

**FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MILITAR**

**IZAAC DA SILVA PORTELA**

**A CONTROVERTIDA PREVISÃO DO TERMO “PEDERASTIA” NO**  
**CÓDIGO PENAL MILITAR**

NATAL/RN

2013

**IZAAC DA SILVA PORTELA**

**A CONTROVERTIDA PREVISÃO DO TERMO “PEDERASTIA” NO  
CÓDIGO PENAL MILITAR**

Artigo científico apresentado à disciplina de Metodologia Científica do Curso de Pós Graduação em Direito Militar da Faculdade Maurício de Nassau, sob a orientação do professor Jorge Cesar de Assis.

NATAL/RN

2013

**IZAAC DA SILVA PORTELA**

Artigo científico apresentado à disciplina de Metodologia Científica do Curso de Pós Graduação em Direito Militar da Faculdade Maurício de Nassau, sob a orientação do professor Jorge Cesar de Assis.

Resultado: \_\_\_\_\_

NATAL/RN

2013

**LISTA DE SIGLAS**

Art. – Artigo.

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CPM – Código Penal Militar Brasileiro.

HC – *Habeas corpus*

Inc. – Inciso.

PL – Projeto de Lei.

STM – SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR.

V. – Veja

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>5</b>
<b>1. DA POSIÇÃO TOPOGRÁFICA DO CRIME <i>PEDERASTIA OU OUTRO ATO LIBIDINOSO</i> NO CÓDIGO PENAL MILITAR (DECRETO-LEI 1001/69).....</b>	<b>6</b>
<b>2. PEDERASTIA E ATO LIBIDINOSO.....</b>	<b>9</b>
<b>3. DA DESNECESSIDADE DO <i>NOMEN IURIS</i> PEDERASTIA.....</b>	<b>11</b>
<b>4. DA DISTINÇÃO E DA ANÁLISE DA RECEPCIONALIDADE DO TERMO PEDERASTIA PELA CRFB/88.....</b>	<b>12</b>
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>19</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>20</b>

## INTRODUÇÃO.

No presente trabalho, aborda-se o crime do art. 235 do Código Penal Militar Brasileiro (pederastia ou outro ato libidinoso), delineando-se sua posição topográfica no diploma substancial castrense e características, avaliando-se os *nomen iuris*, *pederastia* e *ato libidinoso*, discutindo-se sobre a aparente desnecessidade daquele, seu caráter atentatório à dignidade da pessoa humana e discriminatório, e, por conseguinte, sua não recepcionalidade pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Analisa-se a desnecessidade e a discriminação contida no termo pederastia, fazendo-se uma cotejo entre ele e a Constituição.

Aquilata-se os termos “pederastia” e “ato libidinoso” com o fito de fundamentar a desnecessidade do primeiro, tendo em vista que é uma espécie do segundo, e que, por tratar-se de um termo que se refere técnica e exclusivamente à relação sexual entre militares homens (e não mulheres, como ver-se-á nas linhas *infra*), em espaço sob administração castrense, não adequa-se na modernidade, uma vez que o número de mulheres espartanas já é bastante considerável, configurando-se, dessa forma, a rubrica, de maneira discriminatória e ofensiva à dignidade da pessoa humana. Consequentemente, versa-se sobre a questão de sua recepcionalidade pela Carta Magna.

Nota-se a relevância do presente tema com a seguinte reflexão: se a dicção “pederastia”, que é uma espécie de ato libidinoso, implica na relação sexual entre militares ou entre estes e civis, todos necessariamente do sexo masculino, e que tanto o militar heterossexual quanto o homossexual (seja do sexo masculino ou feminino) estão sujeitos à

prática de atos libidinosos dentro de áreas sujeitas à administração militar, além do fato de que o contingente de mulheres, nas instituições castrenses, ter aumentado, torna-se desnecessária e redundante, além de discriminatória, a intitulação do título “Pederastia ou outro ato libidinoso”.

Para arrematar, os sistemas metodológicos para o desenvolvimento do presente trabalho serão o documental e bibliográfico. Em algumas situações utiliza-se bases jurisprudenciais.

## **1. DA POSIÇÃO TOPOGRÁFICA DO CRIME *PEDERASTIA OU OUTRO ATO LIBIDINOSO* NO CÓDIGO PENAL MILITAR (DECRETO-LEI 1001/69).**

Os comportamentos de libidinagem nos quartéis estão tipificados no art. 235, do Capítulo VII do Título IV do Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), que trata do crime de “Pederastia ou outro ato libidinoso”.

O Título IV abrange o rol dos crimes contra a pessoa, sendo que seu Capítulo VII trata dos crimes sexuais.

O dispositivo em análise prescreve o seguinte:

Pederastia ou outro ato libidinoso

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

Pena - detenção, de seis meses a um ano.

