ADPF Nº 291: TIPOLOGIA DECISÓRIA DO STF E EFICÁCIA

Samuel Saliba Moreira Pinto*

RESUMO

O presente artigo visa analisar a tipologia decisória do STF, i. e., o método de definição de escolha das principais técnicas decisórias existentes para a solução de casos concretos, adotada por ocasião do julgamento da ADPF nº 291, que apontou incompatibilidade de certas expressões de dispositivo do Código Penal Militar com a Constituição Federal, declarando a sua não recepção. A partir da análise da petição inicial, votos e acórdão, bem como das técnicas decisórias possíveis pela tradição da Suprema Corte, verifica-se que a eficácia prática restou virtualmente atendida, notadamente porque manteve indene a aplicação do referido tipo, sendo que a alteração no âmbito do Legislativo teria eficácia mais concreta.

PALAVRAS-CHAVE: Técnicas decisórias. Controle de constitucionalidade. ADPF. Pederastia. Código Penal Militar.

ADPF Nº 291: MAKING-DECISION TIPOLOGY OF SFC AND EFDECTIVENESS

ABSTRACT

This article aims to analyze the makin-decision typology of the FSC, that is, the method of defining the choice of the main decision-making techniques available for the solution of concrete cases, adopted at the time of the judgment of the ADPF Nº 291, which pointed out incompatibility of certain provisions of the Military Penal Code with the Federal Constitution, stating that it was not received. From the analysis of the petition, votes and judgment, as well as the decision-making techniques possible by the tradition of the Supreme Court, it is verified that the practical efficacy has remained virtually fulfilled, notably because it maintained ithe application of the criminal type, being that the Legislative would have more concrete effectiveness.

* Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (São Leopoldo/RS). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Porto Alegre/RS). Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP (Bagé/RS). Advogado. E-mail: samuelsaliba.adv@hotmail.com.

KEYWORDS: Decision-making techniques. Control of constitutionality. ADPF. Pederasty. Military Penal Code.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a tipologia decisória, i. e., o método de definição de escolha das principais técnicas decisórias existentes para solução de casos concretos, adotada pelo STF por ocasião do julgamento da ADPF nº 291, proposta Procuradora Geral da República, tentando-se avaliar se a decisão da Suprema Corte atendeu à pretensão ministerial de efetiva adequação do Código Penal Militar[1] à Constituição Federal, ou se acabou sendo mera alegoria.

Para atingir tal desiderato, far-se-á inicialmente um breve relato do feito e da petição inicial, contextualizando o instituto jurídico da ADPF, bem como uma breve análise dos votos e acórdão. Posteriormente verificar-se-á a tipologia decisória do STF, identificando-se àquela utilizada no caso objeto do estudo, e, nessa esteira, tentar-se-á avaliar os efeitos práticos de tal provimento.[2]

2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)

2.1 Considerações preliminares

Prevista no artigo 102, §1º, da CF/88, trata-se de espécie de ação autônoma de natureza subsidiária – terá lugar apenas quando inaplicáveis outras espécies de controle abstrato de constitucionalidade (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 106) –, cuja apreciação cabe ao STF, na forma da lei" (BRASIL, 1988), e, assim, tratando-se de instituto previsto em texto normativo de

[1] Decreto-lei n° 1.001 de 21 de outubro de 1969.

[2] Destaca-se que não se pretende uma análise das técnicas interpretativas que, para além da lógica conexão com a decisão, relacionam-se com a hermenêutica constitucional, ou seja, com o "processo interpretativo desenvolvido ao longo do controle de constitucionalidade". (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 117).

eficácia limitada (não autoaplicável), necessitou de regulamentação[3]. (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 106-107).

Envolve matéria de competência originária do STF, prestando-se, dentre outras funções, para atacar lei ou ato administrativo de quaisquer das esferas de poder (federal, estadual, distrital e municipal), incluindo-se os instituídos antes da vigência da CF/88 e que em tese lesionem preceitos fundamentais, nos termos do artigo 1°, *caput*, parágrafo único e inciso I, da referida Lei Federal. (LENZA, 2011, p. 331; CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 106). Destaca-se que para diplomas instituídos posteriormente, possível o controle de constitucionalidade por meio do sistema difuso – incidental – ou concentrado. (LENZA, 2011, p. 248, 262-263).[4]

Cicconetti e Teixeira (2018, p. 106) ensinam que "nos casos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional (hipótese do CPM), do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direitos pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram", "em face do não-cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer, em princípio, a admissibilidade" da ADPF.

Thamay (2011, p. 109), na mesma linha, ensina que a ADPF tem por finalidade combater ofensas a preceitos ou princípios fundamentais, reprimindo atos inconstitucionais que não possam ser atacados por meio de outro mecanismo, o que reforça a noção de subsidiariedade – medida residual – do instituto sob exame. Cicconetti e Teixeira (2018, p. 107), quanto a "preceito fundamental", sugerem que é conceito a ser definido pelo STF, uma vez que desprovido de definição constitucional/legal mais precisa, sendo "amplamente associada aos direitos fundamentais, à dignidade da pessoa humana, às cláusulas pétreas e aos princípios constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito".

---

[3] Foi regulamentada pela Lei Federal 9.882/99, que, dentre outras disposições, aponta como legitimados os mesmos que a CF/88 elenca como possíveis proponentes da ação direta de inconstitucionalidade, incluindo-se aí o(a) PGR. (LENZA, 2011, p. 328).

[4] No ponto, leciona Morais (2004, p. 665) que: "[...] a lei possibilita a argüição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses – [...] quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal; [...]".

(2018, p. 107).

Para Thamay (2011, p. 109), por "preceito fundamental" poder-se-ia entendem o disposto nos artigos 1º a 7º, 34, *caput* e inciso VII (e alíneas), e 60, *caput* e §4º, todos do texto constitucional, e, assim, exemplifica o autor com "Direitos como o do voto direto, secreto, universal e periódico, os direitos da pessoa humana, cidadania, dentre outros como os direitos fundamentais.

