

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Dauana da Silveira de Castro

PREVISÃO DO CRIME DE PEDERASTIA NO CÓDIGO  
PENAL MILITAR E SUAS CONTROVÉRSIAS

Passo Fundo

2015

Dauana da Silveira de Castro

PREVISÃO DO CRIME DE PEDERASTIA NO CÓDIGO  
PENAL MILITAR E SUAS CONTROVÉRSIAS

Monografia Jurídica apresentada ao curso de Direito,  
da Faculdade de Direito da Universidade de Passo  
Fundo, como requisito parcial para a obtenção de  
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais,  
sob a orientação do professor Mestre Orlando  
Faccini Neto.

Passo Fundo

2015

Dedico esse trabalho aos meus pais, em especial à minha mãe Sandra que, com um amor incondicional, nunca mediu esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida. Dedico, também, à minha irmã Cassiele, pelo amor e paciência constantes, transmitindo-me paz e segurança nessa caminhada.

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, razão de toda existência, por conceder-me muitas bênçãos, guiando-me nessa longa jornada.

Aos meus pais, em especial à minha amada mãe, a qual é minha fonte de inspiração, meu abrigo seguro e a quem devo tudo o que conquistei. Sem você, mãe, nada disso seria possível, agradeço por acreditar no meu potencial.

À minha querida irmã, pelo amor e incentivo, pelos preciosos conselhos e, principalmente, por se fazer presente em todos os momentos de minha vida, trazendo-me força para encarar qualquer obstáculo.

Ao meu orientador, Professor Orlando Faccini Neto, pelo dinamismo, apoio, confiança, enfim, por ter estado sempre presente, orientando-me na concretização desse trabalho.

Aos meus amigos, pelo carinho e cumplicidade, bem como por tornarem a minha vida mais alegre e compreenderem o meu afastamento nesses dias de estudo.

A todos os professores que tive ao longo da faculdade, em especial aos professores de Direito Penal e Processo Penal, os quais instigaram em mim a paixão e o desejo de buscar aprender cada vez mais a matéria criminal.

## RESUMO

O Código Penal Militar Brasileiro, criado pelo Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969, contém traços da época em que foi editado, qual seja, do período da ditadura militar, motivo pelo qual a doutrina sustenta a necessidade de algumas normas previstas no referido diploma legal serem revistas sob a ótica do atual Estado Democrático de Direito. Dentre essas normas está o artigo 235 do Código Penal Castrense, que tipifica o crime de pederastia ou outro ato de libidinagem. O aludido dispositivo é objeto de divergências no cenário jurídico, seja pela menção ao termo “pederastia” no *nomen juris* do delito e à expressão “homossexual ou não” no seio da redação típica (referências textuais dotadas de carga discriminatória), seja pela criminalização da prática sexual consensual nos ambientes sujeitos à administração militar. Surgem muitos posicionamentos a respeito do tema, de um lado há juristas que consideram a norma sob investida incompatível com a Constituição Federal de 1988 e, em contrapartida, há doutrinadores que defendem a recepção da mesma pela Carta Magna. Dentro desse contexto, objetiva-se no presente estudo examinar o tipo penal do artigo 235 do Código Penal Militar, a fim de averiguar se o mesmo é compatível com a ordem constitucional vigente. Sendo assim, analisando o dispositivo legal sob comento frente aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade sexual; observando as peculiaridades do funcionamento das Forças Armadas, a qual tem por base a disciplina e a hierarquia; e delineando alguns contornos acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental 291 que foi interposta perante o Supremo Tribunal Federal para discutir a matéria, constatou-se, ao final da pesquisa, que o artigo 235 do Código Penal Castrense, na parte em que proíbe qualquer atividade libidinosa – independentemente do sexo do agente – em local submetido à administração militar, foi recepcionado pela Constituição Federal. Todavia, o estudo também demonstrou que as expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, constantes da norma sob exame, devem ser suprimidas do texto legal, porquanto possuem conotação preconceituosa e não são compatíveis com a Carta Republicana de 1988.

**Palavras-Chave:** ADPF 291. Crime de Pederastia. Código Penal Militar. Homossexualidade. Recepção.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

CF: Constituição Federal

CPM: Código Penal Militar

STF: Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....</b>	<b>9</b>
<b>2.2 Princípio da Igualdade .....</b>	<b>13</b>
<b>2.3 Princípio da Liberdade .....</b>	<b>19</b>
<b>3 DIREITO PENAL MILITAR E A CRIMINALIZAÇÃO DA PEDERASTIA NO BRASIL .....</b>	<b>24</b>
<b>3.1 A História do Direito Penal Militar e do Direito Penal Militar Brasileiro.....</b>	<b>24</b>
<b>3.2 Histórico da Criminalização da Homossexualidade no Brasil .....</b>	<b>28</b>
<b>3.3 Crime de Pederastia ou outro ato libidinoso previsto no artigo 235 do Código Penal Militar .....</b>	<b>34</b>
<b>4 A PREVISÃO DO CRIME DE PEDERASTIA E OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>42</b>
<b>4.1 Da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 291 ....</b>	<b>42</b>
<b>4.2 Análise crítica da recepção do crime de pederastia pela Constituição Federal de 1988 .....</b>	<b>52</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>65</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Desde o advento da Constituição Federal de 1988, o direito penal militar, ramo da ciência jurídica não muito divulgado, vem passando por algumas alterações. A propósito, a doutrina sustenta a necessidade de a legislação castrense, que foi editada na época de um regime militar ditatorial – através do Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969 –, ser reexaminada sob a ótica do atual Estado Democrático de Direito.

O artigo 235 do Código Penal Militar (Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969), que trata do crime de pederastia ou outro ato de libidinagem, é uma das normas militares que sofre inúmeras críticas e é objeto de controvérsias no cenário jurídico, ora pela alusão à “pederastia” no *nomen juris* do tipo penal e à expressão “homossexual ou não” no corpo do dispositivo, ora pela criminalização do ato sexual consensual nos locais sujeitos à administração militar.

Desponta uma vastidão de posicionamentos sobre a matéria, principalmente em relação a suposta carga discriminatória constante no aludido artigo que, como dito acima, faz menção às expressões “pederastia” e “homossexual ou não”. Dentre as opiniões doutrinárias, de um lado há quem sustente a não recepção do dispositivo legal pela Carta Magna e a necessidade de exclusão do crime de pederastia do Código Penal Militar; e, em contrapartida, há aqueles que defendem a compatibilidade da norma sob investida com a ordem constitucional vigente.

A busca pela alteração do texto do artigo 235 do Código Penal Castrense não é recente, mas talvez o debate acerca do assunto nunca tenha estado tão atual. Aliás, ante a divergência do tema, foi interposta perante o Supremo Tribunal Federal a arguição de descumprimento de preceito fundamental 291. A referida ação, que está pendente de julgamento pelo Plenário da Suprema Corte Brasileira, busca discutir a matéria, questionando a compatibilidade do dispositivo legal em comento com alguns direitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Nesse contexto, o objetivo central da presente pesquisa é avaliar o tipo penal do artigo 235 do Código Penal Militar frente à Constituição Federal de 1988, a fim de averiguar se o mesmo foi recepcionado por esta. Importa ressaltar que a análise a respeito da compatibilidade da referida norma com a Carta Republicana exige que sejam observados alguns princípios constitucionais, bem como as peculiaridades do serviço nas Forças Armadas, que se fundamentam na hierarquia e na disciplina castrenses.



Para tanto, desenvolve-se esta pesquisa em três capítulos. No primeiro capítulo, tratar-se-á dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade (especialmente a liberdade sexual), o âmbito de aplicação e a relevância dos mesmos no ordenamento jurídico brasileiro, com o propósito de investigar se o crime de pederastia está em consonância com tais preceitos constitucionais.

No segundo capítulo, discorrer-se-á, primeiramente, acerca das origens do Direito Penal Militar, com ênfase na história do Direito Penal Militar Brasileiro, seguido de um exame do histórico da criminalização das práticas homossexuais no país; e, posteriormente, far-se-á uma abordagem do tipo penal do artigo 235 do Código Penal Castrense, analisando seus elementos objetivo e subjetivo, a pena aplicada a quem comete o delito nele previsto e delineando alguns contornos a respeito das referências textuais “pederastia” e “homossexual ou não” nele inserido.

No terceiro capítulo serão expostas algumas considerações sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental 291, o andamento da ação e as informações prestadas pelas autoridades envolvidas no processo, bem como far-se-á uma sucinta análise das decisões de dois casos da Suprema Corte norte-americana – casos *Bowers versus Hardwick* (1986) e *Lawrence versus Texas* (2003) – e de uma decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, os quais poderão servir de paradigma para o julgamento da ADPF 291; e, finalmente, tratar-se-á das diversas críticas doutrinárias direcionadas à norma do artigo 235 do Código Penal Militar.

Destarte, tenciona-se com o presente estudo verificar se o dispositivo legal em comento tem caráter discriminatório, se está em conformidade com a Magna Carta de modo a ser recepcionado por essa e se há a necessidade de alteração da denominação do crime e da sua redação típica.

Com efeito, a previsão do crime de pederastia no Código Penal Militar é controvertida e a busca pela solução dessa problemática demanda uma pesquisa aprofundada do assunto, pois, embora o direito penal militar seja pouco debatido e a doutrina nessa área seja um tanto quanto escassa, é imprescindível que a legislação penal militar, notadamente o seu artigo 235, esteja compatível com a vigente Constituição Federal.

## 2 DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Os direitos e princípios fundamentais surgem para garantir o desenvolvimento da pessoa humana e a proteção a sua dignidade, bem como para limitar a interferência do Estado na esfera jurídica individual, sendo que para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito é imprescindível o respeito a esses direitos (MORAES, 2013, p. 3).

Tais direitos e garantias fundamentais possuem natureza constitucional. “São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte” (SILVA, 2014, p. 182).

É sabido que o direito penal militar é um ramo da ciência jurídica ainda pouco divulgado, entretanto, a partir do advento da atual Constituição Federal, ele começou a passar por muitas modificações, tendo em vista que as normas previstas no Código Penal Castrense também devem ser compatíveis com os preceitos constitucionais previstos na Carta Magna.

Portanto, para o desenvolvimento do presente trabalho, antes de adentrar no tema do crime militar de pederastia, é necessário analisar os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, para posteriormente verificar se a norma do artigo 235 do Código Penal Militar é compatível com os referidos preceitos e se foi recepcionado pela Constituição Republicana de 1988.

### 2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Dentre os princípios fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1998 está o da dignidade da pessoa humana, previsto expressamente no art. 1º, inciso III, do texto constitucional<sup>1</sup>, elevado a princípio supremo da República e considerado “[...] um valor que deve fundamentar e orientar todo e qualquer exercício do poder” (CASADO FILHO, 2012, p. 74).

A dignidade é consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito, afastando a ideia de eminência do Estado como fim em si e demonstrando que, ao contrário disso, o ser humano é que é fim em si, como sujeito singular (NOVAIS, 2011, p. 52); e que

---

<sup>1</sup> Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

“[...] o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar dessas pessoas concretas” (NOVAIS, 2011, p. 52).

Alexandre de Moraes explica que a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República “[...] afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual” (2013, p. 48).

O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção, haja vista implicar em direitos e deveres fundamentais; direito porque assegura a proteção do indivíduo frente ao Estado e aos demais membros da sociedade, e dever na medida em que exige que toda a pessoa respeite a dignidade de seu semelhante (MORAES, 2013, p. 48).

No que se refere a esses direitos e deveres fundamentais, Jorge Reis Novais afirma que

A dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização à dignidade e dos direitos de todos (2011, p. 53).

Destarte, entende-se que a pessoa humana provida de dignidade é titular não só de direitos, mas também de deveres fundamentais, ou seja, o indivíduo além de merecer respeito por parte do Estado e dos demais cidadãos, também tem a obrigação de respeitar a dignidade das demais pessoas que com ele convive.

“Partindo da etimologia do vocábulo ‘dignidade’, verifica-se que o termo está associado ao latim *dignitas*, que significa ‘valor intrínseco’, ‘prestígio’, ‘mérito’, ou ‘nobreza’” (SOARES, 2010, p. 142). Logo, todo ser humano é dotado de dignidade, independentemente de sua situação social, pois a dignidade nasce com o indivíduo, é intrínseca à sua essência (NUNES, 2010, p. 63), ou seja, é um valor espiritual e moral “[...] 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” (MORAES, 2013, p. 48).

Nesse mesmo sentido, Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 142) refere que a dignidade da pessoa humana reconhece um conjunto de integridade física e moral a ser garantido a todos os indivíduos, pelo fato de existirem no mundo, sendo proibida toda tentativa de coisificação ou humilhação da pessoa em sociedade.

Embora a pessoa nasça com dignidade, ela não é isolada, pois nasce e cresce no meio social e, ainda que ela nasça com integridade física e psíquica, chega um determinado período de seu desenvolvimento em que suas ações – ou seja, sua liberdade –, seus pensamentos, sua imagem e sua consciência, devem ser respeitados, sendo que tudo integra sua dignidade (NUNES, 2010, p. 63).

De acordo com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2013, p. 274), em um ponto de vista minimalista, a dignidade humana revela o valor intrínseco de todos os indivíduos, bem como a autonomia de cada pessoa. O valor intrínseco, no plano jurídico, está na origem de um conjunto de direitos fundamentais, dentre eles o direito à igualdade, uma vez que “[...] todas as pessoas têm o mesmo valor intrínseco e, portanto, merecem igual respeito e consideração, independentemente de raça, cor, sexo, religião, origem nacional ou social ou qualquer outra condição” (BARROSO, 2013, p. 275). Quanto à autonomia, no plano filosófico, é o elemento ético da dignidade, está ligada à vontade exercida em consonância com algumas normas determinadas, ou seja, a dignidade como autonomia abrange a capacidade do ser humano de autodeterminação e de decidir a sua própria vida (BARROSO, 2013, p. 275).

Vale dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana se estende a vários outros princípios e regras constitucionais, formando uma estrutura de valores e finalidades a ser realizadas pelo Estado e pelos membros da sociedade, como meio de efetivar a pluralidade de direitos fundamentais do texto constitucional, previstos explícita ou implicitamente, bem como das normas infraconstitucionais (SOARES, 2010, p. 137). Desta forma, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana desdobra-se, também, nos princípios da igualdade e da liberdade, os quais serão analisados posteriormente.

Marcelo Novelino (2013, p. 360), refere que os princípios nos quais o fundamento da dignidade se concretiza exercem uma função importante “[...] seja de forma indireta, atuando como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação de outras do ordenamento jurídico, seja de forma direta, quando utilizados como razões para a decisão de um caso concreto”. Isso quer dizer que a dignidade da pessoa humana, como princípio máximo, serve para a interpretação de todos os demais direitos e garantias previstos na Carta Magna (NUNES, 2010, p. 60).

Assim sendo, resta evidenciado que a dignidade é uma qualidade inerente de todo ser humano, independentemente do sexo, idade, origem e condições econômicas. Contudo, o fato de a dignidade ser algo absoluto – no sentido de não se admitir que algumas pessoas tenham

maior ou menor dignidade do que outras – não quer dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana igualmente o seja (NOVELINO, 2013, p. 362-363).

O princípio da dignidade da pessoa humana, do mesmo modo que qualquer outro fundamento constitucional, não é absoluto e pode ser moderado, especialmente quando colidir com outro princípio de idêntica importância (LACAVA FILHO, 2014, p. 466). Ou seja, “Ainda que se deva conferir a esse princípio um elevado peso abstrato na ponderação, o seu cumprimento, assim como o de todos os demais princípios, ocorre em diferentes graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (NOVELINO, 2013, p. 362-363).

Desse modo, possuindo valor fundamental, sendo assegurado pela Constituição Federal e servindo de base para todas as normas vigentes no ordenamento jurídico, o princípio da dignidade deve ser levado em consideração nos casos que colocam em risco os direitos inerentes à pessoa humana. Contudo, consoante o que foi mencionado pelos autores acima, embora a dignidade possua valor supremo – não se aceitando que um indivíduo possua mais dignidade do que outrem –, o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, podendo ser mitigado quando entra em choque com outros princípios constitucionais não menos importantes.

Essa questão de que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto, deve ser observada no momento em que for feita a análise de compatibilidade do artigo 235 do Código Penal Militar com a Constituição Federal de 1988, assunto esse que é objeto de estudo no presente trabalho.

As normas previstas no Código Penal Militar também devem estar em consonância com o princípio máximo da dignidade da pessoa humana e este deve nortear as situações envolvendo os militares. No entanto, em razão das peculiaridades do serviço e da organização militar, é possível que alguns dispositivos legais previstos no Código Penal Castrense sejam tidos como constitucionais, ainda que não estejam em plena conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que este último não é absoluto, conforme o que foi exposto acima.

Sabe-se que nos casos abrangendo ambiguidade no direito, lacunas na lei e conflitos entre direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana serve de orientação na procura da melhor solução (BARROSO, 2013, p. 273-274), todavia, ela não pode ser considerada afetada somente em razão de que os direitos fundamentais nos quais se desenvolve e consolida precisam ser limitados a fim de serem garantidos outros valores que também merecem proteção (NOVAIS, 2011, p. 55).

Quanto à relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pode-se dizer que possuem uma relação de dependência recíproca, porque, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais “[...] surgiram como uma exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida” (ANDRADE, 2001 apud NOVELINO, 2013, p. 365).

Então, além da dignidade da pessoa humana, outros direitos fundamentais, nos quais a primeira se materializa, também devem ser observados ao ser analisada a recepção de uma norma pela Constituição Federal; dentre eles estão o princípio da igualdade e o da liberdade.

Quanto ao princípio da igualdade, a elevação da dignidade como valor constitucional supremo pelo Estado Democrático de Direito “[...] garante aos indivíduos uma posição absoluta de igualdade na definição e prossecução autônomas de fins e modos de vida [...]”; no que tange o princípio da liberdade, a dignidade da pessoa humana confere aos cidadãos a proteção “[...] de não terem a sua liberdade individual negativamente afetada a não ser quando tal esteja estrita e impreterivelmente exigida pela prossecução, por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de proteção” (NOVAIS, 2011, p. 57 e 59).

Feito o estudo acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que se faça uma análise dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade, a fim de constatar se o artigo 235 do Código Penal militar, que prevê o crime de pederastia, está em conformidade com o texto constitucional e foi recepcionado pela Carta Republicana de 1988, partindo do entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana não é absoluto.

## **2.2 Princípio da Igualdade**

Conforme Napoleão Casado Filho (2012, p. 85), o princípio da igualdade, também conhecido como isonomia, é “[...] um dos grandes fundamentos das democracias contemporâneas”. Diversos pensadores estudaram sobre o tema por influência das desigualdades que a humanidade criou ao longo de toda a História.