Seus elementos nucleares são *praticar* ou *permitir*, pressupondo sua natureza formal, ou seja, para a consumação do crime basta que o militar *pratique* ou *permita* que com ele se pratique ato libidinoso, desde que em lugar sujeito à administração militar. A conclusão ou não do ato libidinoso é mero exaurimento. Embora haja posicionamento no sentido de haver

possibilidade de tentativa neste crime (NEVES; STREIFINGER, 2012, p. 1140-1141) não discutir-se-á a respeito da controvérsia, uma vez que não faz parte do foco deste trabalho.

Note-se também que o sujeito ativo é apenas a pessoa investida como militar, pois na forma do dispositivo retrotranscrito é o espartano quem executa seus núcleos, *praticar* ou *permitir*. Portanto, trata-se de um crime próprio (ASSIS, 2012, p. 517). Neste sentido, a Jurisprudência do STM:

**EMENTA:** Recurso em Sentido Estrito. Rejeição da Denúncia. **Pederastia ou outro ato de libidinagem.** Desprovemento. Inconformismo do Parquet Militar diante da Decisão do Juízo de origem que **rejeitou a Denúncia oferecida em desfavor de Civil por considerar ausentes duas das condições da ação penal militar, quais sejam, pedido juridicamente possível e legitimidade passiva para o processo. Ainda que prestando serviços como médico de uma Organização Militar, a condição de Civil do Denunciado o desnatura como sujeito ativo do delito previsto no art. 235 do CPM, uma vez que o crime de Pederastia ou outro ato de libidinagem exige que o Agente seja militar.** Impossibilidade de equiparar o Denunciado, para fins de aplicação da lei penal militar, aos Oficiais médicos integrantes do Serviço de Saúde da Marinha, uma vez que o princípio da legalidade, viga mestra do direito penal brasileiro, expressa a taxatividade da lei na tipificação do delito e, por via de consequência, exclui o emprego da analogia sempre que tanto vier em detrimento do indivíduo. Desprovemento do Recurso. Unânime (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 0000266-79.2010.7.01.0401. Min. Rel.: Luis Carlos Gomes Mattos. Julgamento: 28/02/2012).

**EMENTA:** CORREIÇÃO PARCIAL. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO. DEFERIMENTO. ARTIGO 235 DO CPM. COAUTORIA POR FORÇA DO ARTIGO 53, § 1º, DO CPM. PRELIMINAR ARGUÍDA DE OFÍCIO. REJEIÇÃO. MÉRITO. INDEFERIMENTO. Rejeita-se a preliminar de não conhecimento arguida sob o argumento de que não se trata de erro de procedimento, faltando, em consequência, competência ao Juiz-Auditor Corregedor para requerê-la. A tese de arquivamento do IPM deve ser mantida, ao passo que **o crime do artigo 235 do CPPM não pode ser cometido por civil, considerando ser crime próprio e necessariamente bilateral.** Preliminar de não conhecimento rejeitada. Decisão majoritária. No mérito, Correição indeferida. Decisão unânime (CORREIÇÃO PARCIAL 0000277-92.2011.7.01.0201. Min. Re.: José Coêlho Ferreira. Julgamento: 01/02/2012).

Apesar de estar relacionado indevidamente entre os crimes sexuais, o delito de pederastia ou outro ato libidinoso tem por objetivo a preservação da imagem das instituições castrenses frente, sobretudo, aos que as compõem, com vista a coibir (ou pelo menos evitar) o aviltamento dos bons costumes, e da disciplina e da hierarquia militar:

**EMENTA:** APELAÇÃO. ART. 235 DO CPM. ATO LIBIDINOSO PRATICADO POR ENFERMEIRO COM UMA PACIENTE NO INTERIOR DO HOSPITAL MILITAR. A confissão extrajudicial vale pela sinceridade com que é feita, desde que corroborada por outros elementos de prova, inclusive circunstanciais



(MIRABETE) e, embora, retratada, se não infirmada por elementos da instrução, tem seu valor preservado (STF, HC nº 73.513/SP). Autoria e materialidade comprovadas por laudo atestando a presença de espermatozóides e conjunção carnal recente, pela escala de serviço, pelas narrativas da Paciente e pela confissão extrajudicial do Réu, formando um quadro convincente e suficiente para o decreto condenatório. **O fato atingiu sobremaneira a credibilidade e a confiança que precisam existir na relação entre os sujeitos no âmbito de um nosocômio, afetando diretamente a disciplina, a hierarquia e a reputação da instituição hospitalar militar, o que justifica a exacerbação da pena-base.** Recurso ministerial provido. Maioria (APELAÇÃO [FO] 2002.01.049170-8 / RS. Superior Tribunal Militar. Min. Rel.: Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. Decisão: 05/02/2004).