Havendo, portanto, um diploma legal anterior à CF/88 (pré-constitucional) e que com ela tenha, em tese, alguma incompatibilidade, possível o controle de constitucionalidade por meio da ADPF ("mecanismo adequado de declaração de não recepção e consequente controle dos efeitos de dado" texto normativo pré-constitucional), conquanto incabível a ação direta de inconstitucionalidade. (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 32 e 108).[5]

Sendo o CPM pré-constitucional, qualquer incompatibilidade com a CF/88 deverá ser avaliada – "juízo de recepção ou não-recepção" (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 32) – por meio de ADPF, sendo possível apontar-se desde já como correta a via adotada pela PGR para a sua impugnação.

Identificado o instituto jurídico-processual da ADPF, ainda que de forma superficial, passa-se à análise específica da petição inicial do caso concreto.

2.2 ADPF n° 291: peça ovo

[5] Conforme Cicconetti e Teixeira (2018, p. 29-31), o texto normativo pré-constitucional que colide com a atual Constituição não é inconstitucional – pois "o legislador não teria como prever" tal situação –, mas sim "não recepcionado"; ou seja, a partir da vigência da Constituição, toda a legislação infra-constitucional existente e que não apresente colidência é recepcionada, sendo despiciendo novo processo legislativo, e, para a legislação colidente, não haverá recepção, cabendo "ser [...] tacitamente revogado" o diploma "mediante o desuso, ou [...] direta ou indiretamente revogado por lei posterior". Nessa linha, a legislação pré-constitucional somente poderá ser tida com inconstitucional frente à Constituição revogada: "[...] por comprovado vício formal – cuja natureza insanável implica em uma nulidade *ab initio* – [...], uma vez que [...] tendo em vista a teoria da recepção, a entrada em vigor de nova constituição impede que se examine a ocorrência de vício material". (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 32).

Contando com vinte laudas, a exordial da mencionada ADPF, datada de 09/09/2013, foi autuada e distribuída em 10/09/2013, e, e sua relatoria ficou com o Ministro Luís Roberto Barroso.

Preambularmente, a signatária referiu que haveria incompatibilização constitucional do artigo 235 do CPM, considerando-se o disposto nos artigos 1°, *caput* e incisos III e V, 3°, *caput* e incisos I e IV e 5°, *caput* e incisos I, III, X e XLI, e, assim, haveria violação dos seguintes preceitos fundamentais: "princípios da isonomia, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da pluralidade e do direito à privacidade". (ACIOLI, 2013, p. 01-02).[6] O dispositivo impugnado diz o seguinte:

> **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. (BRASIL, 1966).

Além da parte relacionada com os pedidos, a petição foi dividida em cinco tópicos: no primeiro, denominado "Considerações Iniciais", a PGR explanou acerca da homossexualidade, apontando-a como um fenômeno comum, universal e que sempre existiu na história da humanidade, ponderando que, "com a liberalização dos costumes" e "fortalecimento dos movimentos de luta pela identidade sexual", teria havido redução no preconceito e aumento no número de pessoas assumindo-se publicamente e engajando-se "em relacionamentos afetivos profundos, estáveis e duradouros". (ACIOLI, 2013, p. 02-03).

Adiante, mencionou que vários países têm estabelecido formas para o reconhecimento e proteção "desse grupo minoritário", bem como impendeu que a premissa dessas afirmações seria "a ideia de que os homossexuais devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração que os demais cidadãos", de modo que o não reconhecimento geraria uma indevida privação de importantes

[6] Em nota, a PGR relaciona o "princípio da dignidade da pessoa humana" ao disposto nos artigos 1°, *caput* e inciso III, e 5°, *caput* e inciso III, da CF/88. (2013, p. 02).

direitos aos homossexuais, bem como importaria "em menosprezo à sua identidade e dignidade". (ACIOLI, 2013, p. 04).

Fundamentando a incompatibilidade constitucional, em tese, do referido artigo de lei, referiu a PGR que não mais subsistiria "argumento razoável para se manter no ordenamento jurídico um tipo penal que pune o ato libidinoso consensual entre pessoas adultas do mesmo sexo", dada a "superação de certas visões preconceituosas e anacrônicas sobre a homossexualidade, como a que concebia como 'pecado'", frente aos "princípios da liberdade de religião e da laicidade (CF, arts. 5°, inciso VI; e art. 19, inciso I)", bem como àquela que "tratava como 'doença'", "absolutamente superada no âmbito da Medicina e da Psicologia", especialmente quando tal crime se estabelece com um *nomen iuris* de cunho claramente pejorativo e preconceituoso, como é o caso do termo "pederastia". (ACIOLI, 2013, p. 04). Vislumbrando, pois, um caráter "nitidamente discriminatório", dirigido a punir "identidades específicas, sem qualquer razão fática ou lógica", o tipo penal não teria, em tese, sido recepcionado pela CF/88, considerando, dentre outros, o "princípio da dignidade da pessoa humana". (ACIOLI, 2013, p. 04-05).

E tentando justificar a judicialização da matéria, referiu a PGR que "em um Estado Democrático de Direito, a efetivação de direitos fundamentais não" poderia "ficar à mercê da vontade ou da inércia das maiorias legislativas, sobretudo quando se tratar de direitos pertencentes a minorias estigmatizadas pelo preconceito [...] que não" seriam adequadamente "protegidas nas instâncias políticas majoritárias", e, "uma das funções básicas do constitucionalismo" seria "a proteção dos direitos das minorias diante do arbítrio ou do descaso das maiorias". (ACIOLI, 2013, p. 05).

No item "5." da exordial, sustentou-se a importância da atuação jurisdicional na garantia da efetivação universal dos direitos fundamentais, tendente a uma abrangência "ampla e plural", bem como para "que as diferenças sejam reconhecidas, permitindo que grupos específicos e minoritários possam, na afirmação de suas identidades, ser reconhecidos iguais naquilo que os faz diverso". (ACIOLI, 2013, p. 03).

O tópico seguinte relacionou-se com as razões do cabimento da ADPF, onde disse a PGR que "preceito fundamental" referiria

direitos fundamentais e cláusulas pétreas, ou quaisquer outros dispositivos com aptidão de conferir densidade normativa ou significação específica a princípio fundamental; sendo que no caso concreto haveria incompatibilização de dispositivo do CPM com direitos fundamentais, como dignidade humana, igualdade e liberdade, bem como com "objetivos constitucionais". (ACIOLI, 2013, p. 06).

