

DOS CRIMES HOMOFÓBICOS

Bruna Ehlers Franke⁶⁸

Diego Romero⁶⁹

Resumo: *O presente trabalho objetiva pesquisar os crimes cometidos contra as pessoas homossexuais. Para tanto, utilizou-se do método de análise histórico-comparativa e hermenêutica jurídica com o intuito de demonstrar o homossexualismo no Brasil, o posicionamento médico sobre o tema, a homossexualidade à luz da Constituição Federal de 1988, o conceito de homofobia, os avanços do Código Penal, os crimes praticados contra os homossexuais, dentre eles, a ameaça, a lesão corporal, a extorsão, os crimes contra a honra e o homicídio.*

Palavras-chave: Crimes. Homossexuais. Preconceito. Homofobia.

Introdução

O presente trabalho constitui-se em uma pesquisa bibliográfica na seara do Direito Criminal, especificamente na área dos crimes homofóbicos no contexto social brasileiro e, também, de forma breve, a história e o ponto de vista médico e jurídico sobre o tema da homossexualidade.

1. O contexto histórico do homossexualismo no Brasil.

Os portugueses, quando chegaram ao Brasil, chamavam os índios de bugres ou gentios por identificá-los com a prática da sodomia. O termo sodomia tem origem no latim, significando conjunção sexual anal entre homem e mulher, ou entre homossexuais homens (FERREIRA, 2009, p. 1866). Isso ocorria porque a homossexualidade quase sempre era associada à heresia (TREVISAN, 2002).

68 Acadêmica do 9º semestre do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Campi Capão da Canoa. e-mail: ehlersbrunaa@gmail.com

69 Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica – PUCRS. Especialista em Direito Penal Empresarial pela mesma instituição. Professor de Direito Penal e Processual Penal na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado Criminalista. Instrutor do Cartório de Instrução do Tribunal de Ética da OAB/RS. e-mail: romerodiego@terra.com.br

Segundo afirma Torrão Filho (2000), nas tribos indígenas brasileiras não era incomum que os jovens adolescentes passassem a fazer parte das “casas dos homens”, chamadas baito, onde era comum a relação dos jovens com homens mais velhos como forma de iniciação à vida adulta, o que, segundo Gilberto Freyre (1987 apud TORRÃO FILHO, 2000), favorecia a prática da homossexualidade.

Ainda segundo este autor, a homossexualidade não era vista como uma prática vergonhosa: os tivira ou tibirá, como eram denominados os homens afeminados, enalteciam suas relações homossexuais por considerá-las sinal de virilidade masculina. Atualmente, no estado de Tocantins, os índios Kraó praticam o cunin, vocabúlo utilizado para denominar as relações sexuais entre jovens do sexo masculino. Tal comportamento não ocasionava qualquer tipo de restrição ou proibição (DAVI; RODRIGUES, 2003).

No século XVIII, começou uma perda progressiva de poder dos tribunais da inquisição de Portugal, o que resultou na sua extinção, no ano 1821. Desta forma, a sodomia no Brasil passou cada vez mais para a alçada da Justiça Comum. Assim como os ideais revolucionários de 1789, também atingiram o Brasil, e o Código Napoleônico, de 1813, já não consideravam a homossexualidade como crime, assim como a primeira Constituição Brasileira, de 1823, que, de maneira geral, atualizava o ordenamento jurídico Filipino e as leis portuguesas do século XVI, que determinavam a pena de morte para a sodomia, ao passo que também não a incluía entre os crimes civis (TORRÃO FILHO, 2000).

O Código Penal da República, de 1890, também não considerava crime as relações entre pessoas do mesmo sexo, mas manteve a figura jurídica da “ofensa à moral e aos bons costumes”, criada pelo Código Penal Brasileiro de 1830, agora sob o nome de “crime contra a segurança da honra e honestidade das famílias” ou “ultraje público ao pudor”, também proibiu o travestismo. No atual Código Penal, promulgado em 1940, permanece o crime por ultraje ao pudor quando o ato obsceno é praticado publicamente ou o objeto obsceno é exposto ao público, incluindo-se as representações cinematográficas, fonográficas ou teatrais (TREVISAN, 2002).

Em livro publicado em 1894, o jurista José Viveiros de Castro apresentava dados históricos sobre a “inversão sexual”, já utilizando conceitos da psiquiatria. Estudiosos procuravam conhecer todos os aspectos da sexualidade desviante, mas era necessária, para viabilizar suas teses, uma definição rigorosamente científica. Surgiu assim a figura clínica do homossexual (TREVISAN, 2002).

Contudo, podemos perceber que, apesar de a homossexualidade não ser mais tipificada como crime pelo nosso Código Penal da República Federativa do Brasil, os homossexuais eram, e ainda são, com frequência, considerados doentes e cri-

TREVISAN, J. S. Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2002.

VECCHIATTI, P. R. I. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e adoção por casais homossexuais. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ZIMERMAN, D. E. Teoria e fundamentos psicanalíticos técnicas e clínicas. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

minosos, capazes de praticarem crimes e “as ações mais loucas, movidos por sua paixão invertida” (TORRÃO FILHO, 2000, p. 253).