Dentre os princípios formadores do Estado de Direito, pode-se dizer que o princípio da igualdade é “[...] o de presença mais constante e mais antiga nos textos constitucionais, mas também é, mesmo em consequência dessa longevidade constitucional, o que tem experimentado uma evolução mais pronunciada e multifacetada” (NOVAIS, 2011, p. 101).

A Constituição Federal de 1988, além de abrir o capítulo dos direitos individuais trazendo o princípio da igualdade no *caput* do artigo 5º, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, também “Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais” (SILVA, 2014, p. 213).

Importante ressaltar que a Carta Magna deu muita atenção ao princípio da igualdade, sendo que, inclusive, “[...] consagrou o princípio em seu Preâmbulo, colocando ‘a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos’” (CASADO FILHO, 2012, p. 85). Ainda, “[...] no art. 3º, IV, dispôs que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CASADO FILHO, 2012, p. 85). Portanto, verifica-se que o legislador se preocupou com a busca da igualdade no país, repetindo o princípio da isonomia em vários dispositivos constitucionais (PINHO, 2012, v.17, p. 125-126).

Existem várias hipóteses de vedação de distinções previstas na Constituição Federal; um exemplo é a proibição de discriminação quanto ao sexo e orientação sexual que, como mencionado acima, está prevista no artigo 3º, inciso IV, da CF<sup>2</sup>. É sabido que o sexo sempre foi um fator de discriminação, sendo que a questão que mais gerou debates foi em relação às discriminações contra os homossexuais.

Houve a tentativa de inserir uma norma que proibisse de forma clara esse preconceito, tanto que nas constituições anteriores as razões impeditivas (como raça, sexo, trabalho, convicções políticas e religião) eram enumeradas (SILVA, 2014, p. 225). Uma das expressões que tentou-se utilizar foi a de conceder a igualdade, sem discriminação de orientação sexual, contudo, ante a preocupação de que essa expressão pudesse conter distorções prejudiciais a outras pessoas, atualmente optou-se por “[...] vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação [...]”, posto que tal expressão é suficiente para abranger todos os fatores, inclusive o da orientação sexual (SILVA, 2014, p. 226).

Não obstante o texto constitucional prever que todos os seres humanos devem ser tratados igualmente, os homossexuais estão sujeitos ao preconceito na sociedade brasileira, fato este que se apresenta alastrado por várias esferas da vida, especialmente no que diz

---

<sup>2</sup> Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

respeito aos cargos públicos militares, posto que, no âmbito militar, o preconceito é muito robusto e aprofundado (BORBA, 2013, p. 10).

Portanto, o princípio da igualdade, especialmente no tocante à proibição de discriminação quanto à opção sexual, é de extrema consideração para o exame do artigo 235 do Código Penal Militar, haja vista a divergência existente quanto à recepção do aludido dispositivo pela Carta Republicana de 1988.

No entanto, antes de avaliar o artigo 235 do Código Penal Militar à luz do princípio da igualdade, é importante fazer um breve estudo a respeito do significado desse princípio, para melhor compreendê-lo. Jorge Reis Novais (2011, p. 102) assevera que historicamente, com a chegada do Estado de Direito liberal, “[...] o princípio da igualdade significava, sobretudo, igualdade na aplicação da lei”, sendo assegurada a aplicação da lei a todas as pessoas de forma igual, sem distinção em razão da situação social ou de convicções, sem importar a quem, isto é, “A lei é igual para todos, todos são iguais perante a lei”. Esta extensão da igualdade não deixou de existir, contudo, hoje a situação concreta e as informações privadas das pessoas a que a lei vai ser aplicada se sobrepõem com maior complexidade e necessidade (NOVAIS, 2011, p. 102-103).

O autor ainda explica que no Estado de Direito Liberal, como havia o impedimento de resultar em diferenciações materiais – uma vez que o que fosse basicamente diferente deveria ser tratado de igual forma –, a lei abstrata e geral validava, conservava e arraigava os casos de desigualdade e injustiça. Ou seja, ainda que a lei atribuísse os mesmos deveres e direitos a todas as pessoas, era comum a própria lei encobrir ou ser o motivo das maiores injustiças (NOVAIS, 2011, p. 103).

Pode-se dizer que o conceito de igualdade gerou posições extremas. Alguns autores afirmam que existe a igualdade formal e a igualdade material, dentre eles Napoleão Casado Filho, segundo o qual,

Quando falamos de isonomia não podemos deixar de lembrar que a igualdade costuma ser vista sob dois aspectos: a igualdade formal, representada pela igualdade perante a lei, e a igualdade material, externada pelos mecanismos constitucionais, em especial os direitos sociais e econômicos, que buscam assegurar a igualdade dos pontos de partida (2012, p. 85).

Na opinião de José Afonso da Silva (2014, p. 213), atualmente, as Constituições só reconhecem a igualdade no sentido jurídico-formal, ou seja, a igualdade perante a lei. O doutrinador alega que no Direito estrangeiro se faz a diferenciação entre o princípio da



igualdade na lei e a igualdade perante a lei, mas que no Direito Brasileiro tal distinção é desnecessária, porque a jurisprudência e a doutrina já estabeleceram o entendimento de que a expressão igualdade perante a lei tem o mesmo sentido que, no exterior, se dá à igualdade na lei (SILVA, 2014, p. 213).

Por sua vez, José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 426) menciona que “Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei”, e que o princípio da igualdade direciona-se ao legislador, relacionando-o à criação de um direito idêntico para todas as pessoas.

Outrossim, o autor também explana que tal princípio, “[...] no sentido de **igualdade na própria lei**, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”, mas que o princípio da igualdade diminuído a um postulado de universalização, em nada adiantaria, haja vista que ele admite discriminação com relação ao conteúdo (CANOTILHO, 2002, p. 427, grifo do autor).

Nesse mesmo sentido, Napoleão Casado Filho (2012, p. 87) refere que “[...] a doutrina mais atual do Direito constitucional costuma afirmar que, além da igualdade perante a lei, é necessária também uma igualdade na lei”. Dessa forma, verifica-se que é imperioso dar relevância ao princípio da igualdade também em seu sentido material (igualdade na lei), contudo, isto não quer dizer que o princípio da igualdade no sentido formal não seja correto e nem importante (CANOTILHO, 2002, p. 427).

À vista disso, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal, no Estado Social a igualdade “[...] não é mais tratar tudo e todos da mesma forma, mas passa a ser entendida, num lema sempre repetido, como igualdade material traduzida na exigência de *tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual*” (NOVAIS, 2011, p. 104, grifo do autor).

Nesse mesmo viés, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 140) refere que “a uniformidade do direito não significa, todavia, que não haja distinções no tratamento jurídico”, bem como que a igualdade “[...] consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”, uma vez que as distinções são exigência da própria igualdade, pois, se os desiguais forem tratados igualmente e os iguais forem tratados desigualmente, implicaria em desigualação e injustiça.

Igual entendimento possui o autor Alexandre de Moraes, o qual comenta que

[...] todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...] (2013, p. 95).

Sendo assim, o tratamento igualitário não significa que necessariamente todas as pessoas serão tratadas da mesma forma independentemente de qualquer situação, porque, de acordo com o conceito de justiça, é imprescindível que os desiguais sejam tratados desigualmente, na medida em que se desigualam, sob pena de ocorrer discriminação e injustiça.

O que se pretende dizer é que nenhuma situação é igual a outra, bem como nenhuma pessoa é igual a outra, e que a igualdade essencial significa que as situações, as pessoas e os grupos de pessoas são apenas comparáveis (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 207).

Todavia, o grande desafio de um Estado Democrático de Direito é estabelecer tanto a igualdade formal quanto a igualdade material, porquanto o problema está em saber quem são os iguais e quem são os desiguais. Ocorre que somente a lei pode conferir tais diferenças, e os tratamentos diferenciados, para serem aceitos juridicamente, devem estar previstos expressamente na Carta Magna ou precisam ser compatíveis com algum princípio inserido nela (CASADO FILHO, 2012, p.86).

Importante ressaltar que a “[...] distinção não é discriminação, na medida em que a diferenciação ‘compensa’ a desigualdade e por isso serve a uma finalidade de igualização [...]” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 140), contudo, se a distinção é arbitrária, ou seja, se ela não está em conformidade com a natureza da desigualdade, ela acaba levando a uma discriminação e não à igualdade (FERREIRA FILHO, 2011, p. 140).

Nesse mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 428) refere que quando a desigualdade de tratamento é arbitrária o princípio da igualdade acaba por ser violado, então, segundo o autor, para que exista uma igualdade justa, o critério de valoração para a relação de igualdade é a proibição geral do arbítrio, ou seja, a igualdade estará sendo observada quando situações ou indivíduos iguais não são tratados como desiguais de forma arbitrária. Desta forma, se estará produzindo desigualdades na lei quando a norma distinguir de maneira arbitrária ou não plausível um tratamento específico a várias pessoas (MORAES, 2013, p. 96).

Tal violação arbitrária da igualdade existe quando a disciplina jurídica não se baseia em um: “[...] (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável” (CANOTILHO, 2002, p. 428), ou seja, exige-se razões justificativas dos tratamento desiguais, sendo proibido o tratamento desigual sem fundamento (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 205).

É através de tais entendimentos a respeito do princípio da igualdade que, posteriormente, será possível analisar o crime de pederastia, previsto no artigo 235 do Código Penal Militar, com o propósito de verificar se tal norma possui ou não conteúdo discriminatório, de forma a violar o princípio sob comento.

Nesse ponto, é imprescindível que se façam parênteses para esclarecer, desde já, que o crime de pederastia é crime próprio e está inserido no Código Penal Militar, razão pela qual o delito está direcionado aos militares, exigindo-se que o sujeito ativo seja um militar (ROSSETTO, 2012, p. 778), bem como o crime deve se desenvolver em local sujeito a administração castrense, porque para a perfectibilização típica o delito de pederastia deve ocorrer em área militar (BORBA, 2013, p. 58).

O que se pretende afirmar é que a análise do possível conteúdo discriminatório da norma prevista no artigo 235 do Código Penal Militar deve ser feito com base na ideia de que para configurar crime o fato deve ocorrer em estabelecimento sujeito à administração militar e o indivíduo que pratica o delito deve ser um militar, sendo que este último, diferentemente de um sujeito comum, em razão às particularidades de sua profissão, quando está a serviço da administração militar deve agir com disciplina (CAMPOS JÚNIOR, 2000, p. 19-20).

Conforme explica Nelson Lacava Filho (2014, p. 466), devido às peculiaridades da vida e da atividade do militar, é necessário que ele seja submetido a um estatuto mais rigoroso e a um tratamento diferenciado das demais pessoas.

É claro que o militar deve ser respeitado da mesma forma que qualquer outro cidadão e seus direitos e garantias fundamentais igualmente devem ser observados. Todavia, conforme asseverado pelos autores mencionados acima, quando o militar está sujeito à disciplina e à ordem da administração militar, inevitavelmente ele está em situação diferenciada das demais pessoas e submetido a regramentos e proibições que não são atribuídos aos indivíduos que não se encontram em idêntica situação.

Para o exame do artigo 235 do Código Penal Militar é necessário observar o princípio da igualdade, tanto em seu aspecto formal, quanto material, com a finalidade de averiguar se a

referida norma possui ou não conteúdo discriminatório, e, em caso afirmativo, se deve ser revogada ou se apenas há a necessidade de ser alterado o seu teor.

### 2.3 Princípio da Liberdade

A Constituição Federal de 1998, em seu título II, artigo 5º, *caput*<sup>3</sup>, garante a inviolabilidade do direito fundamental à liberdade. Conceituar o que é ser livre tem sido um problema enfrentado pela humanidade, pois há muitas teorias atribuindo definições diversas à liberdade.

Na opinião de Napoleão Casado Filho (2012, p. 78), a liberdade é “[...] a faculdade que todo indivíduo tem de escolher, sem restrições, fazer ou deixar de fazer alguma coisa, em virtude de sua exclusiva e íntima determinação”.

José Afonso da Silva (2014, p. 235), por sua vez, aduz que “o conceito de liberdade deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”, isto é, a liberdade baseia-se na possibilidade que a pessoa tem de coordenar, conscientemente, os meios imprescindíveis à concretização da sua felicidade.

O direito fundamental à liberdade aparenta envolver quase tudo o que é garantido pelo ordenamento jurídico infraconstitucional e pela Constituição aos titulares de direitos fundamentais, mas esta impressão não leva o operador e intérprete do direito a resolver os conflitos que abrangem o direito de liberdade e demais bens constitucionais (MARTINS, 2012, p. 47).

Em que pese a liberdade consistir na possibilidade de a pessoa fazer ou deixar de fazer algo de acordo com sua vontade, é importante referir que esta liberdade possui limites. Dentre os limites aceitos está a impossibilidade de ocasionar danos a outrem, o que significa dizer que a liberdade de um determinado indivíduo se estende até a liberdade do outro (CASADO FILHO, 2012, p. 78). Logo, o direito de liberdade não é absoluto, porque para nenhuma pessoa é dado o poder de fazer tudo o que quer, uma vez que, se assim fosse, a liberdade faria com que os mais fracos ficassem subordinados aos mais fortes (PINHO, 2012, v. 17, p. 114).

---

<sup>3</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Liberdade, “[...] Em termos jurídicos, é o direito de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude da lei”, conforme prevê o art. 5º, II, da Carta Republicana de 1988<sup>4</sup> (PINHO, 2012, v. 17, p. 114). Desse artigo decorre “[...] a liberdade-matriz, a *liberdade-base*, que é a *liberdade de ação em geral*, a *liberdade geral de atuar* [...]” (SILVA, 2014, p. 237, grifos do autor).

Dessa maneira, o artigo 5º, II, do texto constitucional, aponta duas dimensões: uma que consubstancia o princípio da legalidade e outra que é a liberdade de ação, esta última nem sempre é considerada pela doutrina (SILVA, 2014, p. 238).

A Constituição Federal, ao estabelecer no artigo 5º, II que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...]”, evidencia a relação intrínseca entre liberdade e legalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 447).

Por isso, esse dispositivo é um dos [sic] mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona *liberdade* e *legalidade*. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: *a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima* (SILVA, 2014, p. 238, grifos do autor).

Isto posto, entende-se que, de acordo com o previsto no art. 5º, II, da Carta Magna e com os ensinamentos dos autores, o indivíduo possui a liberdade de fazer o que quiser, desde que não seja proibido por lei, de tal modo que a sua liberdade só pode ser limitada por normas que impõem uma ação ou omissão, oriundas do Poder Legislativo.

Nesse viés, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2013, p. 447), afirmam que “No Estado de Direito, a liberdade somente é assegurada mediante uma série de garantias constitucionais calcadas na organização política e administrativa dos poderes, de acordo com as leis e a Constituição” e que, em vista disso, o direito de liberdade assegurado pelo *caput* do artigo 5º, da Carta Magna, deve ser interpretado simultaneamente com o princípio da legalidade garantido no inciso II do mesmo dispositivo legal.

Constata-se que a extensão da liberdade de ação (liberdade de fazer, liberdade de atuar) fica subordinada ao que se compreende por lei. Destarte, para que os limites impostos pela lei à liberdade sejam legítimos, é necessário que a lei seja legítima, ou seja, ela deve

---

<sup>4</sup> Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

provir de um legislativo instituído através de anuência popular, bem como deve ser formada conforme processo estabelecido em constituição derivada da soberania do povo, sendo que, se assim for, a liberdade não estará sendo prejudicada (SILVA, 2014, p. 237-238). Existem várias formas de liberdade, com tratamentos e conceitos diferentes, inclusive, há autores que optam por abordar o direito às liberdades (PINHO, 2012, v. 17, p. 114). José Afonso da Silva (2014, p. 237), por exemplo, costuma chamar de liberdades no plural e afirma que se trata “[...] das várias expressões externas da liberdade”.

Para a presente exposição interessa a liberdade sexual. Contudo, para melhor compreender a liberdade sexual é oportuno discorrer, também, sobre o desenvolvimento da sexualidade.

Segundo os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2007, p. 3), a sexualidade é um direito humano fundamental, um direito natural, imprescritível e inalienável, que acompanha a pessoa humana desde o momento do seu nascimento, porque provém de sua natureza. Ela ainda acrescenta que

Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independe da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais (DIAS, 2007, p. 3).

Destarte, consoante o que foi declarado pela autora, deve ser garantido ao indivíduo o respeito ao livre exercício da sexualidade, definição esta que inclui a liberdade sexual e a liberdade de opção sexual, pois, independentemente da orientação sexual, o direito ao exercício da sexualidade deve ser garantido a todos de igual forma. Ademais, para o ser humano realizar-se, necessita que lhe seja assegurada a liberdade sexual.

Quanto à liberdade à livre orientação sexual, é sabido que hoje, no Brasil e no mundo, a anuência das práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade fática incontestável, sendo que cada vez mais as pessoas estão se envolvendo em relacionamentos homossexuais duradouros e firmes, assumindo publicamente a sua condição homoafetiva (ACIOLI, 2013, p. 2-3).

A Carta Republicana de 1988 estabelece que deve haver tratamento igualitário entre os cidadãos e proíbe todo tipo de discriminação (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 542), de tal forma que “As normas constitucionais que consagram o direito à igualdade

proíbem discriminar a conduta afetiva no que respeita à sua inclinação sexual” (DIAS, 2007, p. 4).

Portanto, os homossexuais merecem ser tratados com o mesmo respeito que as demais pessoas da sociedade, e “[...] a recusa estatal ao seu reconhecimento não só os priva de uma série de direitos importantíssimos, como também importa em menosprezo à sua própria identidade e dignidade” (ACIOLI, 2013, p. 4).

Sendo assim, “A orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configura afronta à liberdade fundamental, a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua condição de vida” (DIAS, 2007, p. 4).

Além da liberdade de opção sexual, deve ser assegurado ao indivíduo o direito à liberdade sexual, ou seja, a liberdade de praticar o sexo em si, de buscar o prazer sexual. Helenita Caiado de Acioli (2013, p. 17) afirma que o impedimento do desejo sexual é uma afronta à busca pela felicidade, uma vez que a expressão da libido “[...] constitui alocação de energia essencial à aquisição de felicidade”. A autora acrescenta que não se pode proibir o ato sexual consensual, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (ACIOLI, 2013, p. 16).

Conforme mencionado anteriormente, o direito ao exercício da sexualidade nasce com o indivíduo, independentemente de sua raça, origem, cor, religião, não podendo lhe ser retirado. Porém, assim como os direitos da dignidade da pessoa humana e da igualdade, o direito à liberdade sexual não é absoluto, de tal forma que em algumas situações essa liberdade será limitada.