**EMENTA:** Apelação. **Crime de Pederastia ou outro ato de libidinagem.** Inaplicação do instituto da "Delação Premiada". Hipótese em que os Acusados praticaram atos libidinosos no interior do quartel, estando todos de serviço. Delineamento, "in casu", do delito recortado no art. 235, c/c a agravação estipulada no art. 237, inciso II, todos do CPM. Integral inaplicação, no caso, do instituto da "Delação Premiada", em face, sobretudo, da sua total **incompatibilidade com os princípios da hierarquia e da disciplina, bases institucionais das Forças Armadas, e, ainda, com o valor e a ética militares.** Provimento do Apelo do MPM. Decisão majoritária (APELAÇÃO [FO] 2005.01.049833-8 / AM. Superior Tribunal Militar. Min. Rel.: Max Hoertel. Decisão: 17/05/2005).

**EMENTA:** CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. NATUREZA ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. REJEIÇÃO. OFICIAL CONDENADO COMO INCURSO NO **ARTIGO 235, CPM. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. CRIME DE NATUREZA INFAMANTE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO. PERDA DO POSTO E PATENTE. [...] 3. OFICIAL CONDENADO PELA PRÁTICA DE ATOS DE PEDERASTIA E DE LIBIDINAGEM COM SUBORDINADOS. CRIME INFAMANTE. A prática comprovada desses atos, envolvendo subordinados, tipifica crime de natureza infamante, atingindo, diretamente, a honra do oficial, com reputação negativa no seio da Instituição a que pertence e repercussões nocivas à hierarquia e à disciplina militares, tornando-se, por razões óbvias, difícil sua acomodação funcional em qualquer Unidade de sua Força Armada. [...] 5. INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO. PERDA DO POSTO E PATENTE. Se o comportamento irregular do Oficial Justificante fere a ética e o dever militares, afetando a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, há de ser o mesmo considerado culpado, incapaz de permanecer na ativa e indigno do oficialato, com a conseqüente perda de seu posto e patente. Rejeitada a preliminar argüida pela Defesa e, no mérito, julgado o Justificante culpado das acusações que lhe foram irrogadas, considerando-o incapaz de permanecer na ativa do Exército, declarando-o indigno do oficialato e determinada a perda de seu posto e patente. Decisão unânime (PROCESSO 1997.02.000165-5 / DF. Superior Tribunal Militar. Min. Rel.: Sérgio Xavier Ferolla. Decisão: 04/12/1997).**

## 2. PEDERASTIA E ATO LIBIDINOSO.

No âmbito militar, além de disciplina e hierarquia, exige-se de qualquer espartano, respeito ao militarismo e às instituições castrenses. Este respeito é adquirido pelo pudor, que é a “adaptação do amor sexual ao rito de vida social [e/ou castrense]...”<sup>1</sup> (Grifo nosso). Nas lições do professor Mirabete (2004, p. 415), o pudor promove

... uma ação preventiva , de resistência, inibição e controle do poder da libido. Com fundamento no pudor público e individual, a coletividade dita normas sobre a moral e os costumes, atendendo aos critérios ético-sociais vigentes para evitar fatos que contrariem esses princípios e lesem interesses do indivíduo, da família [**das instituições militares**] etc. (Grifo nosso)

Com o fim de reforçar essa prevenção contra fatos nocivos ao meio castrense, há também a prescrição do art. 235 do CPM.

---

<sup>1</sup> MIRABETE, 2004, p. 415.

Entretanto, este dispositivo tem dois *nomens iuris*, *pederastia* e *ato libidinoso*. Este é o gênero, tendo em vista que abrange aquele, que, por sua vez, é sua espécie.

O douto Mirabete conceitua “o ato libidinoso como ‘toda ação atentatória ao pudor, praticada com propósito lascivo ou luxurioso’. Trata-se, portanto, de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência.” (FRAGOSO *apud* MIRABTE, 2004, p. 422)

Para o mestre Jorge Cesar de Assis (2012, p. 516), ato de libidinagem envolve “... todos os atos sexuais ou preparatórios ou excitantes do instinto sexual.”

O STM entende que para a caracterização do ato libidinoso é imperioso que a concupiscência do sujeito ativo (militar) seja saciada:

**EMENTA:** APELAÇÃO. ATO LIBIDINOSO. ATIPICIDADE. Impossível elastecer o conceito de ato libidinoso para tornar típica conduta que não está prevista como crime. A ação deve se adequar perfeitamente à norma prevista no tipo penal. **Simples beijo não caracteriza ato lascivo ou libidinoso.** Se a lei exige a prática de "ato libidinoso" para a configuração do delito, não basta que haja a prática de qualquer ato de cunho afetivo, mas sim a prática de ato capaz de saciar a luxúria, a lascívia humana. O especial fim de agir encontra-se justamente no fato de o agente praticar ato atentatório à moral comum na ânsia de saciar sua concupiscência, o que não se verificou na hipótese. Materialidade não comprovada. Negado provimento ao apelo Ministerial. Manutenção da Sentença absolutória recorrida. Decisão unânime (APELAÇÃO 11-14.2010.7.09.0009 / MS. Min. Rel.: Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. Julgamento: 26/06/2012).

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais define o ato libidinoso como “... todo ato praticado com a intenção de favorecer a lascívia de alguém, podendo ser exemplificado por carícias nas regiões erógenas, beijos lascivos e outros tantos capazes de satisfazer a fantasia sexual de alguém ...”<sup>2</sup>

A pederastia é um ato libidinoso. A própria redação do art. 235 do CPM deixa isso claro quando diz: “Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique *ato libidinoso*, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar.”

O termo “pederastia” deriva do grego *paiderastía* (amor às crianças, amor aos rapazes) e diz respeito a relações sexuais entre indivíduos do sexo masculino, nos termos do dicionário online, Priberam. Ainda, consoante a revista do Ministério Público Militar, de abril de 2010,

---

<sup>2</sup> Apelação Criminal 1.0209.10.003748-7/001 TJ/MG. 7ª Câmara Criminal. Des. Rel.: Cássio Salomé. Julgamento: 15/12/2011.

“a pederastia [...], entendida como homossexualidade masculina, designava, na antiguidade grega, a relação sexual entre um homem adulto e um rapaz mais jovem.”

Portanto, a pederastia implica nos atos de libidinagem entre apenas militares homens ou entre estes e civis homens. Lembrando-se que neste crime o sujeito ativo é apenas o militar (homem), pois conforme o art. 235 do CPM, é o militar (repita-se: militar homem) quem pratica ou permite que com ele se pratique ato libidinoso. E esta prática ou permissão pode envolver um outro militar (homem) ou um civil (homem). Ultimando-se, para a configuração da pederastia, ainda faz-se mister que a prática ou a permissão de ato libidinoso seja executada em local sujeito a administração castrense.

### **3. DA DESNECESSIDADE DO NOMEN IURIS PEDERASTIA.**

O CPM apresenta as expressões *pederastia* e *ato libidinoso* desnecessariamente, gerando discussões a respeito de ser o art. 235 uma norma ofensiva aos homossexuais, tanto que já cogita-se em retirá-lo do Código Castrense, como ver-se-á a seguir.

Ora, se o *ato libidinoso* abarca o termo *pederastia*, não há porque realçá-lo, distinguindo a figura do militar homossexual que comete o crime em comento. É como se o legislador desejasse delineá-lo de maneira diversa do militar heterossexual que também pratica ato libidinoso em espaço sujeito a administração militar.

Ainda quanto à esta questão leve-se em consideração o número de mulheres nas forças armadas e auxiliares que tem aumentado, possibilitando maiores chances de haver atos libidinosos entre elas em âmbitos militares.. Se para os militares do sexo masculino existe a expressão *pederastia* para definir seu crime, então deveria existir um termo também para as mulheres militares homossexuais.

Para não haver uma distinção acentuada em relação aos militares homossexuais do sexo masculino o legislativo pode elaborar um termo que defina o ato libidinoso entre mulheres ou retirar o termo *pederastia* do CPM, definindo a prática de luxúria de um e de outro, bem como a dos heterossexuais, como ato libidinoso.

#### **4. DA DISTINÇÃO E DA ANÁLISE DA RECEPCIONALIDADE DO CRIME *PEDERASTIA* PELA CRFB/88.**

Observe-se, que em razão da palavra *pederastia* estar atrelada a liame sexual entre militares homoafetivos do sexo masculino, não resta dúvida que o legislador, ao prefixar o art. 235 do Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, intitulando-o “Pederastia ou outro ato libidinoso”, o fez com a intenção de distingui-lo. Para alijar essa distinção, que fere a

dignidade humana e o direito de ser tratado com igualdade, poderia optar-se por intitulá-lo da seguinte forma: “Sobre os atos libidinosos” abrangendo tanto os homossexuais ou não.

Como expediente de alterar essa situação, por meio do PL 2.773/2000, de autoria do Deputado, Alceste Almeida, busca-se excluir da rubrica do art. 235 do CPM a expressão *pederastia*, e do seu *caput*, a dicção *homossexual ou não*, com o intuito de adaptar o dispositivo em tela aos direitos fundamentais do homem, formalmente insertos na Carta Política Brasileira<sup>3</sup>.

