

O “CRIME” DE PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM DO ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR: REFLEXÕES SOBRE A (I)LEGITIMIDADE DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO

THE “CRIME” OF PEDERASTY OR OTHER ACT OF LIBIDINOUSNESS (ART. 235 OF THE MILITARY PENAL CODE: REFLECTIONS ON THE (I)LEGITIMACY OF PROTECTED LEGAL GOOD

Marcelo de Vargas Scherer¹

RESUMO

No presente artigo, o autor procede uma análise do art. 235 do Código Penal Militar (CPM), o qual será objeto de exame de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 291. Inicialmente são trabalhados os elementos do tipo do art. 235, a rigor: quais condutas podem ser consideradas ato libidinoso e quais são os locais que podem ser considerados como sujeitos à administração militar. A seguir, parte-se em busca da identificação do bem jurídico tutelado pela norma. Nesse ponto, verificou-se que a doutrina pátria e os julgados se dividem, ora indicando a disciplina militar, ora indicando a ética/moral militar como o objeto de proteção da norma. Em linhas conclusivas, resta assentado que, qualquer que seja a resposta, o art. 235 do CPM permanece revestido de ilegitimidade substancial de acordo com os critérios da dogmática penal contemporânea.

Palavras-chave: Bem Jurídico. Disciplina Militar. Ética Militar.

¹ Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado.

ABSTRACT

In the present article the author makes an analysis of article 235 of the Brazilian Military Criminal Code, which will be the subject of examination of constitutionality by the Supreme Court at ADPF 291 trial. Initially elements of article 235 type are worked, strictly speaking: what conduct may be considered a lecherous act? and; which are sites that can be considered as subject to military administration? Further on, one goes in search of the identification of the legal interests protected by the standard. At this point, it was found that the homeland doctrine and trial results are divided, sometimes indicating the military discipline, sometimes indicating the ethical/moral military as the subject of protection of the standard. In conclusion lines, it remains agreed that, whatever the answer, the article 235 of the Brazilian Military Criminal Code remains covered with substantial illegitimacy according to the criteria of the contemporary criminal dogmatic.

Keywords: Legal Interest. Military Discipline. Military Ethics.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo a abordagem do delito de “pederastia ou outro ato de libidinagem”, previsto no artigo 235 do Código Penal Militar (CPM), à luz de seus aspectos substanciais. A partir da leitura interessada do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, bem como da perquirição do bem jurídico que se quer tutelar com a norma referida, buscaremos apreender se é legítimo, de acordo com uma visão referenciada na Constituição Federal (CF), a incriminação dessa conduta. Adianta-se, desde logo, que, embora o flagrante conteúdo discriminatório que emana do *nomen iuris pederastia*, entendemos que a inconsistência do art. 235 se destaca de um modo ainda mais proeminente quando este é analisado sob o enfoque de seu conteúdo substancial.

Cumprir destacar que pende de julgamento a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 291, ajuizada em setembro de 2013 pela Procuradoria Geral da República (PGR), na qual é questionada a constitucionalidade do art. 235 do CPM sob o fundamento precípua de que a norma foi insculpida para afetar primordialmente os homossexuais. A petição inicial tem o seu cerne postulatório no conteúdo discriminatório da norma, haja vista que os contingentes militares são compostos majoritariamente por homens. O tipo penal, nesse sentido, violaria os princípios da isonomia, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da pluralidade e do direito à privacidade. Entretanto, em parecer da lavra do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, no dia 2 de abril de 2014, a PGR voltou a admitir a constitucionalidade da norma².

Em que pese a valorosa iniciativa da PGR em ajuizar a ADPF 291, entendemos que se poderia ter avançado em uma questão dogmática elementar, a qual ainda se encontra com insuficiente construção nessa matéria, a saber: a identificação do bem jurídico que a norma do art. 235 do CPM visa proteger e, não menos importante, a avaliação acerca da legitimidade do bem jurídico identificado figurar como objeto de tutela da norma.

Feito esse introito, passemos à análise do art. 235 do CPM.

² Conferir a íntegra do parecer em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF%20291.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2015.

