboçados no capítulo 2 deste trabalho, constata-se que o fato de uma pessoa trans adotar uma expressão de gênero fiel a sua identidade de gênero pode, em tese, ser vista pelo judiciário como uma fraude caracterizadora do estelionato sexual, porquanto a vítima é capaz de afirmar como fator central da manifestação de sua vontade favorável ao envolvimento sexual o desconhecimento da identidade pessoal do agente, tendo em vista a aparência corresponder ao das pessoas por quem se sente atraído sexualmente.

Ademais, Damásio Evangelista de Jesus (2004, p. 749) discorre sobre o erro: “Não é necessário que seja produzido pelo agente. Pode ocorrer que seja da própria vítima, ou provocado por terceiro, e que o sujeito ativo mantenha a ofendida enganada”, ou seja, no caso concreto, é plenamente possível o erro quanto à identidade da pessoa trans não ter sido produzido por ela, mas pelo sujeito passivo do crime. Ocorre nessa situação que o agente percebe a condição de erro a qual se encontra o/a parceiro/a e, ainda assim, mantém a relação sem o devido esclarecimento.

Não obstante, esclarece Cleber Masson:

O meio fraudulento de que se vale o agente deve ser idôneo a ludibriar a vítima. [...] a fraude grosseira não enseja o reconhecimento do delito tipificado no art. 215 do Código Penal. Evidentemente, a idoneidade ou

inidoneidade da fraude deve ser analisada no caso concreto, levando-se em conta as particularidades da vítima, bem como o tempo e o local da conduta (MASSON, 2022, p. 36-37).

Por esse viés, como já destrinchado, atualmente existem diversas formas da pessoa trans adequar seu corpo à sua identidade de gênero. Os homens e as mulheres trans que desejam realizam procedimentos para aproximar seu corpo físico de sua identidade de gênero e consegue adotar como expressão de gênero as formas determinadas socialmente para aquele com o qual se identifica.

Assim, existem pessoas trans cuja aparência corresponde perfeitamente a sua identidade de gênero. Em contrapartida, é possível também observar pessoas trans que, por não desejarem se submeter a determinados procedimentos, não têm seus corpos totalmente adequados ao gênero de identificação, não sendo isso obstáculo para adoção da expressão de gênero com o qual se reconhece. Em alguns desses casos, de fato, seria possível o juiz entender pela existência da fraude grosseira, ante à possibilidade de o sujeito passivo perceber alguma característica na pessoa trans que evidencie claramente sua identidade de gênero, o que não configuraria o crime objeto de análise.

No que tange ao elemento subjetivo do crime de violação mediante fraude, é oportuno dizer que o tipo somente comporta a modalidade dolosa, bem como “Há elemento subjetivo do tipo específico, consistente em satisfazer a lascívia através da conjunção carnal ou do ato libidinoso” (NUCCI, 2017, p. 699).

O Código Penal, em seu artigo 18, I, define um crime como doloso “[...] quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (BRASIL, 1940). Dessa forma, vê-se que no crime de violação sexual mediante fraude a vontade do agente deve ser direcionada à satisfação de sua lascívia.

Segundo se viu, ao tratar sobre o julgamento do RE nº. 670.422, as pessoas trans possuem o direito à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil e, por mais que exista o sigilo acerca de tal modificação, esse não é absoluto, pois o ministro relator evidenciou de forma assertiva que os terceiros de boa-fé poderão ter acesso a tal informação, se seguido o procedimento adequado.

A exceção à regra do sigilo, pode ser invocada pelo juiz no momento da análise dos elementos configuradores do crime com o objetivo de fundamentar a necessidade de pessoas trans informarem sua identidade de gênero ao indivíduo com quem se relacione, sob pena de caracterização do dolo.

Deve-se tomar cuidado nessas situações, pois o elemento subjetivo do crime é analisado pelo magistrado mediante as minúcias do caso concreto. Faz-se essa afirmação porque não é raro encontrar apontamentos teóricos sobre um mundo ideal no qual a imparcialidade dos juízes de fato existe. Contudo, quando se observa a realidade, é possível perceber a dificuldade de um ser humano não ser influenciado por elementos extrínsecos no momento de decidir.