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (2014, p. 480) assevera que o local laboral é inadequado para a prática de atos sexuais, porque, ao contrário, acarretaria constrangimentos aos colegas de serviço que tivessem conhecimento ou presenciassem tais condutas. Outrossim, sabe-se que as manifestações sexuais em local público, ou exposto ou aberto ao público, configura crime de ato obsceno, previsto no artigo 233 do Código Penal Brasileiro<sup>5</sup>.

É óbvio que deve ser assegurado a todo e qualquer cidadão o direito ao livre exercício da sexualidade, o que compreende tanto a liberdade de orientação sexual quanto a liberdade de praticar o sexo em si.

Entretanto, em determinadas circunstâncias a liberdade de praticar condutas sexuais e satisfazer o desejo sexual sofre algumas limitações, pois, ainda que seja direito do ser humano

---

<sup>5</sup> Art. 233: Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa (BRASIL, Código Penal, 1940).

buscar o prazer sexual com o fim de realizar-se, não há como se permitir que ele pratique sexo em seu ambiente de trabalho e em locais públicos, por exemplo.

Tecidas essas considerações, importa ressaltar que o princípio da liberdade também deverá ser levado em consideração no momento de se averiguar se o artigo 235 do Código Penal Militar é compatível com as disposições da Constituição Federal de 1988 e se foi recepcionado por essa.



### **3 DIREITO PENAL MILITAR E A CRIMINALIZAÇÃO DA PEDERASTIA NO BRASIL**

Para melhor entender o Direito Penal Militar é relevante transcorrer suas origens, a fim de verificar que a hierarquia e a disciplina sempre foram consideradas os alicerces das instituições militares (BORBA, 2013, p. 49).

Outrossim, a história do Direito Penal Militar Brasileiro também é de extrema importância, uma vez que, no decorrer do trabalho, constatar-se-á que a imposição de alguns valores aparece como característica da própria história, sobretudo no período de ditadura em que foi editado o atual Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.001), o qual normatizou a criminalização da pederastia, que é o objeto principal do estudo (BORBA, 2013, p. 49).

Também mostra-se necessário discorrer sobre a história da criminalização da homossexualidade no Brasil, para evidenciar que a discriminação contra os atos homossexuais não é um fato recente.

#### **3.1 A História do Direito Penal Militar e do Direito Penal Militar Brasileiro**

Primeiramente, far-se-á algumas considerações sobre a história do direito penal militar. Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (2013, p. 36) sustentam que, embora não seja possível definir com precisão o momento em que apareceu um direito destinado à atividade bélica, pode-se dizer que foi em tempos antigos, juntamente com o surgimento dos primeiros exércitos, uma vez que houve a necessidade de criação de um órgão julgador especializado no julgamento dos crimes praticados em época de guerra e no espaço das operações bélicas. Portanto, a Justiça Militar surgiu em razão da atividade bélica, a fim de o crime ser avaliado por ângulo diverso do direito penal comum.

Ainda, os autores ressaltam que o Direito Penal Militar é marcado por momentos da evolução humana, a começar pela Antiguidade, quando os fatos cruciais foram o aparecimento das Cidades-Estado e a formação dos Exércitos de caráter permanente, bem como que a beligerância romana foi decisiva para o desenvolvimento do Direito Penal Militar (NEVES; STREIFINGER 2013, p. 36-37).

José da Silva Loureiro Neto (1995, p. 19), assevera que civilizações da antiguidade (Macedônia, Cartago, Índia, Pérsia e Atenas) tinham conhecimento da existência de alguns crimes militares e eram os próprios militares que julgavam os agentes, mas que foi em Roma

que o Direito Penal Militar ganhou autonomia e passou a ser visto como uma instituição jurídica.

Desta forma, a doutrina divide a evolução histórica em quatro fases:

- a) Época dos Reis, em que os soberanos concentravam em suas mãos todos os poderes, inclusive o de julgar;
- b) Segunda fase, em que a justiça militar era exercida pelos Cônsules, como poderes de *imperium majus*. Abaixo ele, havia o Tribuno militar, que possuía o chamado *imperium militae*, que simbolizava a dupla reunião da justiça e do comando.
- c) Terceira fase, época de Augusto, em que a justiça militar era exercida pelos prefeitos do pretório, com jurisdição muito ampla.
- d) Quarta fase, época de Constantino, em que foi instituído o Consilium, com a função de assistir o juiz militar. Sua opinião era apenas consultiva (GUSMÃO, 1915 apud LOUREIRO NETO, 1995, p. 19).

Nesse mesmo sentido, Célio Lobão (2011, p. 17, grifo do autor) afirma que “Os alicerces do Direito Penal Militar foram assentados em Roma, com a precisa conceituação do crime propriamente militar: *Proprium militare est delictum, quod quis uti admittet*”. Ademais, segundo o autor, os romanos constataram a precisão de um Direito Penal específico para amparar a ordem e a disciplina militar em suas legiões, as quais se dispersaram pelo mundo (LOBÃO, 2011, p. 17).

Portanto, as origens históricas do direito penal militar são, especialmente, as oferecidas pelos romanos, os quais sempre possuíram a política de que primeiramente deve-se dominar os povos pela força das armas e após “[...] consolidar a conquista pela justiça das leis e sabedoria das instituições” (LOUREIRO NETO, 1995, p. 20). Uma pesquisa minuciosa acerca das instituições militares dos romanos demonstra que tais instituições são aplicadas nos exércitos atuais (LOUREIRO NETO, 1995, p.20).

Entretanto, foi com a Revolução Francesa (1789) que o Direito Penal Militar moderno teve início, pois foi ela que instituiu os princípios da jurisdição militar moderna, ao regimentar as relações do poder civil com o poder militar (LOUREIRO NETO, 1995, p. 20).

Fixadas as premissas acima, compete discorrer a respeito da evolução histórica do Direito Penal Militar Brasileiro. O Direito Penal Militar Brasileiro tem sua origem na legislação penal portuguesa, e é possível afirmar, como assinalam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (2013, p. 41), que “[...] as embarcações da Coroa não trouxeram apenas homens e o espírito colonizador, mas também todo o arcabouço jurídico do Velho Mundo”.

Na opinião de Célio Lobão (2011, p. 17), é normal que a legislação lusitana, no que se refere aos crimes militares, tenha sido aplicada no Brasil Colônia, uma vez que este último foi colonizado pelos portugueses.

É importante compreender que o Direito português teve influência direta de suas particularidades históricas, sobretudo o domínio visigótico e romano, e “Toda essa influência chegou em *Terra Brasilis* sob forma das Ordenações do Reino, principalmente as Filipinas, decretadas em 1603” (NEVES; STREIFINGER, 2013, p. 41).

No Livro V das Ordenações Filipinas estavam os dispositivos penais do Reino, porém, o Direito Penal do Reino não fazia uma separação clara entre Direito Penal comum e Direito Penal Militar, havendo apenas “[...] previsões que poderiam ser consideradas próximas a um Direito Criminal afeto à beligerância [...]” (NEVES; STREIFINGER, 2013, p. 41).

Contudo, em 1763 juntam-se às Ordenações Filipinas os Artigos de Guerra do Conde de Lippe, sendo este último considerado a primeira legislação penal militar no Brasil (LOUREIRO NETO, 1995, p. 21).

É imprescindível que se entenda como surgiram esses Artigos de Guerra do Conde de Lippe. Na guerra entre França e Inglaterra em 1756, Portugal tomou partido da Inglaterra e, em razão disso, esta última enviou para Portugal um contingente do qual fazia parte o Conde de Lippe, Guilherme Schaumbourg Lippe, o qual encarregou-se de instruir as tropas portuguesas que estavam em condições degradáveis (LOBÃO, 2011, p. 17).

O Conde de Lippe passou a comandar o Exército português e com a ajuda do Marquês de Pombal e o rei D. José começou a organizar a corporação, modificando tudo o que tinha de desgastado na instituição militar portuguesa e estabelecendo uma boa organização militar, “[...] logrando a edição do alvará de 18 de fevereiro de 1763, ‘regulamentos de Infantaria e Cavalaria e os artigos de Justiça Militar que por muitos anos se conservaram em vigor’”, sendo que nele vinham inseridos os Artigos de Guerra do Conde de Lippe (LOBÃO, 2011, p. 18).

De acordo com os ensinamentos de Neves e Streifinger (2013, p. 42), foi nesse contexto histórico que surgiram os denominados Artigos de Guerra do Conde de Lippe, os quais, “[...] em verdade, são fragmentos de um regulamento mais abrangente que surgira por ocasião da reorganização [...]” militar.

Tais Artigos puniam os delitos de abandono de posto, recusa de obediência, desrespeito a superior e sentinela, traição, duelo, covardia, embriaguez em serviço, motim, deserção, entre outros, mas não havia nenhuma previsão quanto aos crimes sexuais

(MARTINS, 2010, p. 50). As penas eram muito severas, como: morte, forca, carrinho perpétuo, prisão, pancadas de espada de prancha e expulsão (MARTINS, 2010, p. 51).

Conforme referido anteriormente, os Artigos de Guerra do Conde de Lippe vigoraram no Brasil até 7 de março de 1891, com a edição do Código Penal de Armada, portanto, vigoraram no país por mais de cem anos, mesmo após a Proclamação da República” (LOBÃO, 2011, p. 18).

Nas palavras de José da Silva Loureiro Neto, a partir da República

[...] houve esforço para modificar a legislação esparsa que existia, do que resultou o advento de nosso primeiro Código Penal Militar – o Código da Armada –, expedido pelo Decreto nº 18, de 7 de março de 1891, que foi ampliado ao Exército pela Lei nº 612, de 28 de setembro de 1899 e aplicado à Aeronáutica pelo Decreto-lei nº 2.961, de 20 de janeiro de 1941 (1995, p. 21).

O Código Penal da Armada vigorou até 1944, quando pelo Decreto-Lei n.º 6.227, de 24 de Janeiro foi editado o Código Penal Militar de 1944, sendo que este último vigeu até 31 de dezembro de 1969, com a entrada em vigência do atual Código Penal Militar (LOUREIRO NETO, 1995, p. 21).

Para compreender o contexto histórico em que surgiu o atual código penal militar, é importante regressar até a data de 13 de dezembro de 1968, quando surgiu o Ato Institucional n. 5 (AI-5), que atribuiu ao Poder Executivo, centralizado em mãos militares, poderes amplos (NEVES; STREIFINGER, 2013, p. 43). O aludido Ato Institucional, em seu art. 2º, § 1º, previa que se o Presidente da República decretasse o recesso do Poder Legislativo, o Poder Executivo passaria a desempenhar a função legislativa. De fato, o recesso foi decretado através do Ato Complementar n.º 38, a partir do dia 13 dezembro de 1968, instaurando-se, dessa forma, uma situação de exceção (NEVES; STREIFINGER, 2013, p. 43).

Acontece que,

Em agosto de 1969, o General Arthur da Costa e Silva, Presidente da República, sofre um derrame, devendo ser sucedido, nos termos do que consignava a Constituição, pelo Vice-Presidente, Pedro Aleixo. Uma junta Militar composta por integrantes das três Forças Armadas, a saber, o General Aurélio de Lyra Tavares, o Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald e o Brigadeiro Márcio de Souza e Mello, entretanto, convencida de que Costa e Silva não se recuperaria, decretou, em 14 de outubro de 1969, o Ato Institucional n. 16, declarando vagos os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e assumindo a chefia do Poder Executivo até entregá-la ao General Garrastazu Médici (NEVES; STREIFINGER, 2013, p. 43).

Foi durante o governo desta Junta Militar que nasceu, pelo Decreto-Lei n. 1.001, em 21 de outubro de 1969, o Código Penal militar, o qual entrou em vigência em 1º de janeiro de 1970 e continua em vigor até os dias atuais, com poucas modificações (NEVES; STREIFINGER, 2013, p. 43).

Através desse resumo sobre a história do Direito Penal Militar e do Direito Penal militar no Brasil, percebe-se que a proteção é principalmente voltada à disciplina e à hierarquia das organizações militares, uma vez que tais valores típicos (ordem e disciplina) instituem diversas normas do Direito Penal Militar Brasileiro e, inclusive, servem de justificativa para a criminalização prevista no artigo 235 do Código Penal Militar (BORBA, 2013, p. 51).

O Código Penal Militar de 1969 possui marcas da época em que foi produzido, qual seja, do período ditatorial (NEVES; STREIFINGER, 2013, p. 43). Portanto, é também com base nesse breve histórico do Direito Penal Militar Brasileiro que, no decorrer do trabalho, será analisada a recepção do artigo 235 do Código Penal Militar pela Carta Republicana de 1988, bem como se há necessidade de alteração do aludido dispositivo penal, com o intuito de que o mesmo seja revisto sob a ótica do atual Estado Democrático de Direito.

### **3.2 Histórico da Criminalização da Homossexualidade no Brasil**

As práticas homossexuais já existiam desde a antiguidade, em vários grupos sociais do Mundo. Da mesma forma, a discriminação contra os homossexuais também não é um fenômeno atual e faz parte da tradição jurídica do Brasil; o que é recente e novo é a luta contra os preconceitos que no decorrer da história estimulam práticas discriminatórias (RIOS; SCHÄFER; BORBA, 2012, p. 318).

Até o século XIX, as relações entre pessoas do mesmo sexo eram designadas através da palavra latina *sodomia*, que tem origem no Livro de Gênesis, no relato do Antigo Testamento sobre a destruição das cidades de Sodoma e Gomorra (PRETES; VIANNA, 2008, p. 316). A expressão sodomia servia para denominar um ato sexual caracterizado pela religião cristã como pecado.

De acordo com a tradição cristã, os sodomitas eram as pessoas que praticavam atos sexuais em desacordo com a natureza humana, sendo que toda a prática sexual que não tivesse como objetivo a procriação era considerada como sodomia, bem como um pecado perante Deus (PRETES; VIANNA, 2008, p. 317). Naquela época, as práticas hoje denominadas como

homossexuais estavam sob autoridade jurídica e proibidas sob a justificativa de violação das leis bíblicas (GOMES, 2010, p. 54).

Foi especificamente durante a Idade Média que a teologia moral cristã intensificou a produção de saber sobre a sexualidade humana e desenvolveu em torno do sexo dos cônjuges o saber que hierarquizou e especificou o que era *natural* e o que era *contra-natura*. Nesta hierarquia, natural era o sexo conjugal que tinha como fim a procriação e o não-natural era todo aquele ato ou relação sexual que não possuía esse fim, sendo encarado como pecado (PRETES; VIANNA, 2008, p. 324, grifo do autor).

Desta forma, o sexo natural era a norma que devia ser cumprida, enquanto que o sexo que não era considerado natural pela teologia moral, por ser um pecado contra Deus, era suscetível de penalidades (PRETES; VIANNA, 2008, p. 325).

A formação do saber sobre a sexualidade humana pela teologia moral levou a sodomia ao status de máximo pecado contra a natureza humana, sendo que “A sodomia foi posta sob o rótulo genérico de luxúria e classificada como máximo pecado *contra-natura* ou como pecado nefando” (PRETES; VIANNA, 2008, p. 327, grifo do autor).

Veronica de Jesus Gomes (2010, p. 57) observa que a sodomia era vista pela Igreja como uma das principais manifestações de luxúria e que em Portugal algumas Constituições, “[...] que zelavam ‘pela pureza da religião e pelos bons costumes’, condenaram a sodomia, uma forma de luxúria”. A autora traz como exemplo as Constituições do Arcebispado de Braga, de 1697, que asseveraram que a sodomia, um crime que infringia não só a Lei de Deus, como também a própria natureza, seria punida com a pena de morte (GOMES, 2010, p. 57).

Érika Aparecida Pretes e Túlio Vianna (2008, p. 329) sustentam que, ainda antes da teologia moral classificar a sodomia como o máximo pecado *contra-natura*, as práticas sodomíticas já recebiam sanções penais, mas que a regularização moral sugerida pela igreja católica foi o elemento condicionante para que o Estado punisse estes atos sexuais de forma mais severa e eficaz.

De acordo com João Silvério Trevisan (2000 apud PRETES; VIANNA, 2008, p. 331), no decorrer do processo de colonização e aculturação do Brasil, Portugal transferiu para a colônia a ordem jurídico-político-cultural portuguesa, e foi por meio desta ordem que começou na colônia a história da criminalização do homossexualismo, com a penalidade da sodomia (que era considerada um pecado-crime).

As Ordenações do Reino Português (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) foram rígidas no julgamento do pecado-crime, estabelecendo penas muito rigorosas aos sodomitas, dentre

elas a pena de morte, a qual já era uma forma de punição prevista desde as Ordenações Afonsinas (GOMES, 2010, p. 59).

As Ordenações Afonsinas (1446),

[...] criminalizavam a homossexualidade no Livro Quinto, Título XVII, intitulado “dos que cometem pecado de Sodomia”, com nítida conotação de “pecado religioso” ao crime, expondo que “sobre todos os pecados bem parece ser mais torpe, sujo, e desonesto o pecado da Sodomia”, asseverando que não há outro que aborreça sobremaneira Deus e o mundo, por ser ofensa ao Criador e a toda natureza criada, tanto a celestial como a humana, para ao final estabelecer: “E porque segundo a qualidade do pecado, assim deve gravemente ser punido: porém mandamos, e pomos por Lei geral, que todo homem, que tal pecado fizer, por qualquer guisa que ser possa, seja queimado, e feito por fogo em pó, por tal que já nunca de seu [sic] corpo, e sepultura possa ser ouvida memória” (BOMFIM, 2011, p. 78).

Como referido acima, as Ordenações do Reino puniam os sodomitas de forma severa através da pena de morte, sendo que a pena capital foi sancionada somente pelas leis posteriores, quando as normas penais foram melhor organizadas (GOMES, 2010, p. 59).

O Estado e a Religião se entrelaçaram na penalidade da sodomia tanto em Portugal quanto na Colônia. Na época do descobrimento do Brasil, as Ordenações em vigência eram as Manuelinas, nas quais a sodomia foi igualada ao crime de lesa-majestade (PRETES; VIANNA, 2008, p. 335), isto é, o indivíduo que praticasse o delito de sodomia receberia as mesmas penas daquele que traísse o rei ou o seu real Estado (GOMES, 2010, p. 59).

Segundo Silvano Andrade do Bomfim (2011, p. 79), as Ordenações Manuelinas (1514/1521), trataram do crime de sodomia no Livro Quinto, Título XII, e, assim como as Ordenações Afonsinas, determinavam a morte dos transgressores através do fogo, estipulando, todavia, “[...] que todos os bens do condenado fossem confiscados à Coroa portuguesa, ainda que houvesse descendentes e ascendentes, ficando estes inábeis e infames, tal qual descendentes e ascendentes de condenados pelo ‘crime de Lesa Majestade’” (BOMFIM, 2011, p. 79).