A partir da década de 1960, o Brasil e o mundo todo foram palco de liberação sexual e da luta contra a ditadura militar vigente no país entre 1964 e 1985. Já em meados dos anos 70, surgem os primeiros grupos homossexuais no Brasil, onde o objetivo maior era a luta contra um preconceito que se espalhava por toda a sociedade, escondendo-se por trás de uma suposta democracia sexual, da mesma maneira que o racismo esconde-se sob suposta democracia racial (FRY, 1982 apud TORRÃO FILHO, 2000).

O primeiro jornal gay do Brasil, *Lampião*, lançado em abril de 1978, tratava, entre outras coisas, do preconceito e da autoestima do homossexual. Esse periódico era considerado esquerdista e pornográfico, sendo seus responsáveis processados e fchados como criminosos, tendo sido o processo arquivado em função da homossexualidade não ser considerada crime (TORRÃO FILHO, 2000).

No mesmo período, surgiu na cidade São Paulo o grupo Somos, que teve uma vida breve, ao contrário do Grupo Gay da Bahia, que surgiu na década de 80, e que até hoje o grupo mais consistente e de maior visibilidade; o grupo tem como foco questões políticas, raciais e culturais ligadas à homossexualidade (TREVISAN, 2002).

Por mais que os movimentos gays apareçam na mesma conjuntura dos movimentos femininos contra o machismo e a desigualdade de sexo, e dos movimentos pela liberdade e pelo fim da ditadura, sua luta era considerada menor. *Torrão Filho* (2000, p. 261) salienta, ainda, que a homossexualidade chegou a ser considerada pelos comunistas “um vício burguês que deveria desaparecer com o socialismo”.

Com o surgimento da AIDS, na década de 1980, entidades e grupos em defesa dos direitos dos homossexuais uniram-se, como jamais havia ocorrido na história. Assim como Cazuza, diversas personalidades começaram a assumir publicamente sua homossexualidade ou bissexualidade, após tomarem conhecimento de estarem contaminados com o HIV. Atualmente gays e lésbicas brasileiras contam com a ajuda de diversos grupos que promovem a conscientização sobre direitos civis, drogas, sexo seguro, doenças como AIDS e DSTs, violência e discriminação (DAVI; RODRIGUES, 2003).

Apesar de toda a organização alcançada, da descoberta do poder de compra dos homossexuais e da presença destes, cada vez maior, nos meios de comunicação, a situação dessa parcela minoritária da população brasileira ainda não é segura, principalmente nos Estados mais pobres e nas pequenas cidades. Relata *Torrão Filho* (2000) que em diversas capitais do Brasil esquadrões da morte fuzilam travestis e prostitutos, e tais crimes não são elucidados.

Não obstante essa intolerância, com a evolução dos costumes e mudança de valores, a questão da homossexualidade passou a ser tratada com mais naturalidade e transparência.

Contudo, a discriminação continua existindo atualmente, mas os movimentos gays ajudaram a enfraquecer estes preconceitos que antigamente eram extremamente brutais. Tais movimentos fizeram com que o homossexualismo ganhasse visibilidade, a ponto de muitos homens e mulheres começarem a assumir sua opção sexual sem qualquer constrangimento. Apesar de todos esses avanços, a sociedade Brasileira vive ainda uma geração de preconceito fazendo com que muitos homossexuais continuem excluídos em pleno século XXI.

2. Posicionamento médico acerca do tema

A partir do ano 2003, o termo Homossexualidade desapareceu da classificação oficial de doenças mentais, sendo a sua última aparição no quadro classificação de doenças mentais, do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (2002, p. 553), DSM-IV-TR, como “Transtorno Sexual Sem Outra Especificação” (302.9), referindo-se a situações que não se enquadram nem nas disfunções sexuais, nem nas parafilias descritas como um sofrimento persistente quanto à opção e orientação sexual”.

Com o que foi apontado anteriormente, podemos chegar à conclusão que atualmente a medicina tem entendido a origem da homossexualidade advinda de diversos fatores, como os da natureza biológica, sociocultural e psicológica. Para a psicanálise, como aponta Zimerman (1999), a homossexualidade, além de polissêmica, por permitir várias significações e sentidos, e polimorfia, por se apresentar de distintas formas, é polideterminada, tendo em vista que diversas causas concorrem para uma mesma manifestação clínica.

Se olharmos o homossexualismo através da visão psicanalítica, conseguiremos entender como é possível “diagnosticar” o aparecimento do homossexualismo no ser humano. Para isso, nos deteremos à teoria de Freud, que nos apresenta importantes descobertas acerca da determinação sexual do indivíduo, em seu texto *Três Ensaios sobre a Teoria da Sexualidade* (1905), onde descreve a sexualidade infantil e seu desenvolvimento, sustentando que a masculinidade e a feminilidade formavam-se a partir do reconhecimento das diferenças entre os genitais com todo o seu significado.

Com base em seu trabalho psicanalítico, com neuróticos adultos e na observação de crianças, Freud escandaliza a comunidade científica do fim do século XIX, ao afirmar que a sexualidade humana está presente desde a infân-

eram os fatores genéticos e culturais, desaparecendo de vez do âmbito médico a visão de que era uma doença mental.