Foi a partir disso que a Mestre em Direito Ana Luiz Rodrigues decidiu pesquisar quanto aos estereótipos sobre transgêneros em sentenças criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Após analisar o conteúdo de 64 sentenças criminais de primeiro grau proferidas no ano de 2018, cujas rés eram pessoas trans, concluiu a existência de:

[...] quatro categorias de estereótipos sobre as rés (travestis e transexuais) que foram empregados pelos juízes em suas decisões: i) que as rés não são “mulheres de verdade”; ii) que “travesti” é sinônimo de prostituição; iii) que são criminosas; e iv) que não são confiáveis (RODRIGUES, 2019, p. 83).

Ademais, ao aferir o número de condenações nos processos analisados, observou que “[...] do total de 64 processos que tiveram seu conteúdo analisado, 51 deles resultou em condenação, e apenas 13 em absolvição, de modo que a taxa de condenação [...] foi de 79,69%, restando à absolvição apenas 20,31% dos casos” (RODRIGUES, 2019, p. 79-80).

Outrossim, Victor Siqueira Serra, em sua dissertação de mestrado intitulada como “Pessoa afeita ao crime: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista”, investigou os discursos fixados em acórdãos proferidos pelo TJSP entre os anos de 2013 a 2017, nos quais figuraram pessoas travestis em diversos polos do processo. Como resultado:

[...] depreende-se uma série de falas nas quais o Tribunal de Justiça de São Paulo constrói a travestilidade como um sinônimo de prostituição, violência e crime. E é essa mesma representação das travestis como desajustadas e perigosas, (re) produzida pelo sistema de justiça, que fundamentará seu ajuste ao papel de acusada, criminosa, desajustada. O sistema de justiça criminal concretiza as expectativas sociais que ele mesmo produz, em um processo que se mantém por meio da

vulnerabilização e criminalização de grupos específicos (SERRA, 2018, p. 58-59).

Embora não se possa generalizar os resultados das pesquisas apresentadas, entendo que as mesmas revelam as consequências dos estereótipos enraizados em nossa sociedade, e como eles se refletem nas decisões estatais, sobretudo no âmbito criminal aqui analisado. Rodrigues (2019, p. 96) discorre que:

O Judiciário funciona como uma instância de confirmação da identidade marginal dos transgêneros. A reprodução desses estereótipos pelo Estado legitima e reforça a visão deturpada sobre essas pessoas, replicando e perpetuando estereótipos. Mais do que isso, os estereótipos encontrados, em grande parte das sentenças eram as verdadeiras razões de decidir e faziam ignorar a lógica, a argumentação, o silogismo, e até mesmo o conjunto probatório.

Ao observar os estereótipos que acompanham as pessoas trans, assim como a existência da exceção ao sigilo da alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, tende-se a considerar que no momento da análise dos elementos do crime de violação sexual mediante fraude, em especial do dolo e da fraude, os magistrados podem acabar se inclinando a entender pela caracterização do crime.

## 5. Conclusão

Múltiplos são os conceitos quando o tema é gênero, sendo necessário compreender, mesmo de forma sintética, o que cada um representa ante à centralidade destes termos em diversas áreas do conhecimento.

O ordenamento jurídico fornece garantias para o livre exercício dos direitos da personalidade de pessoas trans, dentre eles a possibilidade de informar sua identidade de gênero somente a quem lhe interesse como expressão do direito à vida privada, o que pode ser mitigado mediante a possibilidade de lesão aos direitos de terceiros de boa-fé.

O fato de uma pessoa trans adotar uma expressão de gênero fiel a sua identidade de gênero pode, em tese, ser vista pelo judiciário como uma fraude caracterizadora do estelionato sexual, porquanto a vítima é capaz de afirmar como fator central da manifestação de sua vontade favorável ao envolvimento

sexual o desconhecimento da identidade pessoal do agente, tendo em vista a aparência corresponder ao das pessoas por quem se sente atraído sexualmente.

