

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

DIOGO DE ALMEIDA VIANA DOS SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diogo De Almeida Viana Dos Santos; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-896-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Com muita satisfação, apresentamos à comunidade acadêmica os resultados de estudos e discussões aprovados para o VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2024. Esta obra científica é destinada à difusão de temas contemporâneos, sob a linha estruturante “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Os frutíferos debates do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais II” se deram em subgrupos temáticos, com interações voltadas à disseminação e aperfeiçoamento do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, no âmbito de Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e áreas afins utilizando-se do ambiente de teletransmissão em videoconferência, com o fim de propiciar a democratização do acesso às frutíferas e proveitosas discussões, deste que já se tornou o maior fórum de debates científicos na área do Direito no Brasil e na América Latina.

Os trabalhos apresentados, que ora compõem este registro, testemunham a utilidade do compartilhamento e disseminação do conhecimento e ideias inovadoras que contribuem para o desenvolvimento da ciência jurídica e afirmação da justiça no Brasil, Américas e Mundo.

Congratulamos a grande comunidade que compõe o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito por seu contínuo esforço de prover um ambiente e oportunidades de aprimoramento da academia jurídica nacional.

Thais Janaina Wenczenovicz

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL/UNIVERSIDADE DO
OESTE DE SANTA CATARINA

Diogo de Almeida Viana dos Santos

Universidade Estadual do Maranhão - UEMA, e Universidade UNICEUMA

- Grupo temático 1

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIANTE DA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - Tassiane Ferreira Cardoso , Karen Beltrame Becker Fritz;

BASE AXIOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PASSADO AO FUTURO: DA DIMENSÃO PSICOFÍSICA A VIRTUAL - Mariely Viviani Cacerez;

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO - Patrícia Maria Barreto Bellot de Souza;

VULNERABILIDADES E PROTEÇÃO SOCIAL: POLÍTICAS DE ASSISTÊNCIA NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS - Anna Paula Bagetti Zeifert , Vitória Agnoletto;

A FORÇA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO E NA CRISE SINDICAL NO BRASIL - Marcel Carlos Lopes Félix , Joao Antonio de Oliveira Pereira , Bruna Silveira Roncato Aguiar.

Grupo temático 2

TRABALHO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AGENDA 2030: ANÁLISE DO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 3461, DE 2023 - Luciana Cristina de Souza , Beatriz Moreira Federici;

A TUTELA JURISDICIONAL PARA GARANTIA DAS COTAS E AÇÕES AFIRMATIVAS RACIAIS - Jônatas Luiz Moreira de Paula , Reginaldo Bonifacio Marques;

ESCRavidão MODERNA: SOB A ÓTICA DA HERANÇA DA COLONIZAÇÃO - Rafiza Soares Teixeira Nunes;

IGUALDADE SALARIAL ENTRE HOMENS E MULHERES E O SUPERENDIVIDAMENTO DA CONSUMIDORA - Ana Cláudia Rodrigues De Faria , Samantha Ribeiro Meyer-pflug;

APONTAMENTOS PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA ANTIDISCRIMINATÓRIA MENOS TÍMIDA: DIRIGISMO MORAL E PERSISTÊNCIA AUTORITÁRIA NA ADPF 291 - Mario Cesar da Silva Andrade.

Grupo temático 3

CONSTITUCIONALISMO E CIDADANIA: CONSIDERAÇÕES AO RECONHECIMENTO DE DIREITO DAS PESSOAS SURDAS À EDUCAÇÃO BILINGUE NA ERA DIGITAL EM MANAUS - Déborah Costa de Souza , Roger Luiz Paz de Almeida;

PROMOVENDO A EDUCAÇÃO INCLUSIVA: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA PARA TODOS - Renata Nazareno Monteiro Pereira da Silva;

DADOS SENSÍVEIS E REGISTRO DE IMÓVEIS: A ADEQUAÇÃO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Viviane Freitas Perdigao Lima , Ana Josina Silva Cardoso de Oliveira;

OS EFEITOS DO RE Nº 865.401/MG NA REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES PÚBLICAS PELOS DEPUTADOS ESTADUAIS DO MARANHÃO: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS ANOS DE 2015 E 2023 - Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz , Alex Bruno Canela Vilela;

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS: PUBLICIDADE REGISTRAL X PRIVACIDADE - Aryala Stefani Wommer Ghirotto , Renata Capriolli Zocatelli Queiroz , Luis Frederico De Medeiros Portolan Galvao Minnicelli;

VAZAMENTO DE DADOS PARA DEEP WEB E O DIREITO À PRIVACIDADE SOBRE A ÓTICA DA LGPD - Soraia Giovana Ladeia Forcelini , Jéssica Amanda Fachin.

Grupo temático 4

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEFINIÇÕES E LIMITES JURÍDICOS APLICADOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19 - Wellington Aparecido Prado Carvalho , Jaime Domingues Brito , Tiago Domingues Brito;

INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: O PAPEL DO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NOS ESFORÇOS GLOBAIS DE SUSTENTABILIDADE - Raquel Magali Pretto dos Santos;

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO E O REFLEXO NO ORÇAMENTO PÚBLICO - Raphael Penha Hermano , Marcio Pereira Dias;

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DECORRENTE DA SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL BRASILEIRA – ANÁLISE SOBRE A ADPF 347 - Carlos Antônio Sari Júnior , Franciele Lippel Laubenstein , Raphael Quagliato Bellinati;

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: FORMA DE MUTAÇÃO DE PRECEDENTES E A PRISÃO AUTOMÁTICA NO JÚRI - Rafael Corrêa Dias Pinto Carlos , Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro.

