

28/10/2015

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL

Ementa: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE “PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM”. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo.

2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados.

3. Pedido julgado parcialmente procedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas

ADPF 291 / DF

taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer da ação e julgar parcialmente procedente a arguição para declarar não recepcionadas pela Constituição Federal a expressão “pederastia ou outro”, mencionada na rubrica enunciativa referente ao art. 235 do Código Penal Militar, e a expressão “homossexual ou não”, contida no referido dispositivo, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber, que a julgavam integralmente procedente. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux.

Brasília, 28 de outubro de 2015.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

28/10/2015

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL

RELATÓRIO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido liminar, proposta contra o art. 235 do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969), que possui o seguinte teor:

“Pederastia ou outro ato de libidinagem

Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena - detenção, de seis meses a um ano.”

2. A inicial, formulada a partir de representação de diversas entidades da sociedade civil, alega que o dispositivo impugnado viola os arts. 1º, III e V; 3º, I e IV; 5º, *caput*, I, III, X e XLI, todos da Constituição.

3. Afirma a parte requerente que o preceito do Código Penal Militar insere-se num contexto internacional de leis antissodomia, cuja origem remonta ao período colonial, no qual predominava a visão religiosa de que a homossexualidade era condenável. A criminalização de atos homossexuais, portanto, seria uma forma de dominação moral dos colonizadores sobre os povos colonizados.

ADPF 291 / DF

4. Refere precedentes da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Dudgeon vs. UK*, 1981) e do Comitê de Direitos Humanos da ONU (*Toonen vs. Australia*, 1994), segundo os quais as leis antissodomia violam direitos fundamentais. Narra que países como Israel (1993), Inglaterra (2000) e Estados Unidos (2010) revogaram políticas que baniam das Forças Armadas pessoas que assumiam publicamente serem gays.

5. Segundo a inicial, não há motivo razoável para punir criminalmente atos libidinosos consensuais entre adultos, mormente com a utilização de uma nomenclatura pejorativa (“pederastia”) e de uma expressão discriminatória (“homossexual ou não”), a partir das quais é possível identificar claramente quem a norma pretende atingir.

6. Isto porque, embora aparentemente neutra, a norma é voltada ao ambiente militar, predominantemente masculino. Neste sentido, relata que o ingresso de mulheres nas Forças Armadas somente começou a ocorrer a partir de 1980, e, em escolas militares como o Instituto Militar de Engenharia – IME e o Instituto Tecnológico de Aeronáutica – ITA, somente a partir de 1996. Deste modo, o alvo preferencial do preceito seriam os homens homossexuais, que, por serem “efeminados”, não teriam capacidade para comandar tropas, ao contrário da figura do “homem viril”, invocada pela lógica militar. Cita precedente do Supremo Tribunal Federal em que teria sido vedada a discriminação fundada no sexo das pessoas (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto).

7. Aduz que a norma impugnada, criada no contexto da ditadura militar brasileira, tem viés totalizante e anti-plural, e é produto de um momento político autoritário e pouco aberto às diferenças. Nesse sentido, informa que a exposição de motivos do referido tipo penal afirma que seu propósito é “tornar mais severa a repressão contra o mal”. Relata ainda que há Projeto de Lei (2.773/2000) para suprimir do texto legal as expressões “pederastia” e “homossexual ou não”.

ADPF 291 / DF

8. Sustenta que punir o ato sexual viola a dignidade humana, uma vez que a saúde mental depende da possibilidade de alocar libido. O preceito questionado, portanto, atentaria contra a busca pela felicidade, o que é especialmente grave no contexto militar, no qual as pessoas costumam passar longos períodos isoladas. Argumenta que os militares não estão a todo o tempo exercendo suas funções, mesmo no ambiente militar. Nessas ocasiões (*e.g.*, quando o militar está em seu quarto num quartel), não há razão para proibir o sexo, que é essencial à felicidade.

9. Diz que seria possível criminalizar o assédio sexual, mas não o sexo consensual. Reconhece ainda que a prática sexual durante o serviço constitui conduta inapropriada, e, como tal, passível de punição disciplinar. Mas alega que a utilização do direito penal deve se pautar pelo princípio da intervenção mínima, de modo que não haveria motivo para a criminalização da conduta, uma vez que há outros meios suficientes para a tutela do bem jurídico envolvido. As peculiaridades do militarismo não justificariam o desrespeito a princípios jurídicos gerais.

10. Deste modo, requer a declaração de não recepção integral do dispositivo pela Constituição Federal de 1988. Sucessivamente, pede a declaração de não recepção das expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, bem como a adoção de interpretação conforme a Constituição, para explicitar que o tipo somente incide se o ato sexual consentido ocorrer durante o exercício de uma função militar específica. Fundamenta a necessidade de concessão da medida cautelar na plausibilidade de suas alegações e na urgência do combate à discriminação, especialmente quando originada de normas estatais.

11. Antes de decidir o pedido liminar, solicitei informações à Presidência da República, à Presidência do Congresso Nacional e ao Exmo. Sr. Ministro da Defesa. Determinei ainda que, depois da prestação das informações, fosse aberta vista ao Advogado-Geral da União e ao

ADPF 291 / DF

Procurador-Geral da República.

12. A Presidenta da República afirmou a inadequação das expressões “pederastia” e “homossexual ou não” do tipo penal, em razão de sua carga preconceituosa ou discriminatória. Sustentou que tais termos sequer seriam indispensáveis em relação ao núcleo da norma, que visa a proibir “ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar”.

13. O Presidente do Congresso Nacional alegou que não há urgência na concessão da medida liminar, já que a norma está em vigor há mais de quarenta anos. De toda forma, tal providência não poderia ser deferida monocraticamente. Disse ainda que a ação somente pode ser conhecida se houver incerteza quanto à constitucionalidade da lei atacada, que o conceito de “preceito fundamental” deve ser interpretado de forma restritiva e que as leis têm presunção de constitucionalidade.

14. Por sua vez, o Ministro da Defesa sustentou a validade do dispositivo impugnado. Reconheceu a aplicabilidade do princípio da intervenção mínima ao direito penal militar, mas afirmou que a norma destina-se à proteção dos valores mais caros à vida castrense: a hierarquia e a disciplina, previstas no art. 142 da Constituição.

15. Alega que os militares estão vinculados ao Estado por uma relação especial de sujeição, que lhes exige disponibilidade integral (vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana, inclusive sábados, domingos e feriados), sem direito a horas extras ou outras compensações.

16. Traçou um histórico sobre a incriminação de atos libidinosos no ordenamento jurídico militar, para concluir que se trata de crime militar próprio, *ratione personae* (militar) e *ratione loci* (local sujeito à administração militar), cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (RHC 85.303, Rel. Min. Ayres Britto).

ADPF 291 / DF

17. Afirma que o dispositivo não é discriminatório, uma vez que pune igualmente atos libidinosos homossexuais e heterossexuais, como reconhecido em precedente desta Corte (HC 82.760, Rel. Min. Ayres Britto). A alegação de que o tipo violaria o direito à intimidade também já foi afastada por este Tribunal (HC 79.285, Rel. Min. Moreira Alves).

18. Defende que o pedido subsidiário formulado na inicial, de interpretação conforme a Constituição, não pode ser acolhido, sob pena de o Judiciário desnaturar o tipo penal, agindo como legislador positivo.

19. Por fim, informa que, em 2011, foi concluída minuta de Projeto de Lei no âmbito do Ministério da Defesa, para suprimir do dispositivo as expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, mantidas as demais disposições, como forma de cumprimento do Plano Nacional de Direitos Humanos, instituído pelo Decreto nº 7.037/2009.

20. O Advogado-Geral da União aderiu aos argumentos apresentados pelo Ministério da Defesa, acrescentando que os militares devem ter “conduta moral e profissional irrepreensíveis” (art. 28 da Lei nº 6.880/1980 – Estatuto dos Militares). Contudo, reconheceu a procedência do pedido quanto às expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, devido à sua conotação discriminatória, o que, porém, em nada altera o âmbito de incidência do tipo penal em exame.

21. O Procurador-Geral da República, em parecer final, opinou pela improcedência do pedido. Afirma que embora o dispositivo tenha “redação infeliz”, as expressões “pederastia” e “homossexual ou não” são absolutamente dispensáveis e em nada afetam o conteúdo normativo do preceito, que pune igualmente relações homossexuais e heterossexuais. Assim, o art. 235 do CPM não seria discriminatório.

22. Sustenta que a criminalização da conduta em questão justifica-se em razão das peculiaridades das Forças Armadas, assentadas

ADPF 291 / DF

sobre preceitos de hierarquia e disciplina mais rígidos que os aplicáveis aos servidores civis e aos trabalhadores em geral. Nesse sentido, sustenta que a própria Constituição proíbe a utilização de *habeas corpus* por militares para questionar punições disciplinares, bem como a sindicalização e a greve, além de autorizar a instituição de limite de idade para ingresso no serviço militar (CRFB/1988, art. 142, §§ 2º e 3º, IV e X).

23. No nível infraconstitucional, essas mesmas peculiaridades justificariam, por exemplo, que a conduta tipificada como “motim” (CPM, art. 149) seja punida muito mais drasticamente para os militares do que para os civis. No mesmo sentido, a ação enquadrável como “desrespeito a símbolo nacional” (CPM, art. 161) é punível quando se trata de militar, sem que haja figura equivalente para servidores civis.

24. Afirma o *Parquet* que o dispositivo não impede o exercício da sexualidade pelos militares em qualquer circunstância, mas apenas destina-se a manter a disciplina no ambiente militar. Alega que, em outros países, a conduta ora em exame também é criminalizada, tal como ocorre nos Estados Unidos (U.S. Code § 934 – Art. 134).

25. Conclui que, em face da natureza peculiar do ambiente castrense, a tipificação ora questionada não pode ser considerada injustificável, abusiva ou contrária à razão. Embora passível de críticas, trata-se de opção político-legislativa aceitável e compreensível, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo STF em outras oportunidades. Assim, a substituição da punição criminal por sanções disciplinares deve ser discutida no espaço próprio, qual seja, o Congresso Nacional, sendo incabível a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição, sob pena de atuação deste Tribunal como legislador positivo.

26. **É o relatório.**

28/10/2015

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL

VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE “PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM”. NÃO RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. O legislador não é livre para criminalizar toda e qualquer conduta em nome da hierarquia e da disciplina militares (art. 142 da Constituição), somente podendo fazê-lo caso não haja outro meio apto de proteger os referidos bens jurídicos. Aplicação do princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade do direito penal, que constitui projeção do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade (CRFB/1988, art. 5º, LIV).

2. Embora imprópria a prática, por militar, de ato libidinoso em local sujeito à administração militar, tal conduta encontra resposta satisfatória na severidade do direito disciplinar castrense. Deste modo, a utilização do direito penal na matéria é desnecessária, e, mais que isso, excessiva, haja vista a multiplicidade de consequências gravíssimas dele advindas.

3. Qualquer pretensão de utilizar o art. 235 do Código Penal Militar para vedar o acesso ou promover a expulsão de homossexuais das Forças Armadas, devido à sua orientação sexual, é inconstitucional por violação aos princípios da dignidade humana, da vedação às discriminações odiosas e da igualdade (CRFB/1988, arts. 1º, III; 3º, IV; e 5º, *caput*).

4. O dispositivo não pode ser mantido, ainda que com a supressão das suas expressões pejorativas, pois, apesar de sua aparente neutralidade, produz um impacto desproporcional

ADPF 291 / DF

sobre militares gays, o que revela uma discriminação indireta e viola o princípio da igualdade (CRFB/1988, art. 3º, IV).

5. De toda forma, não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados.

6. Pedido julgado integralmente procedente, para reconhecer a não recepção do art. 235 do Código Penal Militar pela Constituição de 1988. Alternativamente, acolhimento do pedido subsidiário, para declarar não recepcionadas as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do dispositivo.

I. CONHECIMENTO DA AÇÃO E POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DEFINITIVO

1. Embora tenha solicitado informações antes de decidir o pedido liminar, verifico que o feito encontra-se pronto para julgamento definitivo, uma vez que todas as autoridades que intervêm neste processo já se manifestaram de forma exaustiva. Nesse sentido: ADI 4.163, Rel. Min. Cezar Peluso.

2. A ação deve ser conhecida. Os preceitos tidos como violados (arts. 1º, III e V; 3º, I e IV; 5º, *caput*, I, III, X e XLI, todos da Constituição) possuem caráter inequivocamente fundamental, já que se referem a *fundamentos da República* (art. 1º), *objetivos fundamentais* (art. 3º) e *direitos fundamentais* (art. 5º). Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal:

“Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Medida Cautelar. 2. Ato regulamentar. Autarquia estadual. Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará - IDESP. Remuneração de pessoal. Vinculação do quadro

ADPF 291 / DF

de salários ao salário mínimo. 3. Norma não recepcionada pela Constituição de 1988. Afronta ao princípio federativo e ao direito social fundamental ao salário mínimo digno (arts. 7º, inciso IV, 1º e 18 da Constituição). 4. Medida liminar para impedir o comprometimento da ordem jurídica e das finanças do Estado. **5. Preceito Fundamental: parâmetro de controle a indicar os preceitos fundamentais passíveis de lesão que justifiquem o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Direitos e garantias individuais, cláusulas pétreas, princípios sensíveis:** sua interpretação, vinculação com outros princípios e garantia de eternidade. Densidade normativa ou significado específico dos princípios fundamentais. 6. Direito pré-constitucional. Cláusulas de recepção da Constituição. Derrogação do direito pré-constitucional em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Direito comparado: desenvolvimento da jurisdição constitucional e tratamento diferenciado em cada sistema jurídico. A Lei nº 9.882, de 1999, e a extensão do controle direto de normas ao direito pré-constitucional. 7. **Cláusula da subsidiariedade ou do exaurimento das instâncias. Inexistência de outro meio eficaz para sanar lesão a preceito fundamental de forma ampla, geral e imediata. Caráter objetivo do instituto a revelar como meio eficaz aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante. Compreensão do princípio no contexto da ordem constitucional global.** Atenuação do significado literal do princípio da subsidiariedade quando o prosseguimento de ações nas vias ordinárias não se mostra apto para afastar a lesão a preceito fundamental. 8. Plausibilidade da medida cautelar solicitada. 9. Cautelar confirmada.” (ADPF 33 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes – destaques acrescentados)

3. O critério da subsidiariedade (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999) também está atendido, conforme o precedente acima. Isto porque o Código Penal Militar é anterior à promulgação da Constituição de 1988. Assim, considerando a jurisprudência pacífica deste Tribunal

ADPF 291 / DF

quanto ao descabimento de ação direta de inconstitucionalidade para questionar normas anteriores ao advento da Constituição – o que, inclusive, resultou na extinção de outra ação direta proposta contra o mesmo art. 235 do CPM, sem resolução de mérito (ADI 3.299, Rel. Min. Carlos Velloso), não há outro instrumento objetivo de controle de constitucionalidade apto a sanar a lesão aos preceitos fundamentais.