A exceção à regra do sigilo da alteração do prenome e da classificação de gênero da pessoa trans no registro civil, pode ser invocada pelo juiz no momento da análise dos elementos configuradores do crime com o objetivo de fundamentar a necessidade de pessoas trans informarem sua identidade de gênero ao indivíduo com quem se relacione, sob pena de caracterização do dolo.

Destarte, confirmou-se a hipótese inicial, pois se verificou que há possibilidade de o Judiciário tratar a pessoa trans como sujeito ativo do crime de violação sexual mediante fraude.

## Referências

ALVES, Eduarda Gomes Fabiano; HOGEMANN, Edna Raquel. Os direitos da personalidade e a possibilidade de anulação do casamento por erro essencial sobre a pessoa nos casos de transexualidade. **Revista Acadêmica de Direito da Unigranrio**, v. 10, n. 1, 2020. Disponível em: [l1nq.com/hpdGK](http://l1nq.com/hpdGK). Acesso em: 19 jul. 2022.

BARRETO, Andreia. (Org). *et al.* **Gênero e diversidade na escola**: formação de professoras/es em gênero, orientação sexual e relações étnico-raciais. Rio de Janeiro: CEPESC, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal**: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988) ]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3YqIPJ1>. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília-DF: Casa Civil, 1992. Disponível em: [l1nq.com/LJsi6](http://l1nq.com/LJsi6). Acesso em: 04 jan. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código penal. Rio de Janeiro: Catete, 1940. Disponível em: [l1nq.com/B3BRr](http://l1nq.com/B3BRr). Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília-DF: Senado, 2002. Disponível em: [l1nq.com/QgOYD](http://l1nq.com/QgOYD). Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.275-DF**. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Brasília-DF: DJe, 01 mar. 2018. Disponível em: [l1nq.com/D9252](https://l1nq.com/D9252). Acesso em: 01 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 670.422-RS**. Plenário. Relator: Ministro José Antônio Dias Toffoli. Brasília-DF: DJe, 15 ago. 2018. Disponível em: [l1nq.com/oCAf2](https://l1nq.com/oCAf2). Acesso em: 02 jan. 2023.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº. 1.955, de 03 de setembro de 2010**. Diário Oficial da União, Brasília, 3 set. 2010. Seção 1, p. 109-10.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº. 2.265, de 09 de janeiro de 2020**. Diário Oficial da União, Brasília, 9 jan. 2019. Seção 1, p. 96.

FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo; mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 1, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3mn9F7C>. Acesso em: 30 dez. 2022.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos**: uma perspectiva de inclusão. 2012. 262 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [l1nq.com/TY3xA](https://l1nq.com/TY3xA). Acesso em: 03 ago. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio. **Direito penal**: parte especial. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos. Brasília: Autor, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial. 12. ed. São Paulo: Método, 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme. **Código penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris: ONU, 1948. Disponível em: [l1nq.com/8mKtD](https://l1nq.com/8mKtD). Acesso em: 04 jan. 2023.

**PRINCÍPIOS de Yogyakarta**: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. 2007. Disponível em: [l1nq.com/IR32M](https://l1nq.com/IR32M). Acesso em: 01 set. 2022.

REIS, Toni. (Org.). *et al.* **Manual de comunicação LGBTI+**. 2. ed. Curitiba: NEAB/UFPR, 2018.

RODRIGUES, Ana Luiza. **Estereótipos sobre transgêneros em sentenças criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo**: imparcialidade e o mito do juiz racional. 2019. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019. Disponível em: [l1nq.com/5J4AO](https://l1nq.com/5J4AO). Acesso em: 27 dez. 2022.

SERRA, Victor Siqueira. **Pessoa afeita ao crime**: criminalização de travestis e o discurso judicial criminal paulista. 2018. Dissertação (Mestrado em Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania) – Universidade Estadual Paulista, Franca, 2018. Disponível em: [l1nq.com/HrfsI](https://l1nq.com/HrfsI). Acesso em: 28 dez. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.