Adiante, fez-se um "Breve histórico internacional", onde localiza o crime de pederastia em um movimento "antiquado" de criminalização da própria homo afetividade, colocando-a como prática "imoral, socialmente indesejável e atentatória contra os bons costumes", condenando a sua prática ainda que consensual, sendo que tal visão seria discriminatória, na medida em que tendente a não reconhecer, "nas diferenças, a igualdade fundamental do ser humano", não permitindo "a construção coletiva de um direito que preza pelo reconhecimento e pela relação intersubjetiva moldada na comunicação entre iguais". (ACIOLI, 2013, p. 06 e 08).

No tópico "Da discriminação no texto legal", arrazoou-se sobre o tipo penal constitucionalmente incompatível, em tese, referindo-se que o CPM criminaliza(ria) a prática de ato sexual (consentido[7]) "em lugar sujeito à administração militar", e, assim, defendeu-se que a instituição do texto normativo em referência, em 1969, teria se dado quando vivíamos em "um momento político autoritário e pouco aberto às diferenças e à exposição delas". (ACIOLI, 2013, p. 09-10). Consta na peça que:

> Os termos utilizados ("pederastia e "homossexual ou não") demarcam o claro viés totalizante e anti plural da norma, já que demonstram de forma pejorativa, no uso da primeira palavra, e discriminatório, no uso da frase, quem se quer atingir. Tal visão é corroborada pela exposição de motivos do CPM, na qual está escancarado o real intuito da norma: "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

[7] Não sendo consentido o ato sexual, estar-se-á falando dos tipos descritos nos artigos 232 (estupro), 233 (atentado violento ao pudor) ou 234 (corrupção de menores) do CPM. (MARTINS, 2010, p. 56).

regulamentos disciplinares se revelarem insuficientes". (ACIOLI, 2013, p. 10).[8]

Rogando a aplicação de tratados internacionais tendentes ao combate a práticas discriminatórias[9], a PGR referiu que a CF/88 teria adotado um conceito jurídico de discriminação que, a partir de uma visão mais complexa, reconheceria "as diferenças e empodera(ria) os oprimidos" (ACIOLI, 2013, p. 11). Mencionou-se a "Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência", que possui hierarquia constitucional, a teor do disposto no artigo 5°, §3°, da CF/88 (ACIOLI, 2013, p. 11), e, tentando justificar a pretensão declaratória, mencionou um trecho do artigo 2°[10] do referido tratado (relacionado às pessoas deficientes) e a ADPF n° 132, relativa à união estável homoafetiva.

Na petição constou um arrazoado sobre a discriminação, que no entender da signatária seria explicita no artigo impugnado, tendendo ao tratamento dos homossexuais "com base em critério proibido de discriminação". (ACIOLI, 2013, p. 12). E fazendo uma interpretação para além da redação do dispositivo, referiu a PGR que mesmo que as expressões "homossexual ou não" e "pederasta" fossem suprimidas, ainda assim haveria certa discriminação aos homossexuais, porque o ambiente dos quartéis (ainda) seria formado, predominantemente, por homens. (ACIOLI, 2013, p. 13). Contou na peça:

---

[8] Na exposição de motivos do CPM, exarada pelo Ministro da Justiça à época (Luís Antônio da Gama e Silva), consta exatamente a expressão referida: "É a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal, [...]". (LEGISLAÇÃO MILITAR, 2010, p. 204).

[9] Tais como a "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher". (ACIOLI, 2013, p. 11).

[10] Diz o mencionado dispositivo: "Artigo 2. Definições. Para os propósitos da presente Convenção: [...] 'Discriminação por motivo de deficiência' significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável; [...]". (BRASIL, 2009).

> Nesse sentido, transparece que a homossexualidade é mais afetada do que a heterossexualidade. Afinal, em um ambiente estritamente masculino, os heterossexuais, em tese, não seriam atingidos pela norma de austeridade sexual. Nesse contexto [...], torna-se evidente a discriminação e, por conseguinte, a inconstitucionalidade da criminalização de ato libidinoso consensual nos locais de administração militar. O tipo penal viola diretamente o princípio da igualdade, a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual. (ACIOLI, 2013, p. 13-14).

Encerrando o tópico, colocou-se que haveria também incompatibilização constitucional, tendo-se por base a "vedação às discriminações odiosas", assegurada pela CF/88, "cujo enfoque é dar vazão aos anseios democráticos e pluralistas da sociedade brasileira"; e, previamente à articulação dos pedidos, fez-se um tópico denominado "Da liberdade sexual", onde se referiu que o dispositivo atacado teria por escopo, também, a geração de uma limitação à "liberdade sexual dos militares". (ACIOLI, 2013, p. 14). Disse a PGR:

> Tal ingerência na vida sexual dos militares revela uma política capaz de restringir o acesso às Forças Armadas. Afinal, a lógica militar invoca a figura de homens viris, com alta capacidade física e, dessa maneira, portadores de níveis altos de libido. Essas características, ao que tudo indica, não são compatíveis com os ditames da austeridade sexual que o tipo penal questionado prega. (ACIOLI, 2013, p. 14-15).

Concluiu a PGR que tal tipo penal seria inadequado tanto para "homossexuais [...], mas também, ainda que indiretamente, às mulheres", pois "No primeiro caso [...] a figura do homossexual representa a antítese do homem viril e, no segundo, porque a mulher causa tentação a essa figura que sustenta a instituição militar". (ACIOLI, 2013, p. 15).

Na sequência, dois pontos foram levantados como elemento de base para a incompatibilidade constitucional suscitada: a punição pela prática de atos sexuais referiria uma restrição inserida em uma "construção que opera e define a cultura do espaço público enquanto

eminentemente masculino e heterossexual", e, em segundo lugar, pois "A criminalização de um ato sexual consensual torna-se ainda mais preocupante quando se tem em vista a especificidade do serviço militar, onde indivíduos são alocados em um local e convivem única e exclusivamente entre si", inclusive por "longos períodos", e, "Nessas condições, impedir o ato sexual voluntário afronta[ria] a dignidade humana", pois "Freud nos ensinou que a saúde mental está diretamente vinculada à possibilidade de alocar libido, isto é, de investir energia sexual nos objetos de desejo. (ACIOLI, 2013, p. 16).[11]

Concluiu-se o tópico com uma crítica ao espectro amplíssimo do dispositivo, que diria "ser crime fazer sexo consensual em um determinado lugar", pouco interessando "se o militar está deitado em seu quarto dentro do quartel ou em suas acomodações no navio", sendo que para a PGR, a despeito de "O quartel, o navio, o porta-aviões" serem todos "lugares de administração militar", haveria "momentos em que, apesar de se estar no local, não" haveria "função sendo exercida", não havendo razão – para nesses momentos – impedir-se "a expressão social da libido, que constitui alocação de energia essencial à aquisição de felicidade. (ACCIOLI, 2013, p. 17).[12] Referenciou-se também o princípio da intervenção mínima[13] e "A luta contra a discriminação, em todas as suas formas", que é objeto do Estado brasileiro (ACIOLI, 2013, p. 17-18), e, quanto aos pedidos, postulou-se a declaração de não recepção integral do artigo

[11] No ponto, a PGR refere que a privação do desejo sexual atentaria, também, contra a própria busca pela felicidade. (2013, p. 16).