1 OS ELEMENTOS DO TIPO DO ARTIGO 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Ab initio, procederemos a uma brevíssima análise dos elementos do tipo capitulado no art. 235 do CPM brasileiro. O referido artigo está situado no *codex* junto ao Capítulo VII do Título IV (crimes contra a pessoa), que trata dos crimes sexuais. Figura ao lado dos delitos de estupro, atentado violento ao pudor e corrupção de menores.

Diz o art. 235³:

Pederastia ou Outro Ato de Libidinagem

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 seis meses a um ano.

Cabe destacar, de início, o elevado grau discriminatório no *nomen iuris pederastia*, bem como na menção à homossexualidade na descrição legal da conduta punível. É injustificável no âmbito de um Estado democrático, pluralista e respeitador dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana fazer referências desse tipo, embora esteja já pacificado na doutrina militar e nos tribunais que a norma penal visa, na verdade, evitar qualquer modalidade de ato libidinoso, independentemente se o ato é homossexual ou não.

Trata-se de um tipo penal que somente pode ter como sujeito ativo o militar – os civis, porventura implicados no fato, poderão, no máximo, figurar como testemunhas. A descrição do tipo consiste no fato de o militar praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar. Aqui já é possível arguir dois questionamentos iniciais: (i) Quais são as condutas que devem ser consideradas como ato libidinoso?; (ii) Quais são os locais que podem ser considerados como sujeitos à administração militar?

A essas indagações, trazemos, inicialmente, Célio Lobão. Aduz-se que para a consumação do delito do art. 235 não é necessária a efetiva ocorrência de uma relação sexual, bastando, para a sua consumação, que o agente toque “o corpo do parceiro de forma libidinoso” ou, ao menos, inicie o ato tido como libidinoso⁴. Há ainda quem sustente que

³ BRASIL. Decreto-Lei n. 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 de out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

⁴ LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 2. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 431.

mesmo o beijo “com longa e intensa descarga de libido”, dado na boca, possa configurar um ato libidinoso.⁵

Com relação aos locais que podem ser considerados sujeitos à administração militar, Lobão afirma que:

Lugar sob administração é todo aquele que se encontra sob a administração, respectivamente, das Forças Armadas, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares, mesmo eventualmente como acampamento, o campo de manobras militares, de instrução, de treinamento, etc.

Com relação à primeira proposição (Quais são as condutas que devem ser consideradas como ato libidinoso?), entendemos como equivocada a existência da expressão *ato libidinoso no tipo penal*, pois não respeita a um dos desdobramentos clássicos do princípio da legalidade, o qual proíbe incriminações vagas e indeterminadas – *nullum crimen nulla poena sine lege certa*. Esse entendimento decorre da dificuldade em definir objetivamente o que é *ato libidinoso*, podendo cada pessoa ter diferente compreensão.

Este é um problema que tem se verificado também no âmbito da justiça comum com relação ao tipo penal de estupro (art. 213, CP), dada a possibilidade de um exponencial uso do direito penal para condutas, muitas vezes, desprovidas de ofensividade. Dito isso, ao se afirmar que mesmo beijos prolongados poderiam figurar como ato libidinoso, abre-se margem a um inescapável campo de manipulações e possibilidade de excessos no uso do direito penal, com o que não podemos subscrever⁶.

Com relação ao segundo questionamento (Quais são os locais que podem ser considerados como sujeitos à administração militar?), há de se ter cuidado com uma possível elasticidade interpretativa do conceito de *lugar sujeito à administração militar*. Nosso entendimento é mais restrito do que o esposado por Célio Lobão. Mais do que se encontrar sob a administração das Forças Armadas, da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militares, o lugar sujeito à administração militar é aquele em que, na situação concreta, há estrita sujeição dos sujeitos aos preceitos da hierarquia e disciplina.

Fundada dificuldade encontramos, por exemplo, quando nos deparamos com situações em que o local da conduta é um clube de lazer, mesmo que em área de propriedade da União e com diretoria composta por militares da ativa ou da reserva. Por

⁵ É o que sustenta, por exemplo, NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 946, seguindo Nelson Hungria.

⁶ Começam a surgir casos de condenações por estupro, em situações de beijos forçados, como a condenação de sete anos, proferida por juízo da Bahia: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/02/homem-pegando-pena-de-sete-anos-de-prisao-por-beijo-forcado-no-carnaval.html>>. Acesso em: 3 mar. 2015.

isso, talvez seja necessário um esforço doutrinário no sentido de abarcar essas situações limites, de modo a limitar o espaço de abrangência do conceito.