4. Conheço, portanto, da ação. Passo ao exame do mérito.

II. MÉRITO

II.1 ANÁLISE DO DISPOSITIVO IMPUGNADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL E DA RAZOABILIDADE OU PROPORCIONALIDADE (CRFB/1988, ART. 5º, LIV)

5. Como se sabe, o direito penal constitui o último e mais drástico instrumento de que se pode valer o Estado. Daí porque a criminalização de condutas somente deve ocorrer na medida do estritamente necessário, quando não houver outro modo de tutelar bens jurídicos relevantes. Este é o princípio da intervenção mínima do direito penal, também aplicável na seara militar, como já decidiu esta Corte:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUCTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. 2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se

ADPF 291 / DF

aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. 3. É possível a aplicação do Princípio da Insignificância, desfigurando a tipicidade material, desde que constatados a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. Precedentes. **4. O Supremo Tribunal admite a aplicação do Princípio da Insignificância na instância castrense, desde que, reunidos os pressupostos comuns a todos os delitos, não sejam comprometidas a hierarquia e a disciplina exigidas dos integrantes das forças públicas e exista uma solução administrativo-disciplinar adequada para o ilícito.** Precedentes. (...)” (HC 107.638, Rel. Min. Cármen Lúcia – destaques acrescentados)

“CRIME MILITAR (CPM, ART. 195) – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – APLICABILIDADE - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL – CONFIGURAÇÃO, AINDA, DE HIPÓTESE JUSTIFICADORA DO ESTADO DE NECESSIDADE – SITUAÇÃO QUE SE REVELA APTA, SÓ POR SI, PARA EXCLUIR A ANTIJURIDICIDADE DA CONDUTA - AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A “PERSECUTIO CRIMINIS” – EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO PENAL - PEDIDO DEFERIDO. - Aplica-se, ao delito castrense de abandono de posto, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes. - **O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente**

ADPF 291 / DF

necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. (...)” (HC 92.910, Rel. Min. Celso de Mello – destaques acrescentados)

6. O princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da subsidiariedade, constitui uma projeção do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade na esfera penal, tendo em vista a gravidade das sanções aplicáveis. Assim, não se justifica a imposição de uma penalidade criminal quando: **(i)** ela não seja adequada à tutela do bem jurídico (sub-princípio da *adequação*); **(ii)** ela seja desnecessária ou excessiva em relação à gravidade da conduta praticada (sub-princípio da *necessidade* ou da *vedação do excesso*); e **(iii)** ela não se justifique a partir da análise de uma relação custo-benefício (sub-princípio da *proporcionalidade em sentido estrito*). A sede material do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, como se sabe, é a cláusula do devido processo legal, em seu sentido substantivo (art. 5º, LIV, da Constituição de 1988).

7. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal já afirmou a atipicidade material de fatos formalmente delituosos, como furto e posse de substância entorpecente, mesmo no interior de organizações militares, por entender que as circunstâncias específicas dos casos concretos analisados não justificavam a utilização do aparato penal do Estado (v., e.g., HC 101.470 e HC 94.809, ambos relatados pelo Min. Celso de Mello).

8. A compatibilidade entre a criminalização de uma conduta e o princípio da intervenção mínima não deve, porém, ocorrer apenas na análise de casos concretos, sendo possível também verificar se existe ou não essa correspondência *em tese*, isto é, em sede de controle abstrato.

9. No controle de constitucionalidade em geral, é preciso cuidado para respeitar o legítimo espaço de discricionariedade política do

ADPF 291 / DF

legislador. Isto é especialmente verdadeiro em sede penal, na qual há uma relativa liberdade legislativa para a seleção dos bens jurídicos relevantes, a tipificação das condutas e a definição das penas. Essa liberdade, entretanto, não pode prevalecer em casos de evidente violação à Constituição. Nesse sentido, precedente recente deste Tribunal afirmou a possibilidade de controle de constitucionalidade de normas penais, no qual foi reconhecida a não recepção, pela Constituição de 1988, do art. 25 da Lei de Contravenções (Decreto-Lei nº 3.688/1941). Do voto do relator naquele julgamento colhe-se a seguinte passagem (RE 583.523, Rel. Min. Gilmar Mendes):

“Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbido de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.”

10. Passo, portanto, a analisar o tipo penal em questão.

11. O crime de “pederastia ou outro ato de libidinagem” está previsto na parte especial do Código Penal Militar (art. 235), mais especificamente no livro I (“Dos crimes militares em tempo de paz”), título IV (“Dos crimes contra a pessoa”), capítulo VII (“Dos crimes sexuais”). No mesmo capítulo estão previstos os crimes de estupro (art. 232), atentado violento ao pudor (art. 233) e corrupção de menores (art. 234), bem como hipóteses de presunção de violência (art. 236) e circunstâncias agravantes (art. 237). Confira-se a redação dos dispositivos:

ADPF 291 / DF

**CAPÍTULO VII
DOS CRIMES SEXUAIS**

Estupro

Art. 232. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos, sem prejuízo da correspondente à violência.

Atentado violento ao pudor

Art. 233. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar, a praticar ou permitir que com êle pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, sem prejuízo da correspondente à violência.

Corrupção de menores

Art. 234. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de dezoito e maior de quatorze anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena - reclusão, até três anos.

Pederastia ou outro ato de libidinagem

Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena - detenção, de seis meses a um ano.

Presunção de violência

Art. 236. Presume-se a violência, se a vítima:

I - não é maior de quatorze anos, salvo fundada suposição contrária do agente;

II - é doente ou deficiente mental, e o agente conhecia esta circunstância;

III - não pode, por qualquer outra causa, oferecer

ADPF 291 / DF

resistência.

Aumento de pena

Art. 237. Nos crimes previstos neste capítulo, a pena é agravada, se o fato é praticado:

I - com o concurso de duas ou mais pessoas;

II - por oficial, ou por militar em serviço.

12. A interpretação sistemática de tais preceitos revela que o crime previsto no art. 235 do Código Penal Militar pressupõe a ausência de constrangimento mediante violência ou grave ameaça, bem como de envolvimento de menores. Havendo tal constrangimento, o enquadramento desloca-se para a figura do estupro, se o ato libidinoso for a conjunção carnal (art. 232), ou para a do atentado violento ao pudor, se o ato libidinoso for diverso (art. 233). Se houver envolvimento de menor de 18 anos, incide o tipo da corrupção de menores (art. 234), salvo se se tratar de menor de 14 anos, caso em que a violência é presumida (art. 236, I): nesta hipótese, aplica-se o tipo do estupro ou atentado violento ao pudor, conforme o ato libidinoso praticado. E, para a configuração do crime, não é necessário que o militar esteja em serviço, já que isto constitui apenas uma circunstância agravante (art. 237, II).

13. O dispositivo impugnado, portanto, é o único a criminalizar *atos libidinosos consensuais entre adultos*, desde que concorram duas circunstâncias: (i) o agente seja militar (crime próprio, em razão da pessoa, ou *ratione personae*); e (ii) o ato ocorra em “lugar sujeito a administração militar” (crime em razão do lugar, ou *ratione loci*). A literalidade do tipo inclui tanto atos homossexuais quanto heterossexuais.

14. Daí a impropriedade da classificação do delito previsto no art. 235 do Código Penal Militar entre os crimes contra a pessoa, e especificamente entre os crimes sexuais, já que a definição da conduta típica não envolve qualquer violação à liberdade sexual. Pelo contrário: o crime ocorre precisamente quando da prática de atos libidinosos

ADPF 291 / DF

consensuais entre adultos, desde que ao menos um deles seja militar e que a conduta ocorra em lugar sujeito a administração militar. Assim já afirmou este Tribunal (RHC 85.303, Rel. Min. Ayres Britto):

“11. Tais peculiaridades levam à conclusão de que o **art. 235, ainda que no rol dos crimes sexuais, não tem como bem jurídico tutelado a liberdade sexual** de uma eventual vítima ou a moral sexual dos menores, ameaçados por meio do emprego de violência real ou presumida. De revés, **o delito em questão busca resguardar, sobretudo, a ordem e a rígida disciplina castrense**, que resultariam violadas com a livre prática de tais atos dentre os aquartelados. **Daí porque não se falar em autor e vítima para tais crimes, porém, tão-somente, em co-autores.**”
(trecho do voto do relator – destaques acrescentados)

15. Nos casos julgados por este Tribunal acerca do dispositivo impugnado – principalmente em *habeas corpus* –, nunca foi reconhecida incidentalmente sua invalidade. Pelo contrário, já foram expressamente rejeitadas alegações específicas de inconstitucionalidade, no sentido de que, por exemplo, o art. 235 do Código Penal Militar violaria os direitos constitucionais à igualdade ou à intimidade. Confira-se:

“1. Inexiste a pretendida inconstitucionalidade do artigo 235 do CPM por ofensa ao artigo 5º, X, da Constituição Federal que dispõe que *‘são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação’*. Com efeito, a inviolabilidade da intimidade não é direito absoluto a ser utilizado como garantia à permissão da prática de crimes sexuais, principalmente em face de outros princípios constantes da Carta Magna. Assim, a própria Constituição, em seu artigo 227, § 4º, é enfática ao determinar que *‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’*, atos que se fazem as mais das vezes na intimidade. E esse dispositivo do CPM prevê como delito *‘o praticar, ou permitir o*

ADPF 291 / DF

militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar’, visando, portanto, a resguardar a disciplina, que, consoante o artigo 142 da Carta Magna, é uma das bases sobre as quais se organizam as Forças Armadas.” (HC 79.285, Rel. Min. Moreira Alves)

“2. 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. 3º, inciso IV, da Carta Magna.” (HC 82.760, Rel. Min. Ayres Britto – destaques acrescentados)

16. No entanto, não consta que este Tribunal tenha analisado a validade do dispositivo à luz do princípio da intervenção mínima do direito penal. E, ao menos sob tal fundamento, creio que é chegada a hora de reconhecer a incompatibilidade do preceito impugnado com a CF.

17. É certo que a hierarquia e a disciplina constituem os valores máximos que servem de base à organização das Forças Armadas, conforme previsto no art. 142 da Constituição. Não é menos certo que a prática de atos libidinosos – ainda que consensuais – no local de trabalho constitui conduta imprópria, qualquer que seja o ambiente em questão. Tanto é assim que tal comportamento pode ensejar a rescisão do contrato do trabalho por justa causa¹, e, para o servidor público civil, pode resultar na pena de demissão².

18. Contudo, a disciplina militar legalmente instituída oferece uma resposta desproporcional à gravidade da conduta praticada,

1 CLT, art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

2 Lei nº 8.112/90, art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

ADPF 291 / DF

incompatível com a utilização do direito penal como *ultima ratio*, como se não houvesse outro meio eficaz de proteger o bem jurídico envolvido (aqui entendido como a disciplina militar). Vejamos.

19. Como já dito, a pena para o crime previsto no art. 235 do CPM é de seis meses a um ano de detenção. Não há possibilidade de aplicação de transação penal ou suspensão condicional do processo, por força do art. 90-A da Lei nº 9.099/1995 (“As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”). Igualmente não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do art. 88, II, b, do CPM:

“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.” (destaques acrescentados)

20. Vale notar que os referidos dispositivos já tiveram sua constitucionalidade reconhecida por este Supremo Tribunal Federal (HC 99.743, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux; HC 109.390, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 79.824, Rel. Min. Maurício Corrêa).

21. Além disso, o crime em questão é um daqueles expressamente sujeitos à pena acessória de indignidade para o oficialato, aplicável na forma do art. 142, § 3º, VI, da Constituição³, de forma idêntica ao que ocorre com delitos graves, como extorsão mediante sequestro (art. 244), peculato (art. 303), traição (art. 355) e espionagem (art. 366), estes dois últimos punidos com pena de morte em tempo de guerra. É o que prevê o art. 100 do Código Penal Militar, *in verbis*:

3 CF, art. 142, § 3º, 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;

ADPF 291 / DF

“Art. 100. Fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato o militar condenado, qualquer que seja a pena, nos crimes de traição, espionagem ou cobardia, ou em qualquer dos definidos nos arts. 161, 235, 240, 242, 243, 244, 245, 251, 252, 303, 304, 311 e 312.” (destaques acrescentados)

22. Verifica-se que a prática da conduta prevista no art. 235 do CPM produz consequências gravíssimas, algumas das quais comuns aos mais sérios delitos militares, apesar de sua pena relativamente baixa.

23. No entanto, a esfera criminal não é a única alternativa existente para punir irregularidades ocorridas nas Forças Armadas. Nesse sentido, o Estatuto dos Militares prevê que “A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas” (art. 42), e que as transgressões disciplinares e suas respectivas sanções serão definidas em regulamento (art. 47).

24. O Estatuto dos Militares prevê ainda, sob o capítulo “Das obrigações militares”, diversos preceitos da ética militar, alguns deles amplos o bastante para abranger a conduta prevista no art. 235 do CPM:

“Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:

(...)

XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;

(...)

XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar;”

25. Assim, o desrespeito aos preceitos éticos constitui violação

ADPF 291 / DF

de obrigação militar, punível como crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme a gradação instituída. O Decreto nº 4.346/2002, que prevê o Regulamento Disciplinar do Exército, reforça esta ideia e prevê as seguintes sanções possíveis para a prática de transgressões disciplinares:

“Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

(...)

Art. 24. Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente:

I - a advertência;

II - o impedimento disciplinar;

III - a repreensão;

IV - a detenção disciplinar;

V - a prisão disciplinar; e

VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

Parágrafo único. As punições disciplinares de detenção e prisão disciplinar não podem ultrapassar trinta dias e a de impedimento disciplinar, dez dias.

(...)

Art. 32. Licenciamento e exclusão a bem da disciplina consistem no afastamento, ex officio, do militar das fileiras do Exército, conforme prescrito no Estatuto dos Militares.

§ 1º O licenciamento a bem da disciplina será aplicado pelo Comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de OM à praça sem estabilidade assegurada, após concluída a devida sindicância, quando:

I - a transgressão afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe e, como repressão imediata, se torne absolutamente necessário à disciplina;

II - estando a praça no comportamento "mau", se verifique

ADPF 291 / DF

a impossibilidade de melhoria de comportamento, como está prescrito neste Regulamento; e

III - houver condenação transitada em julgado por crime doloso, comum ou militar.

(...)

§ 5º A exclusão a bem da disciplina será aplicada ex officio ao aspirante-a-oficial e à praça com estabilidade assegurada, de acordo com o prescrito no Estatuto dos Militares.”

26. Os Oficiais também podem ser condenados em sede disciplinar à perda do posto e da patente por Conselho de Justificação, quando acusados oficialmente de ter: “a) procedido incorretamente no desempenho do cargo; b) tido conduta irregular; ou c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decore da classe” (Lei nº 6.880/1980, art. 120, III, c/c art. 2º, I, da Lei nº 5.836/1972).