Deste modo, as Ordenações Manuelinas, além de punirem os sodomitas com a morte na fogueira, também condenavam os filhos e descendentes dos sodomitas à infâmia, coibindo-os de ocupar cargos públicos (GOMES, 2010, p. 59).

Ainda, tais Ordenações estimulavam a delação, assegurando um terço da fazenda dos acusados para a pessoa que os apontasse (GOMES, 2010, p. 59), e se o acusado não tivesse nenhuma propriedade, a Coroa pagava ao informante o montante de cinquenta cruzados, após a prisão do sodomita (BOMFIM, 2011, p. 79).

Como se não bastasse isso, a alínea 2 da norma – prevista no Livro Quinto, Título XII – estabelecia que se alguém soubesse de um ato sodomítico praticado por outrem e não o delatasse, seria degredado para sempre do reino português e teria todos os bens confiscados (GOMES, 2010, p. 59). A alínea 3 da referida norma previa que a pena igualmente seria aplicada às mulheres que com outras fizessem ato homossexual (BOMFIM, 2011, p. 79), portanto, as normas se estendiam também para a sodomia feminina.

Quanto às Ordenações Filipinas (1603), de acordo com Claudio Martins (2010, p. 50), estas vigeram no Brasil na época da chegada da família real e previam a punição dos atos de sodomia no seu Título XIII. Elas mantiveram praticamente todas as regras das Ordenações anteriores para punir a sodomia, tanto que o acusado de praticar um ato sodomítico ainda era queimado e “feito por fogo em pó” (BOMFIM, 2011, p. 79).

As Ordenações Filipinas ratificaram a pena capital aos sodomitas de toda a qualidade (incluídas as mulheres), mantendo a infâmia dos seus descendentes e o confisco de bens, da mesma forma como era instituído para quem praticasse o crime de lesa-majestade (GOMES, 2010, p. 60).

Ademais, estabelecia que os delatores (aqueles que apontassem o acusado de praticar atos de sodomia) passariam a receber metade da fazenda do culpado, e caso este último não possuísse bens, a Coroa pagava cem cruzados para o delator, quantia essa que somente seria devida se o sodomita fosse preso (GOMES, 2010, p. 60).

Do mesmo modo que as Ordenações Manuelinas, as Filipinas previam a pena do confisco de bens e do degredo para aquele que soubesse de um ato sodomítico praticado por outrem e não comunicasse para a Coroa, não colaborando com a justiça (BOMFIM, 2011, p. 80).

Dentre as três ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) que vigoraram no Brasil, “[...] as Ordenações Filipinas podem ser consideradas como um avanço jurídico no que diz respeito à criminalização da sodomia” (PRETES; VIANNA, 2008, p. 342), pois apresentou algumas inovações. Uma das inovações trazidas pelas Ordenações Filipinas, que não estava presente nas duas primeiras ordenações, foi a punição da molície (masturbação) entre pessoas do mesmo sexo, pois tal prática passou a ser gravemente penalizada com o degrado para as galés ou com outras penas extraordinárias (GOMES, 2010, p. 60-61).

A Lei de 29 de janeiro de 1643 ratificou e validou as Ordenações Filipinas, ordenando que fossem observadas em todos os reinos da Coroa portuguesa, o que abrangia também o Brasil (BOMFIM, 2011, p. 80), tendo elas vigorado no país por mais de duzentos anos,



mesmo depois da independência brasileira (TREVISAN, 2000 apud PRETES; VIANNA, 2008, p. 343).

Silvano Andrade do Bomfim explica que

Com a independência do Brasil, proclamada em 7 de setembro de 1822, convocou-se uma Assembleia Constituinte, e esta Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil decretou a Lei de 20 de outubro de 1823, sancionada por D. Pedro I, pela qual mandou, inobstante a independência havida, vigorar em nosso país as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos reis de Portugal e pelas quais o Brasil se governava até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código, ou não fossem especialmente alteradas (2011. p. 80).

Em 1830 adveio o Código Penal do Império, o qual revogou as disposições criminais das Ordenações Filipinas e, sob a influência iluminista, extinguiu o delito de sodomia (MARTINS, 2010, p. 50), fazendo desaparecer do Brasil a criminalização da homossexualidade legada de Portugal (BOMFIM, 2011, p. 80).

O referido código, com o objetivo de proteger os costumes, ao mesmo tempo em que descriminalizou o crime de sodomia, também tipificou delitos sexuais (MARTINS, 2010, p. 50). “Desde então, os cidadãos civis não estão submetidos à tutela penal com base exclusivamente em uma prática homossexual livremente consentida, desde que privada” (RIOS; SCHÄFER; BORBA, 2012, p. 319).

O Código Penal do Império e os códigos penais que o sucederam não criminalizavam as práticas homossexuais (BOMFIM, 2011, p. 81). Durante um certo período não houve dispositivo penal elaborado especificadamente para combater o homossexualismo, contudo, isso mudou, ao menos no âmbito militar, com a edição do Código Penal da Armada em 1891 (RIOS; SCHÄFER; BORBA, 2012, p. 320).

Como delito militar, a primeira previsão típica referente à proibição das condutas homossexuais surgiu com o Código Penal da Armada, instituído pelo Decreto n.º 18, de 7 de março de 1891 (MARTINS, 2010, p. 50). Conforme já mencionado no tópico anterior, até o advento do referido código, os militares estavam subordinados às severas penalidades previstas nos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, de 1763, os quais puniam diversos crimes, mas não previam nada que se assemelhasse a delitos sexuais (MARTINS, 2010, p. 51).

O Código Penal da Armada, ao contrário, em seu Título V – Dos crimes contra a honestidade e os bons costumes –, previu o crime de libidinagem no artigo 148, o qual estabelecia que “Todo o indivíduo ao serviço da marinha de guerra (ou do exército) que

atentar contra a honestidade de pessoa de um ou outro sexo por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas, ou por depravação moral, ou por inversão de instinto sexual”, receberia uma pena de prisão com trabalho por um a quatro anos (ROSSETTO, 2012, p. 775). Cláudio Martins faz um importante comentário acerca do artigo 148:

Como primeira definição típica do crime sexual de natureza militar, o artigo 148 do Código Penal da Armada não discriminava a natureza do atentado à pessoa honesta, podendo tanto ser de orientação hetero como homossexual, como esclarece a expressão “de um ou outro sexo”, e ainda relacionava as modalidades e dolo específico (com o fim de saciar paixões lascivas, por depravação moral ou inversão de instinto sexual). O agente somente poderia ser quem estivesse a serviço da Armada, indicando a natureza própria do crime, revelando no dispositivo penal um precedente do atual artigo 235, do código penal militar (2010, p. 51-52).

Roger Raupp Rios, Gilberto Schäfer e Felipe Farias Borba (2012, p. 320) também fazem uma breve anotação a respeito do artigo 148 do Código Penal a Armada, afirmando que, “[...] não obstante o destaque legislativo à ‘inversão do instinto sexual’, o tipo penal não fora dirigido, especialmente em sua identificação legislativa, como crime de pederastia”, diferentemente do que ocorre no artigo 235 do Código Penal Militar em vigência.

Ainda, analisando o artigo 148 do Código Penal da Armada, verifica-se que para configurar o crime era necessário que o agente estivesse a serviço da Armada, bem como que o delito ocorresse mediante violência ou grave ameaça.

Apesar das várias alegações de inconstitucionalidade do Código Penal da Armada, suas normas foram aplicadas até o surgimento do Código Penal Militar de 1944 (instituído pelo Decreto-lei n.º 6.227, de 24 de janeiro de 1944), o qual, em seu capítulo sobre os crimes sexuais, no artigo 197, previa a seguinte conduta típica: “Praticar, ou permitir o militar que com êle [sic] se pratique, ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar”; cominando a pena de detenção, de seis meses a um ano, para aquele que assim agisse (MARTINS, 2010, p. 52).

Oportuno salientar que o tipo penal do artigo 197 do Código Penal Militar de 1944 oferecia uma redação mais enxuta e clara do que o artigo 235 do atual Código Penal Militar e, como consequência, é o que melhor acolhe o princípio da legalidade estrita, não havendo nenhuma dúvida em relação ao âmbito de aplicação da norma, seu alcance e seus destinatários (MARTINS, 2010, p. 52).

O Código Penal Militar de 1944 vigorou até o advento do atual Código Penal Militar (Decreto-lei n. 1.001/1969). Roger Raupp Rios, Gilberto Schäfer e Felipe Farias Borba (2012,

p. 320) sustentam que no artigo 235 do Código Penal Militar de 1969 surge a tipificação do ato libidinoso, com a inclusão do *nomen juris* “pederastia” e com o ênfase à expressão “homossexual ou não”.

Claudio Martins (2010, p. 53), por sua vez, entende que não houve a inclusão de nova figura típica no artigo 235 do atual Código Penal Militar, pois tanto o Código Penal da Armada como o Código Penal Militar de 1944 já puniam a conduta sexual nos quartéis; para o autor, a novidade está no nome do delito e na inserção da expressão “homossexual ou não” na descrição do tipo.

Através desse breve histórico punitivo da homossexualidade no Brasil, percebe-se que desde os tempos antigos já existia a discriminação contra os homossexuais e que no passado as leis que vigoraram no país puniam as práticas homossexuais de forma muito severa, com a pena de morte. No entanto, o Código Penal do Império (1830) e os demais códigos que o sucederam retiraram do sistema legal brasileiro a criminalização da homossexualidade que havia sido herdada de Portugal.

Desta forma, durante um lapso de tempo não houve nenhum dispositivo de lei que penalizasse especificadamente a homossexualidade. Contudo, no âmbito militar, a prática homossexual, assim como a heterossexual, passaram a ser punidas a partir de 1891 com o advento do Código Penal da Armada, e permaneceram sendo criminalizadas no Código Penal Militar de 1944, bem como no Código Penal Militar de 1969, em seu artigo 235, sendo este último objeto de muitos debates e críticas jurídicas.

### **3.3 Crime de Pederastia ou outro ato libidinoso previsto no artigo 235 do Código Penal Militar**

O artigo 235 do Código Penal Militar “[...] encontra-se no capítulo VIII que trata dos crimes sexuais, sob o título dos crimes contra a pessoa” (Título IV)” (LOBÃO, 2006, p. 528), recebe o nome de pederastia ou outro ato de libidinagem (BARREIRAS, 2008, p. 9) e apresenta a seguinte definição típica: “Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar” (ROSA, 2012, p. 224).

A pena imposta ao crime é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e deve ser convertida em prisão, nos termos do artigo 59 do Código penal Militar<sup>1</sup>. A condenação pelo delito previsto no artigo 235 do Código Penal Militar sujeita o militar à pena acessória de indignidade, porém sua aplicação não é imediata, devendo ser declarada por Tribunal Militar permanente, a teor do artigo 142, § 3º, inciso VI, do texto constitucional<sup>2</sup> (MARTINS, 2010, p. 63).

O condenado não tem direito à suspensão condicional do processo, consoante artigo 88, inciso II, alínea “b”, do Código Penal Militar<sup>3</sup> e artigo 617, inciso II, alínea “b”, do Código de Processo Penal Militar<sup>4</sup> (LOBÃO, 2006, p. 530). A ação penal é pública, incondicionada e não se aplicam as regras dos delitos de menor potencial ofensivo, sendo inadmissível a suspensão condicional da pena e a transação penal, nos termos do artigo 90-A, da Lei n.º 9.099/95<sup>5</sup> (MARTINS, 2010, p. 63).

É crime militar *ratione personae*, pois exige a condição de militar do agente, isto é, o delito só pode ser praticado por um militar (ASSIS, 2006, p. 451) que, de acordo com o artigo 22 do Código Penal Militar<sup>6</sup> é toda a pessoa que esteja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação ou sujeição à disciplina militar. Ainda, com relação ao agente, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 360) destaca que o sujeito ativo do crime é o militar, enquanto que o passivo é a instituição militar.

Outrossim, configura crime *ratione locci*, haja vista que para a tipicidade é imprescindível que o fato se desenvolva em local sujeito à administração militar (SANTANA, 1997, p. 17). Para Célio Lobão (2006, p. 529), “Lugar sob a administração militar é todo aquele que se encontra legalmente sob a administração, respectivamente, das Forças Armadas,

<sup>1</sup> Art. 59: A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional: I - pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar; II - pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos (BRASIL, Código Penal Militar, 1969).

<sup>2</sup> Art. 142, § 3º: Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: [...] VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

<sup>3</sup> Art. 88: A suspensão condicional da pena não se aplica: [...] II - em tempo de paz: [...] b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 162, 235, 291 e seu parágrafo único, ns. I a IV (BRASIL, Código Penal Militar, 1969).

<sup>4</sup> Art. 617. A suspensão condicional da pena não se aplica: [...] II — em tempo de paz: a) por crime contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de serviço, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior e desacato, de insubordinação, insubmissão ou de deserção; [...] b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 162, 235, 291 e parágrafo único, ns. I a IV, do Código Penal Militar. (BRASIL, Código de Processo Penal Militar, 1969).

<sup>5</sup> Art. 90-A: As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar (BRASIL, Lei n.º 9099, 1995).

<sup>6</sup> Art. 22: É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar (BRASIL, Código Penal Militar, 1969).

da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares [...]”, ainda que eventualmente o campo de manobras militares, de treinamentos, o acampamento, etc. Claudio Martins (2010, p. 58) sustenta que são consideradas unidades militares os navios, quartéis e aeronaves, e que a lei traz de forma implícita a asserção de que a livre realização de atos sexuais em áreas militares põe em risco a disciplina e a hierarquia.

Portanto, o crime é propriamente militar, *ratione personae* e *ratione locci*. Nesse sentido, Jurisprudências do Supremo Tribunal Militar:

**EMENTA: PEDERASTIA (ART. 235, DO CPM). 1. CRIME PROPRIAMENTE MILITAR, 'RATIONE PERSONAE' E 'RATIONE LOCCI', HAJA VISTA QUE SOMENTE PODE SER COMETIDO POR MILITAR, QUER POR AÇÃO (PRATICAR), QUER POR OMISSÃO (PERMITIR QUE COM ELE SE PRATIQUE), EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. 2. 'IN CASU', O DELITO ATRIBUÍDO AOS APELANTES RESTOU CARACTERIZADO E PROVADO, SENDO MANTIDA A CONDENAÇÃO QUE LHEIS FOI IMPOSTA. DECISÃO UNÂNIME. (BRASIL. STM, 1991, grifo nosso)**

**EMENTA: - APELAÇÃO - CONDENAÇÃO DE MILITAR COMO INCURSO NO ART. 235 DO CPM - ATO DE LIBIDINAGEM - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. - Autoria e materialidade devidamente comprovadas. - Comete o crime descrito no art. 235 do CPM militar que mantém relação sexual com mulher dentro de Unidade de Saúde Militar da Marinha, mais precisamente na Sala de Estado - **Crime militar ratione loci e ratione personae**. - Negado provimento ao recurso. - Decisão unânime. (BRASIL. STM, 2008, grifo nosso)**

O elemento subjetivo do tipo penal em exame “É o dolo, a vontade livre e consciente de praticar ou permitir que consigo se pratique ato libidinoso” (ROSSETTO, 2012, p. 780). Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 360), o crime é doloso e não se pune a forma culposa, sendo exigível o elemento subjetivo especial de satisfazer a lascívia. Também não se admite o dolo eventual, por não depender do resultado, não sendo aceitável a simples assunção do risco de produzi-lo (MARTINS, 2010, p. 62).

“O elemento objetivo encontra-se representado pelo verbo praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar” (ROSA, 2012, p. 225). Célio Lobão (2006, p. 528) afirma que o tipo penal possui duas ações incriminadoras, a de praticar (executar, fazer, realizar) e a de permitir (autorizar, consentir). “Na primeira, o agente pratica com outrem que, se for militar, vai responder pela segunda modalidade (permitir). Na segunda, o militar permite que outrem pratique e, se este for igualmente militar, responde pela primeira modalidade (praticar)” (LOBÃO, 2006, p. 528).

Na ação de praticar, o militar age sobre o corpo de outrem, concretizando ato libidinoso, homossexual ou de conjunção carnal; já o ato de permitir se efetiva de qualquer maneira, ainda que o militar fique imóvel enquanto o companheiro pratica o ato libidinoso, homossexual ou o coito (LOBÃO, 2006, p. 528).

O crime se consuma com a prática ou com a permissão do ato libidinoso. É possível a tentativa na primeira conduta (praticar), pois o *iter criminis* pode ser cessado, porém, na segunda conduta (permitir) não se admite a tentativa, uma vez que o crime é formal (ROSSETTO, 2012, p. 780). Releva destacar que para ocorrer o crime não se exige a consumação do ato sexual, ou seja, ainda que não se inicie a cópula ou o ato homossexual, ocorreu o ato libidinoso (LOBÃO, 2006, p. 350).

Quanto ao conceito e às modalidades de ato libidinoso, pode-se afirmar que há divergências na doutrina. Jorge Cesar de Assis (2006, p. 452) afirma que o legislador, ao elaborar o artigo 235 do Código Penal Militar, quis se referir ao ato libidinoso em sentido estrito, como por exemplo, o coito anal, masturbação, felação, etc., mas que no referido dispositivo não está compreendida a conjunção carnal.

Por outro lado, há autores que possuem entendimento diverso, argumentando que no conceito de ato de libidinagem está incluída a conjunção carnal. Dentre esses doutrinadores está Enio Luiz Rossetto (2012, p. 778), o qual assevera que o “Ato Libidinoso é todo aquele que busca a satisfação da lascívia, vai de uma apalpada das partes íntimas até a conjunção carnal, principal modalidade de ato libidinoso”.

Igual posicionamento possuem autores como Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 235), que aduz ser o ato de libidinagem qualquer ato capaz de gerar prazer sexual, nas mais diversas formas, incluindo a conjunção carnal; o doutrinador José da Silva Loureiro Neto (1995, p. 198), que cita como exemplos de ato libidinoso a *fallatio in ore*, a conjunção carnal, o coito *inter femora*, o coito anal, etc.; e o autor Claudio Martins (2010, p. 61) que conceitua o ato libidinoso como gênero que admite todas as modalidades de atividade sexual.

Ainda, nessa mesma linha, Salma Pereira de Santana (1997, p. 18) refere que “[...] o ato de libidinagem é todo fato capaz de, objetivamente, produzir o despertar e o excitamento da sexualidade no mais amplo sentido”, e que negar que a conjunção carnal tem caráter de ato libidinoso é ignorar que, por ela, é possível desafogar completamente a sensualidade.