[12] Ressalva a signatária que, ainda que indevida a punição – criminal – pela prática sexual entre adultos fora do exercício profissional, afigurar-se-ia imperiosa uma "reprimenda disciplinar" pelo eventual descumprimento das funções laborativas, na medida em que "Em qualquer ambiente de trabalho, os atos inapropriados são punidos". (ACIOLI, 2013, p. 17).

[13] Consoante Figueiredo (2009, p. 60), "O Direito Penal define comportamentos proibidos ou impõe outros; a seleção de tais comportamentos ilícitos segue ao princípio da intervenção mínima, atingindo as condutas mais lesivas e intoleráveis aos bens jurídicos efetivamente importantes". Ainda, "O Estado só recorre ao Direito Penal quando cessados todos os instrumentos jurídicos extrapenais, por se tratar de *ultima ratio* para proteção de bens jurídicos importantes de ataques graves e perigosos, devido à insuficiência ou omissão dos outros ramos do Direito [...]". (FIGUEIREDO, 2009, p. 61-62).

235 do CPM, diante dos "artigos 1°, III e V; 3°, I e IV; e 5°, *caput*, III, X e XLI" da "Carta de 1988"[14], e:

> [...] subsidiariamente: i) a declaração de inconstitucionalidade do termo "pederastia" do *nomen iuris* do crime e da expressão "homossexual ou não" do referido tipo penal; e ii) que seja dada interpretação Conforme à Constituição ao texto legal, devendo-se entender configurada a tipicidade somente nos casos em que o ato sexual consentido ocorra durante o exercício de uma função militar específica. (ACIOLI, 2013, p. 18).

Ainda, a PGR formulou pleito de "medida cautelar", sustentando que os requisitos de "*fumus boni iuris*" e "*periculum in mora*" estariam comprovados, e que haveria um "compromisso do Estado brasileiro com uma sociedade igual e solidária" e que tal "perpassa" pela "preocupação de impedir qualquer tipo de manifestação discriminatória"; sendo que "O fato de se levantar uma dúvida razoável quanto à existência de opressão advinda de uma norma estatal (já) seria suficiente para justificar a suspensão do dispositivo [...] impugnado". (ACIOLI, 2013, p. 19).

No ponto, alertou-se que o Brasil teria assumido "o compromisso político com a erradicação dos preconceitos e discriminação", diante do "advento da ratificação [...] da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência", e que por isso haveria urgência na cessação de punição de militares "com base em preceitos discriminatórios". (ACIOLI, 2013, p. 19). Encerrando a peça, disse a PGR que "A responsabilidade" seria "ainda maior quando o ato que discrimina é formalmente estatal, como no caso da norma aqui impugnada". (ACIOLI, 2013, p. 19).

2.3 ADPF n° 291: acórdão e votos

Recebida a petição inicial, o Relator apontou que "Apesar da plausibilidade das alegações", apreciaria o pedido de antecipação parcial da tutela "depois das manifestações dos órgãos

[14] No ponto, observa-se que houve a supressão do inciso I do artigo 5° da CF/88, como elemento de incompatibilidade – sendo que tal foi citado no preâmbulo da peça.

intervenientes", "tendo em vista que o ato impugnado" estaria em vigor há várias décadas, e, ainda, determinou o que fossem solicitadas informações do Congresso Nacional e da Presidência da República, bem como fosse notificado o Ministro da Defesa, além da AGU e da PGR. (BRASIL, 2016). Após regular tramitação do feito, o STF, por maioria, conheceu da ADPF e proveu-a parcialmente 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". (BRASIL, 2016).[15]

Alguns dos votos merecem ser referenciados de forma mais minudente, notadamente porque a eficácia que se pretende verificar do julgado pressupõe justamente a intenção dos magistrados do STF.

A Ministra Rosa Weber, em antecipação de voto, disse o seguinte:

> 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

[15] O acórdão, transitado em julgado em 01/07/2016, foi assim ementado: 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 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. (ADPF 291, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016). (BRASIL, 2016).

> pedido sucessivo, restringindo, então, o juízo a uma procedência parcial da ação. (BRASIL, 2016, grifei).

O voto da Ministra, posteriormente, foi no sentido de acolher a "proposição originária formulada pelo" Relator, pelo integral provimento da ADPF "para declarar a não recepção do art. 235 [...]". (BRASIL, 2016). No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, para quem:

> 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*. (BRASIL, 2016, grifei).

Disse o decano da Corte: "Na realidade, [...] o julgamento que hoje se realiza certamente marcará, uma vez mais, a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual." (BRASIL, 2016).

A Ministra Cármen Lúcia votou no seguinte sentido:

> *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. [...]. *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*. (BRASIL, 2016, grifei).

No mesmo sentido o Ministro Marco Aurélio: "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*". (BRASIL, 2016, grifo nosso). O Ministro Lewandowski, então presidente de Corte, fez a seguinte ponderação:

> [...] 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. (BRASIL, 2016, grifei).

Em uma análise integrativa dos dispositivos em referência, artigos 235 e 9º, ambos do CPM, propôs o Ministro uma mitigação do espectro de aplicabilidade do referido tipo penal, no sentido de restringir ao momento de atividade militar, ou seja, a punição criminal teria cabimento apenas na hipótese de um militar – homem ou mulher – realizar atividade sexual – homossexual ou não – por ocasião de atividade profissional. (BRASIL, 2016). Disse o Ministro Lewandowski:

> [...] é 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. [...]. *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*". (BRASIL, 2016, grifei).