Ocorre que atualmente a violência contra o grupo de pessoas intituladas homossexuais vem crescendo em nosso país de maneira desacerbada. Devida a ausências de dados suficientes para demonstrar o roteiro dos crimes homofóbicos em nosso país, pelo fato de que os homossexuais não possuem uma categoria própria nas estatísticas oficiais, bem como a ausência de dados demográficos referentes à parcela da sociedade que é homossexual, o que demonstra o preconceito por parte do estado.

Referências

- DAVI, E.; RODRIGUES, J. Os caminhos da homossexualidade: inserção ou exclusão? Disponível em <http://www.propp.ufu.br/revistaeletronica/humanas2003/os_caminhos.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2014.
- DSM-IV-TR. Manual do diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. Porto Alegre: Artes Médicas, 2002.
- FERREIRA, A. B. H. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. Coordenação Mariana Baird Ferreira; Margarida dos Anjos. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.
- FREUD, S. Três Ensaio sobre a teoria da sexualidade. In: Edição standard brasileira das obras completas de Sigmund Freud. 1905. Rio de Janeiro; Imago, 1972, v.7.
- GARCIA, J. C. Problemáticas da identidade sexual. 2ª ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002. (Coleção Clínica Psicanalítica).
- GONÇALVES, V. E. R. Direito penal esquematizado: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRECO, R. Curso de direito penal: parte especial/volume II: introdução à teoria geral da parte especial. 6ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.
- MASIERO, M. C. O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre, RS: Criação Humana, 2014.
- NUCCI, G. S. Código penal comentado. 10ª ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- TONI, C. T. Manual de direitos dos homossexuais. [Ilustrações de Luciano Tasso]. São Paulo: SRS Editora, 2008.
- TORRÃO FILHO, A. Tribades galantes, fanchonos militantes: homossexuais que fizeram a história. São Paulo: GLS, 2000.

Considera-se homicídio praticado de maneira torpe quando o agente age por “motivo repugnante, abjeto, vil, que causa repulsa excessiva à sociedade” (NUCCI, 2010, p. 610).

O homicídio praticado de maneira torpe engloba o cometido por preconceito, cujo conceito “constitui em homicídio qualificado pelo motivo torpe, aquele praticado em razão de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou origem, ou, ainda, por ser a vítima homossexual ou apreciadora deste ou daquele movimento artístico ou musical” (GONÇALVES, 2011, p. 95).

Entendemos por homicídio praticado por meio fútil aquele “motivo pequeno, insignificante, ou seja, deve ser reconhecido quando houver total falta de proporção entre o homicida e sua causa” (GONÇALVES, 2011, p. 96). Para termos reconhecida essa qualificadora, é de suma importância que haja prova do motivo pelo qual o agente praticou o crime ser realmente fútil (GONÇALVES, 2011).

Como se pode ver, o crime de homicídio consuma-se quando se tem de modo efetivo o corpo sem “vida” da vítima, sendo que nesta modalidade delituosa admite-se a forma tentada (GRECO, 2009).

Conclusão

O presente trabalho buscou demonstrar que a violência contra o grupo de pessoas intituladas homossexuais sempre esteve presente na história da nossa civilização. Como é sabido por todos, a nossa sociedade evolui a cada ano que passa, mudando-se os conceitos e abrindo portas aos novos pré-conceitos. Foi em meio a esta evolução constante da sociedade, que, na década de 1960, o Brasil e o mundo todo foram palco do movimento que objetivava à liberdade sexual, e da luta contra a ditadura militar vigente no país em 1964. De modo que, em meados dos anos 70, começaram a surgir os primeiros grupos homossexuais, que tinham por objetivo lutar contra o pré-conceitos que já eram bem acentuados nessa época.

Por mais que os conceitos tenham mudado e novos pré-conceitos surjam em nossa sociedade, a homossexualidade nunca foi considerada como fato delituoso pelo nosso Código Penal, deste a sua primeira publicação em 1830, por mais que tivesse a figura jurídica da “da ofensa a moral e aos bons costumes”, que foi mantida pelo código Penal de 1890 e o atual 1940.

Por mais que tenhamos grandes mudanças na década de 70 e 80, como dito anteriormente, o homossexualismo continuou sendo considerado e tratado como uma doença mental até o ano 2003, quando o termo homossexualidade desapareceu do Manual Diagnóstico e Estatísticos de transtornos Mentais. A partir deste ano, o entendimento dos médicos acerca do surgimento do homossexualismo

cia e que seu objeto não é dado a priori, ou seja, não é resultante de uma designação biológica. Para Freud, o sujeito nasce com uma disposição bissexual e possui recursos que lhe permitem trilhar o caminho para a sua identificação sexual, que é construída a partir de suas relações objetivas primárias, ou seja, na relação com seus pais/cuidadores (GARCIA, 2002).

Neste sentido, o Conselho Federal de Psicologia, em sua Resolução nº 01/99, de 22 de março de 1999, “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual”, considerando em um dos parágrafos que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão.

A autora Claudia Thomé Toni, também neste sentido, traz em seu livro Manual de Direitos Homossexuais (2008, p. 9), a afirmação que o homossexual não é portador de anomalia ou transtorno psicológico que tenha determinado sua orientação sexual, valendo lembrar que a Medicina, há muitos anos, excluiu a homossexualidade do rol de Classificação Internacional de Doenças – CID, deixando de considerá-la desvio ou transtorno sexual e abandonando, por consequência, o termo homossexualismo, cujo sufixo “ismo”, significa doença, para adotar a expressão “homossexualidade”, cujo o sufixo “dade” significa modo de ser.