Ante a divergência existente, neste trabalho será adotado o posicionamentos dos doutrinadores que consideram a conjunção carnal uma modalidade de ato libidinoso, pois, conforme já referido, este último abrange todo o ato praticado com o fim de satisfazer a

lascívia. Outrossim, o Tribunal Militar do Estado do Rio Grande do Sul, em seus julgados, já incluiu a conjunção carnal no conceito de ato libidinoso:

**Ementa: Atos libidinosos a que se refere o CP Militar, são todos aqueles relativos ao prazer sexual, neles incluída, naturalmente, a relação sexual propriamente dita.** Sua prática, no interior dos quartéis, deles participando militares, seja com outros militares, seja com a participação de civis, caracteriza o delito do art. 235 do CP Militar, que, evidentemente, não tipifica unicamente atos de pederastia, por sua própria redação. Se dos referidos atos participam militares e menores de quatorze anos, tipifica-se o estupro de que trata os arts. 232, c/c o 236, da lei substantiva; no caso de a menor, apesar da tenra idade, já, anteriormente, vivia prostituída, afasta-se a presunção legal e pune-se unicamente o ato sexual (art. 235 do CP Militar). Não constitui *bis in idem* o apenamento pelo delito de estupro em relação anterior apenamento pela Justiça Comum, se os fatos que originaram os respectivos processos são diversos, de vez que a presunção legal não exige, para o aperfeiçoamento do tipo, que a menor seja virgem, mas simplesmente que tenha a idade referida e seja considerada de vida honesta, e não de costumes devassos ou lascivos. Rejeitada a unanimidade, a exceção da coisa julgada suscitada pelo Sgt Grando, e, no mérito, por maioria, negado provimento a seus apelos. À unanimidade, negado provimento aos apelos dos demais apelantes e do Ministério Público, à exceção daquele contra o Cb Iris Nascimento, ao qual é dado unânime provimento para condená-lo nas penas do art. 235 do CP Militar. (BRASIL. TJM/RS, 1997, grifo nosso).

Entretanto, a principal fonte de controvérsia do artigo 235 do Código Penal Militar é a inclusão da expressão “homossexual ou não”, bem como o nome “pederastia” atribuído ao tipo, pois parte da doutrina entende que o dispositivo sob exame não pode ser recepcionado pela Constituição Federal, em razão de ser preconceituoso ao mencionar tais termos na sua redação típica; enquanto outros doutrinadores defendem que a norma em comento é compatível com a Carta Republicana de 1988, asseverando que a mesma não tem caráter discriminatório, por não ter a pretensão de punir a orientação sexual, mas sim reprimir toda prática sexual em ambiente militar, seja ela homossexual ou não, com o fim de manter íntegras a hierarquia e a disciplina nas dependências militares.

Antes de adentrar especificadamente na análise da (in)constitucionalidade e no caráter preconceituoso ou não do tipo penal em exame, é imprescindível discorrer acerca das expressões “pederastia” e “homossexual ou não” que atribuem ao tipo penal uma possível carga discriminatória.

Como se observa, no artigo 235 do Código Penal Militar, o ato libidinoso foi qualificado em homossexual ou não. A homossexualidade, do grego *homos* (igual), é caracterizada como atração sexual, emocional, somente por pessoas do mesmo sexo (ROSSETTO, 2012, p. 779). No tipo penal em questão, o ato homossexual consiste na

conjunção carnal entre dois militares do sexo feminino ou do sexo masculino (LOBÃO, 2006, p. 529).

Roger Raupp Rios, Gilberto Schäfer e Felipe Farias Borba (2012, p. 321-322) afirmam que se a expressão “homossexual ou não” “[...] deixa aberta a configuração típica independentemente do sexo dos envolvidos, tal destaque tem consequências jurídicas que vão muito além da mera ‘abertura’ da norma para ambos os sexos”, pois, segundo os autores, a inserção desta locução atinge o direito fundamental da igualdade, em razão de referir-se à orientação sexual de forma discriminatória.

Claudio Martins (2010, p. 59) explana que se o legislador desejava punir o ato de libidinagem em local sujeito à administração militar, não era necessária a inserção da aludida expressão, pois o sujeito que pratica a ação pode ser tanto mulher quanto homem, independentemente da natureza da relação, se hetero ou homossexual.

Quanto à palavra “pederastia”, a autora Mariana Barros Barreiras (2008, p. 9) aduz que “[...] deriva do grego paiderastès, de pais, paidòs, menino e erastès, amante. Designava, na antiguidade grega, a educação dos adolescentes do sexo masculino de famílias com boa posição social por parte dos mestres”, sendo que frequentemente a relação de amizade entre educando e mestre abria espaço para uma relação amorosa.

Por expansão, a maior parte dos dicionários atuais define a palavra “pederastia” como sinônimo de homossexualidade masculina (BARREIRAS, 2008, p. 9), sem essencialmente envolver as figuras de um adolescente e um adulto. Então, diz-se que pederasta é aquele que pratica relações sexuais com indivíduos do mesmo sexo (RIOS; SCHÄFER; BORBA; 2012, p. 322).

José da Silva Loureiro Neto (1995, p. 198) assevera que a pederastia “[...] consiste no homossexualismo masculino ou perversão sexual consistente no coito anal entre indivíduos do sexo masculino”, e que a finalidade do legislador foi destacar a pederastia como espécie de ato libidinoso. Depreende-se que para o autor a pederastia é um ato libidinoso homossexual masculino, não abrangendo o ato homossexual feminino.

Importante ressaltar que na época de edição do vigente Código Penal Militar (1969) não havia mulheres incorporadas às Forças Armadas (MARTINS, 2010, p. 59). É nesse ponto que Mariana Barros Barreiras (2008, p. 9) destaca que as práticas homossexuais femininas não são expressamente mencionadas no tipo penal, e que isso ocorre porque a presença de policiais femininas só foi regimentada para todo Brasil em 1977, bem como em razão de que a admissão de mulheres na carreira militar-naval ocorreu somente em 1980.



Portanto, verifica-se que a norma do artigo 235 do Código Penal Militar, quando do seu nascedouro, não tinha outro objetivo, senão o de reprimir a homossexualidade masculina (RIOS; SCHÄFER; BORBA, 2012, p. 322). No entanto, entende-se que o tipo penal se estende também às práticas homossexuais femininas, uma vez que a norma se dirige ao ato libidinoso praticado tanto por militar homem quanto mulher, sendo oportuno lembrar que vem aumentando o número de mulheres nas forças armadas.

Como já referido anteriormente, o Código Penal Militar de 1944 não mencionava o termo “pederastia” e nem continha em sua redação típica a expressão “homossexual ou não”, sendo que tais vocábulos foram acrescentados pelo Código Penal Militar de 1969. Este último, no item 17 da sua Exposição de Motivos<sup>7</sup> buscou justificar a hipótese de aplicação do artigo 235, referindo que a pederastia (nova figura) “[...] É a maneira de tornar mais **severa** a repressão **contra o mal** [...]” (ASSIS, 2006, p. 452, grifo nosso).

Essa justificativa apresentada pela Exposição de Motivos do atual Código Penal Militar de 1969, recebeu interpretações diversas. Alguns autores consideraram a inclusão da locução “pederastia” como um desprezo do legislador às relações homossexuais, dentre eles está Mariana Barros Barreiras (2008, p. 9), a qual refere que a Exposição de Motivos do Código de 1969 ilustra claramente o preconceito e evidencia que o objetivo era, principalmente, afastar as condutas homossexuais da vida militar.

Igual entendimento possuem Roger Raupp Rios, Gilberto Schäfer e Felipe Farias Borba, os quais sustentam que

Ainda que se busque uma interpretação que saliente o objetivo de resguardar a ordem e a disciplina castrenses, em vez de incriminar determinada opção sexual, a distinção no dispositivo incriminador é inequívoca, ao classificar negativamente, entre os possíveis atos libidinosos, uma determinada categoria, que, nos termos da exposição de motivos, é dita como maléfica (2012, p. 323).

Ou seja, para os autores, o artigo 235 do Código Penal Militar classificou negativamente as condutas homossexuais como uma dentre as formas de ato libidinoso e a Exposição de Motivos do Código considerou essas práticas homossexuais como maléficas.

Por outro lado, há doutrinadores que não vislumbraram na Exposição de Motivos do Código Penal Militar de 1969 o repúdio às práticas homossexuais, como, por exemplo,

---

<sup>7</sup> Item 17 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar de 1969, *in verbis*: Inclui-se entre os crimes sexuais nova figura: a pederastia ou outro ato de libidinagem, quando a sua prática se der em lugar sujeito à administração militar. É a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal, onde os regulamentos disciplinares se revelarem insuficientes (LOUREIRO, 1995, p. 198).

Roberto Carlos do Vale Ferreira (2006, p. 36), o qual assevera que o ser homossexual não é o escopo do legislador, pois o que este último fez foi expandir a proibição de toda letra discriminatória, esclarecendo que a prática de ato libidinoso em ambiente sujeito à administração militar deve ser punida, independentemente do sexo dos agentes. Resta evidenciado que o artigo 235 do Código Penal Militar de 1969 é objeto de muitas manifestações por parte de analistas jurídicos, em razão de receber o nome “pederastia” e conter na sua redação típica a expressão “homossexual ou não”. As críticas são feitas principalmente por doutrinadores e juristas que entendem que a norma contraria alguns princípios previstos na Constituição Federal de 1988. Todavia, os debates quanto à recepção do dispositivo sob análise pela Carta Magna e a possível carga preconceituosa nele inserida serão melhor estudados no próximo capítulo.

#### **4 A PREVISÃO DO CRIME DE PEDERASTIA E OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Feita a abordagem do tipo penal do artigo 235 do Código Penal Militar de 1969, cumpre fazer uma análise a respeito da sua compatibilidade com o texto constitucional. Destarte, é necessário interpretar o referido dispositivo em consonância com os Direitos Fundamentais da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da liberdade, estudados no primeiro capítulo do presente trabalho.

Porém, inicialmente, oportuno se faz sintetizar o debate acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291, que está para ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, ação esta que foi ajuizada com o objetivo de buscar a exclusão do crime de pederastia do Código Penal Militar.

Para tanto, serão examinados, sucintamente, dois casos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, bem como um acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, os quais servem de paradigma para a averiguação da criminalização da pederastia e para o julgamento da ADPF 291.

##### **4.1 Da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 291**

Antes de mais nada, faz-se necessária uma breve explanação acerca do que é uma ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o seu cabimento. A ADPF encontra fundamento no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>. É utilizada quando inadmissíveis outros meios para debater a constitucionalidade de um ato normativo, ou seja, quando incabíveis as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) ou de constitucionalidade (ADC) é plausível a utilização da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1205).

Ademais, a referida ação precisa tratar de preceito fundamental, este, em síntese, pode ser entendido como as cláusulas pétreas, os direitos fundamentais ou qualquer outra disposição normativa que confirmam “densidade normativa ou significado específico a[o] princípio [fundamental]” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1219).

---

<sup>1</sup> Art. 102, § 1º: A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise da ADPF 291 sob investiva. No mês de setembro de 2013, a Ex-Procuradora Geral da República, Helenita Caiado de Acioli, ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), com pedido de medida cautelar, alegando a não recepção do artigo 235 do Código Penal Militar pela Constituição Federal de 1988, sob o argumento de que o aludido dispositivo viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), da isonomia, da liberdade (artigo 5º, caput, da CF), da pluralidade e do direito à privacidade (artigo 5º, X, da CF) (ACIOLI, 2013, p. 1-2).

A referida ação, autuada sob o número 291, foi distribuída na Suprema Corte Brasileira no dia 10 de setembro de 2013 e está aguardando julgamento, tendo como relator o Ministro Luís Roberto Barroso. O requerente na ação é a Procuradoria-Geral da República e os requeridos são o Ministro do Estado da Defesa, o Presidente da República e o Congresso Nacional (STF, 2013).

Na petição inicial da ADPF 291, a Ex-Procuradora ressalta que a norma do artigo 235 do Código Penal Militar revela visões de um período político autoritário e pouco acessível às diferenças e à exibição dessas, haja vista ter sido criada no contexto histórico de um regime militar ditatorial, instaurado no Brasil em 1964 (ACIOLI, 2013, p. 10).

Argumenta que os vocábulos atacados “pederastia” e “homossexual ou não” “[...] demarcam o claro viés totalizante e antiplural da norma, já que demonstram de forma pejorativa, no uso da primeira palavra, e discriminatório, no uso da frase, quem se quer atingir” (ACIOLI, 2013, p. 10). Para sustentar esse ponto de vista, cita trecho da Exposição de motivos do Código Penal Militar<sup>2</sup>, o qual, segundo ela, deixa clara a verdadeira intenção da norma (ACIOLI, 2013, p. 10).

Helenita Acioli complementa suas alegações asseverando que a norma do artigo 235 do Código Penal Militar possui discriminação direta, ou seja, intencional. Segundo Roger Raupp Rios (2008, p. 91), a discriminação direta se manifesta de três modos: discriminação explícita, discriminação na aplicação do direito e discriminação na concepção do direito. A discriminação explícita é evidente, uma vez que estará expressa no texto da norma, excluindo claramente uma determinada pessoa ou grupo, com base em um critério proibido de discriminação; a discriminação na aplicação do direito é a que se constata quando a efetivação

---

<sup>2</sup> Item 17 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar de 1969, *in verbis*: Inclui-se entre os crimes sexuais nova figura: a pederastia ou outro ato de libidinagem, quando a sua prática se der em lugar sujeito à administração militar. É a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal, onde os regulamentos disciplinares se revelarem insuficientes (LOUREIRO, 1995, p. 198).

do ato normativo, apesar de elaborado sem a intenção de discriminar, é feita de maneira deliberada para afetar certo grupo (RIOS, 2008, p. 92); e, por fim, a discriminação na concepção do direito ocorre quando o ato normativo, desde sua origem, foi estabelecido com a intenção de prejudicar e discriminar determinado grupo ou pessoa (RIOS, 2008, p. 96).

Na ação, a Ex-Procuradora (ACIOLI, 2013, p. 13) refere que no artigo 235 do Código Penal estão presentes todos os tipos de discriminações elencadas acima: a discriminação explícita, porque a norma titula o crime de pederastia e menciona a palavra “homossexuais”, deixando evidente a finalidade normativa; e a discriminação na aplicação e concepção do direito, pois, ainda que os vocábulos sejam retirados da redação típica, mesmo que a norma aparente ser neutra, sua aplicação permanecerá atingindo primeiramente e propositadamente os homossexuais, haja vista que a maioria do contingente das Forças Armadas é masculina e que somente foi permitido o ingresso de mulheres a partir de 1980.

Portanto, a petição inicial da ADPF 291 busca afirmar que o tipo penal do artigo 235 do Código Penal Militar é notoriamente discriminatório ao se direcionar e procurar penalizar pessoas ou grupos específicos, mesmo que não haja nenhum motivo para tal diferenciação, e que, não obstante sejam retirados os termos “pederastia” e “homossexual” do texto da norma, esta última continuará afetando os homossexuais.

Isto é, para a Ex-Procuradora-Geral da República (ACIOLI, 2013, p. 13), a norma atinge mais a homossexualidade do que a heterossexualidade, visto que “[...] em um ambiente estritamente masculino, os heterossexuais, em tese, não seriam atingidos pela norma de austeridade sexual”.

Outrossim, ela se insurge contra a suposta criminalização do sexo consensual, alegando que o dispositivo impugnado tem a finalidade de tentar limitar a liberdade sexual dos militares, sendo tal privação um atentado à procura pela felicidade, e a coibição do ato sexual voluntário ofensiva à dignidade da pessoa humana (ACIOLI, 2013, p. 16).

Helenita Acioli (2013, p. 17) ressalta que a norma diz ser crime praticar sexo consensual em qualquer área sob administração militar, mas que existem momentos em que, apesar de o militar estar em ambiente militar, não há nenhuma função sendo exercida e que, portanto, nessas situações não há motivos para impedir o exercício da sexualidade consensual. Ou seja, segundo Acioli, mesmo que o ato sexual consensual se dê em local sujeito à administração militar, não há razões para criminalizá-lo se ocorrer quando os militares não estiverem em serviço.

Por fim, alegando estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, a Ex-Procuradora requer a concessão de cautelar para suspender a eficácia do artigo 235 do Código Penal Militar até o julgamento definitivo da ADPF; e, no mérito, pede o reconhecimento da não recepção integral do dispositivo atacado pela Constituição Federal de 1988 (ACIOLI, 2013, p. 19-20). Também, em caráter subsidiário, requer a declaração de inconstitucionalidade da palavra "pederastia" e da expressão "homossexual ou não"; bem como a interpretação da norma conforme a Constituição Federal, a fim de se considerar configurada a tipicidade apenas nas situações em que a prática sexual consentida ocorrer durante o exercício de uma atividade militar específica (ACIOLI, 2013, p. 18).

Após o recebimento da inicial da ADPF 291, no dia 03 de outubro de 2013, o processo foi despachado pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso, o qual, antes de apreciar o pedido liminar, solicitou informações dos requeridos Congresso Nacional, Presidência da República e Ministro de Estado da Defesa, em razão de a norma impugnada estar em vigência há mais de 40 (quarenta) anos, bem como determinou a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República (STF, 2013).

Os requeridos, em atenção ao despacho do Ministro Relator, enviaram ao STF as informações solicitadas, a começar pela Presidência da República, que no dia 18 de outubro de 2013, através do Advogado-Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, encaminhou à Corte Brasileira manifestação elaborada pelo Consultor da União, Dr. Guilherme Benages Alcantara. Na manifestação, a Presidência da República reconhece a inadequação da palavra "pederastia" inserida no *nomen juris* do artigo 235 do Código Penal Militar e da expressão "homossexual ou não" mencionada na redação típica, asseverando que tais vocábulos possuem carga discriminatória e preconceituosa, na forma como foi exposto pela Procuradoria-Geral da União na petição inicial da ADPF 291 (ALCANTARA, 2013, p. 6).

Ainda, acrescentou que

Existe de fato odiosa carga preconceituosa que recai sobre às já mencionadas expressões, até porque, analisado friamente o texto descritivo do tipo penal militar, vê-se que o aposto "homossexual ou não" **não é indispensável em relação ao núcleo da norma**, cujo cerne visa proibir "a prática de ato libidinoso (...) em lugar sujeito à administração militar". O núcleo do tipo normativo volta-se contra a prática de ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar (ALCANTARA, 2013, p. 7, grifo do autor).