27. Assim, verifica-se que os militares já estão sujeitos a um regime disciplinar particularmente severo, pelo qual podem ser inclusive presos e mesmo licenciados ou excluídos a bem da disciplina, no caso das praças, ou sofrer a perda do posto e da patente, no caso dos Oficiais.

28. Como visto, a conduta prevista no art. 235 do CPM não viola a liberdade sexual de quem quer que seja, e pode ocorrer ainda que o militar não esteja em serviço (interpretação *a contrario sensu* do art. 237, II, do CPM). Não se trata, portanto, da hipótese em que o militar abandona o seu posto para praticar um ato libidinoso, o que poderia atrair o crime do art. 195 do Código Penal Militar⁴, punido, aliás, com uma pena mais branda: três meses a um ano de detenção.

29. Deste modo, considerando que a severidade do regime disciplinar das Forças Armadas é plenamente capaz de tratar

4 “**Abandono de posto.** Art. 195. Abandonar, sem ordem superior, o pôsto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo: Pena - detenção, de três meses a um ano.”

ADPF 291 / DF

adequadamente comportamentos impróprios, como a prática de atos libidinosos por militares em locais sujeitos à administração militar, entendendo que a utilização de um tipo penal para punir tal conduta não se justifica, à luz do princípio da intervenção mínima do direito penal.

30. É o que defende Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Subprocurador-Geral da Justiça Militar (*Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina? In: Revista Jurídica Consulex*, n. 6, 1997, p. 53):

“Concluindo, do ponto de vista do Direito penal, a criminalização da prática homossexual voluntária não se justifica. Se o fato é inconveniente de acordo com a ótica administrativa, só pode ser tratado na órbita administrativa e não na penal. Aqui apenas como qualquer outro ato libidinoso”.

31. Com a devida vênia de quem pense diferentemente, e sem embargo do espaço de discricionariedade política reservado ao legislador, considero que se está diante de um caso em que a lei previu uma resposta *manifestamente* desproporcional à gravidade da conduta praticada, especialmente à luz do sub-princípio da necessidade ou da vedação do excesso, e para a qual o regime disciplinar militar é *mais do que suficiente*.

32. Note-se que o art. 42, § 2º, do Estatuto dos Militares⁵, assim como o art. 14, § 1º, do Regulamento Disciplinar do Exército⁶, preveem a impossibilidade de aplicar cumulativamente sanções penais e disciplinares referentes à mesma conduta. Assim, basta reconhecer a invalidade do tipo impugnado para que a situação prevista no art. 235 do CPM passe a ser devidamente resolvida na seara disciplinar.

5 Lei nº 6.880/1980, art. 42, § 2º. No concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime.

6 Decreto nº 4.346/2002, art. 14, § 1º. Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

ADPF 291 / DF

33. Em síntese: o legislador não é livre para tipificar penalmente toda e qualquer conduta em nome da hierarquia e da disciplina das Forças Armadas, a não ser em caso de estrita necessidade, motivada pela ausência ou insuficiência de outros meios disponíveis.

34. As conclusões a que se chegou até aqui são suficientes para o julgamento de total procedência do pedido, de modo a se reconhecer a não recepção do art. 235 do CPM pela Constituição de 1988. No entanto, o raciocínio até aqui percorrido leva a uma pergunta: se o severo regime disciplinar militar possui plenas condições de dar tratamento adequado à situação em exame, por que o legislador sentiu a necessidade de atribuir a ela uma resposta penal tão dura?

35. A resposta aponta para o acolhimento da tese de que o dispositivo possui caráter discriminatório, o que, embora seja desnecessário para reconhecer a procedência do pedido, merece ser dito.

II.2. ANÁLISE DO DISPOSITIVO IMPUGNADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA VEDAÇÃO ÀS DISCRIMINAÇÕES ODIOSAS E DA IGUALDADE (CRFB/1988, ARTS. 1º, III; 3º, IV; E 5º, *CAPUT*)

36. A análise histórica do art. 235 do Código Penal Militar e o contexto em que editado são bastante úteis na compreensão do tema.

37. O Código Penal Militar que antecedeu o atual (Decreto-Lei nº 6.227/1944) continha dispositivo muito semelhante ao ora impugnado:

“Art. 197. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique, ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar:

Pena – detenção, de seis meses a um ano.”

38. Nota-se que a conduta típica e a pena são essencialmente as mesmas previstas no art. 235 do CPM em vigor. No entanto, houve

ADPF 291 / DF

algumas modificações que podem ser facilmente identificadas a partir da dicção do dispositivo impugnado, que peço vênica para relembrar:

“Pederastia ou outro ato de libidinagem

Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena - detenção, de seis meses a um ano.”

39. As diferenças, portanto, são: (i) a inclusão do *nomen iuris* “pederastia ou outro ato de libidinagem” e (ii) a introdução da expressão “homossexual ou não”, logo após a referência a “ato libidinoso”.

40. A exposição de motivos do Código Penal Militar diz o seguinte sobre as mudanças implementadas:

“17. 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.”
(destaques acrescentados)

41. Da passagem acima, destaca-se o seguinte: (i) o legislador acreditava estar inserindo uma “nova figura” no CPM; (ii) o objetivo era “tornar mais severa a repressão contra o mal”, embora a pena não tenha sido alterada; e (iii) admite-se que a criminalização somente se justifica “quando os regulamentos disciplinares se revelarem insuficientes”.

42. Segundo os dicionários Aurélio, Houaiss e Michaelis, a expressão “pederastia” está associada ao homossexualismo masculino. A palavra vem do grego *paiderastía*, que identificava, na antiguidade, a educação sexual de adolescentes por mestres: daí porque a palavra também tem a acepção que indica a prática sexual entre um homem e um

ADPF 291 / DF

rapaz mais jovem. É um termo de cunho claramente pejorativo.

43. Quando da edição do Código Penal Militar em vigor, em 1969, não havia no Brasil a possibilidade de as mulheres ingressarem nas Forças Armadas, o que somente começou a ocorrer a partir de 1980 (nesse sentido: Maria Celina D'Araújo, *Mulheres, homossexuais e Forças Armadas no Brasil*, disponível em: <http://www.resdal.org/producciones-miembros/redes-03-daraujo.pdf>, acesso em 12.08.2015). Assim, quando da edição do CPM, as Forças Armadas eram um ambiente exclusivamente masculino, e, mesmo hoje, os homens ainda predominam amplamente.

44. Como reconhecido nas informações prestadas pela Presidenta da República e pelo Advogado-Geral da União, a inclusão do *nomen iuris* “pederastia ou outro ato de libidinagem” e da expressão “homossexual ou não” é incapaz de alterar a incidência do tipo penal, em comparação com o art. 197 do Código Penal Militar de 1944. No entanto, tais alterações revelam de forma inequívoca o objetivo da norma: vedar o acesso e expulsar homens homossexuais das Forças Armadas.

45. É o que sustentam Roger Raupp Rios, Gilberto Schäfer, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Felipe Farias Borba, sendo os três primeiros orientadores da representação – muito bem fundamentada – que embasa a presente ADPF. Os dois primeiros e o último são co-autores de artigo sobre o tema (*O direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo Código Penal Militar*. In: Revista da AJURIS, n. 127, 2012, p. 323/324):

“Neste contexto, a literalidade do dispositivo, conjugada com a exposição de motivos do Código Penal Militar, deixa clara a intensidade da reprovação das condutas relacionadas à orientação sexual dos agentes. 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,

ADPF 291 / DF

uma determinada categoria, que, nos termos da exposição de motivos, é tida como maléfica”.

46. Assim também Mariana Barros Barreiras (*Onde está a igualdade? Pederastia no CPM. In: Boletim IBCCrim, n. 187, 2008, p. 9*):

“A Exposição de Motivos do Código de 1969 estampa com muita clareza o preconceito e bem demonstra que o que se objetivava era, sobretudo, afastar, da vida militar, as práticas homossexuais. (...) Considerando que o delito já existia no diploma legal anterior e que a carga extra de severidade mencionada na Exposição de Motivos foi trazida pelo acréscimo das expressões ‘pederastia’ e ‘homossexual ou não’, logo se percebe que, para o legislador, o mal a ser combatido são as condutas homoafetivas.

Ora, se os vocábulos acrescentados pelo CPM de 1969 apenas servem para demonstrar maior repúdio a atos libidinosos praticados por pessoas que têm parceiros do mesmo sexo, pode-se afirmar que esse diploma legal vai de encontro ao basilar princípio constitucional da igualdade”.

47. Em 21.10.1969, quando editado o CPM hoje em vigor, estava instalado no Brasil o regime ditatorial militar. Formalmente, trata-se de um Decreto-Lei editado pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, com notório *déficit* democrático, já que baseado em Atos Institucionais que concentravam todo o poder de legislar no Executivo. Naquele momento, o Presidente da República, General Costa e Silva, havia se afastado poucas semanas antes, devido a um derrame cerebral.

48. Esse contexto era propício ao acirramento do grau de intolerância aos homossexuais nas Forças Armadas, que, a rigor, já existia não apenas no Brasil, mas em vários outros países. Bastante elucidativo sobre o ponto é o estudo de Maria Celina D’Araújo, doutora em Ciência Política, professora da UFF e pesquisadora da FGV (*Mulheres, homossexuais e Forças Armadas no Brasil*, disponível em

ADPF 291 / DF

<http://www.resdal.org/producciones-miembros/redes-03-daraujo.pdf>, acesso em 12.08.2015):

“Apoiado em uma ampla experiência de entrevistas com militares brasileiros que ocuparam as principais posições de comando militar no Brasil nos últimos 30 anos, podemos inferir a percepção que as autoridades militares brasileiras têm sobre a participação feminina e a dos homossexuais nos quartéis e as identidades sobre gênero construídas a partir daí. Podemos verificar também que, em escalas distintas, essa percepção pouco difere da discussão internacional sobre o tema. As mulheres são consideradas, em geral, como seres que precisam ser protegidos, dentro e fora dos quartéis, e isto suporia a exclusão em certas atividades consideradas de risco e de rigor disciplinar e, portanto, consideradas masculinas. Os homossexuais, por sua vez, são vistos, em geral, como portadores de um desvio de comportamento que ameaça o bom funcionamento técnico e moral da corporação militar ou das instituições como um todo.

(...)

Quanto aos homossexuais, por tudo o que foi visto aqui, ainda é uma problemática bem mais delicada e mais difícil de ser assimilada na caserna. Em relação a isso o argumento não se relaciona a características físicas de força e capacidade mas unicamente a comportamento e a valores. O homossexual frequentemente é associado a uma ameaça à tranquilidade da tropa, dos cadetes e dos conscritos pois não seria capaz de controlar impulsos nem de respeitar padrões morais condizentes com a profissão.”

49. A referida autora cita levantamento feito no ano 2000 quanto à aceitação de homossexuais nas Forças Armadas de países da OTAN. Embora alguns dados estejam desatualizados (*e.g.*, a política “*don’t ask, don’t tell*” foi revogada pelos EUA em 2010), ainda assim o quadro é relevante para constatar objetivamente a existência de discriminação em vários países, ao menos até recentemente:

ADPF 291 / DF

“Alemanha: Não há legislação impeditiva mas há avaliação médica para aferir se a opção sexual do recruta pode interferir no desempenho militar. O soldado ou oficial discriminado por sua orientação sexual pode recorrer à justiça.

Bélgica: Não é considerada crime nem há questionamentos a esse respeito.

Canadá: Permitida desde 1992. Em 1998 as Forças Armadas canadenses aprovaram recursos para mudança de sexo de recrutas, considerando que a legislação confere atendimento universal aos cidadãos canadenses em questões de saúde.

Dinamarca: Aceita desde 1955. Até 1978 eram, encaminhados para servir na Home Guard. A partir de 1979 foram abolidas essas distinções.

Espanha: Em 1984 foi abolido o artigo do Código de Justiça Militar pelo qual o comportamento homossexual era considerado uma ofensa.

Estados Unidos: A lei de 1994 do Governo Clinton (*don’t ask, don’t tell* – não perguntar, não contar) determina que os militares não sejam questionados sobre sua opção sexual.

França: A opção sexual é considerada assunto estritamente privado e não pode haver discriminação.

Grécia: O militar homossexual é desligado das Forças Armadas se tornar público sua opção sexual.

Holanda: Admitida desde os anos 1970.

Hungria: A recomendação nas Forças Armadas é para não aceitá-la.

Itália: É considerada inadequada ao serviço militar.

Luxemburgo: Não são permitidos homossexuais nas Forças Armadas.

Noruega: Não há impedimentos.

Polônia: O homossexualismo é considerado uma desordem de personalidade.

Portugal: Homossexuais são considerados como tendo perfil psicofísico inadequado ao serviço militar.

ADPF 291 / DF

Reino Unido: Ainda é considerada incompatível com o serviço militar, mas a opção sexual de um indivíduo é assunto privado.

República Tcheca: Oficialmente não existe discriminação.

Turquia: Proibida.”

50. No Brasil, a existência de preconceitos contra os homossexuais nas Forças Armadas é demonstrada por manifestações explícitas em defesa do tipo penal impugnado, seja por profissionais da área jurídica, seja por parlamentares, como se vê, respectivamente:

“(...) entendemos que a manutenção do crime de pederastia é de *vital importância*. Deveras, sobretudo a conduta homossexual, *em lugar sujeito à administração militar*, é *letal* à existência das Forças Armadas, bem como à das forças auxiliares e reserva do Exército, uma vez que são atingidas de morte pela ofensa à disciplina (e hierarquia) militar! 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!

(...)

No mesmo sentido encontramos o não menos ilustre Edgard de Brito Chaves Júnior que assim se expressou: *‘Justifica-se sua inclusão pela enorme desmoralização que adviria para a vida em caserna, com o desmoronamento da disciplina militar. (...) Uma punição exemplar evita, muitas vezes, a proliferação de crimes dessa natureza, tanto para os íncubos, os ativos, como para os súcubos, os passivos, ambos degenerados mórbidos, fisiológica e moralmente’*.

(...)

Daí que, arrematando-se com o primoroso escólio de Ângelo Fernando Facciolli, *‘Qualquer alteração legislativa no CPM, ou mesmo no texto constitucional, descaracterizando o delito*

ADPF 291 / DF

previsto no art. 235/CPM e nos regulamentos disciplinares das FFAA, ou que venham alterar o enfoque de direitos e garantias constitucionais, não obstruindo o acesso de homossexuais às instituições militares, deve, fundamentalmente e a priori, passar por uma revisão da perspectiva política. Não se trata, portanto, de desprezar o homossexual ou impedir a ele que escolha sua profissão. A atividade militar, pela importância contextual que representa junto ao Estado, está muito acima do interesse individual.” (Pederastia – algumas considerações, por José Luiz Dias Campos Júnior, in: Revista de Direito Militar, n. 26, 2000, p. 20 – destaques no original)

“Com mais este passo dado rumo à liberalização sexual dentro das Forças Armadas, seria compelido a lutar contra o serviço militar obrigatório. Nenhum pai estaria tranquilo ao saber que seu filho, durante cinco dias de acampamento, foi obrigado a dormir numa minúscula barraca com um recruta homossexual sem poder reclamar, pois se assim procedesse seria punido por crime de discriminação sexual!