Em seu voto (o melhor para entender a *quaestio*, e, consequentemente, a crítica que se pretende fazer), o Ministro Fachin entendeu que a tipificação da conduta *per se* encontraria guarida no disposto nos artigos 42 e 142 da CF/88, notadamente porque a "hierarquia e disciplina" seriam "elementos fundantes da ordem militar" e não haveria, assim, ofensa ao "princípio da mínima intervenção do Direito Penal". (BRASIL, 2016). Constou no seu voto:

> 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 [...] 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: [...]. *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. (BRASIL, 2016, grifei).

Entendeu o Ministro Fachin (BRASIL, 2016), com efeito, que a despeito de "a rubrica enunciadora do tipo" ser "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", de modo que determinaria "o juízo de tipicidade a ser realizado pelo intérprete no momento de subsunção da conduta humana ao modelo abstrato positivamente previsto". Para o Ministro:

> 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. (BRASIL, 2016, grifei).

Compulsando-se as notas taquigráficas, observa-se cristalinamente a questão posta:

> 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"*. Continuaria, 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. (BRASIL, 2016, grifei).

No mesmo sentido, o Ministro Zavascky:

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*. BRASIL, 2016, grifei).[16]

Importante a referência do Ministro Lewandowski, de forma reiterada, mas que deixa clara a decisão tomada pelo STF:

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* [...]. [...] ficou então prevalecendo [...] 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*. (BRASIL, 2016, grifei).

3. TIPOLOGIA DECISÓRIA DO STF

[16] O Ministro Gilmar Mendes votou no mesmo sentido. (BRASIL, 2016).

O STF tem competências originárias e derivadas (recursal), e, para o presente estudo, dar-se-á atenção àquelas atribuições típicas de um tribunal constitucional clássico (de matriz austríaca), bem como àquelas que permitem o controle de constitucionalidade por via incidental (conforme modelo norte-americano). (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 21, 22 e 26).[17]

No controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado (onde se incluem os julgamentos da ADPF), há técnicas decisórias, sendo que as mais adotadas pelo STF são: (I) declaração de nulidade – total ou parcial – de lei ou ato normativo, com ou sem redução de texto, (II) declaração de constitucionalidade, (III) Interpretação Conforme a Constituição, (IV) declaração de inconstitucionalidade sem pronuncia de nulidade e (V) a utilização de Súmulas Vinculantes. (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 118-139).

Como referenciado na autora do presente artigo, pretende-se analisar a tipologia decisória adotada por ocasião do julgamento da ADPF nº 291, como condição de avaliação do atendimento – ou não – da pretensão da PGR, de efetiva adequação constitucional do Código Penal Militar[18].

3.1 Dos efeitos da decisão meritória em sede de ADPF

Conforme Cicconetti e Teixeira (2018, p. 112), a eficácia dessas decisões é *erga omnis*, ou seja, não se restringe *inter partes*, sendo "vinculante relativamente aos demais órgãos do poder público[19]". Poderá ser tanto *ex tunc* quanto *ex nunc*, entretanto, na segunda hipótese, será necessária a "existência de razões de

[17] Conforme Cicconetti e Teixeira (2018, p. 26), às funções do STF típicas de um tribunal constitucional de matriz austríaca seriam àquelas preconizadas pelo artigo 102, *caput* e inciso I, da CF/88, enquanto que às funções do STF que se assemelham ao modelo de jurisdição constitucional norte-americano seriam àquelas preconizadas pelo artigo 102, *caput* e inciso III do mesmo diploma.

[18] Decreto-lei n° 1.001 de 21 de outubro de 1969.

[19] Entende-se Poder Público para fins de eficácia *erga omnes* os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, em todas as esferas, excetuando-se o Poder Legislativo, que poderá "editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade" do STF. (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 92).

segurança jurídica ou de excepcional interesse social" que possa justificar essa modulação de efeitos, bem como que haja "voto da maioria de dois terços". (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 112). Desnecessária a "suspensão pelo Senado Federal da eficácia do ato normativo declarado inconstitucional em sede de controle abstrato", em decorrência lógica dessa eficácia contra todos. (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 91).

Pois bem, a partir da decisão do STF, o quadro do texto normativo (artigo 225 do CPM) ficou assim:

Redação originária.	Redação a partir da ADPF 291.
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. (BRASIL, 1969, grifos nossos).	Ato libidinoso. Art. 235. 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. (BRASIL, 2016).

Conforme Cicconetti e Teixeira (2018, p. 119), "poderá o julgador optar pela declaração de nulidade parcial, e, assim, remover somente os dispositivos da lei que estiverem em contraste com a Constituição", ou seja, ao entender-se o texto normativo divisível, com "disposições autônomas entre si", possível a manutenção do diploma, "quando não houver relação de interdependência entre o dispositivo declarado inconstitucional [ou não recepcionado] e qualquer outra disposição legal". Logo, verifica-se que *in casu* houve declaração parcial de nulidade, com redução de texto, na medida em que o STF manteve o conteúdo normativo do dispositivo impugnado, apenas excluindo duas expressões que em tese violariam a CF/88.

O limite objetivo para a atuação do STF, em ações como a ADPF, seria a manutenção da "vontade do legislador", ou seja, a atuação da Corte como "legislador negativo" teria como pressuposto apenas a remoção daquelas leis ou atos normativos com força de lei que eventualmente possuíssem "vícios de legitimidade constitucional". (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 119). Se no

controle de constitucionalidade a Corte eventualmente viesse a descaracterizar o sentido do texto normativo, estaria agindo como "legislador positivo" e, assim, estaria usurpando a competência legislativa preponderante do Parlamento. (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 119).

Verifica-se que a declaração de não recepção teve como objeto apenas as expressões "Pederastia ou" e "homossexual ou não", sendo juridicamente possível essa atuação, conforme Teixeira (2011, p. 02). Diz o autor: "Sin embargo, el dispositivo inconstitucional puede restringirse a un artículo, cláusula, párrafo, o un pequeño fragmento de texto de cualquier artículo". (TEIXEIRA, 2011, p. 02).