APONTAMENTOS PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA ANTIDISCRIMINATÓRIA MENOS TÍMIDA: DIRIGISMO MORAL E PERSISTÊNCIA AUTORITÁRIA NA ADPF 291

NOTES FOR A LESS TIMID ANTI-DISCRIMINATION PUBLIC POLICY: MORAL DIRIGISME AND AUTHORITIAN PERSISTENCE IN ADPF 291

Mario Cesar da Silva Andrade ¹

Resumo

O presente artigo analisa a controvérsia sobre a constitucionalidade do art. 235 do Código Penal Militar, apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291, em 2015. Partindo de contribuições teóricas sobre uma concepção de justiça como equidade que conjugue os valores da liberdade e da igualdade na construção de uma sociedade bem ordenada, especialmente na vertente desenvolvida por John Rawls, analisa-se criticamente a decisão do STF sobre a criminalização de relações sexuais em ambiente militar. Para isso, busca-se analisar como a Corte enfrentou as alegações de violação de direitos, de preconceito quanto à orientação sexual e de dirigismo moral contra a previsão impugnada. Analisa-se se a solução adotada pelo STF de interpretação conforme à Constituição com redução de texto revela-se como suficiente parâmetro geral para políticas públicas antidiscriminatórias. Metodologicamente, a pesquisa qualitativa, de viés crítico-reflexivo, vale-se de fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais, com destaque para o acórdão relativo ao julgamento da ADPF 291 pelo STF. Em conclusão, identifica-se a insuficiência da decisão do STF, que se limitou a suprimir do artigo inconstitucional os termos preconceituosos, mantendo a previsão normativa que reflete intuito estatal autoritário e desproporcional de dirigismo moral.

Palavras-chave: Discriminação, Autoritarismo, Controle de constitucionalidade, Dirigismo moral, Política pública

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the controversy on the constitutionality of the art. 235 of the Military Penal Code, assessed by the Brazilian Supreme Court (STF) in the trial of the constitutionality action ADPF 291, in 2015. Starting from theoretical contributions on a conception of justice as equity that combines the values of freedom and equality in a construction of a well-ordered society, especially in the perspective developed by John Rawls, the STF's decision on the criminalization of sexual relations in the military area is critically analyzed. To this end, we seek to analyze how the Court faced allegations of violation of rights, prejudice regarding sexual orientation and moral bias against the contested article. It is analyzed whether the solution adopted by the STF of interpretation in

¹ Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ.

accordance with the Constitution with reduced text proves to be a sufficient general parameter for anti-discrimination public policies. Methodologically, the qualitative research, with a critical-reflective bias, draws on doctrinal, legal and jurisprudential sources, with emphasis on the ruling relating to the ADPF 291 trial by the STF. In conclusion, the insufficiency of the STF's decision is identified, which was limited to removing prejudice terms from the unconstitutional article, maintaining the normative provision that reflects an authoritarian and disproportionate state intention of moral dirigisme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discrimination, Authoritarianism, Judicial review, Moral dirigisme, Public policy

1 INTRODUÇÃO

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 291, em 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou a constitucionalidade do art. 235 do Código Penal Militar. A ação ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR) pediu a declaração de não recepção pela Constituição de 1988 da tipificação penal como crime a prática de “pederastia ou outro ato de libidinagem” em ambiente sob administração militar (BRASIL, 2016).

O STF decidiu, por maioria, pelo provimento parcial da ação, adotando a técnica da interpretação conforme à Constituição com redução de texto, para suprimir do dispositivo legal os termos “pederastia ou outro” e “homossexuais ou não” (BRASIL, 2016). A Corte considerou tal supressão como suficiente para a exclusão do conteúdo discriminatório do dispositivo.

No entanto, a decisão do STF foi criticada como excessivamente tímida, por não interferir estruturalmente nas culturas e práticas discriminatórias historicamente características do meio castrense.

Assim, cumpre analisar criticamente como o julgamento da ADPF 291 se relaciona com o principal precedente da Corte sobre a questão homoafetiva, a ADPF 132, em que o STF decidiu pelo reconhecimento jurídico de uniões estáveis homoafetivas, especialmente como em ambas as ações foi tratada a discriminação por orientação sexual, envolvendo, ainda, direitos fundamentais como liberdade individual, igualdade, privacidade e intimidade de pessoas integrantes de grupo social historicamente marginalizado. Por certo, essa questão é de grande relevância para a atualização do ordenamento jurídico brasileiro a partir do projeto constitucional de 1988 de proteção e promoção de direitos fundamentais,

Contudo, conectada com essa questão, inserem-se a problemática de conformação da cultura e das instituições militares ao projeto de 1988 de um Estado Democrático de Direito que busca se contrapor frontalmente ao paradigma autoritário, violento e arbitrário do regime político ditatorial que antecedeu a nova Constituição.

Para a análise, parte-se da defesa do *pluralismo*, enquanto característica das sociedades modernas sob um Estado Democrático de Direito, que possibilita o exercício da autonomia individual, na construção autônoma da identidade e dos projetos pessoais de vida. Adota-se, em especial, as teorias desenvolvidas por teóricos da defesa da sociedade plural em contexto democrático, como o filósofo político estadunidense John Rawls. A partir do pluralismo democrático, pretende-se analisar criticamente em que medida a decisão do STF

na ADPF 291 insere-se no projeto constitucional de um Estado Democrático de Direito que tenha como base uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988) e na jurisprudência da própria Corte.

A presente pesquisa qualitativa, com viés crítico-reflexivo, vale-se da análise bibliográfica de fontes doutrinárias, documentais, legais e jurisprudenciais, com destaque para os acórdãos do STF das ADPFs 291 e 132, bem como as gravações em vídeo das sessões plenárias em que foram julgadas as referidas ações, a fim de identificar convergências e discrepâncias entre as fundamentações apresentadas pelas Ministras e Ministros do STF.