(...)

Conta-se que um comandante da Marinha inglesa, precocemente, pedira transferência para a reserva e, indagado sobre o motivo, já que tinha tudo para uma longa carreira, respondeu: ‘Quando entrei para a Marinha, o homossexualismo era proibido, agora passou a ser tolerável, vou embora antes que se torne obrigatório’.

(...)

O homossexualismo, por si só, é uma aberração diante da lei de Deus, tanto que a Igreja tem se posicionado contrária à aprovação do projeto de lei que visa disciplinar a parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo.

Na carreira militar, o chefe tem que ser o exemplo, o espelho da tropa, não se admitindo o desvio de conduta. Um homossexual teria sua liderança comprometida numa situação onde se exigisse energia para o cumprimento da missão. A figura do guerreiro está associada ao ser macho, viril. Um

ADPF 291 / DF

jovem soldado não arriscaria sua vida recebendo ordem de um superior de masculinidade duvidosa.

Do exposto, não assumo a postura de execração aos homossexuais, mas sim, e tão somente, não vejo como estes podem exercer, com altivez, a profissão militar. A incompatibilidade é flagrante: não se pode exigir, por lei, que se aceite tal convívio, pois, em combate ou exercícios, não é rara a oportunidade em que a doação de sangue, braço a braço, se faz necessária. A provável contaminação por este grupo de risco é uma realidade. Associe-se ao fato de que portaria interministerial proíbe o exame de HIV para fins de admissão no serviço público de civis e militares, bem como exames periódicos para os militares de carreira. Só isso merece, por parte do proponente da tolerância homossexual nas Forças Armadas, seriedade e reflexão sobre as nefastas consequências da sua posição.” (*Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?*, por Jair Bolsonaro, *in*: Revista Jurídica Consulex, n. 6, 1997, p. 53).

51. Das manifestações acima nota-se inequivocamente a pretensão de utilizar o dispositivo para impedir o acesso ou provocar a exclusão de homossexuais das Forças Armadas, sob as mais diversas “pressuposições (identificadas como causas de preconceitos)” (Roger Raupp Rios *et al.*, p. 327). Assim, *e.g.*: (i) degeneração fisiológica e moral da referida orientação sexual; (ii) incapacidade de exercício da profissão militar, por ausência de energia ou virilidade; (iii) contrariedade à “lei de Deus”; e (iv) identificação dos homossexuais com grupo de risco do HIV.

52. No entanto, a diferenciação baseada na orientação sexual é, em princípio, inválida, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação às discriminações odiosas e da igualdade (CRFB/1988, arts. 1º, III; 3º, IV e 5º, *caput*). A propósito, ensinam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (*Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2013, p. 459/460):

ADPF 291 / DF

“No constitucionalismo norte-americano, a graduação da presunção de constitucionalidade e do ativismo judicial legítimo é uma característica central da jurisprudência constitucional. A jurisprudência consolidou parâmetros diferentes para o exercício do controle de constitucionalidade, que envolvem graus variáveis de deferência em relação às decisões legislativas ou administrativas. Existe o ‘teste da racionalidade’ (*rationality test*) caracterizado pela extrema autocontenção judicial, utilizado, por exemplo, para o controle da regulação de atividades econômicas; o ‘teste intermediário’ (*intermediate test*), mais rigoroso do que o primeiro, usado, por exemplo, para controle de possíveis discriminações de gênero; e o teste do escrutínio estrito (*strict scrutiny*), extremamente rigoroso, em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo. Este último parâmetro, quase sempre ‘fatal’ para o ato normativo examinado, é empregado para controle de leis restritivas de algumas liberdades públicas, como as liberdades de expressão e de religião, e para análise de normas que instituem discriminações com base em critérios considerados ‘suspeitos’, como raça, religião ou origem nacional. A existência desses parâmetros diferenciados de presunção de constitucionalidade teve origem numa decisão proferida em 1938, no caso *United States v. Carolene Products*, em que se adotou posição de extrema deferência em relação a uma lei federal que disciplinara determinada atividade econômica, mas se destacou a necessidade de uma análise mais rigorosa das normas que restringissem certas liberdades fundamentais, de caráter não econômico, ou que atingissem os interesses de minorias tradicionalmente discriminadas.”

53. Por se referir a uma liberdade existencial e estar relacionado a uma minoria tradicionalmente discriminada, o uso da orientação sexual como fator de diferenciação, é, via de regra, vedado. Assim, tal critério deve ser considerado “suspeito” e somente poderá ser adotado se passar por um escrutínio estrito (*strict scrutiny*), isto é, por

ADPF 291 / DF

uma rigorosíssima avaliação de sua compatibilidade com a Constituição.

54. Não é, porém, o caso da norma impugnada. Vedar o acesso ou expulsar homossexuais das Forças Armadas por conta de uma suposta “degeneração fisiológica e moral”, ou ainda em razão de uma contrariedade à “lei de Deus”, é parte de um discurso que não pode ser aceito no espaço público, sob pena, inclusive, de violação ao caráter laico do Estado. A suposta ausência de energia ou virilidade é outro argumento que carece de comprovação empírica, baseando-se muito mais numa imagem preconcebida do que seja um “guerreiro ideal”. E há exemplos históricos que desmentem essa assertiva, como o de Júlio César, um dos maiores líderes militares da história (Claudio Martins, *Os varões conspícuos*, Revista do Ministério Público Militar, 2010, p. 60, nota 17).

55. Além disso, e ao contrário do que já se supôs, a contaminação pelo vírus HIV não é exclusiva dos homossexuais, nem uma “maldição” a eles restrita. Contudo, embora as estatísticas realmente apontem esta parcela da população como um grupo de risco, tal circunstância não autoriza a vedação de seu acesso às Forças Armadas, nem sua expulsão, apenas com base numa futura, eventual e remota possibilidade de contaminação por uma transfusão de sangue. As doações sanguíneas, como se sabe, somente são levadas a termo depois de um processo de testagem do material coletado. O diagnóstico do HIV hoje é bastante acessível e o tratamento gratuito, de modo que é fácil para um militar saber que é portador da doença, com o que pode evitar se apresentar como doador. Mas, mesmo que se trate de uma doação de emergência numa situação de conflito, sem possibilidade de testagem prévia, não há total isenção de risco se o(a) doador(a) for heterossexual.

56. Além disso, na obra acima, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento propõem parâmetros para a autocontenção judicial no controle de constitucionalidade das leis (p. 460-463), e todos eles reforçam a conclusão de que o art. 235 do CPM é inconstitucional:

ADPF 291 / DF

(i) o grau de legitimidade democrática do diploma é nulo, haja vista as circunstâncias de sua edição, já analisadas acima;

(ii) as condições de funcionamento da democracia são comprometidas pela norma, já que ela reduz as possibilidades de participação plural nas Forças Armadas;

(iii) a proteção de minorias estigmatizadas não é favorecida pelo dispositivo, pelo contrário: ele aprofunda a discriminação e a estigmatização de homossexuais, como se eles fossem incapazes de exercer a atividade militar, o que não tem qualquer comprovação empírica;

(iv) quanto à relevância do direito material em jogo, a orientação sexual liga-se à liberdade existencial do indivíduo, não se podendo exigir a modificação de um aspecto central de sua personalidade como condição para acesso ou permanência nas Forças Armadas, sob pena de violação à sua dignidade;

(v) o Poder Judiciário não tem déficit de capacidade institucional em relação aos outros Poderes para se pronunciar sobre o tema, pois ele não demanda expertise técnica; e

(vi) a época da edição do ato impugnado também não o favorece, uma vez que foi editado em contexto não democrático e reflete uma concepção de mundo ultrapassada.

57. De resto, em precedente recente e histórico, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de discriminações com base na orientação sexual, por reconhecê-la como uma projeção da liberdade e da dignidade do indivíduo. Assim, o Tribunal conferiu proteção jurídica às uniões estáveis homoafetivas. Nesse sentido, confira-se trecho da ementa da ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, e da ADI 4.277, Rel. Min. Celso de Mello, julgadas conjuntamente em 05.05.2011:

“(...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO

ADPF 291 / DF

CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.”

II.3. A PRODUÇÃO DE IMPACTO DESPROPORCIONAL PELO DISPOSITIVO COMO UM TODO, MESMO COM A SUPRESSÃO DAS EXPRESSÕES PEJORATIVAS

58. Caso não fosse admitida a desproporcionalidade da criminalização da conduta a partir do princípio da intervenção mínima do direito penal (v. item II.1, acima), seria possível cogitar de uma solução mais restrita, em que somente seriam declaradas não recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do CPM,

ADPF 291 / DF

de modo a remover o conteúdo discriminatório da norma. No entanto, tal alternativa é insatisfatória à luz do princípio da igualdade, uma vez que a manutenção do dispositivo, ainda que com uma linguagem aparentemente neutra e sem expressões pejorativas, produziria um *impacto desproporcional* sobre militares gays.

59. A discriminação por orientação sexual é uma prática corrente nas Forças Armadas e é revelada na aplicação prática e na interpretação conferida ao art. 235 do CPM pela Justiça Militar. Diversas decisões relativas à aplicação desse preceito demonstram que a homossexualidade é tida como um comportamento desviante e uma deformação desonrosa e moralmente reprovável, capaz de desqualificar o militar na carreira⁷. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

“(...) O Sd. Wagner e demais militares tiveram como bem jurídico violado o seu sentimento de pudor, sua própria masculinidade.” (STM, Apelação nº 2007.01.050778-7, Rel. Min. Antonio Apparicio Ignacio Domingues, j. 15.04.2009)

“(...) O motivo que o conduziu ao crime é triste e altamente reprovável e, ademais, fortemente indicativo de uma

⁷ Veja-se, em especial, laudo produzido no âmbito de processo contra oficial militar acusado da prática de atos libidinosos homossexuais: “Exame Anal: O periciando foi colocado em posição de SIMS e à inspeção observamos as seguintes alterações anatomorfológicas: coloração da região perianal no quadrante superior esquerdo apresenta-se alterada pela presença de escoriações e discretas ectasias vasculares. Pregas anais de formato irregular pela presença de plicomas às 12-3-6 em analogia aos ponteiros do relógio, com perda acentuada da convergência das pregas anais sem sinais de flogose, à manobra de valsalva demonstra a tonicidade e continência do esfíncter anal, à apalpação o toque digital revela sensibilidade acentuada ao toque, com tonicidade preservada, apresentando fezes na ampola retal sem elementos patológicos na luva, próstata com tamanho consistência e sensibilidade preservadas. (...). Conclusão: A perícia revela fortes transtornos do lado afetivo, características de doença ano-retal crônica e sinais físicos e ação contundente ano-retal recente” (STM, Conselho de Justificação nº 165-5, Rel. Min. Sérgio Xavier Ferolla, j. 04.12.1997).

ADPF 291 / DF

personalidade deformada e avessa à disciplina e ao respeito ao próximo.” (STM, Apelação nº 2005.01.049833-8, Rel. Min. Max Hoertel, j. 17.05.2005)

“Conselho de justificação - Oficial acusado de conduta irregular, que afeta a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe. **Justificante confessou ser sexualmente invertido e ter praticado atos libidinosos em área sujeita a administração militar.** (...) Justificante julgado culpado das acusações e incapaz de permanecer na ativa e na inatividade, foi declarado indigno para o oficialato, com a perda de seu posto e de sua patente (...)” (STM. Proc. nº 1984.01.000106-0, j. Em 20.12.1994 – destaques acrescentados)

60. Torna-se, assim, evidente que o dispositivo, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, é, na prática, empregado de forma discriminatória, produzindo maior impacto sobre militares gays. Esta é, portanto, uma típica hipótese de discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana⁸. Tal teoria reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade⁹.

8 Ver, a respeito, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), no qual, em síntese, a Suprema Corte dos EUA, levando em conta um histórico de discriminação racial, invalidou “testes de inteligência” aplicados como condição para contratação de candidatos a postos de trabalho, que implicavam para os negros resultados desfavoráveis em proporções muito mais altas do que aquelas que se verificavam em relação aos brancos.

9 Sobre o tema, cf. John E. Nowak e Ronald D. Rotunda. *Constitutional law*. 5 ed. Saint Paul: West Publishing Co, 1995; Daniel Sarmento. *A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto proporcional e ação afirmativa*. In. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; Joaquim B. Barbosa Gomes. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ADPF 291 / DF

61. A teoria já foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches¹⁰, em que se deu interpretação conforme ao art. 14 da EC nº 20/1998, que institui um valor máximo para o pagamento de benefícios pelo INSS, mas produzia efeitos discriminatórios no que diz respeito ao salário-maternidade. Entendeu a Corte que, caso o empregador fosse obrigado a arcar com a diferença entre o teto previdenciário (à época, fixado em R\$ 1.200,00) e o salário da trabalhadora, haveria um desestímulo à contratação de mulheres, e,

10 "DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias". 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para

ADPF 291 / DF

portanto, a aplicação linear e aparentemente neutra do teto previdenciário a todos os benefícios produziria um impacto desproporcional sobre as mulheres. Logo após relembrar o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, afirmou o Min. Nelson Jobim no seu voto:

“A regra da EC. 20/98, aparentemente neutra, produz discriminação não desejada pelo próprio legislador.

As práticas de mercado passarão a responder com discriminação, quanto ao emprego da mulher.

Não podem ser mantidos os atos que induzem às práticas discriminatórias.

A doutrina chama de efeitos ou impactos desproporcionais ("*disparate impact*").

O Tribunal tem que examinar as conseqüências da legislação para constatar se estão, ou não, produzindo resultados contrários à Constituição.

A discriminação positiva introduz tratamento desigual para produzir, no futuro e em concreto, a igualdade.

É constitucionalmente legítima, porque se constitui em instrumento para obter a igualdade real.

No caso, a regra induz à discriminação proibida, como demonstrei.

Ter-se-ia um resultado contrário à regra constitucional proibitiva da discriminação, em matéria de emprego, de sexo,

não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime.” (ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 03.04.2003).

ADPF 291 / DF

origem, raça ou profissão.

Por essas razões, acompanho o Relator e dou interpretação conforme a Constituição.

À licença-maternidade não se aplica a limitação estabelecida no artigo 14 da EC. 20.”

62. Justamente, a aplicação prática do art. 235 do CPM o transforma em um instrumento de criminalização e discriminação de uma determinada opção sexual, de modo a violar a isonomia (CRFB/1988, art. 5º, *caput*). Em outras palavras, a manutenção de um dispositivo que torna crime militar o sexo consensual entre adultos, ainda que sem a carga pejorativa das expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, produz, apesar de sua aparente neutralidade e em razão do histórico e das características das Forças Armadas, um impacto desproporcional sobre homossexuais, o que é incompatível com o princípio da igualdade.