3.2 (In)eficácia da decisão da Suprema Corte

A partir de Cicconetti e Teixeira (2018, p. 126 e 128), na "Interpretação Conforme Constituição" apenas se exclui "a interpretação nociva à legitimidade constitucional" de determinado diploma, e não o texto normativo em questão, sendo que dois são os limites para a utilização dessa técnica, quais sejam, a literalidade do texto normativa e "o fim objetivo que o legislador" teria buscado. Vedar-se-ia na "Interpretação Conforme a Constituição"[20], com

[20] Para ilustração, possível apontar-se o seguinte caso, em que o STF adotou a referida técnica decisória, ou seja, declarou a inconstitucionalidade de uma interpretação, qual seja, aquela que tornasse exigível autorização para feitura de biografia, sendo esse o efeito prático da decisão: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. [...]. *9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do*

efeito, uma hermenêutica tendente a contrariar o texto da norma jurídica, e, igualmente, a "descaracterizar o sentido original da lei (*mens legis*) que fora atribuída pelo legislador durante o processo de legiferação". (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 128).[21]

Na "Declaração Parcial de Nulidade sem Redução de Texto", há, tal como na declaração parcial de nulidade – com redução de texto –, a declaração de nulidade de uma determinada hipótese de aplicação, ou seja, a decisão afeta "diretamente a estrutura [do texto normativo] e o seu programa [...]". (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2018, p. 127); sendo esse o ponto nevrálgico da presente pesquisa: a decisão adotada pelo STF na ADPF nº 291 afetou a estrutura do texto normativo – do CPM – e o seu programa?

Caso a decisão tenha afetado a aplicação do texto normativo, possível concluir-se que houve eficácia concreta; caso negativo, possível concluir-se que a decisão teve um papel meramente alegórico, ficcional.

Em Abboud, Carnio e Oliveira (2015, p. 378-379), "o texto normativo é o programa da norma, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto), sua constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata", sendo que "A norma [...], é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo. Conforme Gomes (2009, p. 75), "o programa da norma [...] expressa a "ordem jurídica", o "comando jurídico", o impulso de regulamentação inerente a qualquer norma", e "será formado pelo texto da norma, interpretado com todos os recursos metódicos disponíveis".

In casu, o STF declarou não recepcionadas duas expressões,

Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4815, Relator(a) Ministro CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 29/01/2016). (BRASIL, 2018, grifei).

[21] Conforme Cicconetti e Texieira: "[...] ao declarar a inconstitucionalidade de uma interpretação, o Supremo não está afirmando que todas as demais interpretações possíveis sejam inconstitucionais, mas apenas aquela interpretação específica, bem como todas as demais que forem análogas a ela". (2018, p. 127).

entretanto, claramente determinou que a aplicação do tipo penal seguisse incólume, ou seja, deixou inalterado o programa normativo a ser realizado pelo Poder Judiciário. E se uma visão pós-positivista pressupõe tanto a superação da interpretação como "ato de vontade" da lei ou do legislador, quanto a superação da "sentença como ato silogístico" (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 374-375), temos que mesmo sem a decisão do STF os demais órgãos julgadores seguiriam aplicando a norma – CPM – de forma harmonizada com a CF/88; é dizer, ainda que o legislador tenha agido de forma discriminatória – *ex vi* da exposição de motivos do CPM –, a superação da interpretação como ato de vontade do legislador vem no sentido de que "a interpretação jurídica" é influenciada pela historicidade, e, assim, altera-se em virtude do momento histórico em que é realizada; ou seja, "A interpretação consiste em atividade concretizadora que se influencia, diretamente, pela realidade e pelos momentos históricos". (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 374-375).[22]

Para Hirsch, "uma norma jurídica formulada verbalmente pelo legislador não pode ser entendida nem como ato imperioso de vontade nem exclusivamente como razão objetiva intemporal, mas como tentativa relativa de um legislador histórico", regulando "um conjunto de circunstâncias reais da sociedade considerado possível, de uma forma que corresponde a seus critérios de valor". (*apud* MÜLLER, 2008, p. 98). Ademais, a superação da decisão como "ato silogístico" pressupõe a não confusão entre texto normativo e norma, i. e., a visão da decisão não como um ato meramente declaratório, mas sim criador do direito. (ABBOUD *apud* ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 375-376).

Para os autos, "a [decisão] judicial perante o paradigma pós-positivista não pode mais ser vislumbrada como ato meramente

[22] Referidos autores ilustram tal assertiva com a mudança de entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que havia admitido a coloração da pele como fator de discriminação no transporte público, separando brancos e negros, sendo que posteriormente mudou o entendimento, declarando inconstitucionais determinados diplomas legais que discriminavam negros, asiáticos e outros grupos; tal mudança na jurisprudência, apontam referidos autores, deu-se sem que o texto constitucional tivesse sido alterado. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 375).

silogístico", mas como "o modelo fundamental" no "qual se fundem a compreensão da norma e sua relevância aplicativa", i. e., "a norma é fruto do conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista [...]". (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 376). O espectro da aplicação do Direito, com efeito, suplanta o simples ato de subsunção de um enunciado legislativo ao caso concreto, que referiria um "produto da concepção do positivismo mecanicista no qual o juiz é mero autômato na aplicação do direito", hipótese flagrantemente contrária ao paradigma pós-positivista. (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, p. 376).

Dessa forma, não há identificação entre "norma jurídica" e "texto de norma", na medida em que a norma agrega elementos da realidade, ou seja, não está "pronta e 'aplicável'", de modo que o seu sentido complementar-se-á a partir de cada caso na concretização. (MÜLLER *apud* MIOZZO, 2014, p. 228). Diz o autor:

> A norma não existe, não é "aplicável". Ela é produzida apenas no processo de concretização. O operador do direito se vê incluído nesse processo de construção de normatividade, normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso ou do tipo de caso. Apesar disso não se reconhece na tarefa da concretização nenhuma liberdade em princípio diante da norma. Mas como a norma não é concebida como previamente dada, carente de geração, tal visão é nessa medida compatível com a visão tópica. A diferença prática mais nítida se evidenciara no papel do teor literal. (MÜLLER, 2008, p. 80-81).

Logo, impossível a cisão entre interpretação e aplicação jurídica, o que faz com que o fato não possa ser considerado como algo "puramente extranormativo", mas sim como um elemento "constitutivo da normatividade", i. e, "Não só a norma é 'aplicada' ao caso, mas o caso é 'aplicado' à norma". (MÜLLER *apud* MIOZZO, 2014, p. 228).