Perceba-se, que o hodierno Código Penal Militar data do ano de 1969, e a Carta Política Brasileira, do ano de 1988. Esta contempla um rol de direitos fundamentais que colocados diante do art. 235 do CPM não se harmonizam a ele, como ver-se-á logo abaixo. A sociedade é dinâmica, ou seja, passa constantemente por processos dialéticos e evoluções, dos quais surgem novas necessidades, valores e anseios, os quais precisam ser supridos pelo Direito. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como norma fundamental e suprema, traz em seu bojo direitos e garantias que visam prover as necessidades coletivas<sup>4</sup>. De 1998 à 2013, a vida social passou por várias matizes, e estas devem ser acompanhadas minuciosamente pelo Direito<sup>5</sup>.

O art. 235 do CPM precisa ser alterado, a fim de ajustar-se aos moldes dos novos axiomas, vivências e experiências sociais. É óbvio que o respeito ao militarismo e às instituições militares deve ser mantido, mas não por intermédio de normas discriminatórias (ou pelo menos, possíveis de serem e/ou fazer que expressiva parte da sociedade assim se conduza, implícita ou explicitamente). O respeito não se conquista com preconceito e discriminação, mas sim, com respeito, principalmente aos princípios e direitos fundamentais insertos expressa ou implicitamente na CRFB/88. A República Federativa do Brasil é um

---

<sup>3</sup> Não obstante os direitos humanos serem inatos, indisponíveis e essenciais à natureza humana, eles são consolidados quando reconhecidos formalmente, ou seja, de maneira solene, positiva e expressa na Constituição. Quando isso ocorre, passam a ser mais do que direitos humanos, são direitos fundamentais. Isto garante proteção à sociedade quanto a possíveis arbitrariedades do Estado (COMPARATO, 2013, p. 71).

<sup>4</sup> Como bem preleciona Paulo Nader (2005, p.19), “[...]o Direito não corresponde às necessidades individuais, mas a uma carência da coletividade.”

<sup>5</sup> Ainda preconiza Nader (op. cit.), “O Direito Positivo, aquele que o Estado impõe à coletividade, é que deve estar adaptado aos princípios fundamentais do Direito Natural, cristalizados no respeito à vida, à liberdade e aos seus desdobramentos lógicos.”

Estado democrático de direitos<sup>6</sup>, o que implica dizer que o seu ordenamento jurídico regula não somente as relações intersubjetivas<sup>7</sup>, mas também as suas atividades legiferantes, executivas e judiciárias, e seu liame sério e respeitoso com a sociedade, características que a distinguem de um Estado ditador, no qual os direitos humanos são desrespeitados. Sendo assim, o legislador ao elaborar uma norma deve pautar-se nas regras e princípios constitucionais, a fim de não torná-la inconstitucional<sup>8</sup>.

No caso em tela, visto que o art. 235 do Decreto-Lei nº 1001/69 é anterior à hodierna Carta Magna do Brasil, deve ser considerado não recepcionado por esta, pois fere um dos seus princípios e fundamentos: a Dignidade da Pessoa Humana, a qual é inerente a todos, independentemente do sexo, e tem por objetivo proteger as pessoas (independentemente de sua opção sexual) de serem envolvidas num contexto de desdém e discriminação.

Se a Dignidade da Pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil<sup>9</sup>, o que aludir-se a este, como o militarismo, as instituições e órgãos militares, inclusive suas leis,

---

<sup>6</sup> Nader (op. cit., p. 118) outrossim ensina que “o fundamental à caracterização do Estado de Direito é a proteção efetiva aos chamados direitos humanos . Para que esse objetivo seja alcançado é necessário que o Estado se estruture de acordo com o clássico modelo dos poderes independentes e harmônicos; que a ordem jurídica seja um todo coerente e bem definido; que o Estado se apresente não apenas como poder sancionador, mas como pessoa jurídica portadora de obrigações.”. E dentre estas obrigações tem-se o respeito à dignidade da pessoa humana.

<sup>7</sup> De acordo com o dicionário online Priberam, a palavra *intersubjetivo* alude “[...] a dois ou mais sujeitos humanos ou consciências individuais que se relacionam.” Portanto, *relações intersubjetivas* significa *interação entre duas ou mais pessoas*.

<sup>8</sup> Nos termos do Princípio da Supremacia da Constituição, qualquer norma infraconstitucional (inferior à constituição) deve amoldar-se a ela, sob pena de ser declarada inconstitucional. O critério utilizado para detectar isso é o da *verticalidade constitucional*: a Constituição é a norma hipotética, fundamental e maior, visto que delinea a estrutura do Estado, sua organização e funcionamento, bem como prescreve os direitos fundamentais (direitos humanos reconhecidos por autoridades legitimadas pelo povo – parágrafo único do art. 1º, CRFB/88 – e, portanto, formalmente positivados e escritos na Constituição, sem olvidar de outros decorrente de princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o Brasil seja signatário – v. §§ 2º e 3º, do art. 5º, CRFB/88). Logo, toda norma vertical e hierarquicamente inferior deve ser confeccionada em equilíbrio com os seus ditames. Se não o for, será inconstitucional (AFONSO DA SILVA, 2006, p. 47).

<sup>9</sup> V. art. 1º, inc. III, CRFB/88.

estatutos e regras, deve estar de acordo com seus postulados, sob pena de ser declarado inconstitucional ou não recepcionado pela *Lex Maior*.

Como bem preleciona o douto Rogério Greco (2007, p. 10),

Num sistema em que há rigidez constitucional, a Constituição, de acordo com a visão piramidal proposta por Kelsen, é a ‘mãe’ de todas as normas. Todas as normas consideradas inferiores nela vão buscar sua fonte de validade. Não podem, portanto, contrariá-la, sob pena de serem expurgadas de nosso ordenamento jurídico, em face do vício de inconstitucionalidade.

Quanto ao aspecto da intimidade, é importante frisar que o Supremo Tribunal Federal, ao menos por duas vezes, considerou constitucional o dispositivo, afirmando que o art. 235 não ofende a inviolabilidade do direito à intimidade (HC 79.285, rel. Min. Moreira Alves) e, que a norma do art. 235 do CPM não visa incriminar determinada opção sexual (HC 82.760, rel. Min. Ayres Brito).

Porventura a intimidade não seja ferida, mas há a possibilidade da honra objetiva ser. É possível que nas relações sociais os militares homossexuais sejam afetados na maneira como as pessoas irão lhes tratar quando forem acusados pelo crime de *pederastia*.

Não há, neste trabalho, discordância sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que o dispositivo versado não tem objetivo de incriminar específica opção sexual. O que se discute é a presença desnecessária e discriminatória do termo *pederastia*. Não compactua-se com o crime de libidinagem em áreas sob administração militar. Contudo, a expressão *pederastia* promove uma certa distinção entre homossexuais e heterossexuais, o que não é admitido em nossa CRFB/88, como observa-se nos seus arts. 3º, inc. IV, e 5º, *caput*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]



Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade ....”

A permanência da dicção *pederastia* só irá ajudar na promoção de um preconceito mais acentuado em relação aos homossexuais que ainda sofrem discriminação. Para corroborar isso, observe-se a reportagem a seguir divulgada no site *Forças Terrestres*, em 4 de fevereiro de 2010:

#### **Forças Armadas têm gays, mas que isso não fique explícito, diz General da reserva**

#### **Indicado a tribunal militar disse que tropa não obedece militar homossexual. Declaração em audiência do Senado gerou manifestações de entidades**

O presidente do Clube Militar, general da reserva Gilberto Figueiredo, manifestou nesta quinta-feira (4) apoio à declaração do general Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, indicado para ministro do Superior Tribunal Militar.

Na quarta (3), Cerqueira Filho disse que os soldados não obedecem a comandantes homossexuais.

‘Concordo com o general Cerqueira. Como opção pessoal, particular, ninguém tem nada a ver com isso. Mas no desempenho das atividades, não entendo como seria possível [um militar assumir a homossexualidade]. (...) Há homossexuais nas Forças Armadas, isso não é de hoje. Como opção particular, quando sai do quartel, com discrição, pode exercer a opção que bem entender. Mas que isso não fique explícito’, afirmou ao G1 o general Figueiredo, presidente do Clube Militar, cujos integrantes são, na maioria, oficiais da reserva.

Segundo ele, o desempenho das atividades por um militar homossexual é ‘difícil de ser respeitado’. ‘Entre nós (militares) ainda é tema de chacota [o homossexualismo], de piada, de brincadeira. Uma pessoa que se sujeita a essa resistência toda fica difícil de ser respeitada, de ser entendida.’

O general Figueiredo, na reserva há sete anos, disse que conheceu diversos casos de homossexualismo quando estava em atividade e afirmou que alguns militares chegaram a ser afastados porque assediaram sexualmente outros oficiais.

‘Talvez os casos passados de assédio que aconteceram, marcaram essa resistência do militar em admitir esses casos. Tem que ser discutido sim, tem que ter um estudo sério. Mas a minha opinião é que no dia de hoje, dentro do contexto cultural das Forças Armadas, isso não dá certo. (...) Esse tema é meio tabu, mas é praticamente consensual dentro das Forças Armadas essa posição [de que o homossexualismo não seja aceito].’

#### **Declaração**

O general Cerqueira Filho, indicado para ocupar uma vaga de ministro do Superior Tribunal Militar (STM), participou de audiência na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Cerqueira Filho e o almirante Álvaro Luiz Pinto, também indicado ao STM, participavam da audiência quando foram questionados

pelo senador Demóstenes Torres (DEM-GO) e Eduardo Suplicy (PT-SP) sobre o tema.

‘Vossas excelências são favoráveis ao ingresso de homossexuais em qualquer das forças e acham que essa polêmica tem razão de ser?’, indagou Demóstenes. Suplicy quis saber se os dois militares defendiam a exclusão de homossexuais das Forças Armadas.

Em sua resposta, o general Cerqueira Filho disse que iria responder ‘de uma maneira sincera’. ‘Não é que eu seja contra o homossexual, cada um tem que viver sua vida. Entretanto, a vida militar se reveste de determinadas características que, em meu entender, tipos de atividades que, inclusive em combate, pode não se ajustar ao comportamento desse tipo de indivíduo’, afirmou.

### **Manifestações**

A declaração gerou manifestações contrárias por parte de entidades. O ex-sargento do Exército Fernando de Alcântara Figueiredo, envolvido no primeiro caso assumido de um casal gay na história das Forças Armadas brasileiras, atualmente integrante da ONG Tortura Nunca Mais e do Instituto Ser, classificou a declaração do general Cerqueira Filho como ‘retrógrada e infeliz’ e disse que o militar ‘está muito mal informado’.

‘Isso mostra que ele desconhece a história. Alexandre, o Grande, era homossexual e a tropa obedecia. Trabalhei 15 anos nas Forças Armadas e nunca fui desrespeitado’, afirmou. Alexandre, o Grande, foi rei da Macedônia há mais de 2.300 anos e é lembrado por sua habilidade em estratégias militares por ter comandado uma das maiores expansões territoriais do mundo antigo. Algumas fontes históricas e filmes sobre a época relatam a homossexualidade de Alexandre.

O ex-sargento também afirmou que há diversos casos de homossexualismo nas Forças Armadas, mas os militares temem assumir. ‘Meu caso não é específico e isolado, tem várias demandas desse tipo e precisamos trazer isso para a sociedade, que a intransigência é coisa comum nas Forças Armadas. (...) Numa situação de batalha, o meu sangue como homossexual é tão importante quanto o de um heterossexual. O que dita o caráter não é a vida íntima. É muita hipocrisia. Eu mesmo conheço generais que são homossexuais.’

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) divulgou nota nesta quinta-feira (4) na qual condena as declarações do general Raymundo Nonato de Cerqueira Filho. ‘É lamentável que este tipo de discriminação ainda continue existindo nos dias de hoje nas Forças Armadas brasileiras’, disse o presidente nacional da entidade, Ophir Cavalcante.

O presidente da Ordem acrescentou que para a carreira militar o que se deve exigir é disciplina, treinamento e a defesa do país, nos termos da Constituição, independentemente de sua opção sexual. ‘A defesa do país tem que ser feita por homens e mulheres preparados, adestrados e treinados para este fim, independente da opção sexual de cada um.’

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), com sede em Curitiba (PR), também criticou a declaração. O presidente da entidade, Toni Reis, disse ainda que a capacidade de liderança de uma pessoa não está na sua sexualidade. ‘É uma fala equivocada, discriminatória. A autoridade de uma pessoa não está em qual lado ela sente prazer, mas na sua capacidade de liderança. Eu conheço diversos heterossexuais que não têm capacidade de liderança.’

Para Reis, o general precisa ‘rever seus conceitos’. ‘Ele está indo contra a Constituição Federal, que diz que todos são iguais.’

Não é despiciendo lembrar que a Carta Magna não tutela apenas aqueles que sofrem lesões em seus direitos, mas também aqueles que estão ameaçados de sofrê-la (v. art. 5º, inc. XXXV, CRFB/88). A dicção pederastia simboliza uma ameaça, que pode se manifestar implícita ou explicitamente. tudo dependerá do caso concreto, da manifestação da lesão, se é que será manifesta ou sentida ou observada; e se for, será contestada? Discutida? Resolvida?

Logo, note-se que a “pederastia”, além de ser definida como um crime, é por outro lado, uma ameaça (implícita ou explícita) à dignidade humana, ou seja, caracteriza uma potencial lesão aos militares homossexuais e aos civis que com eles praticarem atos libidinosos, e, quiçá, àqueles que, na mesma qualidade de militares homossexuais, não cometerem o crime do art. 235 do CPM.

Sendo uma lesão, conseqüentemente deve ser afastada de imediato, expurgando-se sua incompatibilidade vertical com a Constituição.

Como base no exposto acima, o legislador, para harmonizar o crime, em comento, à Constituição, deve suprimir os termos *pederastia e homossexual*, tornando-o semelhante ao Código Penal Militar anterior (Decreto-lei n.º 6.227, de 24 de janeiro de 1944), no art. 197:

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.

O texto deste Decreto-Lei, ao contrário do atual, era objetivo e claro, além de não ser redundante e de não apresentar (ou não deixar subentendido) discriminação. Se ainda tivesse em vigor, o dispositivo deste decreto não estaria em dissonância com a Carta Maior (arts. 1º, inc. III, c/c o 3º, IV, CRFB/88).