II.4 PROPOSTA MÍNIMA: ACOLHIMENTO DO PEDIDO SUCESSIVO

63. Embora esteja convencido de que o dispositivo como um todo viola o princípio da intervenção mínima do direito penal, bem como que produz um impacto desproporcional incompatível com a igualdade, considero que, no mínimo, há consenso de que as expressões “pederastia” e “homossexual ou não” são discriminatórias, supérfluas e devem ser excluídas da legislação. Tanto é assim que o próprio Ministério da Defesa concluiu em 2011 a elaboração de anteprojeto de lei com este objetivo, a exemplo do que fazem os Projetos de Lei nº 2.773/2000 e 6.871/2006. Confirma esta tendência o recente exemplo da Argentina, cujo Código Penal Militar de 1951, que criminalizava o homossexualismo (Lei nº 14.029, art. 765), foi revogado em 2009 pela Lei nº 26.394. Por fim, o relatório final apresentado pela Comissão Nacional da Verdade em 10.12.2014 prevê, como uma de suas recomendações, a “Supressão, na legislação, de referências discriminatórias das homossexualidades”¹¹.

11 Diz o relatório: “Recomenda-se alterar a legislação que contenha referências discriminatórias das homossexualidades, sendo exemplo o artigo 235 do Código Penal

ADPF 291 / DF

Dessa forma, deve ser acolhido ao menos o pedido sucessivo da inicial.

III. CONCLUSÃO

64. Diante de todo o exposto, deve-se declarar a não recepção integral do art. 235 do Código Penal Militar, não apenas por violar os princípios da intervenção mínima do direito penal e da razoabilidade ou proporcionalidade, mas também porque, mesmo que fossem suprimidas suas expressões pejorativas – e apesar de sua aparente neutralidade –, a norma produz um impacto desproporcional sobre homossexuais, dado o histórico e as características das Forças Armadas, o que viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação às discriminações odiosas e da igualdade. Isto, porém, não impede a punição disciplinar de atos libidinosos praticados por militares em locais sujeitos à administração militar, na forma da legislação e dos regulamentos aplicáveis.

65. **Manifesto-me, portanto, no sentido de conhecer e julgar integralmente procedente o pedido, para reconhecer a não recepção do art. 235 do Código Penal Militar pela Constituição de 1988. Caso esse entendimento não seja acolhido pela maioria, manifesto-me no sentido de que seja acolhida ao menos o pedido sucessivo da inicial, declarando-se a não recepção das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar.**

66. **É como voto.**

Militar, de 1969, do qual se deve excluir a referência à homossexualidade no dispositivo que estabelece ser crime ‘praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar’. A menção revela a discriminação a que os homossexuais estão sujeitos no âmbito das Forças Armadas” (vol. I, parte 5, p. 972).

ADPF 291 / DF

REAJUSTE DE VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

1. Em sessão plenária realizada em 28.10.2015, a maioria votou pelo acolhimento do pedido sucessivo, para o fim de excluir do art. 235 do CPM a expressão “pederastia ou outro”, constante da ementa do tipo, e a expressão “homossexual ou não”, constante do *caput*. Votaram originariamente pelo acolhimento integral do pedido os Ministros Luís Roberto Barroso (relator), Rosa Weber e Celso de Mello. Votaram pelo acolhimento do pedido sucessivo os Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, tendo este último proferido o primeiro voto divergente, do qual destaco:

“Traço um paralelo entre o artigo 235 do Código Penal Militar e o artigo 233 do Código Penal, no que versa, este último, o ato obsceno e está prevista pena de detenção de três meses a um ano, enquanto, no artigo 235 do Código Penal Militar, tem-se a pena de seis meses a um ano.

No caso do Código Penal, o objeto jurídico protegido, e impõe-se levar em conta o objeto jurídico protegido pela norma penal, é o Poder Público. Sujeito ativo é qualquer pessoa, independentemente do sexo; sujeito passivo, a coletividade. Ato obsceno é gênero, em relação ao qual há espécies. Qual é o bem protegido pela norma do artigo 235 do Código Penal Militar? A Administração Militar, a disciplina e a hierarquia.

O ministro Luís Roberto Barroso lembrou bem que, em 1980, houve inovação com a participação feminina nas Forças Armadas. O artigo 235 do Código Penal Militar, de início, consideradas expressões contidas no preceito, pressupõe o envolvimento apenas do gênero masculino.

Não tenho a menor dúvida e, por isso, penso que procede

ADPF 291 / DF

o pedido sucessivo formalizado, que há como se concluir pelo desrespeito a direitos fundamentais, no que consta do preceito, como rótulo, a pederastia. Caminho no sentido de expungir esse vocábulo.

Da mesma forma, merece glosa a referência, após ato libidinoso – também gênero, tal como o ato obsceno –, a homossexual ou não. Por isso, tendo a ficar no acolhimento do pedido sucessivo formalizado na inicial. Não guardo qualquer ranço – porque, se o fizesse, teria que adotar a mesma óptica quanto às medidas provisórias –, considerado o fato de a disciplina ter decorrido de um decreto-lei.

Vou me permitir, Presidente, em antecipação de voto, divergir em parte do Relator, ministro Luís Roberto Barroso, no que trouxe considerações ponderadas, para manter aquela temperança do Tribunal a que me referi no início do voto, no que em jogo a harmonia ou não de norma penal militar com a Constituição Federal.

Julgo procedente o pedido sucessivo formalizado na inicial.”

2. No meu voto, considerando que a eliminação das expressões “pederastia ou outro” e “homossexuais ou não” já consistia em avanço relevante em relação ao *status quo* vigente, já havia me manifestado igualmente sobre o pedido sucessivo, nos seguintes termos: “Caso esse entendimento (*não recepção da integralidade do dispositivo*) não seja acolhido pela maioria, manifesto-me no sentido de que seja acolhido ao menos o pedido sucessivo da inicial, declarando-se a não recepção das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar.”

3. Assim, tendo em vista o entendimento majoritário

ADPF 291 / DF

formado, reajusto o meu voto para acolher apenas o pedido sucessivo da inicial, declarando-se a não recepção, pela Constituição de 1988, das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do CPM.

4. É como voto.

28/10/2015

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

– O presente processo, Presidente, traz, a meu ver, um capítulo importante na luta ancestral contra o preconceito e a discriminação em matéria de orientação sexual. Cumprimento Vossa Excelência pela oportunidade e coragem de trazer essa matéria para julgamento e para um debate franco. Tenho dito, Presidente – e Vossa Excelência tem endossado –, numa democracia nenhum tema é tabu. Portanto, todas as questões devem poder ser discutidas à luz do dia.

Aqui, nessa arguição de descumprimento de preceito fundamental, discutem-se algumas questões associadas aos limites legítimos do direito penal, particularmente saber se é legítima a criminalização do homossexualismo, a criminalização do sexo consentido entre adultos e no descarte de sanções administrativas quando elas sejam suficientes para produzir o resultado desejado e a proteção do bem jurídico em questão.

28/10/2015**PLENÁRIO****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, vou fugir ao que normalmente faço para lançar algumas ponderações. Geralmente, aguardo minha vez de votar, não participando – muito embora esteja viabilizado pelo Regimento Interno, refiro-me aos artigos 133 e 135 – das discussões. O Tribunal tem marchado com muita temperança, quando em jogo a disciplina normativa militar.

Em primeiro lugar, Presidente, as responsabilidades cível e penal são independentes. Apenas há vinculação quando, na seara penal, declara-se inexistente o fato ou afasta-se a autoria.

Traço um paralelo entre o artigo 235 do Código Penal Militar e o artigo 233 do Código Penal, no que versa, este último, o ato obsceno e está prevista pena de detenção de três meses a um ano, enquanto, no artigo 235 do Código Penal Militar, tem-se a pena de seis meses a um ano.

No caso do Código Penal, o objeto jurídico protegido, e impõe-se levar em conta o objeto jurídico protegido pela norma penal, é o Poder Público. Sujeito ativo é qualquer pessoa, independentemente do sexo; sujeito passivo, a coletividade. Ato obsceno é gênero, em relação ao qual há espécies. Qual é o bem protegido pela norma do artigo 235 do Código Penal Militar? A Administração Militar, a disciplina e a hierarquia.

O ministro Luís Roberto Barroso lembrou bem que, em 1980, houve inovação com a participação feminina nas Forças Armadas. O artigo 235 do Código Penal Militar, de início, consideradas expressões contidas no preceito, pressupõe o envolvimento apenas do gênero masculino.

Não tenho a menor dúvida e, por isso, penso que procede o pedido sucessivo formalizado, que há como se concluir pelo desrespeito a direitos fundamentais, no que consta do preceito, como rótulo, a pederastia. Caminho no sentido de expungir esse vocábulo.

Da mesma forma, merece glosa a referência, após ato libidinoso – também gênero, tal como o ato obsceno –, a homossexual ou não. Por

ADPF 291 / DF

isso, tendo a ficar no acolhimento do pedido sucessivo formalizado na inicial. Não guardo qualquer ranço – porque, se o fizesse, teria que adotar a mesma óptica quanto às medidas provisórias –, considerado o fato de a disciplina ter decorrido de um decreto-lei.

Vou me permitir, Presidente, em antecipação de voto, divergir em parte do Relator, ministro Luís Roberto Barroso, no que trouxe considerações ponderadas, para manter aquela temperança do Tribunal a que me referi no início do voto, no que em jogo a harmonia ou não de norma penal militar com a Constituição Federal.

Julgo procedente o pedido sucessivo formalizado na inicial.

28/10/2015

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu peço licença também para tecer algumas considerações iniciais, sobretudo porque, na qualidade de Presidente, fui contatado por representantes das Forças Armadas preocupados com este julgamento. E a preocupação que me foi passada - creio que é uma preocupação relevante que a Corte deve considerar, e parabeno desde logo o substanciosíssimo voto do Ministro Roberto Barroso, sensível às questões da modernidade, sensível à proteção das minorias - e que merece certa reflexão por parte deste Plenário é exatamente o fato trazido pelo próprio Relator de que, a partir de 1980, as nossas Forças Armadas são predominantemente mistas, então hoje temos mulheres na Academia da Força Aérea, na Academia do Exército, na Escola Naval, e mulheres e homens nas mais distintas patentes e também nos mais distintos postos convivem diuturnamente em vários locais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Principalmente quando estão embarcados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Exatamente essa a menção que eu queria fazer.

Então a preocupação que me foi trazida é exatamente esta. São homens e mulheres que passam, por vezes, meses embarcados num navio, num submarino, pessoas que compartilham serviços numa ponte de comando de uma nave de guerra, na casa de máquinas, na cabine de pilotagem do avião, numa torre de controle, ou mesmo nos postos de guarda nos quartéis. Então realmente há - e a natureza humana é esta, sobretudo quando se é mais jovem - natural atração entre os sexos, e é

ADPF 291 / DF

preciso, a bem da segurança das próprias pessoas envolvidas, das instituições e, enfim, das Forças Armadas como um todo, que se evite, sobretudo quando em serviço, que possam ocorrer relações libidinosas que coloquem em risco não apenas os integrantes das Forças Armadas, mas a própria população civil eventualmente. Então, essa é uma preocupação, a meu ver, que deve ser levada em consideração na apreciação desta matéria por parte do egrégio Plenário.

Eu realmente fiquei um pouco preocupado com a ponderação do Ministro-Relator, quando Sua Excelência alude a este conceito "um *quantum* indeterminado" - um tanto quanto amplo, poderíamos dizer assim - relativo à expressão "lugar sujeito à administração militar". Realmente, isso poderia incluir até as casas dos militares nas bases navais, aéreas e militares, etc., durante o repouso noturno. Mas eu penso que esse art. 235 - até consultando agora rapidamente o Código Penal Militar - não pode ser interpretado isoladamente. Nós temos que dar uma certa limitação a esse conceito de administração militar.

No art. 9º - e nós temos um vasta jurisprudência sobre o art. 9º em nossa Corte -, quando nós tipificamos os crimes militares, nós verificaremos então que o *caput* estabelece o seguinte:

*"Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
(...)*

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado".

Portanto, neste primeiro momento, nós já verificamos que o crime de militar contra militar, mesmo quando praticado em lugar sujeito à administração militar, ele deve ser interpretado à luz desse dispositivo que diz "quando em atividade ou em situação de atividade". Quando se trata, nesse mesmo art. 9º, inciso III, item **b**, dos crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, nós vamos verificar que o item **b** diz o seguinte:

ADPF 291 / DF

"b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil".

Assim sendo, eu penso, com o devido respeito, que nós podemos mitigar essa primeira impressão que pode ensejar essa expressão final do art. 235, "lugar sujeito a administração militar", com esses dispositivos a que me referi do art. 9º, dizendo que evidentemente este ato libidinoso se torna criminoso ou torna-se típico do ponto de vista penal sempre que for praticado por um militar contra um militar, ou por um militar contra um civil, ou vice-versa, sempre em uma situação de atividade, em um lugar sujeito à administração militar.

Portanto, sem querer adiantar meu voto, quis apenas fazer essa ponderação inicial.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL

EXPLICAÇÃO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, se o Ministro Barroso me permitir, gostaria de registrar que nós julgamos aqui, no dia 15.5.2012, o Habeas Corpus nº 95.471. Foi Relator o Ministro Gilmar Mendes e, nesse **habeas corpus**, cuidou-se exatamente dessa questão: se havia ou não a prática daquele crime que tinha sido imputado, em lugar não sujeito à administração militar: a Casa do Abrigo do Marinheiro de Ladário. E chegou-se à conclusão - concedeu-se a ordem -, de que a atividade era estranha à função militar.

O Ministro Gilmar foi acompanhado pela maioria, e argumentou:

"o Abrigo do Marinheiro (CAMALA) — local onde o paciente ministrava aulas de karatê para garotos — é uma associação civil de direito privado, não se enquadrando, por conseguinte, no previsto no art. 9º, II, alínea 'b', do CPM" - que Vossa Excelência acaba de ler.

Então foi afirmado por este Plenário, no voto do Ministro Gilmar:

"Depreende-se do art. 9º, II, "b", do CPM, ao referir-se expressamente a lugar sujeito à administração militar, que, nesta alínea, para a configuração do crime militar, predomina o critério do lugar do crime (ratione loci). Deveras, indubitável dificuldade em se definir os contornos do que possa ser considerado como lugar sujeito à administração militar."

E então se enfrenta:

"Se é certo que não há dúvida em definir crime militar aqueles

ADPF 291 / DF

cometidos em espaços físicos nos quais estão estabelecidas as instalações militares, situações há, por outro lado, que podem suscitar dúvidas a respeito da amplitude dessa expressão."

E aí vem o cuidado:

"Partindo-se da premissa de que a Casa do Abrigo do Marinheiro de Ladário (CAMALA) é uma associação civil de direito privado e que a conduta do paciente se deu no exercício de atividade estranha à função militar (aulas de karatê), não há como se cogitar para caracterizar crime militar e nem se diga, por outro lado, que a Casa do Abrigo do Marinheiro de Ladário, pelo só fato de possuir instalações disponibilizadas pela Marinha do Brasil, configura lugar sujeito à administração militar, para fins de incidência do art. 9º, II, do CPM."