Então, a Presidência da República ao mesmo tempo em que reconhece que os vocábulos "pederastia" e "homossexual ou não" possuem conteúdo discriminatório, sustenta

que esses termos são dispensáveis no tocante ao núcleo da norma, que destina-se a punir toda e qualquer prática libidinosa em área submetida à administração militar.

O Congresso Nacional, no dia 17 de outubro de 2013, também encaminhou à Suprema Corte informações elaboradas pelo Advogado do Senado, Dr. Octavio Augusto da Silva Orzari, a fim de instruir a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 291. O Congresso Nacional sustenta, em síntese, que não se constata a existência, *in casu*, do requisito do perigo na demora da tutela jurisdicional, tendo em vista que a norma objeto da arguição está em vigor há mais de 40 (quarenta) anos e sua constitucionalidade foi colocada em questionamento junto ao STF somente em 2013 (ORZARI, 2013, p. 7). Nessa linha, alega que os requisitos indispensáveis à concessão da medida liminar pleiteada pelo requerente não estariam presentes no caso.

No dia 18 de outubro de 2013, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Defesa, igualmente prestou informações acerca da ADPF 291 ao Supremo Tribunal Federal, defendendo a recepção do artigo 235 do Código Penal Militar pela Carta Republicana de 1988. Na manifestação, subscrita pelo Advogado da União, Ernando José de Queiroz Romão, o Ministério da Defesa refere que em virtude da proteção dos princípios constitucionais da disciplina e hierarquia que conduzem a atividade militar, a vinculação jurídica dos militares às Forças Armadas estabeleceria uma relação especial de sujeição, “[...] dando ensejo à criação de um regime específico, diverso do regime de sujeição geral que atinge a todos os indivíduos que se encontram indiscriminadamente no território do Estado” (ROMÃO, 2013, p. 5).

Destaca que “O tipo penal é direcionado a punir a prática de ato libidinoso, nas dependências militares, não limitando sua incidência apenas à prática homossexual, mas também à heterossexual” e que, por conseguinte, não há discriminação odiosa, nem mesmo afronta aos preceitos da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade e da pluralidade, como assinala a Ex-Procuradora-Geral da República (ROMÃO, 2013, p. 7-8). Acrescenta, ainda, que o dispositivo legal impugnado não tem caráter discriminatório, porque não procura punir grupos ou pessoas específicas, mas tutelar bens jurídicos relevantes na seara militar (ROMÃO, 2013, p. 9).

Além disso, sustenta que o artigo 235 do Código Penal Militar perdeu a base de validade que lhe atribuía a Constituição da época em que foi elaborado, em razão da revogação desta, mas que o dispositivo ganhou da Constituição Federal de 1988 novo embasamento de validade e, portanto, “[...] apesar de pré-constitucional, a norma em

comento, por compatibilidade com a Constituição vigente, foi recepcionada” (ROMÃO, 2013, p. 9).

Por derradeiro, refere que o próprio Ministério da Defesa encaminhou ao Ministério da Justiça um projeto de lei que tem como objetivo dar nova redação ao artigo 235 do Código Penal Militar, com a supressão da palavra “pederastia” e da expressão “homossexual ou não” constantes no tipo penal (ROMÃO, 2013, p. 14-15).

Após as informações prestadas pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Defesa, o Ministro Relator da ADPF 291 determinou a intimação pessoal do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República para apresentarem manifestação acerca da arguição (STF, 2013).

Assim, em 25 de novembro de 2013, o Advogado-Geral da União, Dr. Luís Inácio Lucena Adams, em manifestação, refere que para a tipificação do delito em exame é irrelevante que o ato libidinoso seja homossexual ou não (ADAMS, 2013, p. 8) e “[...] que o dispositivo sob invectiva, na parte em que veda a prática de atos libidinosos em locais submetidos à administração militar, foi recepcionado pela Constituição de 1988 [...]”, não havendo violação aos princípios fundamentais da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da privacidade e da pluralidade previstos na Constituição Federal de 1988 (ADAMS, 2013, p. 10).

Aduz, também, ser insustentável a pretensão do requerente de que seja atribuída interpretação conforme a Constituição ao artigo impugnado para considerar configurada a tipicidade apenas nas situações em que a prática sexual consentida ocorrer durante o exercício de uma atividade militar específica (ADAMS, 2013, p. 10-11).

Todavia, a Advocacia-Geral da União reconhece que o *nomen iuris* “pederastia” e a expressão “homossexual ou não”, contidos na norma questionada, atribuem conotação discriminatória ao tipo penal, pois indicam a desaprovação às relações homossexuais no ambiente militar (ADAMS, 2013, p. 12-13). Outrossim, o Advogado-Geral da União pontua que, embora a proibição da prática de atos sexuais nos ambientes sujeitos à administração militar seja válida, o ato libidinoso não pode ser proferido sobre as menções literais à homossexualidade e à pederastia (ADAMS, 2013, p. 14).

Por fim, assevera que a arguição de descumprimento de preceito fundamental 291 deve ser julgada parcialmente procedente, exclusivamente quanto a invalidade das expressões “pederastia” e “homossexual ou não” mencionadas no artigo impugnado, por serem



incompatíveis com os preceitos constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da pluralidade e da liberdade (ADAMS, 2013, p. 15-17). Entretanto, ressalta que a supressão dos aludidos termos não modificaria em nada o âmbito de incidência da norma em exame, a qual abarca a prática de toda atividade libidinosa, desde que realizada em ambiente sujeito à administração militar (ADAMS, 2013, p. 16).

A Procuradoria-Geral da República, em atenção ao despacho do Ministro Relator, também prestou informações a respeito da ADPF 291 e no dia 2 de abril de 2014 encaminhou parecer à Suprema Corte Brasileira (STF, 2013). No parecer, o atual Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, opina pela improcedência da arguição contra norma do artigo 235 do Código Penal Militar (2014, p. 15).

O atual Procurador-Geral da República sustenta que, ao contrário do alegado na arguição, o artigo 235 do Código Penal Militar não contém discriminação ilegal e que se a referida norma penalizasse apenas os atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, com certeza afrontaria a Carta Republicana, visto que essa diferenciação de tratamento jurídico não é permitida no Brasil (BARROS, 2014, p. 4-5).

Quanto à palavra “pederastia” contida no *nomen juris* do tipo penal e a expressão “homossexual ou não” mencionada na redação típica, refere que tais referências textuais são desnecessárias, porque “[...] Sem elas, não há rigorosamente nenhum prejuízo à intelecção da norma, que visa punir quaisquer atos libidinosos em local sujeito à administração militar de maneira absolutamente independente da orientação sexual de seus protagonistas” (BARROS, 2014, p. 5).

Além disso, Rodrigo Janot Monteiro de Barros (2014, p. 6-7) afirma que, contrariamente ao declarado na ADPF 291, não é correto sustentar afronta aos princípios constitucionais – da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da privacidade e da liberdade – em razão da incriminação da prática de qualquer ato sexual em esfera militar, pois tal incriminação “[...] decorre das peculiaridades do serviço e da organização das forças armadas, nas quais a ordem interna e a disciplina dos contingentes são, em importante parte, diversas daquelas próprias do serviço público civil e ainda mais das relações trabalhistas privadas”.

Alude, ainda, que o Código Penal Militar não proíbe de maneira absoluta, nem poderia proibir, que os servidores públicos militares exercitem sua sexualidade, mas, tão-somente, veda que atos libidinosos, ainda que consensuais, sejam praticados nos ambientes militares

(BARROS, 2014, p. 7-8). Acrescenta que fora desses locais, os militares possuem liberdade para a prática sexual, excetuadas as limitações legais que são aplicadas a todas as pessoas (BARROS, 2014, p. 8).

Constata-se que no parecer encaminhado ao STF o atual Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, revê o posicionamento anterior do próprio Ministério Público, autor da ação, tendo em vista possuir entendimento diverso do que foi exposto na petição inicial da ADPF 291, proposta por sua antecessora, a Ex-Procuradora-Geral da República Helenita Caiado de Acioli.

Outrossim, dentre as autoridades que se manifestaram acerca da arguição de descumprimento de preceito fundamental 291, verifica-se que a Presidência da República, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Defesa e o Advogado-Geral da União entendem que a palavra “pederastia” e a expressão “homossexual ou não”, constantes do tipo penal, apontam a aversão às relações homossexuais nas unidades militares e por isso devem ser suprimidas do texto legal, mas que as condutas típicas sujeitas à punição criminal não podem ser afetadas.

Conforme mencionado anteriormente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental 291 está aguardando julgamento pelos ministros da Suprema Corte Brasileira e é partindo desta premissa que se fará uma sucinta análise de dois casos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e de um acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, os quais podem servir de paradigma para a decisão da arguição.

No direito norte-americano, o entendimento judicial acerca da criminalização da prática de atos homossexuais – ainda que em local privado e de forma consensual – foi modificado ao longo do tempo e a prova disso são dois veredictos da Suprema Corte norte-americana referentes aos casos *Bowers versus Hardwick* (1986) e *Lawrence versus Texas* (2003) (BORBA, 2013, p. 65).

No processo *Bowers versus Hardwick* foi debatida a validade da lei da Geórgia, que criminalizava a sodomia livre e espontânea entre adultos (DWORKIN, 2005, p. 647). O caso surgiu quando um oficial da Polícia, em cumprimento a mandado judicial, adentrou na residência de Michael Hardwick para cobrá-lo uma multa e o encontrou fazendo sexo oral com outro homem (VIANNA, 2014, p. 238). O promotor distrital não propôs ação penal em face de Hardwick, contudo, aplicou-lhe uma multa em virtude do ato e, em consequência disso, Hardwick questionou a constitucionalidade da lei que criminaliza a sodomia, ajuizando

uma ação civil contra o Estado da Geórgia, argumentando que a referida lei ofendia o direito à privacidade (VIANNA, 2014, p. 238).

Hardwick perdeu a ação em primeiro grau e venceu em segundo, no entanto, o requerido Bowers, Procurador-Geral do Estado, recorreu e o caso foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos da América (MACIEL, 2003, p. 14). No ano de 1986, em uma decisão de 5 a 4, a Corte julgou constitucionalmente válida a lei que criminalizava a sodomia entre adultos, se negando a estender o direito à privacidade aos atos homossexuais consentidos (VIANNA, 2014, p. 238). Uma das razões encontradas pelo Tribunal para proferir o referido veredicto é de que a sodomia ofendia a moral pública (MACIEL, 2003, p. 14), tendo o Juiz Byron White, que escreveu o parecer, afirmado que um Estado possui legitimidade para atribuir uma desvantagem a certo grupo de pessoas apenas para demonstrar o repúdio moral da maioria pelos atos desse grupo, ainda que isso não sirva a qualquer outra finalidade apropriada, como proteger a segurança ou os interesses econômicos de alguém (DWORKIN, 2005, p. 661-662).

Entretanto, em 26 de junho de 2003, a Suprema Corte norte-americana derrubou o entendimento consolidado no caso *Bowers versus Hardwick* e alterou seu posicionamento ao julgar o caso *Lawrence versus Texas* (MACIEL, 2003, p. 14). Este último surgiu quando John Geddes Lawrence e Tyron Garner foram condenados por violar a lei do Estado do Texas, após terem sido flagrados pela polícia de Houston praticando sexo (MACIEL, 2003, p. 14). O caso chegou à Corte, a qual sustentou no julgamento “[...] que o tipo penal que criminalizava a sodomia encontrava óbice no próprio direito à liberdade pessoal, bem como no direito à igualdade – na ocasião, entre homossexuais e heterossexuais [...]” (BORBA, 2013, p. 65).

Verifica-se, dessa forma, que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América mudou seu entendimento quanto à constitucionalidade da lei que criminalizava a sodomia consentida entre adultos, asseverando que a punição de atos homossexuais praticados de forma livre e espontânea viola os direitos à igualdade e à liberdade.

O Tribunal Constitucional de Portugal, no acórdão n.º 247/05, também proferiu decisão a respeito da inconstitucionalidade de norma que discrimina a conduta homossexual em relação à heterossexual. No caso de que trata o acórdão mencionado, o Tribunal foi submetido à apreciação da constitucionalidade da norma do artigo 175º do Código Penal Português frente ao princípio da igualdade, tendo em vista que a relação homossexual prevista no dispositivo supramencionado possuía tratamento desigual, em termos incriminatórios, face

à relação heterossexual disposta no artigo 174º do mesmo Código (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, 2005).

O artigo 175º previa que: “*Quem, sendo maior, praticar actos homossexuais de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar a que eles sejam por este praticados com outrem, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias*”; enquanto o artº 174º previa que: “*Quem, sendo maior, tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor entre 14 e 16 anos, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias*” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, 2005, grifos do autor).

Ou seja, a norma do artigo 175º do Código Penal de Portugal penalizava a prática de atos homossexuais com adolescentes, mesmo que não se abusasse da inexperiência do menor, por sua vez, o artigo 174º do mesmo diploma legal somente punia as condutas heterossexuais com menor quando o maior abusava da inexperiência da vítima.

O Tribunal Constitucional de Portugal (2005) fez uma análise comparativa entre os dois tipos penais e declarou que havia violação ao princípio da igualdade, pois teria sido estabelecido “[...] uma diferença de tratamento jurídico com base na orientação sexual (homossexual) e sem fundamento racional”. Por fim, julgou inconstitucional, por violação dos artigos 13º, nº 2<sup>3</sup>, e 26º, nº 1<sup>4</sup>, da Constituição Portuguesa, a norma do artigo 175º do Código Penal, na parte em que, contrariamente ao que previa o artigo 174º do mesmo Código, tornava irrelevante o abuso da inexperiência da vítima (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, 2005).

O Tribunal Constitucional de Portugal entendeu não ser constitucional o tratamento diferenciado entre atos homossexuais com adolescentes e atos heterossexuais com adolescentes, demonstrando que se uma norma atribui um determinado tratamento para a relação heterossexual, deverá atribuir idêntico tratamento à relação homoafetiva, em razão do princípio da igualdade.

O caso *Lawrence versus Texas* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América demonstra que a criminalização das relações homossexuais consentidas entre adultos viola os

<sup>3</sup> Art. 13º, nº 2: Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual (PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, 1976).

<sup>4</sup> Art. 26º, nº 1: A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação (PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, 1976).

princípios da igualdade e da liberdade. O acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal evidencia a proibição de tratamento distinto das condutas em função da natureza heterossexual ou homossexual, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

As decisões de ambos os Tribunais (norte-americano e de Portugal) foram dignas de aplausos e marcaram a evolução da legislação daqueles países quanto ao tratamento estabelecido aos homossexuais, podendo servir de exemplo paradigmático para o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental 291 pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Considerando que a referida arguição ainda está pendente de decisão pela Suprema Corte, far-se-á uma análise das manifestações dos juristas e doutrinadores acerca da recepção da norma do artigo 235 do Código Penal Militar pela Carta Magna, a fim de discorrer sobre qual seria o julgamento ideal para a ADPF 291.

#### **4.2 Análise crítica da recepção do crime de pederastia pela Constituição Federal de 1988**

O tipo penal do artigo 235 do Código Penal Militar Brasileiro sofre diversas críticas e é objeto de muitas controvérsias, de tal forma que, como referido acima, está tramitando no STF a arguição de descumprimento de preceito fundamental 291, que questiona a recepção do dispositivo supracitado pela Carta Republicana de 1988.

Alguns juristas e doutrinadores sustentam que a norma sob exame é discriminatória e não pode ser recepcionada pela Carta Magna, bem como que o crime de pederastia deve ser excluído do Código Penal Militar em razão de violar princípios constitucionais, especialmente os preceitos da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Dentre esses estão Roger Raupp Rios, Gilberto Schäfer e Felipe Farias Borba (2012, p. 328), os quais asseveram “[...] que a incriminação da prática de atos libidinosos, na forma realizada pelo art. 235 do CPM, revela hipótese de discriminação censurada pelo direito constitucional antidiscriminatório” e que, portanto, é necessário e importante que se evidencie a incompatibilidade do referido dispositivo com o princípio da isonomia.

A Ex-Procuradora-Geral da República, Helenita Caiado de Acioli (2013, p. 1-2), que propôs a ADPF 291, conforme exposto no item anterior, também entende que a norma questionada não pode ser recepcionada pela Constituição Federal de 1988, porque viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade, da pluralidade e do direito à privacidade. Segundo ela, deve haver a exclusão do artigo 235 do

Código Penal Militar, visto que, embora sejam retirados os termos “pederastia” e “homossexual ou não”, a norma permanecerá afetando propositadamente os homossexuais, pois a maioria do contingente das Forças Armadas é masculina (ACIOLI, 2013, p. 13).

Na opinião de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 360), o dispositivo sob investiva é inconstitucional, mas, diferentemente dos doutrinadores supramencionados acima, ele não defende sua concepção baseado no caráter discriminatório ou não da norma, e sim com fundamento na violação do princípio da intervenção mínima. Isto é, para o autor o bem jurídico tutelado pelo artigo 235 do Código Penal Militar não possui qualquer relevância penal, motivo pelo qual a infração deve ser penalizada na esfera administrativa e não no âmbito penal, uma vez que esse deve ser “[...] sempre a *ultima ratio* (a última opção para compor conflitos)”, devido ao princípio da intervenção mínima (NUCCI, 2014, p. 360).

Nesse ponto, é importante que se faça um parênteses para expor breves considerações quanto à esfera de punição do delito em tela. Essa crítica, de que o crime em análise deveria ser penalizado no âmbito administrativo e não na órbita penal, foi questionada na ADPF 291 por Helenita Caiado de Acioli (2013, p. 17), a qual arguiu que os atos inapropriados são punidos em todos os locais de trabalho, mas que o Código Penal Militar, na norma impugnada, utiliza o direito penal, “[...] cujo princípio é o da intervenção mínima, para reprimir o que é considerado inapropriado em algumas situações”. Conforme Acioli (2013, p. 17), caso o militar pratique ato sexual consensual no momento em que deva estar prestando um serviço, a punição deve ser disciplinar (administrativa) e não criminal (penal).

O atual Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros (2014, p. 10-11), ao enviar parecer acerca da ADPF 291 à Suprema Corte Brasileira, adentrou sucintamente nesse assunto e afirmou que a sanção penal do artigo 235 do CPM poderia ser considerada demasiadamente rígida e ser substituída por punição disciplinar, mas que, nesse caso, “[...] o espaço para a discussão não é o do controle concentrado de constitucionalidade, mas o do Congresso Nacional, em que a matéria pode ser ampla e profundamente discutida, com a participação de especialistas em sexualidade humana e autoridades militares “[...], uma vez que extrapola da finalidade do controle judicial querer substituir punição criminal por sanção disciplinar.