Primeiramente, são expostos os elementos centrais da concepção de justiça como equidade de John Rawls, mais especificamente a consideração conjugada de liberdade e igualdade como critérios para a construção bem ordenada de uma sociedade democrática, que assegure pluralismo e autorrespeito como recursos sociais básicos para o desenvolvimento de projetos pessoais de vida. Posteriormente, é analisado a decisão do STF no julgamento da ADPF 291 sobre a constitucionalidade do art. 235 do CPM, que prevê a tipificação penal do crime de pederastia ou outro ato libidinoso em ambiente militar, com destaque para o voto inicial do Min. Relator Luís Roberto Barroso, pela declaração de não recepção integral do dispositivo impugnado, e para o voto do Min. Fachin, que abriu a divergência pelo provimento parcial da ação, posição que acabou majoritária. Em seguida, analisa-se como o entendimento assentado pela Corte relaciona-se com a alegação de que o artigo questionado promove dirigismo moral por parte do Estado brasileiro, em discordância com o projeto constitucional de proteção do pluralismo e do autorrespeito e, portanto, de combate à discriminação como necessária política pública do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2 LIBERDADE E IGUALDADE EM UMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA: PLURALISMO E AUTORRESPEITO

O respeito e proteção à pluralidade social é uma das características centrais do Estado Democrático de Direito como paradigma jurídico das comunidades políticas contemporâneas.

Nesse sentido, seja na disciplina das condutas individuais, seja na de setores da vida coletiva, como a cultura, o Estado Democrático de Direito contrapõe-se a qualquer proposta de dirigismo moral exauriente, exceto na defesa dos valores basilares da própria ordem constitucional, como os direitos fundamentais.

O pluralismo é valorizado e protegido como, simultaneamente, pressuposto e consequência de uma sociedade regida pela livre circulação de ideias e pelo respeito às diferentes cosmovisões e projetos pessoais de vida.

Certamente, a proteção do pluralismo assume maior importância diante de temas tidos como moralmente controversos, inclusive, pela contraposição de determinadas perspectivas políticas ou religiosas.

Assim, um Estado Democrático de Direito efetivamente comprometido com a concretização de seus paradigmas constitucionais e, portanto, com o combate a segregações e discriminações historicamente sedimentadas, enfrentará, inevitavelmente, a resistência de alguns grupos e instituições, por vezes com grande poder social e político, que questionarão o os limites do poder de intervenção do Estado em relação aos conflitos morais.

Para o filósofo escocês David Hume (1711-1776), conflitos morais tendiam a surgir em cenários caracterizados disponibilidade suficiente de recursos, isto é, sem alta escassez, quando os indivíduos disputariam sua sobrevivência a despeito de limites morais, e sem grande abundância, quando os indivíduos tenderiam a negligenciar maiores cuidados com a disciplina das condutas alheias. Assim, na ameaçadora escassez, prevaleceria a hegemonia de poder baseada na força, e na abundância, a possibilidade de plena satisfação das diferentes vontades envolvidas desestimularia maiores disputas (Hume, 2004). Assim, para o autor, a problemática da resolução adequada de desacordos morais seria típica de cenários marcados pela suficiência moderada de recursos sociais, em que os critérios para a gestão desses recursos tornam-se valorativamente disputados.

A filosofia política contemporânea buscará identificar critérios para a distribuição dos recursos sociais diante dos desacordos morais nos Estados modernos.

Para filósofo político estadunidense John Rawls (1921-2002), assim como o senso de gramaticalidade é pressuposto em práticas cotidianas no uso do idioma e a faculdade racional é pressuposta para o pensamento, o senso de justiça e uma concepção do bem são inerentes a ideia dos membros da sociedade como pessoas morais, livres e iguais, vivendo sob um regime democrático (Oliveira, 2003, p. 13).

Rawls (2008) procura conjugar os dois valores que considera centrais para as sociedades modernas: liberdade e igualdade. A liberdade como valor supremo da vida humana; e a igualdade como valor fundamental da convivência política.

A fim de conjugar esses dois valores sob uma concepção abrangente de justiça, Rawls formula seus famosos dois princípios de justiça, como critérios para que uma sociedade distribua equitativamente os bens primários, que são aqueles que atendem às necessidades

básicas de qualquer indivíduo, independentemente de seus projetos pessoais de vida ou de suas concepções de bem, isto é, as “coisas que se presume que um indivíduo racional deseja, não importando o que mais ele deseje.” (Rawls, 2008, p. 110).

Esses bens sociais básicos podem ser agrupados em 5 categorias: (1) liberdades e direitos fundamentais; (2) liberdade de movimento e de escolha de ocupação; (3) prerrogativas de acesso a cargos e posições de responsabilidade nas instituições públicas; (4) renda e riqueza; e (5) as bases sociais do autorrespeito (Rawls, 2011, p. 213).

Enquanto os bens das categorias (1) e (2) devem ser assegurados igualmente a todos, os das (3) e (4) podem ser distribuídos desigualmente, mas apenas se essa distribuição objetivar a maximização dos recursos das pessoas em posições menos favoráveis da sociedade, portanto, em favor da promoção de igualdade (Rawls, 2008, p. 111).

Os bens da categoria (5) somente podem estar assegurados quando as instituições sociais são capazes de fornecer as condições substanciais para o desenvolvimento pessoal do sentido de respeito de si próprio, de autoestima, o que, por sua vez, depende de instituições conformadas pelos dois princípios de justiça (Vita, 1999).