E, nas discussões, se cogitou das vilas que há e são formadas por militares e que podem até configurar uma situação normal de residência, com todas as atividades, inclusive aquelas de natureza particular. Vossa Excelência discordou apenas porque, neste caso, considerou que aquelas aulas se inseriam em atividades que tinham sido cuidadas.

Portanto, o Plenário, há muito pouco tempo - três anos atrás -, enfrentou o tema, para afastar a possibilidade de se cogitar que tudo - qualquer atividade, qualquer relacionamento - fora daquelas atividades, no espaço inclusive de casas, de moradia daqueles militares, pudesse ser considerado como incluídos aqui neste artigo 235.

Apenas uma achega, mas sem antecipar voto.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

– Presidente, nós não temos uma divergência substancial, nem em relação ao Ministro Marco Aurélio, nem em relação a Vossa Excelência. Eu evidentemente não acho que atividade sexual – seja heterossexual, seja homossexual – seja pecado, não acho que seja sujo, não acho que seja feio, mas é claro que, no lugar e na hora impróprios, eu acho que pode ser sancionada adequadamente pelo ordenamento jurídico.

O que nós apenas talvez estejamos divergindo – pelo menos a posição do Ministro Marco Aurélio – é que eu considere que as sanções existentes nos estatutos militares são suficientes e graves, e que não há necessidade de criminalização. A criminalização da sodomia em geral vem sendo superada mundialmente. Só lugares muito atrasados ainda criminalizam. Portanto, a minha posição, entendendo perfeitamente a posição oposta, é de que é suficiente a repressão feita pelos estatutos militares, não sendo necessária a criminalização. É só essa a divergência.

Mas que, evidentemente, em hora e local impróprios é...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI
(PRESIDENTE)** - Uma torre de controle aéreo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

– Reprovável, não tem dúvida. E este caso que a Ministra Cármen mencionou era um caso de atentado violento ao pudor. Por exemplo, o Forte da Urca, onde fica a Escola Superior de Guerra, é evidentemente sujeito à administração militar e os oficiais moram lá. Mas eu acho que a manifestação de Vossa Excelência dá uma espécie de *habeas corpus* preventivo e, conseqüentemente, o senso comum excluirá desta

ADPF 291 / DF

tipificação as famílias que vivam dentro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Hetero ou homossexuais, evidentemente.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
– Em rigor, a literalidade do dispositivo fala sobre a administração militar e o Forte está sob administração militar.

Mas era só para dizer que a divergência é pequena. É apenas para saber se a sanção deve ser administrativa ou se pode ser penal. Eu propus que fosse administrativa.

E o Ministro Marco Aurélio está correto. Eu, no meu voto, mencionei como pedido alternativo, mas, em rigor técnico processual, é um pedido sucessivo. Portanto, não prevalecendo o pedido principal, eu acolho o pedido sucessivo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, eu agradeço o esclarecimento de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora, de qualquer forma, Presidente, fica aberta a oportunidade de apreciarem-se casos concretos, como fizemos no *habeas corpus*, no precedente do ministro Gilmar Mendes, aludido pela ministra Cármen Lúcia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu tenho aqui, em mãos, é o HC 95.471.

28/10/2015

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Remoro. Trata-se de Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental na qual a Procuradoria-Geral da República pede declaração de não recepção do artigo 235 do Código Penal Militar pela Constituição da República de 1988.

Assim dispõe o art. 235, do Código Penal Militar:

“Pederastia ou outro ato libidinoso

Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena- detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.”

Diante dessa moldura normativa, surge dúvida quanto à constitucionalidade e, por conseguinte, quanto à recepção do referido artigo pelo Texto Constitucional atual. A tipificação de tal conduta decorreu de uma opção por um estado de exceção em que imperava o controle das liberdades e a garantia aos direitos fundamentais não representava uma opção sempre à disposição dos cidadãos. Com o advento da ordem constitucional atual, um novo marco político e normativo surgiu, sobressaindo-se nessa seara o catálogo de direitos fundamentais.

Bem analisados os fundamentos trazidos pela requerente, algumas reflexões se fazem necessárias. A primeira diz respeito ao bem jurídico tutelado. Embora o tipo penal esteja previsto no Título III, Capítulo VII do Código Penal Militar, referente aos crimes sexuais, infere-se que o bem jurídico tutelado não se relaciona com a liberdade sexual, isto é, a liberdade de escolha quanto ao exercício da própria sexualidade. A realização do tipo não exige que o ato sexual - qualquer ato libidinoso,

ADPF 291 / DF

inclusive a conjunção carnal - ocorra mediante violência ou grave ameaça a macular a livre manifestação da vítima. Contrariamente, observa-se que, conforme dispõe o art. 235 do CPM, o tipo se realiza quando o ato é praticado mediante a anuência de ambos os sujeitos envolvidos, ou seja, decorrente da expressão da mais livre determinação do indivíduo.

O segundo aspecto a ser analisado exige a distinção quanto aos sujeitos passivos dos demais crimes sexuais previstos no Capítulo VII do CPM em contraposição ao sujeito passivo do tipo previsto no art. 235. É que nos crimes de estupro (art. 232 CPM), atentado violento ao pudor (art. 233 CPM) e corrupção de menores (art. 234 CPM), o sujeito passivo é a pessoa que teve sua liberdade sexual violada, ao passo que, no último (art. 235 CPM), tem-se como sujeito passivo a própria Instituição Militar.

A par disso, não haveria descompasso entre o tipo penal em comento e a Constituição vigente.

Todavia, posições afirmam a inconstitucionalidade do dispositivo por ofensa ao princípio da mínima intervenção do Direito Penal. Nesta perspectiva, levando em consideração que a lei penal deveria incidir apenas em último recurso, defende-se que a sanção à quebra da moralidade sexual no âmbito militar deveria se dar unicamente na seara administrativa, afastando-se o rigor da norma penal na hipótese (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: RT, 2013. p. 319; GORRILHAS, Luciano Moreira. O delito de Pederastia no CPM-Tipo Penal Teratológico. *Consulex*, n. 434. p.56-57).

Contudo, encontra-se expressa no art. 42 e no art. 142 da Constituição a opção, no âmbito da caserna, pela hierarquia e disciplina como elementos fundantes da ordem militar. Por essa razão, o tipo penal a tutelá-los não ofenderia os princípios alhures referidos, **mas, ao contrário, funcionaria sim como tutela especial desses princípios basilares das instituições militares.**

ADPF 291 / DF

Disso se conclui que a controvérsia instalada em torno da constitucionalidade e não recepção do tipo previsto no art. 235 do CPM advém, primordialmente, do *nomen juris* que lhe é correspondente – Pederastia –, e também da nomenclatura especial utilizada na descrição do tipo – ato libidinoso, homossexual ou não. Ao se referir à “**pederastia**” e ao ato libidinoso “**homossexual ou não**”, esses substantivos (pederastia e homossexual) atraem sentidos preconceituosos e pejorativos não mais aceitos pela vigente ordem constitucional.

Essa forma de enunciar e descrever o tipo, com esses substantivos peculiares, revela uma discriminação à liberdade sexual nas relações homoafetivas que, todavia, já teve sua proteção garantida e tutelada por esta Corte ao lhe reconhecer o *status* de entidade familiar quando presentes os requisitos para tanto:

“Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO

ADPF 291 / DF

INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. *O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) ” (ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, Plenário, DJe de 13.10.2011)*

A questão fulcral, dessa forma, delimita-se sobre a possibilidade de o controle concentrado alcançar tanto a rubrica referente ao tipo (Pederastia), quanto o substantivo que complementa o tipo penal em si (homossexual ou não), tendo em vista a ausência de comando normativo da rubrica e o evidente preconceito ofensivo na expressão do tipo penal.

No que diz respeito à rubrica que enuncia o tipo penal, a questão muito se assemelha à discussão já travada no âmbito desta Corte sobre a normatividade do Preâmbulo da Constituição de 1988.

Afastada a normatividade do Preâmbulo, ficou reconhecido seu caráter veiculador de princípios (ADI 2.076, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 08.08.2003) e valores a serem defendidos pelo Estado (ADI 2.649, rel.

ADPF 291 / DF

min. Cármen Lúcia, DJe de 16.10.2008).

A conclusão extraída desses julgados é que, embora destituído de conteúdo normativo e, portanto, não servindo como parâmetro de controle de constitucionalidade, os valores inseridos no Preâmbulo orientam a atividade interpretativa e os princípios nele contidos funcionam como normas de controle.

Segundo pontua Jorge Miranda,

“o alcance político e literário do preâmbulo é evidente em qualquer Constituição. Ele reflete a opinião pública ou projeto de que a Constituição retira a sua força; mais do que no articulado as palavras adquirem aqui todo o seu valor semântico e a linguagem todo o seu poder simbólico ou afetivo.

(...)

Os preâmbulos não podem assimilar-se às declarações de direitos. Estas são textos autonomamente aplicáveis, seja qual for o valor – constitucional, legal ou supraconstitucional- que se lhe reconheça, e separados da Constituição instrumental por razões técnicas e, sobretudo, por razões históricas. Ao invés, aos preâmbulos falta essa autonomia e o que neles avulta é, essencialmente, a unidade que fazem com o articulado da Constituição, a qual, desde logo, confere relevância jurídica ao discurso político que aparentam ser.

Em contrapartida, não se afigura plausível reconduzir a eficácia do preâmbulo (de todos os preâmbulos ou de todo o preâmbulo, pelo menos) ao tipo de eficácia próprio dos artigos da Constituição. Ele não incorpora preceitos, mas sim princípios que se projetam sobre os preceitos e sobre os restantes setores do ordenamento – e daí, a sua maior estabilidade, que se compadece, de resto, com a possibilidade de revisão.

O preâmbulo não pode ser invocado enquanto tal, isoladamente; nem cria direitos ou deveres; invocados só podem ser os princípios nele declarados (aqui, sim, em plano idêntico aos que podem ser induzidos do restante texto constitucional); e, do mesmo modo não há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto a se; só há inconstitucionalidade por violação de princípios nele consignados.” (Teoria do Estado e da Constituição. 4. ed. Rio de Janeiro:

ADPF 291 / DF

Forense, 2015. p. 309)

Pode-se transportar essa conclusão, de forma análoga, para o enunciado da norma cuja constitucionalidade se impugna. Destarte, não obstante a rubrica enunciativa do tipo seja destituída de força normativa, ela se encontra intimamente ligada ao preceito normativo primário do tipo penal subjacente e, por consequência, tem o condão de dirigir a interpretação da norma contida no art. 235, do CPM, determinando, assim, o juízo de tipicidade a ser realizado pelo intérprete no momento de subsunção da conduta humana ao modelo abstrato positivamente previsto. A rubrica, tal como positivada, enuncia uma postura discriminatória que não mais encontra abrigo no ordenamento jurídico vigente. E por estar intimamente conexa ao preceito primário incriminador, pode, assim, ser objeto de controle de constitucionalidade. Por veicular um juízo discriminatório em relação ao ato libidinoso, não pode tal rubrica ser integrada ao ordenamento jurídico pátrio, devendo-se considerá-la como não recepcionada pela Constituição da República 1988.

Da mesma forma, o substantivo que complementa o tipo penal “homossexual ou não” também traz forte carga discriminatória, não passando pela filtragem constitucional que se deve fazer das normas anteriores à Constituição da República. O que até se pode admitir é a tipificação do ato libidinoso em si como forma de proteção da hierarquia e disciplina que fundamentam a ordem militar (art. 42 e art. 142 CRFB). No entanto, a tipificação do ato libidinoso como crime militar não pode trazer consigo, em seu texto descritivo, um preconceito injustificável. Vale dizer, o que se busca tipificar como crime é a prática do ato libidinoso em si, pois esse ato violaria a disciplina exigida pela ordem militar, de tal forma que não importa com quem se pratica esse ato. Não há razão, assim, para se recepcionar o substantivo que acompanha o tipo penal previsto no art. 235 do CPM.

ADPF 291 / DF

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para declarar não recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a rubrica enunciativa “**pederastia**” do tipo penal contido no art. 235, do CPM, bem como a expressão “**homossexual ou não**” contida no referido tipo.

É como voto.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não. Então, Ministro Fachin, se bem entendi, a rubrica ficaria "ato libidinoso", excluindo-se a expressão: "pederastia ou outro". E, do tipo penal, o artigo 235, nós excluiríamos a expressão "homossexual ou não". Continuaría, então, o tipo penal "praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar; pena: detenção de (6) seis meses a (1) um ano". É isto?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Precisamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não, eu agradeço a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
– Que é o pedido sucessivo que eu acolhi.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É o pedido que Vossa Excelência acolhe, em termos alternativos ou subsidiários. Pois não, Ministro.

28/10/2015**PLENÁRIO****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, sem dúvida nenhuma a expressão "pederastia" e as referências a homossexualidade têm sentido homofóbico e preconceituoso, que é incompatível com a Constituição. Todavia, não penso que seja incompatível com a Constituição o restante do dispositivo, que prevê um tipo penal para atos libidinosos, em ambiente sujeito à administração militar, assim considerados os espaços destinados ao exercício da atividade militar típica. É que, ato libidinoso não é sinônimo de ato sexual, muito menos de ato homossexual; libidinoso é um adjetivo qualificativo, que tem um sentido próprio, e como tal deve ser entendido. Tem um significado de um ato devasso, de um ato dissoluto, de um ato despudorado, de um ato lascivo, de um ato libertino, de um ato obsceno, de um ato depravado. É esse o sentido que os nossos dicionaristas atribuem a esse termo.

É claro que são vocábulos de conteúdo aberto, de conteúdo indeterminado que, certamente, carecerão de um preenchimento valorativo caso a caso. Mas não vejo incompatibilidade com a Constituição, pelo menos em certos casos, que certamente serão apurados de acordo com as circunstâncias em que ocorreram que, em nome da disciplina e da hierarquia militar, se estabeleça o tipo penal indicado no dispositivo.

Portanto, vou acompanhar os votos para atender o pedido sucessivo.
É o voto.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, como voto vogal, quando há concordância em gênero, número e grau com a fundamentação apresentada no voto do eminente Relator, basta, é de todo suficiente, que diga que estou a acompanhar o belíssimo voto de Sua Excelência, Ministro Luís Roberto.

E o acompanho no duplo enfoque. Também entendo, por todos os fundamentos expostos com tanto brilho pelo Ministro Luís Roberto, não recepcionado o artigo 235 do Código Penal Militar pela ordem constitucional de 1988, mas, se assim não entender o Plenário, pela sua maioria, e com todo o meu respeito por esses votos divergentes, eu os acompanharei em um segundo momento, tal como fez o eminente Relator, para deferir o pedido sucessivo, restringindo, então, o juízo a uma procedência parcial da ação.