2.1 Terminologia

A autora Claudia Thomé Toni (2008, p. 7) apresenta-nos definições com relação à terminologia utilizada pelos homofóbicos para descrever os homossexuais, que se dividem em homossexual, bissexual e transexual, os quais passaremos a diferenciar.

Homossexual é aquele que optou por manter relações, predominantes ou exclusivamente, com pessoas do mesmo sexo. Portanto, homossexuais constituem gênero, enquanto bissexuais, espécie. Os bissexuais são pessoas que são atraídas e mantêm relações com pessoas do mesmo sexo e de sexo oposto ao seu.

Já o transgênero, por ser um termo muito abrangente, que inclui todas as pessoas cuja identidade de gênero (masculino ou feminino) não corresponde às características do seu sexo biológico. Sendo que transgêneros podem subdividir-se em: transexuais, travestis e cross-dresser. O transexual é aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto. Tal fato o faz, por vezes, submeter-se à inversão cirúrgica para alterar sua anatomia. Já o cross-dresser é aquele que, embora se identifique com o seu gênero desde a infância, às vezes se caracteriza com costumes ou vestimentas do sexo oposto.

3. A Homossexualidade À Luz da Constituição Federal de 1988

Atualmente, diversos autores de textos jurídicos estão considerando relevantes as classificações feitas com base em preferências ou características sexuais. Temos como um exemplo clássico o texto do art. 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, quando se refere à união do homem e da mulher, que consagra o modelo de família com base na opção sexual predominante na sociedade. Isso se deve a uma postura extremamente preconceituosa, já que tais classificações partem do pressuposto que existem, “primeiro, identidades sexuais ‘normais’, devendo o sexo biológico ser claramente definido com base na dicotomia homem/mulher; segundo, que o questionamento do próprio gênero é socialmente problemático; terceiro, que somente a orientação heterossexual é ‘normal’, devendo as demais preferências ser objeto de intervenção restritiva ou discriminadora do Estado” (DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 75).

Ao fazermos uma leitura sistemática da nossa Carta Magna de 1988, ela indica que a orientação sexual deve ser tratada como um assunto privado, permanecendo, deste modo, fora da regulamentação jurídica do Estado, já que a mesma Carta assegura a todos os cidadãos o direito à intimidade e à privacidade. Historicamente, esta questão está ligada à liberdade individual e à difícil e mutável divisão entre o público e privado, pois se trata de um dos pressupostos de atuação do Estado que impõem limites para sua intervenção na vida dos cidadãos, de modo que as características e preferências sexuais se encontram no campo privado, impõem-se um limite para atuação do Estado (DIMOULIS e LUNARDI, 2013).

O art. 5, inc. X, da Constituição Federal, tutela a proteção da intimidade e da vida privada do cidadão. Ambos os direitos visam à autocompreensão do indivíduo, bem como sua identidade sexual e pessoal num amplo conjunto das relações sociais, que englobam as relações familiares e o círculo de amizade de cada indivíduo (DIMOULIS e LUNARDI, 2013).

Como é sabido por todos, esses direitos são tidos como fundamentais, mas não deveriam ser utilizados apenas como critério e limite da intervenção do Estado, mas também servir como obstáculo, impedindo assim a reprodução do preconceito que impõem aos cidadãos com preferências sexuais diversas das consideradas “normais”, rótulos como, por exemplo: transexual, bissexual, hermafrodita, dentre outros (DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 77).

Temos também o direito à igualdade sexual, que é extraído do preceito do direito geral à igualdade que está expresso no art. 5º, caput, da Constituição Federal. Doutra banda, o art. 3º, IV, do mesmo diploma legal, veda “quaisquer formas de discriminação” e a garantia penal contra graves discriminações vem expressa, no

legislador ao tipificar a difamação como crime contra a honra não foi de considerar qualquer fato inconveniente ou negativo como elemento para caracterizar o delito, mas sim enquadrar os fatos que ofendem a reputação da pessoa (NUCCI, 2010). Deste modo, a difamação é o que os outros pensam a respeito das qualidades que são atribuídas a alguém (GONÇALVES, 2011, p. 243).

Como dito anteriormente, a difamação também se consome pela forma verbal, escrita ou por gestos simbólicos, como os demais crimes contra a honra (NUCCI, 2010). Cita-se um exemplo do aludido delito, através da jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça.

5.2.4.2 Da Injúria

O crime de injúria encontra-se previsto no art. 140, do Código Penal. Podemos entender por injúria a ofensa ou insulto. “É preciso que a ofensa atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor-próprio) ou decoro (correção moral ou compostura) de alguém. Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesmo” (NUCCI, 2010, p. 682).