Após algumas revisões, Rawls (2008) expõe a seguinte versão dos dois princípios de justiça:

(1) Cada pessoa tem direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades e direitos básicos iguais para todos, compatíveis como um mesmo sistema para todos. (2) As desigualdades sociais e econômicas devem preencher duas condições: em primeiro lugar, devem estar ligadas a funções e posições abertas a todos em condições de justiça (*fair*) igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, devem proporcionar a maior vantagem para os membros mais desfavorecidos da sociedade (Rawls, 2000, p. 207).

Assim, conforme o primeiro princípio, conhecido como *Princípios da Igual Liberdade*, cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

O segundo princípio é subdividido em dois corolários, o *Princípio da Diferença*, pelo qual as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo a beneficiar os menos favorecidos pela estrutura básica, e o *Princípio Igualdade de Oportunidades*, pelo qual a estrutura básica esteja organizada em cargos e posições acessíveis a todos.

A concretização desses princípios deve observar uma ordenação lexicográfica, na medida em que o princípio anterior deve ser satisfeito para que sejam aplicados os subsequentes. Assim, as liberdades individuais estão acima das necessidades de ajustes sociais, e devem ser reconhecidas a todos os integrantes da sociedade na mesma medida.

Nesse sentido, somente serão legítimas as diferenciações que visem a promover a equalização das liberdades individuais de segmentos sociais marginalizados, fazendo que os integrantes de tais segmentos tenham a mesma liberdade que todos os demais membros da sociedade, o que beneficia a toda a sociedade que se aproxima da sua concepção de justiça como equidade. Rawls ressalta como a “injustiça, portanto, se constitui simplesmente de desigualdades que não beneficiam a todos.” (2008, p. 66).

Contudo, para impedir que sua concepção de sociedade justa seja confundida com uma sociedade meritocrática, o autor propõe o princípio da reparação. Segundo esse princípio:

(...) desigualdades imerecidas exigem reparação; e como desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, elas devem ser de alguma forma compensadas. Assim, o princípio determina que a fim de tratar as pessoas igualmente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A ideia é de reparar o desvio das contingências na direção da igualdade (Rawls, 2008, p. 107).

Para o autor, uma sociedade bem-ordenada é aquela regulada a partir uma concepção política e pública conjugada de liberdade e igualdade, manifestada em mesmos princípios de justiça que possam ser aceitos por todos os indivíduos, servindo como os termos equitativos da cooperação social e, portanto, como base das instituições políticas, sociais e econômicas do Estado (Rawls, 2008).

A sociedade bem-ordenada é vista como um sistema equitativo de cooperação social, a qual pode ser desenvolvida na medida em que são satisfeitas as exigências de publicidade, reciprocidade e estabilidade decorrentes da concepção política de justiça característica de uma democracia constitucional.

Rawls (2008) reconhece a idealidade da sua concepção de justiça, que ele denominou de *justiça como equidade*, a qual não encontra plena correspondência com qualquer sociedade antiga ou contemporânea, por isso, ele defende o *equilíbrio reflexivo* como método para que uma sociedade concreta revise seu *modus vivendi*, suas práticas e instituições para se aproximar cada vez mais daquele ideal regulativo de uma sociedade justa e bem-ordenada.

Portanto, o pluralismo é consequência de uma sociedade democrática, estimulada e protegida pelos princípios de justiça, pois assegurada a liberdade de questionar e discordar, permitindo diferentes concepções pessoais de bem (Rawls, 2011). Dentro do quadro dos princípios de justiça, desacordos morais razoáveis são esperados, valorizados e protegidos, vedando-se dirigismos morais por parte do Estado, por exemplo, na definição de políticas públicas (Waldron, 1999).

Partindo da visão de Rawls sobre liberdade, pluralismo e desacordos razoáveis, Jeremy Waldron (1999) distingue o desacordo moral razoável propriamente dito, referentes a discordâncias filosóficas sobre valorações pessoais e/ou íntimas, daqueles desacordos referentes a princípios políticos e, portanto, com repercussão sobre temas de interesse público, em que o espaço para divergência é menor.

Tendo como quadro de referências os valores democráticos do liberalismo-igualitário, importa diferenciarmos o pluralismo clássico do radical.

No pluralismo clássico, os desacordos morais estão limitados por normas consensuais que definem os parâmetros valorativos suficientemente unívocos e, por isso, capazes de assegurar a coordenação social, como os requisitos para a deliberação democrática sobre questões valorativas mais específicas.

Nesse sentido, Frank Cunningham (2009) destaca como nesse modelo de pluralismo, há um espaço bem delimitado para as potenciais divergências entre os indivíduos de uma sociedade, uma vez que a execução de projetos coletivos depende, essencialmente, da suficiente união, engajamento e coordenação de cada membro segundo sua função social.

A observação de Cunningham ressalta como, ainda que existam consensos que serão impostos a alguns indivíduos eventualmente discordantes, mesmo pragmaticamente, os projetos estatais não podem se basear apenas em um abstrato poder de império, pois buscam sempre algum suporte substancial em acordos valorativos sociais.

No pluralismo clássico, a limitação da divergência funciona como antídoto ao temor dos federalistas americanos da fragmentação política do país em facções.

Em contraponto, o pluralismo radical, de autores como Chantal Mouffe, Ernesto Laclau, Claude Lefort e William Connolly rejeitam a ideia da possibilidade e mesmo da conveniência de consensos políticos. Nessa concepção, a democracia é essencialmente desacordo e disputa entre os vários grupos em busca de direcionar o poder estatal, sendo o principal desafio permitir essa competição sem possibilitar que algum grupo ocupe, coopte e feche aos demais os espaços de disputa.