É como voto, Presidente.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Em observância aos princípios da intervenção mínima e subsidiariedade do Direito Penal, corolários do postulado constitucional da proporcionalidade ou razoabilidade, reporto-me aos fundamentos do voto primeiro do eminente Relator para assentar, nas palavras de Sua Excelência, que *“qualquer pretensão de utilizar o art. 235 do Código Penal Militar para vedar o acesso ou promover a expulsão de homossexuais das Forças Armadas, devido à sua orientação sexual, é inconstitucional por violação aos princípios da dignidade humana, da vedação às discriminações odiosas e da igualdade (CRFB/1988, arts. 1º; 3º, IV; e 5º, caput)”*.

Nesse prisma, *“considerando que a severidade do regime disciplinar das Forças Armadas é plenamente capaz de tratar adequadamente comportamentos impróprios, como a prática de atos libidinosos por militares em locais sujeitos à administração militar, entendo que a utilização de um tipo penal para punir tal conduta não se justifica, à luz do princípio da intervenção mínima do direito penal”*.

Assim, *“o legislador não é livre para tipificar penalmente toda e qualquer conduta em nome da hierarquia da disciplina das Forças Armadas, a não ser em caso de estrita necessidade, motivada pela ausência ou insuficiência de outros meios disponíveis”*.

Por outro lado, *“nota-se inequivocamente a pretensão de utilizar o dispositivo para impedir o acesso ou provocar a exclusão de homossexuais das Forças Armadas”, porquanto “a aplicação prática do art. 235 o transforma em um instrumento de criminalização e discriminação de uma determinada opção sexual, de modo a violar a isonomia (CFRB/1988, art. 5º, caput)”*. *“Além de violar o princípio da igualdade, a diferenciação baseada na orientação sexual é inválida, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação às discriminações odiosas (CRFB/1988, arts. 1º, III; 3º, IV)”*.

ADPF 291 / DF

Na hipótese, em que o referido dispositivo configura “*manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados*”, “*não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo*”.

Acolho, assim, a proposição originária formulada pelo eminente Relator, Ministro Roberto Barroso, e **voto pela procedência integral da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, para declarar a não recepção do art. 235 do Código Penal Militar pela ordem constitucional de 1988.**

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sua Excelência evolui e abandona a primeira posição?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
– A minha posição é, se a posição majoritária... porque havia um pedido sucessivo. Portanto, eu os apreciei sucessivamente. Se não prevalecer o primeiro, eu acolho o segundo e, aí, eu acompanho a maioria em relação ao segundo.

28/10/2015**PLENÁRIO****ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, também vou acompanhar o resultado e concluo no sentido do atendimento do pedido sucessivo.

Não tenho dúvida de que no texto, a expressão "homossexual ou não" significa uma opção atentatória à liberdade sexual, discriminatória, fruto de preconceito. A humanidade já sofreu e continua a sofrer por tantas e tão graves formas de preconceitos, um dos quais é exatamente esse. No caso, bastaria lembrar exemplos de grandes nomes da arte, da literatura, que foram sacrificados - e é essa a ideia, de sacrifício - pelas suas opções, pelas suas escolhas pessoais.

Em mais de uma ocasião, este Supremo Tribunal já garantiu exatamente que os tempos, graças a Deus, são de liberdades. E quanto mais amplas forem as liberdades em suas manifestações de pensamento, de vida, de escolha do modo de cada um viver, em todos os campos - profissional, sexual, religioso, de crença, de ideologia-, haverá de prevalecer o que é exatamente o contrário do que se contém nesta referência.

Entretanto, como já foi dito mais de uma vez aqui neste julgamento, considerando-se que esta norma - retirada, excluída, expungidas integralmente essas referências, que, portanto, afastam este dado de preconceito e de discriminação - leva em consideração as condições de atuação e de desempenho de funções na administração militar, estou acompanhando no sentido de julgar parcialmente procedente a arguição, com a exclusão, portanto, dessas referências, que, a meu ver, deixam escoimado o texto do que é atentatório à Constituição.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, também vou pedir vênua ao Relator para acompanhar a divergência. Eu confesso que tinha vindo com o propósito de acompanhar o voto do Ministro Fachin, uma vez que tinha lido ambos os votos anteriormente. Mas, agora, houve a antecipação do Ministro Marco Aurélio. Então acompanho a divergência que se configura.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia para, *em parte, dissentir* do *brilhantíssimo* voto do eminente Relator, **pois, acompanhando a fundamentada manifestação** da eminente Ministra ROSA WEBER, **julgo integralmente procedente** a presente arguição de descumprimento, *que tem como objeto de impugnação* a norma **inscrita** no art. 235 do Código Penal Militar (CPM), que, **ao dispor** sobre a tipificação **do crime** de “*Pederastia ou outro ato de libidinagem*”, **assim dispõe**:

*“**Art. 235.** Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:*

***Pena** - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.” (grifei)*

Ao assim decidir, tenho em consideração *não apenas as razões* já expostas pela eminente Ministra ROSA WEBER, **mas, também, os fundamentos que invoquei em voto que proferi na ADI 4.277/DF, no qual me estendi** longamente sobre o tema, **notadamente** no tópico em que destaquei, **para efeito de análise, a questão pertinente** à “*repressão ao ‘pecado nefando’: do ‘Liber Terribilis’ das Ordenações do Reino ao vigente Código Penal Militar*”.

O tema ora em julgamento, Senhor Presidente, **mereceu magnífica abordagem** feita pela eminente Ministra MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, **que foi Presidente** do E. Superior Tribunal Militar, *em precioso trabalho intitulado* “*Iguais, mas separados: os*

ADPF 291 / DF

homossexuais e as Forças Armadas”, de que reproduzo o seguinte e esclarecedor fragmento:

“Na realidade, o problema da homossexualidade nas Forças Armadas não se centra no homossexual, mas nos heterossexuais que o estigmatizam. Neste contexto, o que seria mais razoável e justo: banir o indivíduo ou lutar contra o preconceito? A primeira providência (...) – banir o homossexual, excluindo-o de qualquer amparo jurídico – ‘(...) seria o caminho mais fácil a se perfilhar, mas não sob a ótica da legalidade, por afrontar os princípios constitucionais norteadores dos Ordenamentos Jurídicos brasileiro e internacional.” (grifei)

Com efeito, a questão da homossexualidade tem assumido, em nosso País, ao longo de séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, graves proporções que tanto afetam as pessoas em virtude de sua orientação sexual, marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as de direitos básicos, em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador do postulado da essencial dignidade do ser humano.

*Se revisitarmos a legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial, e analisarmos as punições cominadas no Livro V das Ordenações do Reino, conhecido como “*liber terribilis*”, tal o modo compulsivo com que esse estatuto régio prodigalizava a pena de morte, iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa) com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais.*

*É interessante observar que as Ordenações do Reino – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) –, marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, também qualificada como “pecado nefando” (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, como “*cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha*”, cominaram sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do “*supplicium**

ADPF 291 / DF

extremum” aos autores dessas práticas sexuais tidas por “desviantes”, **como revela** VERONICA DE JESUS GOMES, *em Dissertação de Mestrado* (“Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa”, Niterói, UFF, 2010):

“As ‘Ordenações’ do Reino português foram rigorosas no julgamento do pecado/crime ao preverem penas bastante severas aos sodomitas, incluindo a morte, como já assinalavam, no século XV, as ‘Ordenações Afonsinas’. A pena capital foi confirmada pelas leis posteriores, quando houve melhor sistematização e recrudescimento das regras penais. As ‘Ordenações Manuelinas’ (1514/1521) mantiveram a fogueira para os transgressores, equipararam o crime de sodomia ao de lesa-majestade, ou seja, quem cometesse um ato sodomítico sofreria as mesmas sanções de quem traísse a pessoa do rei ou o seu real estado, declarando que ‘todos seus bens sejam confiscados pera a Coroa dos Nossos Reynos [...], assi propriamente como os daquelles, que cometem o crime da lesa Magestade contra seu Rey e Senhor’.

Além disso, condenou seus filhos e descendentes à infâmia, proibindo-lhes a ocupação de cargos públicos, além de incitar a delação, prometendo um terço da fazenda dos acusados aos que apontassem culpados, ‘em segredo ou em publico’. Aquele que soubesse de algum ‘desviante’ e não o delatasse, qualquer que fosse sua pessoa, teria todos os bens confiscados e seria degredado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

Quanto aos parceiros dos sodomitas, o Código Manuelino previa que, em caso de delação, que culminasse na prisão do acusado, lhe fosse perdoada toda pena cível, ‘e crime contheuda nesta Ordenaçam; (...)’. As disposições ali registradas valiam tanto para os que pecaram antes de sua promulgação quanto para os que, porventura, cometessem o dito crime dali em diante.

As regras valiam também para a sodomia feminina, que, a partir de então, passou a configurar-se como um crime julgado pelas ordenações régias. (...).

As Ordenações Filipinas (1603) confirmaram a pena capital aos sodomitas de qualquer qualidade, incluídas as

ADPF 291 / DF

mulheres, mantendo o confisco de bens e a infâmia de seus descendentes, da mesma maneira que o estabelecido para os que cometessem o crime de lesa-majestade. Os delatores agora teriam direito à metade da fazenda do culpado. Em caso de delatados despossuídos, a Coroa pagaria cem cruzados ao 'descobridor', quantia que seria devida apenas em caso de prisão do sodomita. Da mesma forma que as Manuelinas, condenavam ao confisco total de bens e ao degredo perpétuo os que não colaborassem com a justiça e reafirmavam a indulgência perante os que delatassem os parceiros.

.....
Esse código legislativo apresentou inovações que merecem ser destacadas. O discurso persecutório às práticas homoeróticas parece recrudesce. A molície entre pessoas do mesmo sexo, que não constava nas duas primeiras ordenações, passou a ser punida gravemente com a pena do degredo para as galés 'e outras penas extraordinárias, segundo o modo e perseverancia do peccado':

(...)

Duas testemunhas de diferentes atos de molície eram requeridas para que o delito fosse provado e o legislador se preocupou com a identidade das testemunhas, que não deveriam ter seus nomes revelados, mas segundo o arbítrio do julgador. Até então, não havia preocupação quanto às carícias homoeróticas por parte da legislação régia. As 'Ordenações Afonsinas' observaram apenas os atos sodomíticos em si e as 'Ordenações Manuelinas' incluíram as mulheres, a bestialidade (praticada por ambos), além do uso de roupas de homens por mulheres e vice-versa. Nos Códigos Filipinos, ainda que os 'tocamentos desonestos' não fossem o bastante para comprovar o delito, passaram a ser gravemente punidos com o degredo para as galés ou outras penas, dependendo da contumácia e pertinácia do indivíduo.

Outro aspecto que merece ser ressaltado é a introdução da tortura no título referente à sodomia. Sempre que houvesse culpados ou indícios de culpa, que, conforme o Direito, bastassem, o sujeito era enviado para o tormento, para que revelasse os parceiros e quaisquer outras pessoas que tivessem cometido

ADPF 291 / DF

sodomia ou soubessem de sua prática. A tortura de réus negativos ou ‘vacilantes’ foi um procedimento judiciário comum nos códigos legislativos europeus. (...).

Em Portugal, a preocupação com a utilização da técnica como forma de arrancar as confissões era tamanha que as ‘Ordenações Manuelinas’ aconselhavam que não fossem aplicadas seguidas sessões de tormento ao mesmo réu, para que, com ‘medo da dor’, ratificasse uma falsa confissão. (...).

As três ‘Ordenações’ não foram os únicos códigos legislativos portugueses que censuraram e penalizaram sodomitas e praticantes de molície. As chamadas ‘Leis Extravagantes’ também tiveram o mesmo objetivo. Em 09 de março de 1571, uma ‘Lei Extravagante’, promulgada por D. Sebastião, ditava que ‘as Pessoas, que com outras do mesmo sexo commetterem o peccado de mollicie, serão castigadas gravemente com o degredo de Galés, e outras penas extraordinarias, segundo o modo e perseverança do peccado’. Em 1606, o rei Felipe II ratificou a lei de D. Sebastião contra a molície, em que se determinava que os culpados fossem presos e, sendo peões, recebessem a pena vil do açoite com baraço e pregão, devendo ser degredados por sete anos para as galés. Em caso de pessoas de ‘melhor qualidade’, seriam degredadas para Angola, sem remissão. Todavia, os reincidentes mais devassos e escandalosos poderiam ser condenados à morte, ‘perdendo as famílias nobres sua dignidade e privilégios’.” (grifei)

A atividade persecutória que a Coroa real portuguesa promoveu contra os homossexuais, em Portugal e em seus domínios ultramarinos, intensificou-se, ainda mais, com o processo de expansão colonial lusitana, a ponto de el-Rei D. Sebastião, preocupado com as relações homossexuais entre portugueses e os povos por estes conquistados, haver editado a Lei sobre o Pecado de Sodomia, como assinala o ilustre Antropólogo e Professor LUIZ MOTT (“Relações Raciais entre Homossexuais no Brasil Colonial”).

ADPF 291 / DF

Naquela fase de nosso processo histórico, **no entanto, não foram apenas** as autoridades **seculares que dispensaram esse duríssimo tratamento** aos homossexuais. **Também a Igreja, a partir** de 1553 (como informa RONALDO VAINFAS, em sua obra “*Confissões da Bahia*”), **reprimiu-os e puniu-os, severamente**, em nosso País, **como se vê** dos documentos **que registram a atuação do Santo Ofício no Brasil, como aqueles que se referem**, por exemplo, à **Primeira Visitação do Santo Ofício** (1591) e que **teve, à sua frente, o Inquisidor Heitor Furtado de Mendonça, consoante relata** MINISA NOGUEIRA NAPOLITANO (“*A Sodomia Feminina na Primeira Visitação do Santo Ofício ao Brasil*”):

“As punições previstas em tais leis tinham, sobretudo, a finalidade de suscitar o medo, explicitar a norma e dar o exemplo a todos aqueles que assistissem às sentenças e às penas sofridas pelos culpados, fossem humilhações perante todo o público, fosse a flagelação do seu corpo ou, até mesmo, a morte na fogueira, chamada de pena capital. Essas punições possuíam menos o intuito de punir os culpados do que espalhar o terror, a coerção, o receio. Elas espalhavam um verdadeiro temor, fazendo com que as pessoas que presenciassem esses espetáculos punitivos examinassem suas consciências, refletissem acerca de seus delitos. O ritual punitivo era uma cerimônia política de reativação do poder e da lei do monarca.

A sodomia propriamente dita, segundo o livro Quinto das Ordenações Filipinas, se equiparava ao de lesa-majestade e se estendia tanto aos homens quanto às mulheres que cometessem o pecado contra a natureza. Todos os culpados seriam queimados e feitos por fogo em pó, seus bens confiscados para a coroa e seus filhos e netos seriam tidos como infames e inábeis.” (grifei)

Embora a atuação do Tribunal do Santo Ofício **somente** tenha ocorrido **no final** do Século XVI, **com a sua Primeira Visitação à Bahia** (1591), **o fato** é que, **culminando** um processo de negociações diplomáticas **iniciadas, ainda, sob D. Manuel I, o Venturoso, a Inquisição foi instituída**, em Portugal, **no reinado** de D. João III, **pelo Romano Pontífice, Paulo III,**

ADPF 291 / DF

que promulgou a Bula “*Cum ad nihil magis*”, de 23/05/1536, **que restaurou** anterior documento pontifício, **com igual** denominação e finalidade, **editado**, em 1531, pelo Papa Clemente VII.