O art. 140, § 2º, do Código Penal, traz a figura da injúria real tratada como forma qualificada, onde o agente ofende a vítima por meio de uma agressão física. Para configurarmos a injúria real, é necessário que a agressão perpetrada se considere humilhante em razão de dois elementos: o primeiro é a natureza do fato, como, por exemplo, “raspar o cabelo da vítima, esbofeteá-la em público, cuspir em seu rosto, jogá-la em uma fonte de água no meio de uma festa, etc.” (GONÇALVES, 2011, p. 253). O segundo elemento é o meio empregado, como, por exemplo, “atirar tomate podre ou ovo em pessoa que está fazendo discurso; atirar cerveja ou bolo no rosto de alguém em uma festa, etc.” (GONÇALVES, 2011, p. 253).

Temos também no § 3º, a figura da injúria real ou preconceituosa. A primeira parte do parágrafo trata da injúria proferida contra pessoas referentes à sua raça, cor, etnia, religião ou suas origens, o que se denomina “injúria racial”; já em relação à segunda parte do dispositivo, traz as ofensas proferidas contra pessoa determinada ou contra determinado grupo de pessoas (GONÇALVES, 2011).

5.2.5 Do Homicídio

O crime de homicídio está previsto no art. 121, do Código Penal, sendo conceituado como ato de supressão da vida do ser humano causada por outro (NUCCI, 2010).

Superada a fase conceitual, nos ateremos apenas em duas qualificadoras do crime de homicídio, que são por motivo fútil e por motivo torpe.

extorsão, o ofendido colabora ativamente com o autor da infração penal” (NUCCI, 2009, p. 768).

De acordo com a súmula 96 do STJ, o crime de extorsão se consume independentemente da obtenção de vantagem indevida pelo agente que pratica a conduta delituosa (NUCCI, 2009).

São causas de aumento de pena se o crime for praticado por duas ou mais pessoas com o emprego de arma de fogo. Com relação ao § 2º, art. 158, do Código Penal, o legislador quis expressar a ideia de que se o tratamento for dado nas circunstâncias que envolvem a prática da extorsão mediante o emprego de violência, deverá ser de forma igual a do crime de roubo, que está tipificado no art. 157, do Código Penal.

Já o § 3º do referido artigo se refere à extorsão qualificada pela restrição da liberdade, que nesta modalidade trazida por este parágrafo inclui o sequestro relâmpago (GONÇALVES, 2011).

5.2.4 Dos Crimes contra a honra

Doutra banda, agora passaremos ao estudo dos crimes contra a honra, que são os mais comuns na seara de crimes praticados contra os homossexuais, estando expressamente previstos no art. 5º, X da Constituição Federal, que preconiza “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Desta forma, a honra é considerada um bem constitucionalmente inviolável, punindo-se quem deliberadamente ofende a honra de outrem (GRECO, 2009).

Como sabemos, a honra é um conceito que a pessoa constrói perante a sociedade durante toda sua vida e pode ruir em virtude de apenas uma única acusação leviana.

Consistem em crimes contra a honra a calúnia, a difamação e a injúria. Cada um desses delitos possui requisitos próprios, além de estarem expressamente descritos no Código Penal, estando também previstos em legislações especiais, como Código Militar, a Lei de Segurança Nacional e Código Eleitoral (GONÇALVES, 2011). Cita-se um exemplo do aludido delito, através da jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça.

5.2.4.1 Da Difamação

O crime de difamação está previsto no art. 139 do Código Penal, consistindo em desacreditar publicamente uma pessoa, denegando sua reputação. A ideia do

art. 5º, inc. LXI, do aludido diploma legal, criando assim, “um sistema de normas que protegem a igualdade sexual de todos” (DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 79).

Como é sabido por todos, tanto a liberdade como a igualdade sexual são passíveis de limitações, o que não lhes excluem de serem garantidas no Direito Constitucional Brasileiro. O seu fundamento jurídico-político encontra-se amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo assim “o igual respeito às características psíquicas e físicas e das atividades sexuais de todos, em razão de sua natureza existencial” (DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p.80).

Ao longo da história, percebemos que o caminho para o reconhecimento destes direitos não foi nada fácil, pois, durante anos, o silêncio ou a negação do que acontecia na sociedade legitimaram os detentores do poder a perseguirem penalmente as pessoas de orientações sexuais rejeitadas pelos mesmos (DIMOULIS e LUNARDI, 2013).

Isso não ocorre atualmente no direito penal brasileiro, pois os legisladores estão afastando as normas discriminatórias na esfera sexual, tendo em vista que estamos vivenciando um momento de mudanças radicais com relação à homossexualidade. O Poder Judiciário vem se aliando cada vez mais com a “doutrina jurídica” na busca de tutelas que protejam as minorias sexuais, apesar dos resquícios da discriminação existente em nosso passado que ainda perpetuam certas discriminações, principalmente contra os homossexuais de sexo biológico não definido que estão no meio do processo de mudança de sexo (DIMOULIS e LUNARDI, 2013).

De acordo com os autores Dimoulis e Lunardi, o que indica essa mudança no sistema judiciário brasileiro são as recentes jurisprudências do “STF sobre problemas constitucionais que envolvem orientação sexual”. Podemos resumi-la em quatro teses (p. 80):

1. Liberdade sexual: “O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais” (STF, Pleno, Emenda da ADPF n. 132, rel. Min. Ayres Britto, julg. 5-5-2011).
2. Igualdade sexual: “Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada um deles” (STF, Pleno, Emenda da ADPF n. 132, rel. Min. Ayres Britto, julg. 5-5-2011).
3. Dignidade humana: este princípio é visto como justificativa da liberdade sexual (STF, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554, rel. Min. Celso de Melo, jul.16-08-2011, voto do relator).
4. Direito à felicidade: considera-se derivação da dignidade humana que justifica o livre desenvolvimento de todos, impondo, inter alia, o reconhecimento de união está-

vel de pessoas do mesmo sexo (STF, Segunda Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477.554, rel. Min. Celso de Melo, jul.16-08-2011, voto do relator).