Nesse sentido, tome-se como exemplo o Habeas Corpus (HC) n. 95.471 (MS)⁷, julgado pelo STF, no qual anulou-se todo o processo penal no qual um Sargento da Marinha fora condenado pelo Superior Tribunal Militar a 4 anos de reclusão pela prática dos crimes de atentado violento ao pudor (art. 233, do CPM) e de corrupção de menores (art. 234, CPM). Os fatos teriam ocorrido na Casa do Abrigo do Marinheiro de Ladário (Camala), uma associação civil de direito privado. Ainda que o local tivesse instalações cedidas pela Marinha do Brasil, entendeu o Ministro Gilmar Mendes que a conduta do militar se deu no exercício de atividade estranha à função militar (aulas de karatê), daí não se tratar de crime militar e sim delito comum.

Há dois critérios que podem se mostrar essenciais para a verificação da questão: se o fato ocorreu durante o exercício da função militar e se o local guarda relação com a atividade-fim das Forças Armadas, onde devem preponderar os princípios da hierarquia e disciplina. De qualquer maneira, é preciso rediscutir essas questões.

Feitas essas considerações preliminares, adentremos ao que realmente pretendemos debater: a questão da (i) legitimidade da previsão incriminadora do art. 235, do CPM.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 95.471/MS**. Paciente: Gildázio Luiz dos Santos. Impetrante: Mário André da Silva Porto. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2741531>>. Acesso em: 12 out. 2014. Votou vencido o Ministro Ricardo Lewandowski, sintetizando com as seguintes palavras: “[...] com o devido respeito pelo entendimento dos eminentes pares, entendo que, pelo Código Penal Militar, trata-se de um crime militar, porque foi praticado por um militar, numa dependência militar, numa entidade que congrega militares e os seus familiares, contra um menor que é filho de um militar subordinado ao paciente que supostamente praticou o crime”. O Superior Tribunal Militar tem encampado o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski. No julgamento da Apelação n. 55-40.2010.7.12.0012 – AM, no caso de um soldado que fora absolvido pelo Conselho Permanente de Justiça pela prática de ato sexual em um clube de lazer de cabos e soldados, foi debatido se o local era sujeito à administração militar ou não. O parecer da Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM) foi, alinhado aos argumentos de defesa, no sentido de que o fato era atípico, por considerar que para um local estar sujeito à administração militar, independe se está situado nas dependências de uma organização militar, “isso porque um clube é considerado um local de conagração, em que, à toda evidência, se perde a rigidez dos princípios da hierarquia e disciplina”. A decisão, no entanto, com base em publicação do Diário Oficial do Estado do Acre, foi no sentido de que a área estava sob Administração Militar e bastaria a posse do bem pela Administração Militar para que reste configurado o requisito. Ver BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação n. 55-40.2010.7.12.0012 – AM**. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM. Relator: Min. Marcos Martins Torres, 21 de maio de 2013.

2 TENTATIVA DE IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO

A tipicidade do *ilícito-típico*⁸ não pode ser lida em termos tão meramente formais, isto é, não basta o mero exercício de subsunção da conduta ao tipo para que se cristalize o crime.⁹ Para a verificação da existência de um crime é preciso avançar sobre o conteúdo material da norma penal. A compreensão do ilícito como ofensa a bens jurídicos penais tem no seu bojo a necessidade de verificação, *in concreto*, de dano ou perigo a bens jurídicos dotados de dignidade penal.