Esse evento, analisado por diversos autores (PEDRO CARDIM, “**Religião e Ordem Social**”, “*in*” Revista de História das Idéias, Coimbra, 2001; FRANCISCO BETHENCOURT, “**Os Equilíbrios Sociais do Poder**”, “*in*” História de Portugal, **organizada** por José Mattoso, 1993, Lisboa, Estampa, v.g.), **veio a ser fortalecido**, *naquele momento histórico*, em suas graves consequências, **pela forte e decisiva influência** resultante do Concílio de Trento (1545-1563), **cujas deliberações – as denominadas resoluções tridentinas – exacerbaram**, *ainda mais*, **a reação hostil ao comportamento homossexual, valendo lembrar**, *por oportuno*, **o registro** feito por VERONICA DE JESUS GOMES (*op. cit.*):

“Marcado por ‘um entendimento da realeza onde o religioso e o político surgem lado a lado, chegando mesmo a interpenetrar-se’, o Estado português, ao buscar a ortodoxia religiosa e moral de seus súditos, criou a Inquisição, uma instituição de caráter híbrido, já que, mesmo se constituindo como ‘tribunal eclesiástico, não deixa de se afirmar como tribunal régio’.

.....
Ainda no século XVI, o Santo Ofício lusitano, certamente influenciado pelas idéias de reforma propostas pelo ‘Concílio de Trento’, não se voltou apenas contra os erros de fé, tendo recebido a incumbência de julgar certos ‘desvios morais’, isto é, pecados/crimes que, até então, estavam sob jurisdição civil e eclesiástica. As disposições tridentinas demonstraram ojeriza às práticas dos sodomitas. Ao atentar para os perigos da perda da graça da justificação, que, uma vez recebida, podia ser despojada não apenas pela infidelidade, através da qual se extinguia a própria fé, mas também através de qualquer outro pecado mortal, mesmo quando a fé não acabava, as determinações do concílio lembraram as afirmações do apóstolo Paulo que assinalou a exclusão de efeminados e sodomitas do reino de Deus.” (grifei)

ADPF 291 / DF

Os exemplos de nosso passado colonial **e o registro** de práticas sociais **menos** antigas **revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica** em nosso País.

Por isso, Senhor Presidente, **é que se impõe proclamar**, agora mais do que nunca, **que ninguém**, absolutamente ninguém, **pode** ser privado de direitos **nem** sofrer **quaisquer** restrições de ordem jurídica **por motivo de sua orientação sexual**.

Isso significa **que também os homossexuais têm** o direito de receber **a igual** proteção das leis **e do sistema político-jurídico instituído** pela Constituição da República, **mostrando-se** arbitrário **e inaceitável qualquer** estatuto **que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigale as pessoas em razão de sua orientação sexual**.

Essa afirmação, **mais** do que simples proclamação retórica, **traduz** o reconhecimento, **que emerge** do quadro das liberdades públicas, de que o Estado **não pode** adotar medidas **nem formular** prescrições normativas que provoquem, **por efeito** de seu conteúdo discriminatório (ou punitivo), **a exclusão jurídica** de grupos, *minoritários ou não*, **que integram** a comunhão nacional.

Incumbe, por isso mesmo, a esta Suprema Corte, **considerada** a natureza *eminentemente* constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório, **velar** pela integridade dessa proclamação, **pois**, em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir este julgamento – **que já se mostra impregnado de densa significação histórica** –, **estará viabilizando a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam** fundamentos essenciais à **configuração** de uma sociedade *verdadeiramente* democrática.

ADPF 291 / DF

Na realidade, Senhor Presidente, o julgamento que hoje se realiza certamente marcará, uma vez mais, a vida deste País e **imprimirá** novos rumos à causa da comunidade homossexual.

O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma penal em questão (CPM, art. 235) **viabilizará a consecução** de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, *longe de dividir* pessoas, grupos e instituições, **estimula** a união de toda a sociedade **em torno** de um objetivo comum, **pois decisões** – *como esta que ora é proferida* pelo Supremo Tribunal Federal – **que põem termo** a injustas divisões fundadas em preconceitos inaceitáveis e **que não mais resistem** ao espírito do tempo **possuem a virtude** de congregar aqueles **que reverenciam** os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Esta decisão – *que torna efetivo* o princípio da igualdade, *que assegura respeito* à liberdade pessoal e à autonomia individual, *que confere primazia* à dignidade da pessoa humana e **que, rompendo** paradigmas históricos e culturais, *remove obstáculos* que, até agora, **inviabilizavam** a busca da felicidade **por parte** de homossexuais **vítimas** de tratamento discriminatório – *não é nem pode ser* qualificada como decisão proferida contra alguém, **da mesma forma** que não pode ser considerada um julgamento a favor **de apenas** alguns.

Com este julgamento, o Brasil **dá um passo** significativo **contra** a discriminação e **contra** o tratamento excludente **que têm marginalizado** grupos minoritários em nosso País, *o que torna imperioso acolher* novos valores e **consagrar** uma nova concepção de Direito **fundada** em nova visão de mundo, **superando** os desafios impostos pela necessidade *de mudança de paradigmas*, **em ordem a viabilizar**, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica *genuinamente inclusiva*.

ADPF 291 / DF

É por tal razão que o magistério da doutrina – apoiando-se em valiosa hermenêuticas emancipatória e construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se reveste o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, em ordem a permitir que se extraiam, em favor das pessoas em geral e de parceiros homossexuais em particular, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo do Direito Penal militar, considerada a natureza da cláusula de tipificação do “crime de pederastia” tal como este se acha definido no art. 235 do CPM.

Vê-se, daí, que a questão da homossexualidade, desde os pródromos de nossa História, foi inicialmente tratada sob o signo da mais cruel das repressões (LUIZ MOTT, “Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome”), experimentando, desde então, em sua abordagem pelo Poder Público, tratamentos normativos que jamais se despojaram da eiva do preconceito e da discriminação, como resulta claro da punição (pena de prisão) imposta, ainda hoje, por legislação especial, que tipifica, como crime militar, a prática de relações homossexuais no âmbito das organizações castrenses (CPM, art. 235), o que tem levado alguns autores (MARIANA BARROS BARREIRAS, “Onde está a Igualdade? Pederastia no CPM”, “in” “Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 187, jun/2008; CARLOS FREDERICO DE O. PEREIRA, “Homossexuais nas Forças Armadas: tabu ou indisciplina?”, v.g.) a sustentar a inconstitucionalidade material de referida cláusula de tipificação penal, não obstante precedente desta Corte em sentido contrário (HC 79.285/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES).

E é precisamente pelas razões que venho de invocar que igualmente entendo caracterizada, na espécie ora em exame, hipótese de inconstitucionalidade material que infirma a validade jurídica do art. 235 do Código Penal Militar.

ADPF 291 / DF

Sendo assim, e em face das razões expostas, **peço vênia para acompanhar** o douto voto da eminente Ministra ROSA WEBER.

É o meu voto.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

– Presidente, eu queria pedir desculpas. Apenas por uma cortesia legítima, esta ação resultou de uma representação de entidades da sociedade civil que eu gostaria de registrar por dever de justiça: Clínica de Direitos Humanos do Centro Universitário Ritter dos Reis, de Porto Alegre; Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, de Brasília; Núcleo de Pesquisa em Sexualidade e Representações de Gênero, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Grupo pela Livre Expressão Sexual, de Porto Alegre; Instituto Edson Nêris, de São Paulo; Instituto de Acesso à Justiça e Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual, todos coordenados pelos Professores Doutores Paulo Gilberto Cogo Leivas, Gilberto Schäfer e Roger Raupp Rios.

Apenas um registro porque foram eles que deflagaram ousadamente essa discussão.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu queria dizer que, forte nas razões do eminente Relator, entendo que é suficiente que nós escoimemos do texto a rubrica "pederastia" e também a expressão "homossexual ou não" à maneira sugerida tanto pelo eminente Ministro Marco Aurélio como, também, em voto que foi entregue a todos, adiantadamente, pelo Ministro Luiz Edson Fachin.

Entendo que essa figura típica penal deve continuar vigorando no universo jurídico tendo em conta, realmente, o fato de que coíbe certas ações que são incompatíveis com a atividade militar, sobretudo com a hierarquia e a disciplina, como já foi frisado por vários Ministros que me antecederam.

É claro que é preciso, como registrei também, dar uma interpretação um pouco mais contida à expressão "em lugar sujeito à administração militar", conjugando essa expressão com aquilo que se contém no artigo 9º, II, **a**, e 9º, III, **b**, do Código Penal Militar, entendendo sempre que os envolvidos devem estar numa situação de atividade tipicamente militar. Se não o for, o crime não existirá.

Observo também, com todo o respeito, que, a meu ver, a pena é razoável e proporcional, é uma pena de seis meses a um ano. E também peço vênia para observar que o tipo penal está adequadamente inserido no Título IV do Código Penal Militar, que trata dos crimes contra a pessoa. Qual é o valor que se busca proteger aqui? Busca-se exatamente salvaguardar a integridade física, psíquica, moral e mesmo a liberdade da pessoa. Portanto, não me parece que ele esteja num *locus* inadequado, do ponto de vista topográfico, dentro do Código Penal Militar.

Penso que a manutenção deste artigo, nos termos sugeridos tanto pelo Ministro Marco Aurélio como pelo Ministro Fachin, e com a

ADPF 291 / DF

concordância do eminente Relator, quando aceita placitar o pedido subsidiário ou alternativo, tem a grande vantagem também de combater um eventual assédio sexual dentro dos lugares sujeitos à administração militar. O assédio sexual hoje se dá em empresas, em escolas, em unidades militares, sobretudo em locais em que há uma hierarquia e, muitas vezes, a hierarquia pode até ensejar atos de violência com as pessoas que estejam numa situação de inferioridade sob esse ponto de vista.

Dessa maneira, eu peço vênica para acompanhar a divergência que foi iniciada pelo Ministro Marco Aurélio e explicitada, anteriormente, pelo Ministro Edson Fachin no voto que distribuiu a todos antes da sessão.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Creio que o Ministro Relator, Roberto Barroso, diante da maioria de sete votos que temos no sentido de julgarmos parcialmente procedente essa ADPF, Sua Excelência reformularia o seu voto inicial para aderir à tese majoritária, não é isso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
– No meu próprio voto, já considerava a tese alternativa e vou registrar que essa foi a posição da maioria.

28/10/2015

PLENÁRIO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, **confirmo**, *inteiramente*, o voto **que proferi** nesta sessão de julgamento. Fico vencido, *portanto*, porque **dou** pela procedência integral da presente arguição de descumprimento.

É o meu voto.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, presto apenas um esclarecimento, para não pensarem que atropelei o ministro Luiz Edson Fachin. Não recebi antecipadamente o voto de Sua Excelência, porque adoto a prática de não receber os votos, caso contrário não teria iniciado a discussão, não teria adiantado o voto – repito – caso soubesse do conteúdo do voto de Sua Excelência.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministra Rosa também reformula no mesmo sentido?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Não. Senhor Presidente, eu não reformulo, eu fico vencida quanto ao pedido primeiro. Mas, quanto ao pedido sucessivo, já que o Plenário... eu só não quero ficar como se vencida estivesse com relação ao segundo, ao pedido sucessivo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
– Eu vou fazer o registro das posições originárias e o registro de que...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De duas uma, para mantermos íntegro o Regimento Interno: ou Sua Excelência, o relator, evolui, abandona a primeira parte do voto e fica como redator do acórdão – relator e redator –, ou, pelo Regimento, a redação é deslocada.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
– É isso mesmo. Eu reajuste para acompanhar o pedido subsidiário.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então Vossa Excelência fica com o pedido subsidiário e, portanto, fica com o acórdão. Julga parcialmente procedente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E, evidentemente, não constará do voto de Sua Excelência a primeira parte, porque, se constar evidentemente se terá um descompasso.

ADPF 291 / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não sei. Ministro-Relator?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
– Não, o voto espelhará com fidelidade o que foi decidido pelo Plenário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não é bem isso, Ministro. Há norma regimental apontando que, vencido o relator e havendo no Plenário integrante que tenha sido vencedor de ponta a ponta, será ele o redator do acórdão. Vamos alterar então o Regimento Interno!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Também fico vencido, Senhor Presidente, **porque julgo inteiramente procedente** esta arguição de descumprimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência poderia ficar com o pincel e sem a escada.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A minha posição ficou bastante clara no extenso e fundamentado voto que proferi.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
– É, no meu voto, eu registrei a minha posição favorável ao acolhimento do pedido original integralmente. Em seguida, eu assinalei que havia um pedido subsidiário, como denominado, e que o pedido subsidiário já era um avanço significativo e também positivo, e que, se a maioria optasse pelo pedido subsidiário, eu me filiaria a ele, portanto, assim fiz.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A questão consiste em saber se o voto do eminente Relator prevalecerá *como voto vencedor*.

ADPF 291 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que cumpre saber, Presidente, é se o Relator fica vencedor na íntegra ou parcialmente vencido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

– Não, o relator fica vencedor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como Presidente da Comissão de Regimento Interno, tenho a obrigação de lutar pela prevalência do que nele se contém. Se ficasse em parte vencido, no que acolhia o pedido dito principal, haveria o deslocamento, pelo Regimento Interno, da redação do acórdão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

– O relator reajustou o voto, Presidente, acompanhando a maioria.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Apenas para esclarecer, mais uma vez, aqueles que nos acompanham, ficou então prevalecendo, no Código Penal Militar, a seguinte redação do art. 235, com a rubrica ato libidinoso, ficou mantida a seguinte tipologia:

"Praticar ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar:

Pena - detenção de seis meses a um ano".

Portanto, o Supremo considerou inconstitucional a menção à pederastia e também a menção à homossexualidade, que foram excluídos do texto do art. 235 do Código Penal Militar.

Então, este é o resultado do julgamento.

Agradeço o interesse de todos que participaram desse julgamento e o aspecto extremamente erudito e substantivo dos votos. Foi um tema muito importante.

28/10/2015

PLENÁRIO

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291
DISTRITO FEDERAL**

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu vou fazer juntada de voto escrito. Não me havia manifestado nesse sentido porque estava acompanhando na íntegra o primeiro voto do Ministro Luís Roberto, mas agora vou juntar meus fundamentos por escrito.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 291

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu da ação e julgou parcialmente procedente a argüição para declarar não recepcionadas pela Constituição Federal a expressão "pederastia ou outro", mencionada na rubrica enunciativa referente ao art. 235 do Código Penal Militar, e a expressão "homossexual ou não", contida no referido dispositivo, vencidos os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber, que a julgavam integralmente procedente. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 28.10.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário