

AINDA NÃO SE PODE TRANSAR FARDADO, DECIDIU O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Rômulo de Andrade Moreira ¹

Segundo o Código Penal Militar (Decreto nº. 1.001/1969), em vigor no Brasil desde o dia 1º. de janeiro do ano de 1970, constitui crime de “*pederastia ou outro ato de libidinagem*”, “*praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar*”, sancionado com a pena de detenção de seis meses a um ano (art. 235).

Sempre me pareceu, mesmo antes da Constituição, que este tipo penal não poderia subsistir de maneira legítima em um Estado Democrático de Direito. De toda maneira, tínhamos um problema, pois a lei estava em vigência, como ainda está, e não havia nenhuma posição por parte do Supremo Tribunal Federal acerca da compatibilidade da norma com a Constituição de 1988, o que era muitíssimo lamentável (e, de certa forma, continua sendo, como veremos a seguir).

O Superior Tribunal Militar, com a sua feição extremamente conservadora e puramente dogmática, e desatenta ao avanço democrático da sociedade brasileira e das próprias Forças Armadas (ainda que nem tanto), continua a legitimar os tipos penais absurdos previstos na Parte Especial do Código Penal Militar, além de autorizar também algumas disposições da sua Parte Geral, inclusive o seu art. 9º., que permite o julgamento de civis pela Justiça Militar por crimes praticados em tempo de paz, o que é algo quase inacreditável em um País Democrático.

Pois bem.

Na sessão do último dia 28 de outubro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 291, que questionava a constitucionalidade do referido art. 235 do Código Penal Militar, oportunidade em que a Corte declarou como não recepcionados pela Constituição Federal os termos “*pederastia ou outro*” e “*homossexual ou não*”, expressos no dispositivo. A ação constitucional, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, alegava violação “*aos princípios da isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana, pluralidade e do direito à privacidade*” e pedia que fosse declarada a não recepção do dispositivo pela Constituição de 1988. Mas também, subsidiariamente, pedia a declaração de inconstitucionalidade do termo “*pederastia*” e da expressão “*homossexual ou não*” na tipificação penal. Para a Procuradoria Geral da República, a norma impugnada foi editada no contexto histórico

¹ Procurador de Justiça e Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS

de um regime militar ditatorial, marcado pelo autoritarismo e pela intolerância às diferenças.

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator do processo, apresentou voto, inicialmente, pela integral procedência do pedido, pois, segundo ele, a redação do artigo criminaliza o sexo consensual entre adultos, desde que ocorram em duas circunstâncias: o agente seja militar e o ato ocorra em lugar sujeito à administração militar, afirmando que, na literalidade, o dispositivo criminalizava tanto atos homossexuais como heterossexuais: “*A prática de ato sexual ou de atos libidinosos, ainda que consensuais, no local de trabalho, pode e frequentemente constituirá conduta imprópria, seja no ambiente civil ou militar, e no direito é um comportamento sancionado. No direito do trabalho, por exemplo, permite-se a rescisão do contrato de trabalho por justa causa nessa hipótese, portanto não está em discussão a possibilidade de se sancionar questão de conduta imprópria no local de trabalho e sim a natureza e o grau da sanção*”, disse o Ministro.

Ele destacou ainda que há, no dispositivo impugnado, uma criminalização excessiva e citou que o Direito Penal constitui o último e mais drástico instrumento a ser utilizado pelo Estado: “*A criminalização das condutas só deve ocorrer quando seja necessário, e quando não seja possível, proteger adequadamente o bem jurídico por outra via. Esse é o princípio da intervenção mínima do direito penal*”.

Contudo, e lamentavelmente, a maioria dos Ministros entendeu que o tipo penal deveria ser mantido, desde que invalidadas as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, constantes no tipo penal, uma vez que têm caráter discriminatório. Assim, o relator alinhou-se ao entendimento majoritário, votando pela parcial procedência da ação. O Ministro Marco Aurélio, que também votou pela procedência parcial da Ação, ressaltou que o Supremo tem atuado com “*muita temperança*” quando em jogo a disciplina normativa militar, destacando que o art. 235 visa a proteger a administração militar, a disciplina e a hierarquia. Contudo, segundo ele, as expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, constantes no tipo penal, ofendem direitos fundamentais. Para ele, não seria o caso de se declarar a não recepção da norma na sua íntegra, mas apenas afastar as expressões que revelam postura discriminatória.

Ficaram vencidos na votação os Ministros Celso de Mello e Rosa Weber, que julgavam integralmente procedente a ação.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi parcimoniosa e pusilânime, pois correta estava a posição defendida pelo Ministro Luís Roberto Barroso (antes do recuo), já que, a olhos vistos, o dispositivo da legislação especial militar, ainda que afastado parcialmente, continua a atentar contra os princípios adotados pela Constituição, especialmente aqueles indicados na petição inicial: isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana, pluralidade e privacidade.

Com efeito, e nada obstante fazermos sérias críticas ao ativismo judicial, o certo é que, como diz Boaventura de Souza Santos, “*a diversidade sociojurídica opera transformações de diferentes dimensões. No âmbito epistemológico, o direito cientificizado, privilégio de poucos especialistas, é depurado por um novo senso*

comum jurídico. O caráter elitista do direito em sua concepção e prática hegemônicas e o seu papel como mecanismo de dominação de classes, de diferenciação, hierarquização e exclusão social é submetido a profunda crítica. A suposta neutralidade da ciência e prática jurídicas é posta em causa e confrontada com uma concepção política do direito que vê neste um importante instrumento de luta e de transformação social. No âmbito normativo, o direito dogmático é reinterpretado à luz de critérios amplos de justiça social, muitas vezes consagrados nas Constituições, mas quase sempre letra morta. Tal reinterpretação permite ampliar direitos e sobretudo o direito a ter direitos.” (Para uma revolução democrática da Justiça, São Paulo: Cortez Editora, 2010, p. 113).