A constituição – ou construção – da norma, nessa teorização, dá-se desde um processo denominado de concretização jurídica, ou seja, os elementos da realidade/facticidade são incluídos de forma não arbitrária, mas sim estruturalmente, motivo pelo qual a "norma é pensada a partir dos problemas de concretização"; e a normatividade,

nessa linha, é vista como uma "qualidade dinâmica que possui a norma de ordenar a realidade e ao mesmo tempo ser por ela ordenada". (MIOZZO, 2014, p. 229). A estruturação a que se refere relaciona-se, em Müller, pela ocorrência de um nexo ente "as partes conceituais integrantes de uma norma", sendo elas o "âmbito da norma" e o seu respectivo "programa": o primeiro liga-se aos "'dados linguísticos' do ordenamento", sendo o resultado da interpretação dos textos normativos a partir de uma situação concreta, e o segundo relaciona-se com os "'dados reais' envolvidos na interpretação". (*apud* MIOZZO, 2014, p. 229-230).

Consoante Miozzo (2014, p. 232), a diferenciação entre "texto de norma" e "norma", bem como a defesa de "que a norma é sempre e apenas elaborada em uma situação concreta", não significa eventual "desprezo" pelos textos de normas – e nem mesmo subjetivismo ou voluntarismo –, o que poderia levaria a ideia de "liberdade de criação do intérprete", todavia, conforme o autor, Müller, além da teoria da norma, desenvolveu a "metódica jurídica" e que é dirigida justamente à concretização, e, esta, como uma de suas "premissas fulcrais", tem a "vinculação e o respeito aos textos de normas". Os textos normativos, pois, "são o parâmetro de aferição da compatibilidade de determinada conduta (estatal ou não) com o Direito", sendo que este – o Direito – "procura determinar a forma de exercício legítimo" do poder, "tanto pelo Estado quanto pelos particulares". (MÜLLER *apud* MIOZZO, p. 223).

Nessa esteira, se as atividades estatais decorrem dos textos normativos, Müller defende que eles – os textos normativos – referem um "limite extremo da análise dos sentidos jurídicos possíveis", e, por esse motivo, "Decisões que [passem] claramente por cima do teor literal da constituição não são admissíveis".[23] (*apud* MIOZZO, 2014, p. 235). Com efeito, não há o desprezo da positividade do direito, notadamente porque "O teor literal do texto normativo" considerar-se-á "ponto de partida da concretização", circunscrevendo o seu espaço de ação (MIOZZO, 2014, p. 243). E frise-se, "O elemento gramatical depende da estrutura da norma",

[23] Isso, pois o texto da norma constitucional, para Müller, funciona como um referencial – e elemento de obrigatoriedade –, precedendo hierarquicamente em caso de conflitos. (MIOZZO, 2014, p. 235).

não dizendo respeito exclusivamente ao "texto da norma", mas também à própria norma. (2014, p. 243).

A obediência aos limites literais/gramaticais, nessa linha teórica, se presta como um controle de interpretação, no sentido de que o sujeito – da interpretação – "não pode dispor do(s) texto(s) como bem entender". (MIOZZO, 2014, p. 261).

Em Müller, a potência dos elementos gramaticais – pela "estrutura textual do Estado Democrática" – se presta, inclusive, como elemento de garantia – e controle – nas hipóteses de lacuna[24], ou seja, aquela situação em que "depois de se analisar a relação reciproca entre textos normativos e realidade a partir do caso concreto, ou de uma situação hipotética [...] se constatar que não há qualquer respaldo para a construção da norma [...]"; nesse caso não haveria uma resposta jurídica. (*apud* MIOZZO, 2014, p. 262). A solução apontada seria reconduzir a decisão aos elementos gramatical e sistemático da interpretação, ao menos de forma negativa. (MIOZZO, 2014, p. 262. Com efeito:

> Na teoria e metódica estruturantes do Direito, pressupondo a realização do procedimento de concretização, *são inadmitidas meras "criações" contra o texto normativo ou sem ele*. Positivamente tem-se que uma decisão judicial precisa estar minimamente albergada em um ou mais textos normativos, ou seja, ter um mínimo de previsão no ordenamento para estar fundamentada, desde a formação do programa normativos, passando pelo âmbito normativo, até se chegar na norma e na norma de decisão. (MIOZZO, 2014, p. 263, grifo nosso).

No caso do texto normativo impugnado, não se verifica qualquer lacuna ou limitação semântica tendente a uma punição apenas aos homossexuais, a despeito das terminologias com nítido caráter discriminatório. Logo, entende-se que a preocupação do STF – observada principalmente no Ministro Fachin –, em "purificar" o

[24] No caso especifico das lacunas, a teorização em referência aponta que "não há" o "que se falar em existência e preenchimento de lacunas (constitucionais), mas tão somente em construção de normas ou em sua impossibilidade", ou seja, "no lugar da alternativa, subsunção ou 'criação judicial do Direito', deve-se falar em 'concretização do Direito'". (MÜLLER *apud* MIOZZO, 2014, p. 264-265).

texto normativo do CPM, restou inócua, na medida em que o Poder Judiciário, por ocasião da aplicação da norma, já atenderia o desiderato constitucional – de não aplicação do artigo 235 de forma a discriminar homossexuais.

Dada a complexidade e sofisticação da teorização mencionada supra, impossível a sua completa descrição no presente trabalho, entretanto, a partir de tais breves considerações, possível apontar-se que a partir do paradigma pós-positivista, o artigo 235 do CPM já seria aplicado pelo Poder Judiciário de forma harmonizada com a CF/88, sendo difícil identificar-se uma eficácia concreta na decisão exarada na ADPF nº 291.

A despeito da tipologia decisória adotada, relacionada a declaração de não recepção de duas expressões do texto normativo impugnado, não houve, portanto, qualquer alteração no programa da norma, ou seja, na sua aplicação, motivo pelo qual entende-se que a decisão do STF não gerou efeitos práticos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo inegável que o dispositivo impugnado possui caráter discriminatório, mormente por localizar-se no capítulo dos "crimes sexuais", que fica no título relativo aos "crimes contra a pessoa" – geograficamente inadequado[25] –, seguro concluir-se que a ADPF nº 291 vem no sentido de propor uma adequação de tratamento entre militares homossexuais e heterossexuais, harmonizando o texto normativo do CPM à CF/88.[26]

Tendo em conta, portanto, as expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", bem como o conteúdo da exposição de motivos do CPM, temos que é clara a tendência a discriminação[27],

[25] Conforme Martins, melhor seria que o tipo estivesse localizado na seção do CPM relativa aos crimes contra a autoridade ou disciplina militar (2010, p. 58).