Há pouco debate acerca dessa questão, pois, com efeito, deve ser mantida a repressão penal para qualquer prática libidinosa em unidade militar, devido à particularidade do militarismo, onde seus servidores devem agir com respeito e profissionalismo, mantendo a ordem e a disciplina castrenses. Afinal, se o legislador comum, no artigo 233 do Código Penal

Comum, tipificou o ato obsceno como crime, mais razão assiste ao legislador castrense ao punir todo ato libidinoso em local sujeito à administração militar (FERREIRA, 2006, p. 37).

Em verdade, a maior margem de discussão a respeito do artigo impugnado é o fato de o mesmo fazer referência à palavra “pederastia” em seu *nomen juris*, e ao ato homossexual em sua redação típica, expressões estas que são bastante infelizes.

Em contrapartida aos doutrinadores mencionados acima, José Luiz Dias Campos Júnior (2000, p. 20) defende a constitucionalidade da norma em comento e a manutenção do crime de pederastia no Código Penal Militar, pois considera a conduta homossexual nas dependências militares fatal à existência das Forças Armadas, em virtude de ofender a hierarquia e a disciplina castrenses. Ainda, ao se manifestar a respeito do artigo atacado, proferiu a seguinte frase:

Realmente, que disciplina poderia haver, por exemplo, entre um oficial do sexo masculino e sua tropa, se esta soubesse que aquele à noite se afemina? Que moral teria o superior para exigir de seus subordinados obediência, respeito e deferência se estes descobrissem que aquele prefere ser acariciado por outrem do mesmo sexo? Nenhuma, por óbvio! (CAMPOS JÚNIOR, 2000, p. 20).

É notável que José Luiz Dias Campos Júnior se refere aos homossexuais de forma discriminatória, demonstrando repúdio pelas pessoas que preferem manter relações sexuais com outras do mesmo sexo. São comentários como esse que revelam o preconceito que gira em torno do artigo 235 do Código Penal Militar e desde já adianta-se que não se concorda com a opinião do autor, pois tal posicionamento é discriminatório e viola o princípio constitucional da igualdade.

Ademais, o argumento de José Luiz Dias Campos Júnior não é jurídico, haja vista ser “[...] indiferente ao espírito da tropa ou do comando a orientação sexual do oficial, posto que a proibição expressa pela norma dirige-se a uma conduta específica, qual seja, a prática sexual em área militar, e não à orientação sexual do comandante” (MARTINS, 2010, p. 60).

Roberto Carlos do Vale Ferreira (2006, p. 37) também aduz que a norma impugnada é constitucional e não possui nenhuma discriminação, porque o ser homossexual não é o escopo do legislador e o tipo penal estabelece que deve ser punido todo e qualquer militar que pratique ato libidinoso, seja homossexual ou não, em ambiente castrense. Segundo o autor, “[...] o que o legislador de 1969 fez foi ampliar a vedação de qualquer letra discriminatória, deixando certo que a conduta sexual seria passível de sanção penal, independentemente de serem os agentes homossexuais ou não” (FERREIRA, 2006, p. 38).

Destarte, tanto Roberto Carlos do Vale Ferreira, como José Luiz Dias Campos Júnior, entendem que o dispositivo sob invectiva não é inconstitucional. O que difere no posicionamento dos autores é que o primeiro não se refere aos homossexuais de forma preconceituosa, apenas afirma que a norma não é discriminatória porque pune toda e qualquer conduta libidinosa em unidade militar; o segundo autor, por sua vez, limita-se a criticar e demonstrar repúdio às pessoas homoafetivas, asseverando que a conduta homossexual é letal para a vida em caserna.

Por outro lado, há aqueles que sustentam a recepção do preceito sob comento pela Carta Republicana de 1988, mas reconhecem que o vocábulo “pederastia” e a expressão “homossexual ou não”, inseridos no *nomen juris* e no corpo do artigo, respectivamente, são totalmente desnecessários e devem ser suprimidos do tipo penal.

A maioria dos autores possuem esse posicionamento; dentre eles está Mariana Barros Barreiras (2008, p. 9), a qual assevera que o Código Penal Militar de 1969 é preconceituoso, porquanto “Quer afastar toda atividade libidinosa dos locais sujeitos à administração militar, mas o faz mencionando expressa e intencionalmente as práticas pederastas e homossexuais, como a evidenciar a especial aversão do legislador aos homoafetivos”.

A escritora argumenta que o antigo Código Penal Militar de 1944 era mais sensato, visto que também punia a prática de ato libidinoso em unidades militares, com o objetivo de preservar a hierarquia e a disciplina que são a base institucional das Forças Armadas, mas que o mesmo não fazia alusão aos termos “pederastia” e “homossexual ou não”, como o faz o atual Código Penal Militar (BARREIRAS, 2008, p. 9).

Nesse mesmo viés, Claudio Martins declara que

[...] a redação dada pelo legislador de 1969, em particular na inclusão da expressão *homossexual ou não*, prestou-se a permitir seja inferida a rejeição à prática sexual entre homens no interior dos quartéis, representando um retrocesso tipológico em relação ao crime equivalente que então trazia o Código Penal Militar de 1944, apresentando de forma mais sintética e desprovida de adendos desnecessários. A supressão da locução viria em benefício da clareza exigida pelo princípio da legalidade estrita, muito embora se preste, de forma positiva, a afastar a hipótese de afronta aos princípios da igualdade perante a lei, já que é punido o ato sexual praticado tanto entre homens quanto entre homens e mulheres, indiscriminadamente (2010, p. 60).

Sendo assim, Claudio Martins e Mariana Barros Barreiras afirmam que o legislador do atual Código Penal Militar, ao acrescentar as referências textuais “pederastia” e “homossexual ou não”, admitiu que sejam combatidas as condutas homoafetivas em local sujeito à administração militar, demonstrado repulsa à presença de cidadãos homossexuais na esfera



castrense. Ademais, ambos os autores sustentam a imprescindibilidade de tais vocábulos com carga preconceituosa serem extintos do dispositivo legal, para evitar a violação do princípio constitucional da igualdade.

Igualmente, seguem essa linha de pensamento a Presidência da República, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Defesa e o Advogado-Geral da União, os quais, conforme referido no item anterior, ao prestarem informações a respeito da ADPF 291, mencionaram a necessidade de serem eliminadas as expressões “pederastia” e “homossexual ou não” constantes do artigo 235 do Código Penal Militar, desde que seja mantida a punição criminal pela prática de ato libidinoso por quaisquer militares em área sob a administração militar, a fim de resguardar a disciplina e a hierarquia nos quartéis.

O atual Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros (2014, p. 4-6), como visto no item antecedente, também defende a compatibilidade do texto legal em exame com a Carta Magna e, embora considere os vocábulos “pederastia” e “homossexual ou não” totalmente dispensáveis, sustenta que não há discriminação contra homossexuais, já que a norma pune qualquer atividade libidinoso em áreas militares. Para ele (BARROS, 2014, p. 10), “A discriminação que o artigo impõe não ocorre em relação aos cidadãos com orientação homoafetiva, mas a todos os militares, qualquer que seja a espécie de ato libidinoso que venham a praticar em lugar militar, dadas as características de sua função pública”.

De todos os posicionamentos que até agora foram explanados, tem-se que o mais sensato é o dos autores que sustentam a recepção do artigo 235 do Código Penal Militar pela Constituição Federal de 1988, com a necessária supressão da palavra “pederastia” e da expressão “homossexual ou não” constantes do tipo penal.

Isto é, os doutrinadores e juristas que possuem a mesma linha de pensamento de Claudio Martins e Mariana Barros Barreiras são os que apresentam a melhor solução para a controvertida previsão da norma questionada. É de se concordar com os referidos autores, porque o Código Penal Militar deve punir as práticas sexuais no âmbito militar, a fim de preservar a ordem e a disciplina nas Forças Armadas, contudo, tal incriminação não pode ser feita mencionando de forma expressa e proposital os termos “pederastia” e “homossexual ou não”.

A tentativa de alteração da redação do artigo 235 do Código Penal Militar não é recente, sendo que mais de uma ADIn foi interposta perante o Supremo Tribunal Federal com essa finalidade. Na ADIn 3299-2, ajuizada pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde

de São Paulo, a Suprema Corte Brasileira afastou a hipótese de inconstitucionalidade superveniente do dispositivo impugnado (ROSSETTO, 2012, p. 781) e o Ministro Relator, Carlos Veloso, esclareceu que em razão de o Código Penal Militar ser anterior à Carta Republicana de 1988, não se pode pensar em inconstitucionalidade superveniente, e sim, em revogação da lei (BARREIRAS, 2008, p. 9).

Outrossim, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 2.773/00, do Deputado Federal Alceste Almeida, que atribui nova redação à norma sob análise, propondo a exclusão do termo “pederastia” e da expressão “homossexual ou não” contidos no tipo penal (ALMEIDA, 2000, p. 16191-16192). No projeto, seu autor afirma que a redação da norma sob investiva é infeliz e que a verdadeira pretensão do relator do Código Penal Militar era penalizar a prática homossexual nos ambientes militares, bem como que o artigo em comento possui menção discriminatória que afronta o princípio da igualdade perante a lei (ALMEIDA, 2000, p. 16191-16192). Conforme se depreende do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, o projeto está tramitando pelo regime ordinário e sujeito à apreciação do Plenário (BRASIL. Projeto de Lei 2.773, 2000).

Considerando a gênese histórica do artigo 235 do CPM, realmente parece ter sido às práticas homossexuais que a comissão que elaborou o projeto do Código Penal Militar de 1969 desejava aplicar punição mais eficaz, pois a maioria dos atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar eram homossexuais, quer pela proximidade física dos dormitórios e demais cômodos militares, quer pela escassa presença de mulheres nas Forças Armadas (LACAVA FILHO, 2014, p. 461). É o que o item 17 da Exposição de Motivos do Código Penal Militar expressa ao abordar a pederastia, esclarecendo que esta última “é a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal” (BARREIRAS, 2008, p. 9).

As críticas dirigidas à norma sob análise aumentam ainda mais em razão de que o crime já era previsto no artigo 197 do Código Penal Militar de 1944, contudo, sem fazer menção aos termos “pederastia” e ato “homossexual”. De certa forma, o acréscimo de tais vocábulos autoriza alguns autores, como Roger Raupp Rios, Gilberto Schäfer e Felipe Farias Borba (2012, p. 323), a asseverar que para o legislador penal do atual Código Castrense, o mal a ser combatido são as práticas homossexuais.

Entretanto, o que o dispositivo legal questionado visa punir são quaisquer atos libidinosos praticados em locais sujeitos à administração militar, sejam eles hetero ou

homossexuais, visto que condutas sexuais dentro do estabelecimento castrense desrespeitam à unidade militar e isso é tido como criminoso (LACAVA FILHO, 2014, p. 461-462).

“Em outras palavras, a restrição veiculada pela norma atacada justifica-se diante das peculiaridades das atribuições das organizações militares, que exigem dos membros das Forças Armadas *"conduta moral e profissional irrepreensíveis"* (ADAMS, 2013, p. 8, grifo do autor).

Em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal assegurou a legitimidade do artigo 235 do Código Penal Militar. No julgamento do Habeas Corpus n.º 82.760/MG, o Ministro Relator Ayres Britto, ao proferir o seu voto, explicou que o artigo em comento não visa punir um determinado militar em razão da orientação sexual, mas apenas proteger a disciplina na caserna. *In verbis*:

Trata-se, portanto, de dispositivo que visa a coibir a prática de qualquer ato libidinoso, homossexual, ou não, nas dependências militares. Com isso, a lei busca resguardar, sobretudo, a ordem e a disciplina castrense, e não a incriminar determinada opção sexual, até porque, se tal ocorresse, haveria inconstitucionalidade palmar por discriminação atentatória ao art. 30, inciso IV, da Carta Magna. (BRITTO, 2003, p. 454).

Verifica-se que a norma em exame busca incriminar a prática de ato libidinoso, por qualquer militar, unicamente em lugares sob a administração militar, com a finalidade de manter íntegras a disciplina, a ordem e a hierarquia castrenses, que são valores garantidos constitucionalmente e considerados imprescindíveis para o funcionamento das Forças Armadas.

Praticar sexo, tanto homo quanto heterossexual, dentro do estabelecimento militar, ainda que o soldado não esteja no exercício da função, consiste em ato ilícito que deve ser reprimido, em razão da rigidez que se espera das Forças Armadas (ROCHA, 2014, p. 480).

Conforme exposto no item precedente, ao propor a ADPF 291, Helenita Acioli (2013, p. 17) sustentou que não se pode incriminar o ato sexual consensual, ainda que praticado nas dependências militares, quando o militar não estiver exercendo qualquer função. Discorda-se de Helenita, pois “Mesmo fora do exercício da função, os militares devem estar sempre prontos para atender o chamamento dos superiores, para garantir a segurança e o bom desenvolvimento da instituição em casos de emergência ou qualquer outra necessidade” (ROCHA, 2014, p. 480).

Como se não bastasse isso, é sabido que o local laboral, para qualquer trabalhador, não é adequado para prática de atos sexuais, sendo que tal conduta é ainda mais inapropriada

quando praticada por militar em lugar sujeito à administração militar, visto que o comportamento dos militares é regulado de forma mais rigorosa, não havendo, assim, afronta ao princípio da privacidade (ROCHA, 2014, p. 480). Ademais, permitir que os militares mantenham relações sexuais em ambientes militares abalaria a disciplina e a hierarquia castrenses e, indiretamente, a soberania da pátria, a qual deve ser defendida pelas Forças Armadas (LACAVA FILHO, 2014, p. 462).

Dito isso, constata-se que o tipo penal sob exame também não viola o princípio da liberdade. Em tempos de liberdade sexual avançada não se pode admitir uma norma incriminadora regulando as relações íntimas das pessoas, todavia é incontestável que em local sujeito à administração militar, onde devem ser mantidas a ordem e a disciplina, não há como se aceitar qualquer tipo de ato sexual (NUCCI, 2014, p. 360).

Também não há que se cogitar em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, consoante discorrido no primeiro capítulo, em que pese a dignidade ser algo absoluto – no sentido de não se aceitar que uma pessoa tenha mais dignidade do que outra –, o princípio da dignidade da pessoa humana não o é, pois tal princípio incide conforme as possibilidades jurídicas e fáticas existentes (NOVELINO, 2013, p. 362-363).

O que se pretende dizer é que o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como todo princípio constitucional, não é absoluto e pode ser moderado, sobretudo quando colidir com outro fundamento de igual relevância, como exemplo, a soberania da Pátria, que regula os valores militares que dão suporte às Forças Armadas (LACAVA FILHO, 2014, p. 466). “Assim, é plenamente justificável que a autodeterminação no âmbito sexual, que já sofre restrições no âmbito da sociedade civil, seja mais restringida na vida dos militares enquanto em serviço na unidade militar, impedindo-se a prática de qualquer ato libidinoso nessa área [...]” (LACAVA FILHO, 2014, p. 466).

Pelo mesmo motivo, não há desrespeito ao princípio da igualdade, posto que, considerando as peculiaridades da vida e da profissão do militar, é imprescindível que a este seja aplicado um estatuto mais austero (LACAVA FILHO, 2014, p. 466).

Feitas essas considerações, verifica-se que, contrariamente ao que Helenita Caiado Acioli alega na ADPF 291, o artigo 235 do Código Penal Militar, na parte em que coíbe a prática de atos libidinosos em lugares sujeitos à administração militar, não afronta os princípios constitucionais da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da privacidade (ADAMS, 2013, p.10).

Porém, é de se reconhecer que o termo “pederastia” contido no *nomen juris* do tipo, e a expressão “homossexual ou não” constante na redação típica do dispositivo sob análise, possuem carga discriminatória ou preconceituosa (ALCANTARA, 2013, p. 6). Deste modo, resta evidenciado que tais vocábulos, inseridos na norma impugnada, são incompatíveis com os preceitos da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, de maneira que não foram recepcionados pela Carta Republicana de 1988 (ADAMS, 2013, p. 15-16).

Ademais, repete-se o que foi mencionado anteriormente a respeito da desnecessidade de utilização da palavra “pederastia” e da expressão “homossexual ou não”, já que é prescindível para a tipificação do delito previsto pelo artigo 235 do Código Penal Militar que o ato libidinoso tenha sido praticado por homo ou heterossexuais (ADAMS, 2013, p. 13).

Destarte, considerando que a norma se dirige a todo e qualquer ato libidinoso praticado por militares, e não apenas às condutas homoafetivas, seria mais sensato e evitar-se-iam maiores controvérsias sobre o assunto se a redação do dispositivo sob investiva voltasse a ser como era no artigo 197 do antigo Código Penal Militar (LACAVA FILHO, 2014, p. 461-462).

Para tanto, deve haver a supressão das locuções “pederastia” e “homossexual ou não” constantes do tipo penal. “Nenhuma alteração provocaria, e as condutas incriminadas pelo tipo seriam exatamente as mesmas, mas se fugiria à pecha preconceituosa, ainda mais neste momento histórico, de liberação sexual, e de conquistas sociais importantes nesta área” (LACAVA FILHO, 2014, p. 462).

Diante do que até então foi exposto, entende-se que a arguição de descumprimento de preceito fundamental 291, que está pendente de julgamento pela Suprema Corte Brasileira, deve ser julgada parcialmente procedente, apenas no que concerne à alegada invalidade das expressões “pederastia” e “homossexual ou não” constantes do artigo 235 do Código Penal Militar, em razão de tais referências textuais possuírem carga discriminatória e não serem recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, a norma em comento, na parte em que proíbe toda e qualquer prática libidinoso em local sob a administração militar, foi recepcionada pela Carta Magna, não afrontando nenhum princípio constitucional. Afinal, a criminalização do sexo – independentemente da orientação sexual dos agentes – nas dependências militares decorre das peculiaridades do serviço das forças armadas e deve ser mantida, a fim de resguardar a ordem, a disciplina e a hierarquia castrenses.

## 5 CONCLUSÃO

O tipo penal do artigo 235 do Código Penal Militar, que tipifica o crime de pederastia e outro ato de libidinagem, é objeto de muitos debates e críticas por parte de analistas jurídicos, especialmente em virtude de receber o *nomen juris* “pederastia” e conter no seio da sua redação típica a expressão “homossexual ou não”.

Com efeito, são inúmeros os posicionamentos acerca do tema. Há juristas que consideram o artigo em comento discriminatório, sustentando que o mesmo visa combater as práticas homoafetivas em ambientes militares e que, dessa maneira, não pode ser recepcionado pela Carta Magna, devendo o crime de pederastia ser excluído do Código Penal Castrense, pois afronta alguns princípios constitucionais, em especial os preceitos da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.

Em contrapartida, há doutrinadores – estes, ressalta-se, possuem opinião preconceituosa – que defendem a compatibilidade da norma sob exame com a ordem constitucional vigente e a manutenção do crime de pederastia no Código Penal Militar, por entenderem que os atos libidinosos, sobretudo os homossexuais, praticados em local sob a administração militar são fatais para o funcionamento das Forças Armadas, porquanto afrontam a ordem e a disciplina castrenses.

E, de outro lado, há autores que, ao mesmo tempo em que sustentam a recepção do artigo 235 do Código Penal Militar pela Carta Republicana de 1988, reconhecem que a palavra “pederastia” e a expressão “homossexual ou não”, constantes do tipo penal, são absolutamente desnecessárias e devem ser suprimidas do dispositivo.

Destarte, com o presente trabalho, objetivou-se verificar quais das posições doutrinárias a respeito da controvertida previsão do crime de pederastia no Código Penal Castrense é a mais coerente, a fim de desvelar esse universo jurídico conflitante e averiguar se o artigo sob inveciva é ou não compatível com a Constituição Federal.

O estudo exigiu uma análise dos direitos e princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade sexual. Tais preceitos estão previstos na ordem constitucional e são inerentes a todos os seres humanos, contudo, não são absolutos, pois podem ser mitigados, principalmente quando entram em choque com outros princípios de igual relevância.

No decorrer do desenvolvimento do trabalho, também foram traçados alguns contornos acerca da história do Direito Penal Militar, com destaque às origens do Direito

Penal Militar Brasileiro, a partir do que foi possível observar que a disciplina, a hierarquia e o decoro castrenses sempre foram a base para o funcionamento das Forças Armadas. Ademais, constatou-se que o atual Código Penal Castrense possui características da época em que foi confeccionado, tendo em vista ter sido editado em 1969, no período da Ditadura Militar, a qual foi marcada pela perseguição política e pela extinção de direitos constitucionais.

Considerando o exposto na presente pesquisa, percebeu-se que o artigo em comento, na parte em que proíbe toda prática libidinosa em área sujeita à administração militar, foi recepcionado pela Carta Magna, não violando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade sexual. A uma, porque tais preceitos, inclusive o da dignidade da pessoa humana, não são absolutos, podendo ser moderados quando colidem com outro princípio de idêntica importância; a duas em virtude das peculiaridades do serviço militar, o qual se rege pela disciplina e a hierarquia militares.

O que se pretende afirmar é que, embora todo o ser humano seja dotado de dignidade, mereça tratamento igualitário e nasça com direito ao livre exercício da sexualidade – sexualidade esta que abrange o direito à orientação sexual e o direito à praticar o sexo em si –, em determinadas circunstâncias e locais é imprescindível que ele seja impedido de manter relações sexuais, ainda que consensuais.

Não se permite que indivíduos pratiquem sexo em lugar público e em ambiente de trabalho, por exemplo. É nesse contexto que se enquadra o servidor militar, pois, se nas relações trabalhistas privadas é vedado que profissionais mantenham relações sexuais com seus colegas ou com qualquer outra pessoa no ambiente de labor, mais sensata ainda é a proibição de condutas sexuais nas dependências militares, uma vez que a carreira militar possui características especiais, demandando de seus membros o respeito e a observância de normas mais severas.

A criminalização da prática sexual – independentemente do sexo do agente – nas instituições militares resulta das particularidades das Forças Armadas, com a finalidade de preservar a ordem e a disciplina. Importante ressaltar que fora das unidades castrenses o servidor militar é livre para exercer a sua sexualidade, pois a proibição de praticar ato libidinoso está restrita tão-somente aos locais sob a administração militar.

No entanto, é de se admitir que os vocábulos “pederastia” e “homossexual ou não”, inseridos na denominação e no corpo do artigo, respectivamente, possuem conotação discriminatória e não são compatíveis com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade sexual. De fato, tais termos são bastante infelizes

e totalmente dispensáveis para a configuração do delito, já que a norma busca punir todo e qualquer ato sexual em unidades militares e não unicamente as condutas homossexuais.

O antigo Código Penal Militar de 1944 também punia os atos libidinosos praticados em locais sob a administração militar, entretanto, o aludido diploma legal não fazia alusão aos termos “pederastia” e “homossexual ou não”. Tais expressões foram incluídas na redação do artigo 235 do atual Código Penal Militar, isto é, foram inseridas pelo legislador de 1969.

Assiste razão a alguns doutrinadores quando sustentam que o legislador do atual Código Penal Castrense, ao acrescentar as expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, permitiu que fosse deduzido o repúdio às relações homoafetivas e a intenção de afastamento de todas as condutas homossexuais do âmbito militar. Se a norma sob invectiva dirige-se a qualquer ato libidinoso perpetrado em lugares submetidos à atividade militar, sendo irrelevante para a configuração do crime que o ato seja homo ou heterossexual, não há motivos que justificam a permanência de tais vocábulos com caráter preconceituoso na redação do artigo.

Conforme verificou-se no estudo realizado, o dispositivo legal sob exame é alvo de muitas controvérsias, tanto que ensejou a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental 291 perante a Suprema Corte Brasileira. Inclusive, o próprio Ministério Público Federal, autor da aludida ação, mudou seu posicionamento, visto que o atual Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, enviou parecer ao Supremo Tribunal Federal opinando pela improcedência da ADPF interposta por sua antecessora, a Ex-Procuradora-Geral da República Helenita Caiado de Acioli.

Consoante às reflexões apresentadas nesse trabalho, em especial as manifestações prestadas pelas autoridades envolvidas na ADPF 291, observou-se que a referida ação deve ser julgada parcialmente procedente, apenas no tocante à necessidade de supressão dos vocábulos “pederastia” e “homossexual ou não”, constantes do artigo 235 do Código Penal Militar.

De forma resumida, tem-se que a norma sob invectiva deve ser mantida no diploma legal castrense, porque devido às especificidades da vida militar, a qual se fundamenta nos austeros princípios da disciplina e da hierarquia, é imperioso que seja criminalizado todo ato libidinoso nas dependências militares.

Porém, as locuções “pederastia” e “homossexual ou não” devem ser excluídas do tipo penal. É essencial salientar que a eliminação de tais termos não alterará em nada o âmbito de incidência da norma que, como dito anteriormente, compreende qualquer ato



libidinoso (homo ou heterossexual), desde que cometido em local sujeito à administração castrense. Entretanto, sem dúvidas, a supressão da palavra “pederastia” e da expressão “homossexual ou não” será benéfica, pois eliminará a carga preconceituosa que recai sobre o texto legal.

## REFERÊNCIAS

ACIOLI, Helenita Caiado de. Procuradora-Geral da República. Ministério Público Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 291. Petição inicial da ADPF 291 interposta pela Procuradoria-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4507823#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20-%20Peti%E7%E3o%20Inicial>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

ADAMS, Luís Inácio Lucena. Advogado-Geral da União. Manifestação do Advogado-Geral da União na arguição de descumprimento de preceito fundamental 291. Brasília, DF, 25 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4932494&ad=s#31%20-%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%20-%20Peti%E7%E3o%20de%20apresenta%E7%E3o%20de%20manifesta%E7%E3o%201>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

ALCANTARA, Guilherme Benages. Presidência da República. Informações prestadas pela Presidência da República na arguição de descumprimento de preceito fundamental 291. Brasília, DF, 18 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4715853&ad=s#16%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%E5es%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%E5es%201>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

ALMEIDA, Alceste. Projeto de Lei nº 2.773, de 4 de abril de 2000. *Diário da Câmara dos Deputados*, Poder Legislativo, Brasília, DF, ano 55, n. 070, p. 16191-16192, 18 abr. 2000. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18ABR2000.pdf#page=61>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BARREIRAS, Mariana Barros. Onde está a igualdade? Pederastia no CPM. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, [S. l.], ano 16, n. 187, p. 9-10, jun. 2008.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Procurador-Geral da República. Ministério-Público Federal. Manifestação do Procurador-Geral da República na arguição de descumprimento de preceito fundamental 291. Brasília, DF, 02 de abril de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=279894244&ad=s#34%20-%20Peti%E7%E3o%20-%2014417/2014>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOMFIM, Silvano Andrade. Homossexualidade, Direito e Religião: da Pena de Morte à União Estável. A Criminalização da Homofobia e seus Reflexos na Liberdade Religiosa. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [S. l.], n. 18, p. 71-103, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo\\_Silvano\\_Andrade\\_do\\_Bomfim\\_\(Homossexualidade\\_Direito\\_e\\_Religio\\_da\\_Pena\\_de\\_Morte\\_a\\_Uniao\\_Estavel\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-071-Artigo_Silvano_Andrade_do_Bomfim_(Homossexualidade_Direito_e_Religio_da_Pena_de_Morte_a_Uniao_Estavel).pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BORBA, Felipe Farias. *O crime militar de pederastia e a discriminação contra os homossexuais*: uma investigação do tipo penal do artigo 235 do CPM à luz do direito da antidiscriminação. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <[http://www.uniritter.edu.br/pos/mestrado\\_direito/defesas/DISSERTACAO\\_FELIPE\\_BORBA.pdf#page=54&zoom=auto,-107,409](http://www.uniritter.edu.br/pos/mestrado_direito/defesas/DISSERTACAO_FELIPE_BORBA.pdf#page=54&zoom=auto,-107,409)>. Acesso em: 9 jan. 2015.

BRASIL. *Código Penal Militar*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)>. Acesso em: 05 fev. 2015.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 jan. 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal Militar*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1002.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm)>. Acesso em: 05 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Pederastia (art. 235, do CPM). Crime propriamente militar, “ratione personae” e “ratione loci”, haja vista que somente pode ser cometido por militar, quer por ação (praticar), quer por omissão (permitir que com ele se pratique), em lugar sujeito a administração militar. Apelação criminal nº 1991.01.046405-0-MS. Relator: Cherubim Rosa Filho. Mato Grosso do Sul, 17 de dezembro de 1991. Disponível em: <<http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s2=1991.01.046405-0&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=1&f=G&sect1=NOVAJURI>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em: 05 fev. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.773, de 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=18609>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Condenação de militar como incurso no art. 235 do CPM - ato de libidinagem - manutenção da sentença condenatória de primeira instância. - Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Comete o crime descrito no art. 235 do CPM militar que mantém relação sexual com mulher dentro de unidade de saúde militar da marinha, mais precisamente na sala de estado - Crime militar “ratione loci” e “ratione personae”. Negado provimento ao recurso. Decisão unânime. Apelação criminal nº 2007.01.050622-5-RJ. Relator: Ministro Carlos Alberto Marques Soares. Rio de Janeiro, 06 de março de 2008. Disponível em: <<http://www2.stm.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s2=2007.01.050622-5&l=20&d=JURI&p=1&u=j&r=0&f=S&sect1=NOVAJURI>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. Artigo 235 do Código Penal Militar. Atos libidinosos a que se refere o artigo são todos aqueles relativos ao prazer sexual, neles incluída a relação sexual propriamente dita. Provimento unânime. Apelação criminal nº 2.992/97-RS, Relator: Juiz Antônio Cláudio Barcellos de Abreu. Porto Alegre, 1997. Disponível em: <<http://www.tjmrs.jus.br/site/?secao=jurisprudencia>>. Acesso em: 06 fev. 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. Voto no *Habeas Corpus* nº 82.760, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 31 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79139>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. Pederastia – Algumas considerações. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJE*, [S. l.], ano 5, n. 26, p. 19-20, nov./dez. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. In: FÓRUM SEMIRA PELA IGUALDADE, 1, 2007, Goiânia. *Artigo*. [S. l.: s.n], [2007?]. p. 1-21. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53\\_-\\_liberdade\\_de\\_orienta%EA%EB%ED%EE%EF%F0%F1%F2%F3%F4%F5%F6%F7%F8%F9%FA%FB%FC%FD%FE%FF%00%01%02%03%04%05%06%07%08%09%0A%0B%0C%0D%0E%0F%10%11%12%13%14%15%16%17%18%19%1A%1B%1C%1D%1E%1F%20%21%22%23%24%25%26%27%28%29%2A%2B%2C%2D%2E%2F%30%31%32%33%34%35%36%37%38%39%3A%3B%3C%3D%3E%3F%40%41%42%43%44%45%46%47%48%49%4A%4B%4C%4D%4E%4F%50%51%52%53%54%55%56%57%58%59%5A%5B%5C%5D%5E%5F%60%61%62%63%64%65%66%67%68%69%6A%6B%6C%6D%6E%6F%70%71%72%73%74%75%76%77%78%79%7A%7B%7C%7D%7E%7F%80%81%82%83%84%85%86%87%88%89%8A%8B%8C%8D%8E%8F%90%91%92%93%94%95%96%97%98%99%9A%9B%9C%9D%9E%9F%A0%A1%A2%A3%A4%A5%A6%A7%A8%A9%AA%AB%AC%AD%AE%AF%B0%B1%B2%B3%B4%B5%B6%B7%B8%B9%BA%BB%BC%BD%BE%BF%C0%C1%C2%C3%C4%C5%C6%C7%C8%C9%CA%CB%CC%CD%CE%CF%D0%D1%D2%D3%D4%D5%D6%D7%D8%D9%DA%DB%DC%DD%DE%DF%E0%E1%E2%E3%E4%E5%E6%E7%E8%E9%EA%EB%EC%ED%EE%EF%F0%F1%F2%F3%F4%F5%F6%F7%F8%F9%FA%FB%FC%FD%FE%FF](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53_-_liberdade_de_orienta%EA%EB%ED%EE%EF%F0%F1%F2%F3%F4%F5%F6%F7%F8%F9%FA%FB%FC%FD%FE%FF%00%01%02%03%04%05%06%07%08%09%0A%0B%0C%0D%0E%0F%10%11%12%13%14%15%16%17%18%19%1A%1B%1C%1D%1E%1F%20%21%22%23%24%25%26%27%28%29%2A%2B%2C%2D%2E%2F%30%31%32%33%34%35%36%37%38%39%3A%3B%3C%3D%3E%3F%40%41%42%43%44%45%46%47%48%49%4A%4B%4C%4D%4E%4F%50%51%52%53%54%55%56%57%58%59%5A%5B%5C%5D%5E%5F%60%61%62%63%64%65%66%67%68%69%6A%6B%6C%6D%6E%6F%70%71%72%73%74%75%76%77%78%79%7A%7B%7C%7D%7E%7F%80%81%82%83%84%85%86%87%88%89%8A%8B%8C%8D%8E%8F%90%91%92%93%94%95%96%97%98%99%9A%9B%9C%9D%9E%9F%A0%A1%A2%A3%A4%A5%A6%A7%A8%A9%AA%AB%AC%AD%AE%AF%B0%B1%B2%B3%B4%B5%B6%B7%B8%B9%BA%BB%BC%BD%BE%BF%C0%C1%C2%C3%C4%C5%C6%C7%C8%C9%CA%CB%CC%CD%CE%CF%D0%D1%D2%D3%D4%D5%D6%D7%D8%D9%DA%DB%DC%DD%DE%DF%E0%E1%E2%E3%E4%E5%E6%E7%E8%E9%EA%EB%EC%ED%EE%EF%F0%F1%F2%F3%F4%F5%F6%F7%F8%F9%FA%FB%FC%FD%FE%FF)>. Acesso em: 12 jan. 2015.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Roberto Carlos do Vale. A Ética Militar e os Fundamentos Constitucionais das Forças Armadas: a ética e os direitos humanos, o art. 235 do CPM. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, Florianópolis, ano 10, n. 60, p. 36-39, jul./ago. 2006.

GOMES, Veronica de Jesus. *Vício dos Clérigos: a sodomia nas malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa*. 2010. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010. Disponível em: < <http://www.historia.uff.br/stricto/td/1386.pdf> >. Acesso em: 20 jan. 2015.

LACAVA FILHO, Nelson. Considerações a respeito da arguição de inconstitucionalidade do crime de pederastia perante o Superior Tribunal Militar. *Revista dos Tribunais*, [S. l.], v. 944, ano 103, p. 456-469, jun. 2014.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 3. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1995.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Algumas considerações sobre a Emenda Constitucional n. XIV e as minorias nos Estados Unidos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 160, p. 7-28, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496892/RIL160.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

MARTINS, Claudio. Os varões conspícuos. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, ano 36, n. 21, p. 49-74, abr. 2010. Edição Especial.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORZARI, Octavio Augusto da Silva. Congresso. Senado Federal. Informações prestadas pelo Congresso Nacional na arguição de descumprimento de preceito fundamental 291. Brasília, DF, 17 de outubro de 2013. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4727794&ad=s#23%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%F5es%20-%20Presta%E7%E3o%20de%20informa%E7%F5es%201>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. Constituição (1976). *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em:  
<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio Lima. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudio; ABREU, João Francisco. (Org.). *Iniciação Científica: Destaques 2007*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008, p. 313-393. Disponível em: <[https://www.academia.edu/4545409/Hist%C3%B3ria\\_da\\_criminaliza%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_homossexualidade\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/4545409/Hist%C3%B3ria_da_criminaliza%C3%A7%C3%A3o_da_homossexualidade_no_Brasil)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_; SCHÄFER, Gilberto; BORBA, Felipe Farias. O direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo Código Penal Militar. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 39, n. 127, p. 311-330, set. 2012.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães. Jurisprudência Comentada e Anotada. *Revista dos Tribunais*, [S. l.], v. 944, ano 103, p. 475-487, jun. 2014.

ROMÃO, Ernando José de Queiroz. Ministério da Defesa. Informações prestadas pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Defesa na arguição de descumprimento de preceito fundamental 291. Brasília, DF, 18 de outubro de 2013. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4726699&ad=s#21%20-%20Peti%E7%E3o%20\(52986/2013\)%20-%2052986-2013](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4726699&ad=s#21%20-%20Peti%E7%E3o%20(52986/2013)%20-%2052986-2013)>. Acesso em: 21 abr. 2015.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar Comentado: artigo por artigo, parte especial*. Belo Horizonte: Líder, 2012.

ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTANA, Selma Pereira de. Pederastia: Perspectiva Penal Militar. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, Florianópolis, ano 1, n. 4, p. 17-19, mar./abr. 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 291*. Acompanhamento processual da ADPF 291. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requeridos: Ministro do Estado da Defesa, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4462545>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. *Apreciação da constitucionalidade da norma do artigo 175º do Código Penal Português, face aos artigos 13º nº 1 e 2 e 26º nº 1 da Constituição da República Portuguesa*. Acórdão nº 247/2005 do Processo nº 891/2003. Relatora: Conselheira Maria João Antunes. Lisboa, 10 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050247.html>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. *Direitos fundamentais e competência de reforma Constitucional: os limites materiais das emendas à Constituição*. São Paulo: Baraúna, 2014.