Nessa linha, os consensos limitadores dos desacordos morais acabam por impedir o pleno desenvolvimento do pluralismo de ideias, pois definem e impõem certos valores como adequados para o momento histórico, questão controversa ou disputa cultural, política ou econômica. Dessa forma, a sociedade jamais atingiria o ideal de abertura política.

3 JULGAMENTO DA ADPF 291 E O ARTIGO 235 DO CPM

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291 foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em setembro de 2013, e contou com o apoio de diversas entidades de defesa causas homoafetivas.

A ação foi distribuída para a relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, que votou pela total procedência dos pedidos da PGR Contudo, o julgamento somente foi finalizado pelo Plenário em 28 de outubro de 2015, portanto, dois anos após o seu ajuizamento (Brasil, 2015).

Ação teve como objeto a incompatibilidade com a Constituição de 1988 do artigo 235 do Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar:

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)

Segundo a autora da ação, o referido dispositivo contraria os mandamentos constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); ao pluralismo político (art. 1º, V); ao objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); à promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV); à igualdade direitos e obrigações entre homens e mulheres (art. 5º, I); à vedação a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); à inviolabilidade da privacidade, intimidade, honra e imagem (art. 5º, X); e à punição legal por atos de discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) (Brasil, 1988).

A PGR destacou na ação o longo histórico de preconceito e discriminação contra homossexuais, bem como o recente empoderamento desse grupo socialmente estigmatizado em busca do reconhecimento dos seus direitos mais básicos, como à igualdade e ao respeito, mesmo contra a maioria (Brasil, 2013).

Para a instituição autora da ação, o dispositivo impugnado reflete o paradigma autoritário e preconceituoso do regime ditatorial de 1964-1985, como expressiva estratégia de repressão moral de relações consentidas entre pessoas adultas, valendo-se, para isso, da intervenção extrema da seara criminal (Brasil, 2013).

A autora frisa como irrelevante se os efeitos jurídicos da aplicação do dispositivo podem atingir igualdade homens e mulheres, em relações hetero ou homossexuais, uma vez que a menção expressa apenas a “homossexuais” tem como substrato a crença arraigada de o meio militar é incompatível como “homens afeminados”, tidos como essencialmente inaptos para as “másculas” atividades castrenses (Brasil, 2013).

A PGR destaca 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.” (Brasil, 2013, p. 10).

Para PGR, o intuito discriminatório fica ainda mais evidente ao identificar que a entrada de mulheres nas Forças Armadas somente foi permitida a partir de 1980 e, em escolas militares, como o Instituto Militar de Engenharia (IME) e o Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA), somente apenas em 1996. Portanto, a redação do dispositivo tinha como flagrante destinatários o público masculino, daí o destaque dado às relações homossexuais (Brasil, 2013).

Inicialmente, o Min. Rel. Luís Roberto Barroso votou pela procedência total da ação, nos termos requerido pela autora. O Min. Relator Barroso enfatizou a desproporção em mobilizar a *ultima ratio* do direito penal, com uma pena de detenção de 6 meses a 1 ano, para a repreensão de mera falta disciplinar, uma vez que a conduta tipificada não envolve qualquer forma de violência, diferentemente do que ocorre em outros tipos do mesmo Capítulo VIII “Dos crimes sexuais”, como estupro, atentado violento ao pudor e corrupção de menores (Brasil, 2015).

O Min. Edson Fachin concordou que o *nomen iuris* bem como a redação do tipo penal do art. 235 do CPM violam a Constituição ao evidenciarem preconceito baseado na orientação sexual, especialmente destinado ao público masculino, tendo em vista que à época não eram admitidas mulheres nas Forças Armadas. Contudo, em divergência ao Relator, o Min. Fachin entendeu pela suficiência da supressão dos termos “Pederastia ou outro”, no *nomen iuris* do tipo, e “homossexual ou não”, na descrição da conduta típica (Brasil, 2015).

Percebe-se, portanto, que o Min. Fachin divergiu do Relator quanto à violação do princípio da intervenção mínima do direito penal, julgando justificável a criminalização da

conduta em questão. Na visão do Ministro, a tipificação penal nesse caso seria necessária para a tutela de bens jurídicos da hierarquia e disciplina, essenciais à administração castrense:

No entanto, seu voto não prossegue o entendimento de que a matéria estaria atuando excessivamente ao tentar conter como as relações se dão dentro do espaço militar, o rigor deverá ser mantido pelo fato de não ser em vão, e sim um quesito basilar de defesa de bens jurídicos da administração militar, a saber, disciplina e hierarquia:

Todavia, posições afirmam a inconstitucionalidade do dispositivo por ofensa ao princípio da mínima intervenção do Direito Penal. Nesta perspectiva, levando em consideração que a lei penal deveria incidir apenas em último recurso, defende-se que a sanção à quebra da moralidade sexual no âmbito militar deveria se dar unicamente na seara administrativa, afastando-se o rigor da norma penal na hipótese (...).

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

(...)

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.

(...)

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. (...) (Brasil, 2015, p. 58-62, grifo no original).

Após o posicionamento do Min. Fachin e as sequentes manifestações de concordância de outros ministros, o Min. Barroso aditou seu voto para aderir ao entendimento divergente, limitando à supressão dos apontados termos, mas mantendo a criminalização da conduta.

Apenas a Min. Rosa Weber e o Min. Celso de Mello seguiram o entendimento inicial do Relator e o reafirmaram mesmo após a manifestação do Min. Fachin, perfazendo o resultado de 8 a 2 votos pela procedência parcial da ação, estando ausente o Min. Luiz Fux (Brasil, 2015).