[26] Fica claro que o ponto controvertido é o espectro amplíssimo da norma penal, tendente a punir atos sexuais entre militares até mesmo no âmbito de seus alojamentos e dormitórios, ou seja, fora de serviço.

[27] Conforme Bragato "A discriminação implica tratamentos desiguais que consistem na negação de direitos humanos básicos, com base em determinados traços identitários percebidos como inferiores". (2016, p. 1817). Possível incluir-se, no ponto, a homoafetividade.

justificada por atitudes preconceituosas direcionadas aos/às militares homossexuais (CARNEIRO *apud* BRAGATO, 2016, p. 1816), o que certamente demandaria a procedência dos pedidos articulados pela PGR, especialmente no que toca à declaração de não recepção integral do artigo 235 do CPM e o segundo pedido subsidiário, qual seja, "ii) que seja dada interpretação Conforme à Constituição ao texto legal, devendo-se entender configurada a tipicidade somente nos casos em que o ato sexual consentido ocorra durante o exercício de uma função militar específica". (ACIOLI, 2013, p. 18). Tivesse sido acolhido o pedido principal[28], de declaração total de não recepção do dispositivo do artigo 235 do CPM, como sugerido pelo Ministro-Relator[29], ou mesmo o segundo pedido subsidiário[30], poder-se-ia dizer que a decisão efetivamente gerou efeitos concretos.[31]

A decisão do STF, entretanto, foi no sentido de acolher o primeiro pedido subsidiário, qual seja, a declaração de não recepção de apenas duas expressões, que, em tese seriam inconstitucionais

---

[28] Nessa toada, se um militar fosse flagrado praticando atos sexuais em lugar sujeito a administração militar, não responderia por crime militar, mas tão somente por uma transgressão disciplinar.

[29] Referiu o Ministro Barroso: "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*. (BRASIL, 2016, grifei).

[30] Quanto ao segundo pedido subsidiário, permitiria uma restrição do espectro de aplicação do referido dispositivo, entretanto, como bem ressaltado pelo Ministro Lewandowski, em sendo realizada uma interpretação sistemática do referido tipo penal com o disposto no artigo 9º do CPM, que prevê as hipótese em que há crime militar, por certo que dois militares, em seus alojamentos – ou casas em vilas militares – certamente não sofreriam inquérito policial militar, ação penal militar *etc*.

[31] Posteriormente o Ministro Barroso, em "reajuste de voto", assim referiu: "Assim, tendo em vista o entendimento majoritário 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."

porque discriminatórias.

Da leitura da exordial, observa-se que em certos trechos há incorreção com relação à fundamentação argumentativa, sendo que a PGR utiliza normas relacionadas à proteção de pessoas deficientes como meio de justificação para a não discriminação a homossexuais, bem como em certos momentos faz confusão tendente à (uma indevida) restrição da narrativa aos militares homossexuais, ignorando às mulheres militares e homossexuais. Da leitura dos votos, observa-se que há uma clara intenção em garantir paridade aos/às homossexuais (militares ou não), enquanto minoria estigmatizada e subalternizada, sendo que a ideia de extirpar do ordenamento jurídicos expressões nitidamente discriminatórias é de todo válida. Entretanto, observa-se que a atuação do STF foi meramente virtual, pois não alterou a situação fática dos réus em uma ação penal militar relacionada ao tipo penal impugnado. Não houve efetiva adequação do CPM à CF/88, sobretudo porque as expressões retiradas do texto normativo jamais influenciaram na programação da norma, i. e., a aplicação do tipo penal continua sendo a mesma – desde a vigência do texto normativo. O nome do tipo possui uma função eminentemente organizacional, para dividir os tipos penais entre si, sendo que tal poderia ser substituída, inclusive, por números isoladamente.

Entende-se que a decisão do STF não se prestou para alterar o programa da norma, e, assim, malgrado a importância da decisão para a afirmação dos direitos dos homossexuais, possível concluir-se que não atendeu ao desiderato de efetiva compatibilização do CPM à CF/88.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. – 3. ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ACIOLI, Helenita Amélia Gonçalves Caiado de. Procuradora Geral da República. Ministério Público Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 291*. Petição inicial da ADPF 291 proposta pela Procuradoria Geral da República no Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 09 de setembro de 2013. Disponível em:

https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/api/peca/recuperarpdf/3401450. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade*. Quaestio Iuris. Vol. 09, n° 04, Rio de Janeiro, 2016, p. 1806-1823. Disponível em: https://doi.org/10.12957/rqi.2016.21291. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. *Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. *Decreto-lei n° 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. *Lei Federal n° 9.882, de 03 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1° do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n° 291*. Requerente: Procuradoria Geral da República. Interessado: Presidente da República e outros. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 11 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+291%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+291%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ouuvaut>. Acesso em: 12 mai. 2018.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição constitucional comparada*. – 2. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de ilicitude e obediência hierárquica no Direito Penal Militar*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GOMES, Nestor Catilho. *A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos*

na metódica jurídica. 2009. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2009. Disponível em: http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/93157. Acesso em: 25 mar. 2020.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 15. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Cláudio. *Os varões conspícuos*. In: SANTANA, Selma Pereira. (Coord.). Revista do Ministério Público Militar. 1. ed. Brasília: Procuradoria Geral da Justiça Militar, 2010.

MIOZZO, Pablo Castro. *Interpretação jurídica e criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Tipología y eficacia de las principales técnicas decisorias adoptadas por el Supremo Tribunal Federal en los procesos de control de constitucionalidad*. Revista General de Derecho Constitucional (Internet), v. 11, p. 1, 2011. Disponível em: http://andersonteixeira.com/data/documents/Artigo-AVT-Tipologia-y-eficacia.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

THAMAY, Rennan Faria. *A relativização da coisa julgada nas ações declaratórias de (in)constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2011. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3539/revitalizacao_coisa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 mar. 2020.