Na opinião dos autores supracitados, a associação da liberdade sexual a um direito à felicidade apresenta dois problemas. “Primeiro, o direito à felicidade não tem reconhecimento constitucional e apresenta conteúdo incerto e subjetivo. Segundo, sua associação à liberdade sexual gera limitações moralizantes. Liberdade sexual significa ausência de controle estatal, proibição de que o Estado e, indiretamente, os particulares limitem ou sancionem certas condutas. Essa é uma reindicação objetiva que não se relaciona com o sentimento da felicidade. Não se protege a sexualidade somente quando promove a felicidade, justamente porque os interessados não precisam suas opções com base em outro bem (felicidade)” (DIMOULIS e LUNARDI, 2013, p. 81).

Podemos, assim, entender que as limitações impostas à liberdade sexual devem ser sempre justificadas por uma norma constitucional. O fato é que o nosso Estado rege-se pela forma igualitária, não existindo “a melhor ou a pior” identidade sexual, do mesmo modo como não há religião ou partido político que possa ser qualificado como preferível do ponto de vista jurídico, por mais que no campo da orientação sexual e da atividade sexual os limites sejam vastos e extremamente impeditivos, como, por exemplo, os atos de intimidade em lugares públicos, conceituados pela grande maioria como obscenos e imorais.

4. Homofobia na atualidade

O termo “homofobia” surgiu pela primeira vez no ano de 1998, em um dicionário da língua Francesa, sendo que dez anos antes o termo ainda era ignorado. Ao que tudo indica, a criação da palavra homofobia pertence a K. T. Smith que publicou um artigo em 1971, onde tentava analisar os traços da personalidade homofóbica (BORILLO, 2010).

Já em 1972, um ano após a publicação do artigo de Smith, G. Weinberg definiu a homofobia como “o receio de estar com um homossexual em um espaço fechado e, relativamente aos próprios homossexuais, o ódio por si mesmo” (BORILLO, 2010).⁷⁰

Como a aversão contra os homossexuais sempre esteve presente, especialmente na dimensão fóbica, inúmeros foram os especialistas que surgiram na mesma

à vítima a algum evento”, mas a doutrina tem ressaltando os casos “que o agente condiciona o mal a um ato de omissão imediato por parte da própria vítima”, que, nesses casos, o crime de ameaça daria lugar para a incidência do crime de constrangimento ilegal (GONÇALVES, 2011, p. 276).

5.2.2 Da Lesão corporal

Passamos à análise do art.129 do Código Penal que tipifica os crimes de lesões corporais, o qual “trata-se de uma ofensa física voltada à integridade ou à saúde do corpo humano”. Neste tipo penal, não se enquadra qualquer ofensa moral, a vítima tem de sofrer algum dano no seu corpo tanto interna como externa, englobando ainda qualquer modificação à saúde, “transfigurando-se qualquer função orgânica ou causando-lhe abalos psíquicos comprometedores” (NUCCI, 2010, p. 638). Como podemos perceber, o legislador objetivou a manutenção da integridade física e da saúde da pessoa (GONÇALVES, 2011).

A lesão corporal leve prevista no artigo 129, caput, do CP, consuma-se no “momento em que ocorre a ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima” (GONÇALVES, 2011, p. 175), e sua materialidade se dará por meio do exame de corpo e delito, tratando-se assim de um crime material, que se executa através de meios da ação ou omissão (NUCCI, 2009).

Ainda a respeito dos crimes de lesão corporal, o legislador fez mais duas subdivisões, que são a grave e a gravíssima: no § 1º art.129 do Código Penal, teremos as lesões graves, que trazem como agravantes se a capacidade da vítima para ocupações habituais se dá por mais de trinta dias, se correr perigo de vida, sofrer debilidade permanente de membro, função e sentido, bem como aceleração do parto. Já no § 2º do mesmo dispositivo legal teremos as lesões corporais denominadas gravíssimas, em que os danos sofridos pela vítima podem ser incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente, bem como o aborto (NUCCI, 2009).

5.2.3 Da extorsão

Adentraremos na análise do crime de extorsão constante do art. 158 do Código Penal. O crime de extorsão é muito parecido com o crime de roubo e tem como conduta tipificada a subtração violenta ou com grave ameaça aos bens alheios, sendo que lhe difere o fato da extorsão exigir a participação ativa da vítima realizando alguma ação, seja tolerando que o agente faça o que pretende ou deixando de fazer algo que deveria fazer em virtude da ameaça ou violência sofrida. Doutra banda, no crime de roubo, o agente atua sem que aja a participação da vítima, “na

70 A Homofobia pode ser definida como hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos do seu próprio sexo. Forma pacífica de sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para o sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétéro) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquia das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências políticas (MASIERO, 2014, p. 33).

tados como crimes homofóbicos, tendo como motivo a não aceitação e ódio por parte do agressor em relação à vítima por ser gay, lésbica, travesti ou transexual. Não se aceita, por consequência, a definição de crimes passionais para conceituar ou tentar explicar os crimes que vitimam os homossexuais, pois tal denominação deve guardar lugar para aquelas ações ocasionadas por ciúme doentio ou decorrente de desentendimento sentimental, amoroso, entre as partes. A homofobia é mais perversa, pois o autor do fato criminoso aproveita-se da fragilidade física ou social da vítima para empreender a ação delituosa.