É inadmissível punir-se criminalmente a conduta de manter relações sexuais consentidas, independentemente do local e das pessoas “envolvidas”, sejam elas militares ou civis, estejam ou não trabalhando. Se o Estado quer punir o seu agente, que o faça disciplinarmente/funcionalmente, não criminalmente, afinal de contas, o Direito Penal é a **ultima ratio**. Se, como disse o Ministro Marco Aurélio, tais condutas afrontam a hierarquia e a disciplina militares, que os integrantes das Polícias Militares, dos Corpos de Bombeiros e das Forças Armadas submetam-se a punições de caráter disciplinar, nunca penal, como, aliás, qualquer funcionário público civil.

Aliás, precisamos questionar seriamente a própria existência da Justiça Militar para julgar “crimes comuns.” Até admitimos, excepcionalmente, uma justiça especial (jamais Tribunal de Exceção, evidentemente) para processar e julgar militares em serviço que vierem a cometer crimes tipicamente militares em tempo de guerra (como motim, traição à Pátria, dentre outros, afastando-se, ainda assim, qualquer possibilidade da pena capital, como permite, desgraçadamente, a nossa Constituição Federal).

A propósito do julgamento de civis pela Justiça Militar, a Procuradoria Geral da República ajuizou, com pedido de liminar, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 289, em que pede que seja dada ao art. 9º, I e III, do Código Penal Militar, interpretação conforme a Constituição Federal, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça comum, federal ou estadual. A Procuradoria sustenta que “*a submissão de civis à jurisdição da Justiça Militar, em tempo de paz, viola o estado democrático de direito (artigo 1º da CF), o princípio do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII, da CF), além do princípio do devido processo legal material e, ainda, os artigos 124 (competência da Justiça Militar para julgar os crimes militares) e 142 (dispõe sobre as Forças Armadas) da CF*”, fundamentando seu pleito com o argumento de que, em regime de normalidade institucional, a competência da Justiça Militar é excepcional para o julgamento de civis.

De acordo com a peça vestibular, “*atualmente, tratando-se de crime militar praticado por civil, para definir-se a competência, investiga-se qual a intenção do agente civil. Se, de qualquer modo, atingir a instituição militar, será considerado crime militar, e a competência para julgamento será da Justiça Militar. Caso contrário, o crime terá natureza comum, atraindo a competência da Justiça comum, federal ou estadual. (...) Como depende de ofensa a bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza castrense ou a eles conexos, a materialização do delito militar, de caráter excepcional, pressupõe ofensa à defesa a pátria, à garantida dos poderes*

constitucionais e à garantia, por iniciativa destes, da lei e da ordem. Portanto, qualquer delito cometido por civis em tempo de paz que não venha a ofender esses bens jurídicos não se enquadra na excepcionalidade da competência da Justiça Militar para julgá-los. Permitir que civis em tempo de paz sejam submetidos à jurisdição militar é estender a eles, por via transversa, os mesmos princípios e diretrizes que são próprios ao regime jurídico constitucional especial dos militares, cujo objetivo não poderia ser outro senão resguardar a hierarquia e a disciplina, como forma de garantir o cumprimento da missão de proteger os bens jurídicos garantia da pátria, garantia dos poderes constitucionais e a garantia, por iniciativas destes, da lei e da ordem. Não é possível sujeitar civis a julgamento por Tribunais Militares em tempo de paz. Qual o sentido de a Justiça Militar julgar civis em tempo de paz, se o que justifica a jurisdição militar especial é o respeito à hierarquia e à disciplina, e se o agente de crime militar impróprio é civil, desconhecedor da hierarquia e disciplina?”, questionou. “Como um civil em tempo de paz seria capaz de atentar contra a hierarquia e a disciplina da tropa, se ele nem sequer é militar ou integra os efetivos das Forças Armadas?”

Assim, segundo a Procuradoria Geral da República, submeter civis em tempo de paz ao julgamento pela Justiça Militar configura evidente violação ao princípio constitucional do juiz natural: *“O Estado deve respeitar a garantia básica do juiz natural e o seu corolário – a proibição dos tribunais de exceção – que impede o desrespeito às regras objetivas e predeterminadas de determinação da competência.”*

No Supremo há diversos precedentes em que se entendeu ser a Justiça Militar incompetente para julgar civis em tempos de paz, se a ação delituosa praticada não afetar a integridade, dignidade, funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, a saber: Habeas Corpus n.ºs. 103318, 104617, 104837 e 96083, dentre vários outros.

Por fim, note-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que República do Chile impusesse limites aos Tribunais Militares chilenos, a fim de que as leis locais adequassem-se aos padrões internacionais sobre a jurisdição penal militar, de forma que a Justiça Militar Chilena se limitasse a julgar apenas delitos funcionais cometidos por militares em serviço (Caso Palamara Iribarne x Chile – Conferir http://www.ipclfg.com.br/direito-internacional-dos-dh/corte-interamericana-de-dh/sentenca-caso-palamara-iribarne-vs-chile/attachment/seriec_135_esp-2/).