4 DIRIGISMO MORAL COMO PERSISTÊNCIA AUTORITÁRIA

O artigo 235 é da redação originária do CPM de 1969, sendo que o CPM anterior, de 1944, não possuía um tipo especificamente denominado *pederastia*. A Exposição de motivos do novo CPM busca justificar a inovação legislativa:

Inclui-se entre os crimes sexuais nova figura: a pederastia ou outro ato de libidinagem, quando a sua prática se der em lugar sujeito à administração militar. É a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal, onde os regulamentos disciplinares se revelarem insuficientes (Brasil, 1969).

Contudo, ainda que não prevendo tipo com o mesmo *nomen iuris*, o CPM de 1944 (Decreto-lei nº 6.227) já criminalizava conduta similar, ainda que em outros termos. Nesse ponto, a comparação é reveladora: “Art. 197. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique, ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar: Pena: detenção, de seis meses a um ano.” (Brasil, 1944).

Interessante observar como, na versão de 1944, as expressões preconceituosas de referência específica à homossexualidade masculina não aparecem, sendo portanto, essa inclusão uma inovação deliberada introduzida por decreto-lei em 1969, portanto, após o A-5, de 1312/1968, naquele que é considerado o período mais autoritário, restritivo e violador de direitos do Regime Ditatorial iniciado em 1964.

Porém, a doutrina buscou justificar a previsão do dispositivo. Nesse sentido, Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger:

Corriqueiramente se comete a impropriedade – escusável, pois o tipo se encontra no capítulo dos crimes sexuais – de afirmar que o Código Penal Militar criminalizou o homossexualismo.

Primeiro, cumpre notar que não só o ato homossexual é criminalizado, mas também o heterossexual. Isso leva à conclusão de que o que se busca tutelar, de fato, é a disciplina intramuros, porquanto é elemento normativo do tipo “lugar sujeito a administração militar”. Desse modo, a objetividade jurídica não é a liberdade sexual do indivíduo – sobretudo se se levar em consideração que os sujeitos assentiram na prática do ato –, mas a disciplina militar, que será turbada com a promiscuidade no interior da caserna, desestabilizando o regular funcionamento cotidiano da unidade em que o fato ocorreu (Neves; Streifinger, 2012, p. 67).

Percebe-se como os autores buscam isentar o dispositivo de qualquer viés preconceituoso. Porém, reduzir a interpretação do dispositivo à generalização do “ou não” ignora convenientemente que apenas a homossexualidade é referida de forma expressa na sua

redação, ignorando que deliberada não foi adotada, por exemplo, a versão “heterossexuais ou não”, bem como a carga histórica e depreciativa envolvida no termo “pederastia”.

Apenas em 2023, o legislador alterou a redação do dispositivo, quando a Lei nº 14.688 assimilou formalmente à redação do art. 235 as supressões decididas pelo STF no julgamento da ADP 291, além de promover outras alterações em dispositivos diversos (Brasil, 2023).

A redação original do artigo 235 do CPM evidencia o intuito de controle moral sobre a sexualidade do militar, exacerbando para a esfera criminal as consequências jurídicas sobre relações sexuais consentidas no ambiente sob administração castrense. Nessa linha, a menção à pederastia e a homossexuais na redação do dispositivo reforça a identificação do conteúdo de dirigismo moral de valorização exclusivamente da heterossexualidade como perfil “típico” e “adequado” para a função militar.

Sob essa leitura, em discordância ao entendimento capitaneado pelo Min. Fachin, a “questão fulcral” do juízo da constitucionalidade do dispositivo impugnado não se resume à sua redação ou mais precisamente à presença de termos preconceituosos em sua redação. Antes, tais termos apenas evidenciam o intuito que enseja e conforma a criminalização nele contida.

Na verdade, o objeto da ADPF 291 revela como o ambiente militar acaba por instituir relações especiais de subordinação, que perfazem, em grande medida, um nicho paralelo ao ordinário, sob a sempre presente justificativa de preservação da hierarquia e disciplina militares.

Nesse ponto, importante pergunta seria questionar se tais bens jurídicos não encontram tutela também na seara administrativa ordinária. A ampla ciência da existência de poder hierárquico-disciplinar, da previsão legal de deveres funcionais e da possibilidade de responsabilização dos servidores por processos administrativos disciplinares conduzem a inevitável resposta afirmativa. Contudo, dessa análise comparativa, fica ainda mais evidente a inexistência de qualquer tipificação penal sobre a realização de relações sexuais em instalações administrativas. Por certo, tal conduta é passível de responsabilização administrativa, tida como suficiente para assegurar a disciplina dos servidores civis.

Contudo, em nenhum momento, os votos desenvolvem a análise crítica desse tratamento diferenciado e desproporcional em relação aos meios militares. O STF não justifica satisfatoriamente porque a tipificação penal em questão seria um recurso plausível e necessário para o controle dos atos libidinosos no ambiente militar. A constante alegação de uma suposta “particularidade militar” de controle e hierarquia estaria criando um estado de

excepcionalidade, em afronta a princípios centrais do Estado Democrático de Direito, como os princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade e do direito penal como *ultima ratio*, enquanto diferentes expressão do fim mais amplo de limitação do poder de intervenção do Estado na esfera jurídica individual (Bahia; Silva e Oliveira, 2015, p. 3).

Em 1999, no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 79.285-5, o STF apreciou pedido envolvendo um casal de homens flagrados em relações sexuais em ambiente militar, sendo que um dos envolvidos era menor de idade à época dos fatos. Na ocasião, o STF entendeu pela plena constitucionalidade do art. 235 do CPM, sob a alegação de que os direitos fundamentais da inviolabilidade e intimidade (art. 5º, X) não fornecem proteção absoluta aos seus titulares, bem como de que, em ambiente militar, os interesses da administração castrense devem prevalecer (Brasil, 1999).