Assim, o crime homofóbico ocorre quando um gay, lésbica ou transexual é vitimado por um não-homossexual, tendo como inspiração da conduta delitiva a circunstância da vítima pertencer a uma minoria sexual socialmente estigmatizada e extremamente vulnerável, ou por ostentar um estilo de vida diferenciado. Não raro, o crime homofóbico é marcado pelo extremo desprezo e severa crueldade na forma de agir do autor, incluindo muitas vezes tortura prévia da vítima, a utilização de diversos instrumentos cruéis e mortíferos e elevado número de golpes.

Atualmente têm surgido com frequência em nossos tribunais os crimes de ameaça, lesão corporal, extorsão, homicídio, difamação, injúria, como forma de discriminar e agredir os homossexuais. Crimes, estes, sobre os quais teceremos algumas considerações jurídicas sobre sua tipicidade.

5.2.1 Da Ameaça

O crime de ameaça está previsto no art. 147, do Código Penal, que objetiva a proteção da liberdade das pessoas em relação ao sossego ou tranquilidade em que a pessoa ameaçada priva-se de certos hábitos do seu cotidiano com o receio de que a ameaça prometida realize-se (GONÇALVES, 2011).

Para configuração do crime de ameaça, é necessário que o mal prometido deva ser grave, referindo-se à promessa de dano a um bem de extrema importância para a vítima, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a família, o patrimônio e assim por diante. Ressalta-se ainda que o mal prometido seja contrário ao direito, pois, caso contrário, o mal prometido torna-se legítimo, pois a própria legislação permite (GONÇALVES, 2011).

O crime de ameaça ainda exige que o mal prometido seja viável, ou seja, possa se concretizar, pois se o mal prometido não tem como ser concretizado, a pessoa que sofreu a ameaça nada tem a temer, nem de se sentir ameaçada por palavras que não transmitam credibilidade (GONÇALVES, 2011).

Pela doutrina majoritária, temos também a possibilidade da ameaça condicionada, que tem, como conceito, “quando o agente condiciona o mal que prometeu

época para sugerir outros termos, como: homerotofobis (Churchill, 1967), homossexofobia” (Levit, Klassem, 1974), homossexismo (Lehne, 1976) e heterossexismo (Morin, Garfinkle, 1978) (BORILLO, 2010).

Assim como diversos especialistas surgiram ao longo da história para sugerir termos que pudessem conceituar a homofobia, inúmeras críticas também surgiram em relação ao assunto (BORILLO, 2010).

O fato é que o termo homofobia designa assim dois aspectos diferentes da mesma realidade: a dimensão pessoal, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; a dimensão cultural, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homossexual enquanto indivíduo, mas homossexualidade como fenômeno psicológico e social.” (BORILLO, 2010, p. 22).

Uma das formas mais simples de violência praticada contra os homossexuais tem-se caracterizado por sentimento de medo, aversão e repulsa. Nada mais é que uma manifestação de sentimento, do tipo fóbico, que pode ser comparado ao medo de ficar em lugares fechados (claustrofobia), ou até medo de ficar diante de determinados animais (zooftobia), expressando assim, com um sentido bem original, o termo “homofobia”. De modo que essa forma brutal de violência vem correspondendo unicamente a uma atitude irracional que encontra suas origens em conflitos individuais de cada pessoa (BORILLO, 2010).

Doutra banda, temos as manifestações menos violentas, mas que não deixam de ser constrangedoras aos homossexuais, já que são praticadas cotidianamente. Essa outra forma de homofobia mais branda vem do fundo social, enraizada nas atitudes de desdém, sendo um modo habitual de apreender e categorizar as pessoas diferentes (BORILLO, 2010).

O que em suma significa dizer que existem duas formas de homofobia: a primeira de cunho afetivo (psicológica), caracterizar-se-á pela condenação da homossexualidade. Já se for de magnitude social, caracterizar-se-á pela pretensão de perpetuar a diferença entre homossexuais e os heterossexuais (BORILLO, 2010).

A verdade é que atualmente a nossa sociedade não tem rejeitado os homossexuais, entretanto, ninguém fica revoltado pelo fato de que eles não usufruam os mesmos direitos reconhecidos às pessoas heterossexuais, tornando-se até mesmo intrigante, pois as pessoas, de um modo geral, gostam dos homossexuais, e muitas vezes possuem amigos homossexuais que frequentam suas casas e participam de suas vidas de um modo geral. No entanto, por mais que seja difícil de aceitar, ninguém irá às ruas pra defender a igualdade das opções sexuais, trata-se de um senso comum tido pela sociedade. Por mais que todos tenham a consciência de que nada existe de anormal na homossexualidade, cada pessoa tem plena ciência de o casamento ou a filiação reconhecida pela nossa justiça aos casais do mesmo sexo não será considerada normal pelos demais cidadãos (BORILLO, 2010).