Além disso, são redundantes as dicções “Pederastia ou outro ato libidinoso”, pois este sendo o gênero, envolve aquela que é sua espécie, é despiciendo a indigitação desta em destaque ao lado do seu gênero, pressupondo que o militar homossexual deve ser visto como um criminoso diferente (discriminado por ser homossexual). O que não é verdade. Ele é um ser humano como qualquer outro. E deve ser respeitado. Ora, tomando-se por base que tanto o militar heterossexual quanto o homossexual estão sujeitos à prática desse crime, o legislador

seria mais claro e imune a críticas se se referisse aos atos libidinosos praticados por militares, em âmbitos administrados pela instituição militar, sem distingui-los pelo sexo.

Outro motivo para a reforma do art. 235 do CPM é o fato de que o contingente de mulheres, nas instituições militares, ter aumentado sobremaneira. Dentre estas há aquelas que são homossexuais e, assim como os militares homossexuais de sexo masculino, estão sujeitas à prática do crime deste dispositivo. Logo, não há razão de manter o termo *pederastia*, discriminando ainda mais os militares masculinos homossexuais dos demais.

## 5. CONCLUSÃO.

Um dos objetivos da República Federativa do Brasil, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (arts. 1º, inc. III, c/c o 3º, IV, CRFB/88). Destarte, faz-se mister a retirada, por meio do Poder Legislativo, das expressões “pederastia e homossexual” do art. 235 do Código Penal Militar Brasileiro, as quais configuram uma ameaça e potencial afronta aos direitos fundamentais dos militares homossexuais, colocando-os em situações implícita ou explicitamente discriminatórias, incômodas e de menosprezo.

Ademais, como foi apresentado, a permanência desta expressão é desnecessária, visto que o número de mulheres espartanas tem aumentado. Se para os homens militares que cometem atos libidinosos em âmbito militar existe a *pederastia* para enquadrá-los no crime do art. 235 do CPM, a conclusão lógica seria a de que fosse inserida no tipo penal o *lesbianismo* para caracterizar também os atos libidinosos praticados por aquelas, com base no mesmo dispositivo. Seria uma forma de amenizar a ameaça de lesão que os segundos podem sofrer em seus direitos fundamentais ou de piorar ainda mais a situação, passando a discussão ser também no sentido destas sofrerem a mesma ameaça. Ora, mas isso não é preciso, pois o legislador para espancar as discussões e acalmar os ânimos, pode alterar o dispositivo tomando como lastro, o retrotranscrito art. 197 do revogado Decreto-lei n.º 6.227, de 24 de janeiro de 1944 – antigo Código Militar, que apenas tratava do ato libidinoso sem mencionar opção sexual.

O que se queria com esse dispositivo legal do antigo diploma castrense (e deve ser o mesmo objetivo do atual), era (repita-se: e deve ser) manter o respeito aos dogmas e instituições militares, e não incompatibilidades verticais com a Constituição, nem ameaças a direitos fundamentais, principalmente à dignidade humana.

## REFERÊNCIAS.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 Ed. São Paulo: Malheiros.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao código penal militar**. 7 ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. **Manuel de direito penal militar**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.

LFG. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais: princípio ou direito absoluto?** [S.l], [S.D]. Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/dignidade\\_direito\\_absoluto.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/dignidade_direito_absoluto.pdf)> Acesso em: 10 set. 2012.

FORÇAS TERRESTRES. **forças-armadas-tem-gays-mas-que-isso-nao-fique-explicito-diz-general-da-reserva**. [S.l], 2010. Disponível em: <<http://www.forte.jor.br/2010/02/04/forças-armadas-tem-gays-mas-que-isso-nao-fique-explicito-diz-general-da-reserva>> Acesso em: 11 set. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 8 Ed. Rio de Janeiro: Impetus, Vol. I.

JOAQUIM, Nelson. **Igualdade e discriminação**. Artigos jurídicos. [S.l], 2006. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/nelsonjoaquim/igualdadeediscriminacao.htm>> Acesso em: 11 set. 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Classificação dos crimes**. LFG. [S.l], 2009.

Disponível em:

<[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20090413111103372&mode=print](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090413111103372&mode=print)>

Acesso em: 10 set. 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Distrito Federal.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 23 de mar. 2013.

Planalto. **Código Penal Militar**. Distrito Federal. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del1001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm)> Acesso em 28 de jul. 2013.

Revista do Ministério Público. **Ministério Público Militar**. Distrito Federal, nº 21, 2010.

Disponível em: <<http://www.mpm.gov.br/mpm/servicos/assessoria-de-comunicacao/revista-do-mpm/livro%20final.pdf>> Acesso em 10 set. 2012.