Na ocasião, a repreensão moral do Min. Rel. Moreira Alves fica evidente, inclusive, pelo destaque dado aos termos agora suprimidos pelo STF. Como destaca José Ribas Vieira:

Aliás, pode-se conjecturar que, respaldado no vício procedimental logo identificado, e certo de que a invocação de seus próprios conceitos de moralidade não afetaria o resultado do julgamento, o ministro relator não se conteve em exprimir sem ressalvas seu próprio juízo moral, evidenciando seu inconformismo pessoal com a conduta imputada ao paciente. Assume, então, o papel de censor e guardião geral dos costumes, vislumbrado por Hart em situações nas quais os tribunais buscam refletir valores de uma moral pública (Vieira, 2008, p. 149).

O tom do Min. Rel. Moreira Alves evidencia o fundo de dirigismo moral em concordância com o intuito de fundo da tipificação questionada.

Comparado à decisão de 1999, o entendimento na ADPF 291 pode parecer um avanço, entretanto, as razões de fundo pela manutenção do tipo penal do art. 235 do CPM apresentam uma flagrante persistência entre os julgados. Em ambos os julgamentos, a principal alegação foi a de que a particularidade militar da necessidade de preservação da hierarquia e disciplina militares justificava a criminalização da conduta.

Assim, valendo-se do recurso vago à preservação da hierarquia e disciplina militares, o STF assumiu entendimento tímido e conservador, ainda que reconhecendo a inconstitucionalidade da discriminação veiculada pelo dispositivo do CPM.

Comparativamente, no julgamento da constitucionalidade da chamada “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250/67), objeto da ADPF 130, quando o STF decidiu pela não recepção integral do referido diploma normativo pela Constituição, recorrendo destacadamente ao período histórico da produção legislativa. Valendo-se expressamente do cânone hermenêutico

histórico de Savigny, apontou o Regime Militar em que a lei foi produzida para destacar seu amplo intuito autoritário de cerceamento e submissão da atividade jornalística (Brasil, 2009).

Porém, no caso da ADPF 291, a edição por decreto-lei do CPM no período mais autoritário do regime ditatorial não foi aventada como critério para se inferir seu intuito discriminatório e desproporcional.

Outros exemplos reforçam como o ambiente militar tende a ser regido pela alegação de relações especial de sujeição, criando um regime jurídico relativamente próprio bastante resistente à sua conformação à Constituição de 1988. Assim, a hierarquia e disciplina militares também são alegadas pelo STF para a não aplicação do princípio da insignificância ou bagatela a ilícitos cometidos em ambiente castrense (HC 94931, HC 115914, HC 169699) (Brasil, 2022).

Não se nega que hierarquia e disciplina seja bens jurídicos de particular tutela em temas militares, entretanto, tal particularidade deve ser tratada como tal, uma particularidade, não devendo ser generalizada, sob pena de servir de escusa polivalente à adaptação do meio militar brasileiro à nova ordem constitucional. O uso desse argumento sem parâmetros objetivos tende a permitir dirigismos morais, dentre outras formas de persistências autoritárias.

Apesar do histórico nacional de golpes de estado pelo meio militar, esse nicho estatal tem permanecido protegido contra intervenções mais incisivas de adequação à Constituição de 1988. Para Quinalha (2013), nesse sentido, o STF possui histórica colaboração para as persistências autoritárias no meio militar, sendo paradigmático o julgamento da ADPF 153, em que o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 6.683/1979, impedindo a responsabilização de agentes do Regime de 1964 violadores de direitos humanos (Brasil, 2010).

Recentemente, o caso envolvendo a Agência Brasileira de Inteligência (Abin), que teria monitorado cerca de 30 mil cidadãos, incluindo autoridades públicas, alerta, mais uma vez, para a necessidade de uma ampla política pública de conformação das instituições estatais brasileiras, especialmente às militares, aos princípios do Estado Democrático de Direito (Jorgetto; Fonseca; Lopes, 2024). Percebe-se como, na prática, a Abin segue atuando como o antigo Serviço Nacional de Informação (SNI), órgão de inteligência do Regime Militar.

Portanto, a redação originária do art. 235 do CPM é um simbólico exemplo das persistências autoritárias em diferentes instituições estatais brasileiras. Nesse caso, o dirigismo moral autoritário é flagrantemente incompatível com o respeito aos princípios de

liberdade e igualdade incluídos na proteção e valorização do pluralismo, enquanto de uma sociedade sob um Estado Democrático de Direito.

O respeito e proteção da pluralidade, inclusive de orientação sexual, é um consenso mínimo a limitar os poderes sociais e estatais. Porém, essa proteção não deve ser apenas omissiva, mas ser estruturada em efetivas políticas públicas, assim como adotada nas políticas compensatórias à população negra.

Uma sociedade bem ordenada a partir de uma concepção de justiça que conjugue adequadamente liberdade e igualdade deve assegurar como recurso básico da sociabilidade democrática o autorrespeito e autoestima. Para isso, torna-se imperioso que a promoção da igualdade, do pluralismo e da própria democrática seja objeto de efetivas políticas públicas, que traduzam na prática e de forma ativa o compromisso do Estado brasileiro com esses valores constitucionais, sem que nenhuma instituição estatal ou nicho social esteja blindado contra essa atuação.

Como aponta Rawls, a democracia envolve a atuação das instituições estatais na promoção da justiça, bem como de valores correlatos, como igualdade, liberdade e pluralismo, enquanto princípios que dignificam as pessoas pelo respeito aos diferentes modos de ser e projetos de vida. O consenso quanto a esses valores constitucionais deve funcionar como limite intransponível para qualquer regra ou logística de funcionamento institucional, sem exceções.