O *modelo de crime como ofensa a bens jurídicos* opõe-se flagrantemente aos modelos liberais, tais como o direito penal da vontade, o autoritário direito penal baseado na infidelidade ao Estado ou na mera infração do dever.¹⁰ No raciocínio em torno do ilícito penal, afirmam-se dois fatores sem os quais não há de se reconhecer a existência de um ilícito-típico, quais sejam: (a) a existência de um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de proteção da norma, e (b) a efetiva ofensa, no caso concreto, ao bem jurídico tutelado.¹¹

A intervenção penal é um fenômeno que contraria a condição natural de liberdade das pessoas, daí a necessidade de construção que a legitime e a justifique. O questionamento acerca do que pode ser considerado materialmente como conduta criminosa afirma-se como um problema da maior relevância. E a questão que envolve o bem jurídico tutelado pela norma não é senão o problema que envolve a própria legitimação do direito penal.¹²

⁸ Ao longo do texto, nos referiremos a ilícito-típico (união das categorias da tipicidade e da ilicitude) albergados na concepção de que “o tipo é só uma emanção concretizada de uma ilicitude que o precede e o fundamenta”, onde assenta-se a paradigmática expressão de Hardwig, segundo a qual “sem ilicitude não há tipo” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 95.).

⁹ Inegavelmente superado se mostra o *Tatbestand* (tipicidade como uma categoria desprovida de conteúdo) inicialmente proposto por Beling, ainda na primeira metade do século XX, em que teria uma função de mera descrição formal da conduta criminosa. Ver BELING, Ernst Ludwig von. **El rector de los tipos de delito**. Trad. L. Prieto Castro, J. Aguirre Cárdenas. Madrid: Reus, 1936. Trad. Die Lehre vom Tatbestand. p. 14 e ss.

¹⁰ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Porto, v. 4, n. 2, p. 154, abr./jun. 1994. Ver também D’AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal: sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 51.

¹¹ D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 106.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 7. ed. Roma: Laterza, 2002. p. 469. Juarez Tavares, em escrito crítico às incertezas que permeiam a conceituação do bem jurídico, refere que este “não pode deixar de ser o resultado de uma escolha política, ingênua ou comprometida, acerca do que se pretende com a sua proteção” (TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 181).

A função do direito penal de proteção a bens jurídicos, mais do que servir como elemento fundacional, tem real importância na limitação da intervenção penal, impondo limites às escolhas do legislador e guiando e vinculando o intérprete.¹³ Desta forma, o ilícito-típico deve ser entendido como uma “categoria dogmática materialmente informada por um juízo de ilicitude centrado na ofensa a bens jurídicos”. O que é o mesmo que afirmar a total insuficiência do mero preenchimento formal da tipicidade. É na necessidade do atendimento dos requisitos substanciais da tipicidade que desnuda-se a *ofensividade* como condição de legitimidade do direito penal.¹⁴

Com relação ao crime de *pederastia ou outro ato de libidinagem*, estamos diante de um delito situado topograficamente no Capítulo VII (crimes sexuais) do Título IV (crimes contra a pessoa). As normas incriminadoras também previstas nesse capítulo (estupro – art. 232; atentado violento ao pudor – art. 233; e corrupção de menores – art. 234) tratam, indubitavelmente, de normas que visam a tutela do bem jurídico dignidade sexual da pessoa.

Entretanto, não parece ser esse o bem jurídico tutelado na norma do art. 235. No julgamento do HC n. 79.285 (RJ)¹⁵, o Ministro Moreira Alves já afirmara que com a repressão dos atos de libidinagem se buscava preservar os valores militares, tais como a disciplina e hierarquia, uma vez que “considerados necessários para a existência das Forças Armadas”. Mais recentemente, no julgamento do HC n. 82.760 (MG)¹⁶, o Ministro Carlos Ayres Brito sustentou que “a lei busca resguardar, sobretudo, a ordem e a disciplina castrense, e não incriminar determinada opção sexual”.

O Superior Tribunal Militar vem encampando o mesmo entendimento, conforme se verificou recentemente no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 61-58.2013.7.05.0005/PR,¹⁷ no qual a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha consignou que:

o crime do art. 235 do CPM protege a regularidade das Forças Armadas, imprescindível para a defesa da Pátria, da *garantia* dos poderes *constitucionais*,

¹³ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de diritto penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 435.

¹⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 41.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 79.285/RJ**. Paciente: Silvan Rocha Guedes. Impetrante: Agostinho Campos. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Moreira Alves, 31 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78021>>. Acesso em: 12 out. 2014.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.760/MG**. Paciente: Paulo Eduardo dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Carlos Ayres Brito, 23 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78021>>. Acesso em: 12 out. 2014.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Recurso em Sentido Estrito n. 61-58.2013.7.05.0005/PR**. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 5ª CJ. Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, 19 de novembro de 2013. No prosseguimento da decisão, a Ministra Relatora ainda afirma que **o art. 235 tutela na verdade a disciplina militar**, seguindo a obra de NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.140.

da lei e da ordem. O ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar não é somente tutelado pelo Direito Penal Castrense, mas, antes de tudo, ofende a **ética militar** consubstanciada no art. 28 do Estatuto dos Militares. (Grifo nosso)

É a partir do entendimento encampado na citação supra que enfim chegamos ao ponto central do debate. Existe já segurança na afirmativa de que o art. 235 no CPM não tutela a dignidade sexual. Entretanto, mantém-se a dúvida acerca do bem jurídico objeto de tutela: se é a disciplina militar ou a ética/moral militar.

Prima facie, não visualizamos de que modo um ato libidinoso, ainda que praticado em local sujeito à administração militar, possa afetar a disciplina militar caso ocorra em momento desvinculado do exercício da função e fora do horário do expediente.¹⁸ E de qualquer modo, admitindo-se, apenas *ad argumentandum*, que a finalidade seja a tutela da disciplina militar, atendendo-se ao critério da *ultima ratio*, não seria o direito disciplinar a via mais eficaz para restabelecer a disciplina?¹⁹

Estamos a ponderar que se trata, na verdade, de norma dirigida à proteção da ética/moral militar, ou talvez até mesmo à moral sexual, tal como se depreende o voto da Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, quando afirma: “assim, sexo dentro do quartel – homo ou heterossexual –, mesmo que o militar não esteja no exercício da função, constitui ilícito merecedor de reprimenda, *por ir de encontro à austeridade que se espera das Forças Armadas [...].*”

No mesmo sentido, não surpreendem as palavras do Ministro José Barroso Filho, no julgamento dos Embargos n. 7-46.2013.7.03.0103 (DF)²⁰, oportunidade na qual afirmou: “Em que pese ser objeto de inúmeras críticas e arguições de inconstitucionalidade, o que se está resguardando aqui não é a opção sexual do militar, mas o local em que ocorre tal manifestação”. Haveria aqui uma espécie de *sacralização* do local de serviço militar, de onde se depreende uma estranha consequência: o local de trabalho é alçado a bem jurídico digno de tutela penal.

¹⁸ Se um militar, por exemplo, é flagrado, no seu momento de descanso, tocando a si próprio com conotação sexual no banheiro, estará incorrendo, seguindo a literalidade do art. 235 do CPM, em crime militar. Pergunta-se: haveria afetação, nesse exemplo, à disciplina militar?

¹⁹ Não se esqueça da existência dos instrumentos para resguardar a disciplina militar, como os regulamentos disciplinares, bem como, no caso dos militares das Forças Armadas, os Tribunais de Honra (Conselho de Justificação e Conselho de Disciplina), regulados, respectivamente, pela lei n. 5.836 e pelo Decreto n. 71.500, ambos de 5 de dezembro de 1972.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Embargos n. 7-46.2013.7.03.0103 (DF)**. Embargante: Albert Vagner Pinto Darci. Embargado: Acórdão do Superior Tribunal Militar. Relatora: Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, 21 de agosto de 2014.

Assim assentadas as coisas, visualiza-se com clareza o *déficit* criterial na identificação do bem jurídico protegido pelo art. 235 do CPM. Nesse sentido, como vislumbrar, no caso concreto, a ofensa ou perigo ao bem jurídico se fundadas dúvidas existem até mesmo na identificação desse bem jurídico? Eis uma idiosincrasia de difícil solução.

3 PARA QUE SERVE O ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR?

A legitimidade do direito penal em tutelar a moral ou a ética foi, em dado momento, controvertida no âmbito da ciência penal. Hans Welzel, por exemplo, afirmava que “todas as normas incriminadoras proíbem comportamentos imorais (socialmente contrários à ética)”. A incriminação do *incesto*,²¹ do lenocínio, da corrupção ativa e mesmo do furto conteriam a proibição de um comportamento imoral. Para o autor alemão, o conteúdo geral de todas as normas é o comportamento proibido enquanto socialmente imoral (e não propriamente a lesão de um bem jurídico).²²

Parece-nos que a mistura entre direito e moral, especialmente em um Estado secularizado, é sinônimo de incompatibilidade constitucional. A história do direito penal moderno é marcada pela passagem da equação “crime = pecado” para “crime = fato

²¹ Recentemente, mais propriamente em 2008, a Corte Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht – BverfG*), no processo **2 BvR 392/07**, se posicionou favoravelmente à constitucionalidade da norma penal que incrimina o incesto (§173 StGB). Resumo da decisão disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg08-029en.html>>. Acesso em: 7 set. 2014. Segue a síntese do caso: “O casal de irmãos que apresentou a reclamação constitucional descende de uma relação familiar extremamente precária e disfuncional. O Reclamante nasceu em 1976 e sua irmã em 1984. Pouco depois do nascimento desta, o casamento dos pais foi desfeito. O Reclamante, a partir da idade de três anos, e depois de ter sofrido abusos por parte de seu pai alcoólatra, foi colocado em orfanatos, e passou por diferentes famílias que tiveram sua guarda. Com a idade de sete anos ele foi adotado definitivamente por uma dessas famílias, cujo sobrenome ele ainda carrega. A irmã permaneceu inicialmente com a mãe e os outros irmãos. Com a idade de cinco anos, ela foi encaminhada a um orfanato e, mais tarde, voltou a viver com o pai do meio-irmão. Entre o Reclamante e sua família biológica não houve mais nenhum contato. No ano de 2000, o Reclamante retomou o contato com sua mãe, que faleceu pouco tempo depois. Neste momento os irmãos se conheceram. Até então, um e outro não tinham conhecimento de suas respectivas existências. Na sequência eles desenvolveram uma relação mais estreita, da qual, nos anos de 2001, 2003, 2004 e 2005, resultaram respectivamente os filhos Eric, Sahra, Nancy e Sophia. O Reclamante foi por isso condenado por infração ao § 173 do Código Penal Alemão. As três primeiras condenações foram transformadas em livramento condicional; no quarto processo ele foi condenado – também com base em condenações anteriores – a uma pena de reclusão de dezesseis (16) meses. [...]” (KNUDSEN, Holger. Incesto entre irmãos e o tribunal federal constitucional: a decisão, de 26 de fevereiro de 2008, nos limites entre dignidade humana e os interesses da dogmática jurídica e da sociedade. Trad. Débora Gozzo. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, v. 9, n. 1. p. 175, jan./jun. 2009.)

²² WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts, In: WELZEL, Hans. **Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie**, fazermpl. Berlin: Walter de Gruyter, 1975. p. 138-139. Nota n. 30. (publicado originariamente in ZStW, Bd, 58, 1939). Apud MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de diritto penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 439.

danoso à sociedade”.²³ De qualquer modo, entendemos, seguindo Figueiredo Dias, que não é a função do direito penal, “nem primária, nem secundária, tutelar a virtude ou a moral, quer se trate da moral dominante, ou da moral específica de um qualquer grupo social”.²⁴

Da análise das construções desenvolvidas em torno do bem jurídico protegido pelo art. 235 do CPM, podemos estabelecer a seguinte radiografia sobre a questão:

- a) Aceita-se de forma pacífica que se trata de tipo penal que *não tutela a dignidade sexual*, dado que a conduta descrita no tipo ignora a questão do consentimento dos atores e sequer exige a presença de um ofendido para a sua consumação.
- b) Há divisão doutrinária e jurisprudencial sobre se o tipo do art. 235 tem por função a tutela da disciplina militar ou da ética/moral militar. Se assim for considerado, é possível cogitar as seguintes repercussões jurídicas: (i) *No caso de se tratar de tutela da disciplina militar*, entendemos que deve ser demonstrado, no caso concreto, no que o ato libidinoso atenta contra a disciplina, em atendimento ao pressuposto material do delito. Ademais, nos parece que o direito disciplinar é o instrumento mais adequado ao tratamento desse tipo de conduta, a depender no caso concreto do nível de afetação do bem jurídico disciplinar militar; (ii) de outro lado, *se for considerado que se trata de tutela da ética/moral militar*, entendemos, como já explicitado, que o direito penal não se presta para esse fim.
- c) Há ainda uma terceira corrente que ignora a dignidade sexual, a disciplina militar ou a ética militar. A verdadeira razão de ser do art. 235 seria a tutela do local de trabalho dos vis e imorais atos libidinosos, numa verdadeira sacralização do local de trabalho. Também nesse caso não vemos espaço para o direito penal, pois estaria invadindo o espaço próprio do direito disciplinar/administrativo.

Eis as considerações do *estado d’arte* das discussões acerca do *crime de pederastia ou outro ato de libidinagem*, do Código Penal Militar de 1969.

²³ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Curso de direito penal**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 429. Ver, ainda, D’AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 57e ss.

²⁴ Consultar: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1, p. 112-113. Lembra o autor do surgimento, em 1966, do *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*, redigido por 14 professores de direito penal, em resposta ao projeto governamental de Código Penal de 1962, profundamente conservador, em que continuava a considerar punível a homossexualidade, a sodomia, a pornografia etc. O projeto alternativo trazia em seu bojo a ideia político-criminal de que não deve ser punível qualquer conduta sexual que tenha lugar em privado e entre adultos que nela consentem”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema reproduzido nesse artigo demonstra o quanto o direito penal militar está apartado do desenvolvimento contemporâneo da ciência criminal. O art. 235 do Código Penal Militar, como vimos, não resiste à elementar análise do bem jurídico protegido pelo tipo penal, sem mencionar a vagueza e indeterminabilidade de alguns elementos do tipo penal (*atos libidinosos e lugar sujeito à administração militar*). E as razões de decidir nas decisões proferidas pelos tribunais não tem sido nada alvissareiras.

Como sustentar, nessa quadra da história, o uso do direito penal para a proteção da ética/moral militar ou do local de trabalho? No que pertine à disciplina militar, urge uma delimitação segura dos espaços próprios do direito penal e do direito disciplinar, devendo-se respeitar sempre o princípio da fragmentariedade e a reconhecida posição penalística que reafirma a natureza de *ultima ratio* do direito penal.

A manutenção do famigerado dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro é razão que demonstra a inadiável necessidade de revisitarmos elementos de base do direito penal. Quiçá esse seja o caminho mais seguro para a declaração de inconstitucionalidade dessa estranha figura típica que atende por *pederastia ou outro ato de libidinagem*.

REFERÊNCIAS

BELING, Ernst Ludwig Von. **El rector de los tipos de delito**. Trad. e notas L. Prieto Castro, J. Aguirre Cárdenas. Madrid: Reus, 1936. Traducción y notas: Die Lehre vom Tatbestand.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação n. 55-40.2010.7.12.0012 – AM**. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Decisão do Conselho Permanente de Justiça da Auditoria da 12ª CJM. Relator: Min. Marcos Martins Torres, 21 de maio de 2013.

_____. **Embargos n.7-46.2013.7.03.0103 (DF)**. Embargante: Albert Vagner Pinto Darci. Embargado: Acórdão do Superior Tribunal Militar. Relatora: Min. Alte Esq Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, 21 de agosto de 2014.

_____. **Recurso em Sentido Estrito n. 61-58.2013.7.05.0005/PR**. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 5ª CJ. Relatora: Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, 19 de novembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.760/MG**. Paciente: Paulo Eduardo dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 23 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78021>>. Acesso em: 12 out. 2014.

_____. **Habeas Corpus n. 95.471/MS**. Paciente: Gildázio Luiz dos Santos. Impetrante: Mário André da Silva Porto. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2741531>>. Acesso em: 12 out. 2014.

_____. **Habeas Corpus n. 79.285/RJ**. Paciente: Silvan Rocha Guedes. Impetrante: Agostinho Campos. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Moreira Alves, 31 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78021>>. Acesso em: 12 out. 2014.

D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal: sobre o contributo crítico de um direito penal de base ontoantropológica. In: D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 56-79.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-198, abr./jun. 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 7. ed. Roma: Laterza, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: Parte geral – Questões fundamentais; A doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

_____. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

KNUDSEN, Holger. Incesto entre irmãos e o tribunal federal constitucional: a decisão de 26.2.2008 nos limites entre dignidade humana e os interesses da dogmática jurídica e da sociedade. Trad. Débora Gozzo. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, v. 9, n. 1. p. 171-185, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/Revistamestradoemdireito/2009/vol9/no1/7.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 2. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de diritto penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.