O fato é que insultos, piadas, desenhos maldosos, assim como na linguagem utilizada, caracterizam atitudes homofóbicas que descrevem os homossexuais como criaturas grotescas e objeto de repúdio da sociedade (BORILLO, 2010).

Ao passo que a injúria constitui a injunção da homofobia afetiva com a social na medida em que as expressões utilizadas, como, por exemplo, “veado nojento”, “transviado”, estão muito longe de ser uma simples palavra proferida, mas sim agressões de forma verbal que deixam cicatrizes eternas no subconsciente e no corpo dos homossexuais, causando consequências irreversíveis, como, por exemplo, timidez, vergonha, medo de sair às ruas. Mas a consequência mais importante em relação às demais é o fato de o homossexual esconder seus sentimentos e opções para conseguir se moldar aos padrões tidos como normais pela sociedade (BORILLO, 2010).

Ademais, a homofobia enquanto fenômeno psicológico social enraíza-se nas relações estabelecidas entre a organização social e a estrutura psíquica que considera a heterossexualidade monogâmica como ideal no plano sexual (BORILLO, 2010).

O que devemos questionar é essa relação complexa entre o psicológico e o social, que tem banalizado e até mesmo incentivado a homofobia. Se considerarmos que em cada um de nós existe um homofóbico enrustido, é sinal de que a homofobia tem sido necessária para a constituição da identidade de cada indivíduo. Devendo ao fato de que esta cultura encontra-se totalmente arraigada em nossa cultura e até mesmo na educação que recebemos (BORILLO, 2010).

O fato é que haveria a necessidade de uma desconstrução das formas de homofobia, que seria a homofobia de forma individual e social, que já tivemos a oportunidade de explicar anteriormente (BORILLO, 2010).

Com base no que foi dito anteriormente, podemos concluir que a homofobia que vivemos hoje nada mais é que uma construção social elaborada ao passar do tempo pelas mais diversas gerações.

5. Dos Crimes praticados contra homossexuais

5.1 Avanços do código penal

Como é sabido por todos, o nosso Direito Penal sempre protegeu o bem jurídico “família” (TONI, 2008, p. 121). Assim, todos os diplomas legais que vigoram no Brasil, desde o descobrimento até a proclamação da República, o legislador sempre buscou preservar as famílias e punir aqueles que de alguma forma tentam “violiar a estrutura ou interesse” (TONI, 2008, p. 121).

Por mais que o nosso Código Penal em vigor tenha sofrido algumas alterações, como, por exemplo, o adultério, que antes do advento da Lei nº 11.106/2005 era considerado crime. Contudo, o legislador na seara do Direito Penal não conseguiu acompanhar todas as mudanças do mundo contemporâneo, principalmente no que tange “à nova concepção do conceito família” (TONI, 2008, p. 121).

Por estas razões que, no Direito Penal, o magistrado acaba fazendo uso da analogia, que significa a aplicação de normas a determinado caso concreto que não estão previstas expressamente em lei. Cabe ressaltar que a analogia feita nestes casos pelo magistrado só pode ocorrer quando não se tratar de norma penal incriminadora, ou seja, norma penal que defina a conduta criminosa designando-lhe uma pena a ser aplicada (TONI, 2008).

O legislador também se preocupou de dar nova redação a determinados artigos do nosso Código Penal, como art. 129, § 9º, que tipificou a violência doméstica como crime, sancionando a conduta de lesão corporal praticada contra cônjuge ou companheiro, sendo introduzida no nosso Código Penal pela Lei nº 10.886/2004.

O art. 148, do Código Penal, dispõe sobre o crime de sequestro e cárcere privado, e em seu § 1º, versa sobre o mesmo crime, porém, de forma qualificada, pois o agente prevalece-se da intimidade para praticar o delito, redação alterada pelo advento da Lei nº 11.106/2004 (NUCCI, 2009).

A Lei nº 11.106/2005 trouxe alterações para o art. 226, inciso II, do Código Penal, que passou a incluir o companheiro como uma circunstância qualificadora do aumento de pena, nos crimes sexuais (NUCCI, 2009).

O companheiro foi incluído na redação do art. 227, § 1º, do Código Penal, pela Lei nº 11.106/2005, como forma qualificada do crime de mediação para servir à lascívia de outrem (TONI, 2008, p. 124).

Como se pode ver, o nosso Código Penal teve grandes avanços acerca das relações homossexuais que, de fato, deram mais segurança jurídica para as pessoas adeptas ao homossexualismo, mas essas mudanças não foram suficientes para iniciar a prática dos crimes contra os homossexuais. Como é sabido por todos, a prática dos crimes de ódio só aumentaram nos últimos anos. Se o nosso legislador não começar a acompanhar a evolução da nossa sociedade contemporânea, a prática dos crimes contra os homossexuais só tende a aumentar.

5.2 Dos crimes Homofóbicos em espécie

Verifica-se que, mesmo com a evolução social e médica no tratamento do tema, os homossexuais são vítimas, por sua condição, de diversas ações delituosas, senão destes crimes, na sua maior parte, crimes de ódio, e devem ser chamados e tra-