5 CONCLUSÃO

O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 291, que teve como objeto a constitucionalidade do artigo 235 do Código Penal Militar (CPM), é um importante exemplo de como a jurisdição constitucional brasileira tem uma postura essencialmente tímida em relação a diversas persistências autoritárias ainda presente no Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição de 1988.

O referido artigo do CPM tipificava como crime a “pederastia ou outro ato de libidinagem”, descrevendo como conduta típica a realização de relações sexuais “homossexuais ou não” em local sob administração militar.

O dispositivo foi impugnado pela ADPF ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), sob a alegação de afronta aos princípios constitucionais da liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, pluralismo e do direito à privacidade e à intimidade,

Na ação, a PGR pediu a declaração de não recepção dispositivo legal, com sua consequente exclusão do ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo a autora da ADPF, a ordem constitucional de 1988 é incompatível com a criminalização de identidades específicas, como a homossexualidade, além de caracterizar uso desproporcional do direito penal, em afronto ao princípio da intervenção mínima do direito penal, isto é, de sua concepção como *ultima ratio* no Estado Democrático de Direito.

Considerando os termos utilizados no tipo do artigo 235 do COM, bem como o período histórico e o nicho social disciplinado, afere-se o inequívoco caráter discriminatório, desproporcional e autoritário, caracterizando estratégia de dirigismo moral por parte do Estado. O dispositivo figura como evidente “entulho” ditatorial, que exemplifica, mas não esgota, as persistências autoritárias ainda reproduzidas.

Assim sendo, a decisão do STF de interpretação conforma à Constituição para, meramente, suprimir os termos considerados preconceituosos, mantendo, entretanto, o tipo penal, opera uma alteração de natureza apenas quase “estética” ou “simbólica”, pois ignora a cultura autoritária e discriminatória que ensejou a elaboração do dispositivo.

Essa decisão coaduna-se com o comportamento tímido do Estado brasileiro, incluindo o STF em buscar a efetiva desconstrução das persistências autoritárias constantes em diversas instituições públicas, especialmente, nas militares.

O combate as persistências autoritárias deveria ser encarado como verdadeira política pública em favor da proteção e promoção da liberdade, da igualdade e do pluralismo, enfim, da própria democracia, sob pena de estar permanecer sob constantes e eventuais ameaças, exatamente advindas dessas instituições avessas e resistentes aos parâmetros normativos do Estado Democrático de Direito.

Como aponta Rawls, por meio de sua concepção de princípios de justiça como critérios para a distribuição dos recursos sociais, uma sociedade democrática deve assegurar aos seus cidadãos o mais amplo sistema de liberdade comum a todos, ao mesmo em que assegura as condições para o acesso a recursos básicos, incluindo as condições para o desenvolvimento do autorrespeito e autoestima. Isso implica, necessariamente, no respeito ao pluralismo dos diferentes modos de ser e projetos de vida boa.

Um Estado Democrático de Direito não tem o dever constitucional de agir ativa e estruturalmente na promoção da justiça numa concepção ampla, como proposta por Rawls, promovendo, inclusive, a reparação de efeitos injustos de práticas institucionais historicamente sedimentadas que estejam em contradição com os valores da liberdade e da igualdade, onde quer que elas se encontrem, e as instituições militares não apenas não são

uma exceção, como deveriam ser objeto destacada de políticas públicas específicas para sua adequação aos valores de 1988.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre G. M. F.; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Ecos do positivismo? A decisão do STF na ADPF n. 291: do discurso de exceção da hierarquia e disciplina militares ao controle dos corpos como suposta garantia institucional das Forças Armadas. *Empório do Direito*, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/>. Acesso em: 07 dez. 2023.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 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: 16 dez. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 5.250*, de 09 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm. Acesso em: 07 fev. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 14.688*, de 20 de setembro de 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14688.htm#art2. Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Ministério Público Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 291*. Petição inicial. Brasília, DF, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4507823#1%20-%20Peti%E7%E3o%20inicial%20-%20Peti%E7%E3o%20Inicial>. Acesso em: 15 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.379.369/DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 24/10/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764014339>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130*. Rel. Min. Ayres Britto, j. em 30/04/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 153*. Rel. Min. Eros Grau, j. em 29/04/2010. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 291*. Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 28/10/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 79.285-5/RJ*. Rel. Min. Moreira Alves, j. em 31/08/1999. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1761669>. Acesso em: 20 jan. 2024.

CUNNINGHAM, Frank. *Teorias da democracia: uma introdução crítica*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FREITAS, Joana Teixeira de Mello. O desacordo moral razoável na sociedade plural do estado democrático de direito. *Revista USCS*, ano X, n. 17, jul./dez., 2009, p. 39-51. Disponível em: http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewFile/882/734/. Acesso em: 13 fev. 2024.

HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

JORGETTO, André; FONSECA, Eduardo S.; LOPES, Anderson B. 'AbinGate' e nosso entulho autoritário. *Consultor Jurídico*, 3 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-fev-03/abingate-e-nosso-entulho-autoritario/>. Acesso em: 19 mar. 2024.

MACKENZIE, Iain. *Política: conceitos-chave em filosofia*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

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

OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*, Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VIEIRA, José Ribas. *Direitos à intimidade e à vida privada: laboratório de análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2008.

VITA, Álvaro de. Justiça Distributiva: A crítica de Sen a Rawls, *Dados*, v. 42, n.3, p. 471-496, 1999.

QUINALHA, Renan. *Justiça de Transição: Contornos do conceito*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.